

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA  
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO**

**BRUNO TAUFNER ZANOTTI**

**MUTAÇÃO (IN)CONSTITUCIONAL DO CONTROLE DIFUSO DE  
CONSTITUCIONALIDADE: legítima evolução ou patente  
violação ao sistema de direitos e garantias fundamentais?**

Vitória  
2010

BRUNO TAUFNER ZANOTTI

**MUTAÇÃO (IN)CONSTITUCIONAL DO CONTROLE DIFUSO DE  
CONSTITUCIONALIDADE: legítima evolução ou patente  
violação ao sistema de direitos e garantias fundamentais?**

Dissertação apresentada ao Programa de  
Mestrado das Faculdades de Vitória, como  
pré-requisito parcial para a aprovação no  
Curso de Pós-Graduação *strictu sensu* em  
Direitos e Garantias Fundamentais.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre de Castro

Coura

Vitória  
2010  
BRUNO TAUFNER ZANOTTI

**MUTAÇÃO (IN)CONSTITUCIONAL DO CONTROLE DIFUSO DE  
CONSTITUCIONALIDADE: legítima evolução ou patente  
violação ao sistema de direitos e garantias fundamentais?**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado das Faculdades de Vitória, como pré-requisito parcial para a aprovação no Curso de Pós-Graduação *strictu sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais.

Aprovada em \_\_\_\_\_.

COMISSÃO EXAMINADORA:

---

Prof. Dr. Alexandre de Castro Coura

Faculdade de Direito de Vitória

Orientador

---

Prof. Dr.

Faculdade de Direito de Vitória

---

Prof. Dr.

A Deus, fonte única de santidade e conhecimento.

Aos meus pais, Nilton Roberto Zanotti e Maria das Graças Taufner Zanotti, exemplos de vida, que me apoiam e me ajudam em todos os momentos.

## **AGRADECIMENTOS**

Ao meu orientador, Alexandre de Castro Coura, que, com dedicação e conhecimento, me guiou por caminhos até então desconhecidos e tornou possível a materialização desta dissertação. Agradeço ainda pela sincera amizade, que vamos levar, além dos bancos universitários, pelo resto da vida.

Aos Professores que aceitaram o convite para participar da Comissão examinadora na minha defesa da dissertação. Tenho certeza de que suas observações e sugestões serão valiosas para o enriquecimento deste trabalho.

À Prof<sup>a</sup> Maria Dalva Marchezi Rosário, revisora do trabalho, a Nilton Roberto Zanotti, meu pai, e a Vanessa Machado Espíndula, que me auxiliaram com a correção de aspectos gramaticais e ortográficos do texto. Agradeço também a esta por suas palavras de incentivo, apoio e carinho.

Aos meus colegas do mestrado, que enriqueceram o debate e tornaram mais agradável esta árdua caminhada.

À Faculdade de Direito de Vitória (FDV), por tornar possível o mestrado, cujos conhecimentos me auxiliarão na vida pessoal e profissional. Também agradeço por contribuir significativamente na minha formação jurídica, iniciada na graduação, continuada com a especialização e com o mestrado, na certeza de que muitos outros passos ainda serão compartilhados.

Por fim, a todos que, de alguma forma, contribuíram para a realização desta dissertação.

“De tanto ver triunfar as nulidades;  
de tanto ver prosperar a desonra,  
de tanto ver crescer a injustiça;  
de tanto ver agigantarem-se os  
poderes nas mãos dos maus, o  
homem chega a desanimar-se da  
virtude, a rir-se da honra e a ter  
vergonha de ser honesto”.

Rui Barbosa

## RESUMO

Objetiva-se, a partir da problematização da teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, qualificar o povo como instrumento efetivo da legitimidade do poder no Estado Democrático de Direito. Com base numa teoria discursiva do Direito, busca-se conhecer e demonstrar algumas consequências nocivas desse novo modelo de controle de constitucionalidade, que fecha à população um importante canal de acesso à Jurisdição e à análise individual de cada caso concreto. Optou-se, inicialmente, pela análise da legitimidade na criação democrática do Direito e da influência da participação popular ao longo do procedimento legislativo, para, num segundo momento, ampliar tal entendimento e adequá-lo ao Poder Judiciário, com a finalidade de também impregná-lo do princípio democrático. Uma sociedade aberta de intérpretes possibilita a ampliação da hermenêutica constitucional, que libera o magistrado das amarras de uma visão estritamente fechada para se abrir a uma interpretação pluralista e democrática. Ao longo desse percurso, foram fixadas as premissas do paradigma procedimentalista do Estado Democrático de Direito, uma vez que as autonomias jurídicas dos cidadãos somente se tornam um fator real de legitimação na medida em que eles possam se entender como coautores do direito, ao qual se submetem por serem também naturais destinatários das normas. O procedimento democrático deve fundamentar desde a instituição do Poder Constituinte até o modo de atuação das esferas de poder. Com base na análise efetuada e com a evolução do estudo, foi possível chegar às seguintes conclusões: 1. A visão qualitativa de povo, como um aspecto em constante construção, deve influenciar as atividades legislativa, administrativa e jurisdicional. 2. A coesão interna entre autonomia pública e autonomia privada consiste no fundamento de legitimidade do direito e reclama a participação do povo nas tomadas de decisão. 3. A democracia deliberativa é o *locus* apropriado para a institucionalização de instrumentos que qualifiquem e tornem possível o povo integrar o procedimento democrático. 4. A atividade jurisdicional, como instância de poder, deve legitimar sua decisão, tal como ocorre com a atividade legislativa, no procedimento democrático. 5. A teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade viola a autonomia jurídica



dos cidadãos, identifica o STF como o único titular do sujeito constitucional e transforma os cidadãos em clientes do pensamento autoritário de alguns poucos magistrados.

**Palavras-chave:** Controle difuso de constitucionalidade. Povo. Paradigmas constitucionais da modernidade. Jurisdição constitucional.

## ABSTRACT

It is intended from the questioning of the theory of abstractiveness of the diffuse control of constitutionality to qualify people as an effective instrument of power legitimacy of the democratic state. Based on a discursive theory of law, we seek to understand and demonstrate some harmful consequences of this new model of constitutionality, which blocks the public of an important channel of access to Jurisdiction and individual analysis of each concrete case. We have initially decided to analyze the legitimacy of the democratic creation of Law and its influence on the popular participation throughout the legislative process, so as to subsequently, extend this understanding and adapt it to Judicial Power, in order to also imbue it with democratic principle. An open society of interpreters enables the expansion of the hermeneutic constitution, which releases the magistrate from the bonds of a strictly closed vision while opening it to a pluralistic and democratic interpretation. Along the way, the premises of the procedural paradigm of the democratic legal state were set, inasmuch the legal autonomy of citizens only become a real factor of legitimacy to the extent that they can understand themselves as co-authors of the law, to which they submit themselves, since they are also the natural recipients of such rules. The democratic process must be founded from the establishment of the Constitutional Power up to the way the spheres of power act. Based on the performed analysis and the evolution of the study, we were able to reach the following conclusions: 1. A qualitative view of people as a constant feature in construction should influence the activities of the legislative, administrative and jurisprudential capacity. 2. The internal cohesion between public autonomy and private autonomy is the foundation of legitimacy of law and calls for people's participation in the decision-making. 3. Deliberative democracy is the appropriate *locus* for the institutionalization of instruments that qualify and make it possible to people to integrate the democratic procedure. 4. Court activity, as jurisdiction of power should legitimize such decision, as it occurs with legislative duties in the democratic process. 5. The theory of abstractiveness of diffuse control of constitutionality violates the legal autonomy of citizens, and identifies the Supreme Court as the sole owner of the constitutional subject and turns citizens into clients of the authoritarian thinking of a few judges.

**Keywords:** Diffuse control of constitutionality. People. Constitutional paradigms of modernity. Constitutional Jurisdiction.

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>12</b>
<b>1 ASPECTOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO.....</b>	<b>20</b>
1.1 CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE.....	20
1.1.1 Controle difuso nos tribunais.....	25
1.1.2 Controle difuso no Supremo Tribunal Federal.....	26
1.2 CONTROLE CONCRETO E ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE .....	28
1.3 CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE.....	29
1.3.1 Efeitos da decisão final da ADI.....	34
1.3.2 Teoria da transcendência dos motivos determinantes.....	38
1.4 TEORIA DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE.....	40
1.4.1 Papel do Poder Legislativo na consolidação da teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.....	46
1.4.2 Papel do Poder Judiciário na consolidação da teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.....	51
<b>2 SOBERANIA POPULAR: O ELO ENTRE PODER CONSTITUINTE E DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</b>	<b>60</b>
2.1 PODER CONSTITUINTE COMO EXPRESSÃO DA SOBERANIA POPULAR.....	60
2.2 TITULARIDADE DO PODER CONSTITUINTE: UM ASPECTO EM CONSTANTE CONSTRUÇÃO.....	68
2.3 COESÃO INTERNA ENTRE SOBERANIA POPULAR E DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	73
2.4 DEMOCRACIA DELIBERATIVA COMO ESPAÇO PARA O EXERCÍCIO DA SOBERANIA POPULAR.....	92
<b>3 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: UMA DISPUTA DE PARADIGMAS.....</b>	<b>108</b>
3.1 PARADIGMAS CONSTITUCIONAIS DA MODERNIDADE.....	108
3.1.1 Estado Liberal.....	112
3.1.2 Estado Social.....	116
3.1.3 Estado Democrático de Direito .....	121
3.2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E JURISDIÇÃO DEMOCRÁTICA.....	128
3.2.1 Fundamento de legitimidade do processo judicial.....	129
3.2.2 Densificação do processo judicial pelo paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito.....	133
3.2.3 Trabalhando com uma hipótese.....	141
3.2.4 Limites dos ativismos judiciais e mutações constitucionais: o perigo do Poder Judiciário como superego de uma sociedade órfã.....	145
3.2.5 Impacto da teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade na identidade do sujeito constitucional.....	160

<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>165</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>176</b>

## INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal, nos últimos anos, tem revisto sua posição em muitos aspectos do controle de constitucionalidade, seja no modelo difuso, seja no concentrado. É nesse contexto que se insere o problema desta dissertação, já que, em nome do incremento da defesa do sistema de direitos e garantias fundamentais, o Supremo Tribunal Federal parece se colocar em concorrência direta com o Poder Constituinte Originário, violando as autonomias jurídicas dos cidadãos.

Ora com apoio do Congresso Nacional, ora contra disposição expressa da Constituição, no Brasil, a cada dia mais, ganha força o controle abstrato de constitucionalidade e, com isso, também o órgão jurisdicional que o exerce, preponderantemente o STF. Os cientistas do direito rotulam tal fenômeno de “teoria da abstravização do controle difuso de constitucionalidade”. Sob o pretexto de incrementar a defesa do sistema de direitos e garantias fundamentais, o Supremo Tribunal Federal altera o exercício de sua jurisdição constitucional e amplia seus poderes, contrariando dispositivos constitucionais.

Visualiza-se isso, por exemplo, na criação da súmula vinculante, da súmula impeditiva de recursos (art. 518, §1º, do CPC), na repercussão geral das questões constitucionais como requisito para propositura do Recurso Extraordinário e em diversos outros dispositivos legais, constitucionais, bem como na jurisprudência do STF.

É necessário ressaltar que o principal aspecto dessa teoria ainda não está pacificado. Com efeito, está em trâmite a RCL nº 4335, que admite uma mutação constitucional ao art. 52, inciso X, da Constituição. Defende-se que esse sofreu uma mutação constitucional, capaz de alterar o papel do Senado no controle difuso de constitucionalidade. Em que pese o debate que os Ministros travam nesse ação, a teoria já foi aceita em outros julgados, como é o caso da RCL 5515 (julgada em 29 de abril de 2009, rel. Ministro Carlos Brito) e ADI-AgR 4071 (julgada em 22 de março de 2009, rel. Ministro Menezes Direito).

Pela disposição constitucional, cabe ao Senado dar efeitos *erga omnes* e *ex nunc* à decisão do STF, competência constitucional que é sensivelmente alterada, caso se consolide a teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. Por

meio dessa mutação constitucional, todos os julgados proferidos pelo Pleno do STF em controle difuso de constitucionalidade possuem efeito vinculante, e o papel do Senado seria somente de dar publicidade ao que foi decidido. De um lado, o STF amplia consideravelmente seus poderes afetos à jurisdição constitucional, e, de outro lado, o Senado tem sua atribuição reduzida, ao fundamento de que sua inércia na utilização do art. 52, inciso X, da Constituição é suficiente para alterar todo o controle difuso de constitucionalidade.

Como consequência dessa Reclamação e da crescente teoria, o STF fecha seu principal canal de comunicação com a sociedade e simplesmente torna sem efeito o disposto no art. 52, inciso X, da Constituição Federal. O controle difuso possibilita, em razão de sua vinculação a um caso concreto, que questões das mais diversas ordens sejam analisadas, com a riqueza inerente à irrepetibilidade dos fatos sociais.

Pela “teoria da abstravização do controle difuso de constitucionalidade”, o controle difuso no STF perde tal característica e passa a analisar cada Recurso Extraordinário, Mandado de Segurança, *Habeas Corpus*, como se fossem ações do controle concentrado. O resultado é a vinculação de casos futuros, com fundamento nesses julgados, de pessoas que não participaram da tomada de decisão.

Em razão do exposto, questiona-se: diante de toda essa transformação, não estaria o Pretório Excelso, com tal postura, colocando em xeque todo o sistema de direitos e garantias individuais, que parte da supremacia da Magna Carta, fruto da soberania popular, articulada pelo exercício do Poder Constituinte Originário? E ainda, qual a linha divisória entre uma mutação constitucional (legítimo exercício da hermenêutica constitucional) e a usurpação do espaço reservado à soberania popular e ao Poder Constituinte Originário?

Os impactos dessa nova teoria não são totalmente conhecidos, inclusive para o próprio STF. Isso se visualizou no julgamento da ADI 4071, em 22 de abril de 2009, que teve como Relator o Ministro Menezes Direito. No caso, o julgamento de dois Recursos Extraordinários foi o fundamento para inviabilizar a análise da ADI, por terem eles objetos similares já declarados constitucionais. Mesmo a causa de pedir aberta da ADI não foi suficiente para que a questão fosse reapreciada, agora em face de toda a Constituição.

Os impactos não se restringem a questões meramente processuais, uma vez que a identidade do sujeito constitucional brasileiro deve ser analisada com base na consolidação de tal teoria. O paradigma do Estado Democrático de Direito, à luz da teoria do discurso, servirá como pano de fundo desse estudo, que tem por premissas a coesão interna entre poder constituinte, soberania popular e direitos fundamentais.

O Poder Constituinte, como expressão máxima da soberania popular, teorizado em 1798 por Emmanuel Sieyès, representa importante instrumento de consolidação do povo como seu titular, o que fundamenta todos os paradigmas modernos. No procedimento de criação da Carta de 1988, apesar de alguns problemas de legitimidade, predominou a apoio popular como importante fator de legitimação.

Não só a Constituinte, mas também a Constituição dela resultante foi impregnada pela necessidade de participação popular, como se observa no extenso rol de direitos fundamentais, pelo referendo, pelo voto e, principalmente, pela escolha da democracia como regime de governo. Em razão do exposto, a proteção aos direitos fundamentais, juntamente com o constante exercício da soberania popular, deve ser o fundamento da legitimidade do Direito.

A coesão interna entre autonomia pública, fundamentada no exercício da soberania popular, e autonomia privada, que se dá pelo respeito aos direitos fundamentais, forma o *medium* que reclama a participação do povo na tomada das decisões, seja no processo legislativo, no administrativo, seja no judicial. O exercício legítimo do poder, nesse ínterim, somente se justifica caso o povo, natural destinatário das normas, consiga se visualizar como seu autor.

A democracia, com base em tal fundamento, não deve focar no resultado, mas na consolidação das condições procedimentais que possibilitem a participação dos afetados no debate que construirá a decisão final. Esta, portanto, é decorrência do debate e aprofundamento das ideias nas arenas de discussão. A legitimidade do direito depende disso.

A consolidação de uma democracia voltada para o procedimento permite que o direito não seja um evento exclusivamente estatal, mas que dele façam parte todos que compõem uma sociedade aberta de intérpretes. O pluralismo presente na sociedade passa a incorporar a construção dos enunciados normativos e a compor a



jurisprudência dos órgãos do Poder Judiciário.

O povo deixa de ser um aspecto meramente quantitativo para, qualitativamente, compor a decisão final do processo. Ganha relevância a democracia deliberativa como espaço para o correto exercício da soberania popular, que, à luz da teoria do discurso, possibilita o respeito às autonomias jurídicas.

Acontece que a ideia de democracia deliberativa não se restringe ao modo de atuação do Poder Legislativo e deve também influenciar diretamente a atuação do Poder Judiciário. Se a legitimidade do direito está fundamentada no princípio democrático, ela deve, de igual modo, ser o alicerce sobre o qual todo o poder é exercido, seja no Legislativo, no Executivo, seja no Judiciário.

A atividade jurisdicional, por esse prisma, tal como se deu com o Poder Legislativo, deve se adequar a uma realidade democrática. Em outras palavras, deve possibilitar a participação dos afetados e reconhecer a necessidade dessa participação no procedimento de uma sociedade aberta de intérpretes.

Partindo desse fundamento, um simples discurso do Supremo como fundamento de autoridade – resquíio do Estado Liberal e Social –, para fins de consolidar a citada teoria ao fundamento de se outorgar uma maior proteção aos direitos e garantias fundamentais, deve ser analisado com muita cautela. Especialmente quando tal postura “coincidentalmente” reforça o papel institucional do próprio órgão jurisdicional, em exclusão dos demais, pressupondo que o STF seria o exclusivo guardião da Constituição Federal.

O cuidado deve ser redobrado, pois o Pretório Excelso parece permitir uma interpretação desgarrada da Constituição, o que rechaça a própria ideia da hermenêutica constitucional como instrumento para garantia dos direitos fundamentais nos discursos jurisdicionais de aplicação do Direito. O ativismo judicial, consoante tal posicionamento, não encontra reais limites, nem mesmo nas normas constitucionais.

A partir da compreensão da coesão entre soberania popular e supremacia da Constituição, será possível evidenciar os riscos da teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade para a democracia e para a efetivação de

direito fundamentais. Tais riscos serão estudados à luz de uma leitura procedimental do paradigma do Estado Democrático de Direito, o qual se considera a via adequada para efetivação dos ideais constituintes.

Para que seja possível uma abordagem de toda a problemática exposta, no capítulo 1 serão apontados os principais aspectos do controle de constitucionalidade, de modo a diferenciar o controle abstrato, concreto, difuso e concentrado e, ao final, será analisada o que vem a ser a teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.

O estudo dessa teoria perpassa por atos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, de modo a demonstrar a preponderância deste último na consolidação desse novo aspecto do controle de constitucionalidade. Analisar-se-ão os votos disponíveis da RCL 4335, que é considerada a principal ação que trata do tema.

Demonstrada a amplitude da teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, o capítulo 2 tratará da relação entre Poder Constituinte, soberania popular e direitos fundamentais.

A partir de um conceito de povo, não como algo fechado, mas, sim, como algo em constante construção, o que possibilita incorporar novas identidades constitucionais, será desenvolvida a teoria do Poder Constituinte. Essa é a base para construir a ideia de soberania popular e relacioná-la com os direitos fundamentais, que, no Estado Democrático de Direito, coexistem como seu fundamento de legitimidade.

O conceito de democracia, destarte, ganha peculiar relevância. Como governo do povo, pelo povo e para o povo, deve propiciar a este a participação na tomada das decisões. O foco não é apenas a decisão final, mas também a efetiva influência popular no procedimento, que leva a construção da decisão final. Durante este estudo, um conceito procedimental da democracia reclamará uma mudança de postura do Parlamento, que deve efetivamente integrar à decisão final o povo em seu aspecto qualitativo.

Para o capítulo 3 é lançado um desafio, ao mesmo tempo que se verifica a adequação da teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade a uma democracia deliberativa. O capítulo gira em torno da possibilidade de

democratizar o processo judicial, tradicionalmente marcado por uma feição nitidamente unilateral e não democrática. Em razão dessa problemática, um questionamento é levantado: seria a legitimidade, no Estado Democrático de Direito, exaurida pela investidura do agente público (magistrado) no cargo que ocupa ou de um procedimento que requer uma construção racional, juridicamente consistente e democrática, que seja capaz de efetivamente influenciar a construção da decisão final?

Dois paradigmas da modernidade se debruçaram sobre a questão da legitimidade do direito, com respostas que, naquele dado momento histórico, pareciam as mais adequadas. O estudo dos paradigmas liberal e social é necessário para entender a evolução do problema posto, de modo a delimitar suas características, seus limites de atuação e, principalmente, para que o Estado Democrático de Direito não recaia nos mesmos problemas do passado.

Colocadas as diferenças entre os paradigmas, verificar-se-á como se dá a atuação de uma jurisdição democrática à luz do paradigma procedimentalista do Estado Democrático de Direito, cujo fundamento parte da coesão interna entre autonomia pública e autonomia privada.

Por fim, será analisada a adequação da teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade à jurisdição democrática e a repercussão do novo controle difuso de constitucionalidade na identidade do sujeito constitucional.

Como se observa, a dissertação terá como fim um estudo sistemático da Constituição, tendo como norte a doutrina e as decisões do Supremo Tribunal Federal. Ao formar uma base teórica composta, entre outros cientistas de respeito, por Habermas, Häberle, Maus e Rosenfeld, e, no Brasil, por Cattoni e Streck, buscou-se uma abordagem procedimentalista do direito, voltada para o discurso.

Com a finalidade de melhor integrar as fontes de estudo, foi escolhido o método de abordagem hermenêutico. Por meio da interpretação das diversas fontes do direito será possível responder ao objeto da dissertação, de forma a possibilitar a análise do que vem a ser a teoria da objetivação do controle difuso.

Utilizar-se-á também o método indutivo, pois parte-se da observação de fatos e

fenômenos da realidade para concluir uma verdade geral, não contida na premissa inicial. Este método busca “levar a conclusões cujo conteúdo é muito mais amplo do que o das premissas nas quais se basearam” (MARCONI, 2004, p. 53).

O tipo de pesquisa a ser utilizado será o exploratório, pelo fato de o tema envolver diretamente a análise bibliográfica, com exemplos para fins de estimular a compreensão (GIL, 2002, pg. 42).

Contudo, para fins de estudo das jurisprudências do Supremo Tribunal Federal, a pesquisa descritiva documental terá importante aplicabilidade. Ressalta-se também a adoção da pesquisa histórica para fins de análise da jurisprudência do referido tribunal ao longo dos anos. Salientam Cervo e Bervian que, na pesquisa documental, “[...] são investigados documentos a fim de se poder descrever e comparar usos e costumes, tendências, diferenças e outras características”. A pesquisa documental “estuda a realidade presente, e não o passado, como ocorre com a pesquisa histórica”(CERVO, BERVIAN, 2002, p.67).

Ainda para fins de estudo da jurisprudência do STF, em relação ao julgamento em curso atualmente (Reclamação nº 4.335), utilizar-se-á a técnica de estudo de caso. O critério da escolha consiste no fato de ser essa a principal ação no Supremo a tratar do objeto a ser discutido. A confirmação da tendência do pensamento da referida corte reclama esse tipo de análise com fim de entender a relevância desse novo paradigma.

O estudo do caso proposto possui relevância por possibilitar um exame mais detalhado da tendência do Pretório Excelso, em especial, o voto do Ministro Gilmar Mendes, que trata com detalhes a trajetória do STF até os dias atuais para adotar a teoria da abstrativização.

A análise do problema somente será possível pela demonstração da sensível relação entre Poder Constituinte, soberania popular, direitos fundamentais, hermenêutica e jurisdição constitucional. Existe entre tais institutos um liame jurídico que, ao mesmo tempo lhes outorga fundamento de validade e os aproxima do conceito procedimental de democracia.

Isso somente é possível quando os cidadãos, naturais destinatários das normas e

dos direitos, podem também se ver como seus autores. A criação legítima do direito tem por alicerce um procedimento que possibilite a incorporação dos fluxos comunicativos da sociedade. O direito, portanto, deve criar o seu fundamento de validade, que é reflexo da práxis de autodeterminação dos cidadãos, em razão da coesão entre direitos fundamentais e soberania popular.

Sem assegurar uma autonomia privada ao cidadão, não seria possível institucionalizar mecanismo de participação popular, uma vez que o cidadão deve incorporar direitos, como a igualdade e a liberdade, para que seja possível deliberar e dialogar nos foros públicos. Do mesmo modo, a autonomia pública deve ser incorporada ao sistema jurídico, para que os cidadãos possam deliberar de que forma se dará a criação e a implementação de determinado direito.

Como se observa, as autonomias jurídicas são codependentes e estão na base do direito, outorgando-lhe fundamento de validade. Constituição e democracia estão, pelo mesmo fundamento, umbilicalmente ligadas, e o Estado Democrático de Direito possibilita um *locus* de convivência entre ambos, como resultado natural da coesão interna existente entre soberania popular e direitos fundamentais, exigência do atual paradigma constitucional.

Em razão do exposto, é com fundamento no paradigma procedimentalista do Estado Democrático de Direito que deve ser feita a releitura das atividades legislativa e jurisdicional. À luz da teoria do discurso, uma sociedade aberta de intérpretes deve contribuir qualitativamente para a construção da integridade do direito, ao possibilitar, finalmente, o reconhecimento do povo como um real fator de legitimação da democracia.

# 1 ASPECTOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

## 1.1 CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

A fim de entender o problema proposto nesta dissertação, faz-se necessário um breve estudo do que vem a ser controle de constitucionalidade difuso, concreto, abstrato e concentrado. Serão abordados alguns aspectos históricos e as principais características de cada instituto, bem como analisar-se-á sua importância dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Ao final do presente capítulo, será demonstrado como os quatro institutos acima, inicialmente independentes pela tradição histórica no Brasil e no mundo, interagem, por meio de um liame jurídico, dentro da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Inicialmente será tratado do controle difuso de constitucionalidade.

O controle difuso de constitucionalidade possibilita, no exercício da Jurisdição, que todos os juízes e tribunais verifiquem, no caso concreto a constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo. Em outras palavras, os magistrados possuem a competência para afastar a aplicação da lei, na hipótese desta se mostrar inconstitucional *in concreto*.

Isso ocorre porque a Jurisdição no Estado Democrático de Direito não se presta a uma atuação desgarrada da Constituição Federal. Pelo contrário, deve-se pensar na Jurisdição como uma Jurisdição Constitucional, ou seja, tendo como limites e possibilidades hermenêuticas a Constituição e os direitos e garantias fundamentais.

Nesses termos, Coura (2008, p. 312) afirma que,

como o controle de constitucionalidade é incumbência funcional de todos os juízes no Brasil, o que inclui não apenas negar aplicação às normas inconstitucionais, como também interpretar conforme a Constituição, promovendo ativamente a efetivação dos direitos e garantias fundamentais a cada decisão, toda jurisdição é jurisdição constitucional.

Portanto, o controle difuso de constitucionalidade concretiza o exercício de uma Hermenêutica Constitucional, ao fundamento de que a atuação dos magistrados (juízes e tribunais) somente é legítima se em conformidade com a Carta Magna.

O marco histórico do controle difuso de constitucionalidade tem por base o precedente (*leading case*) que envolveu William Marbury e James Madison, julgado, em 1803, pelo *Chief Justice* John Marshall. Inaugurou-se, então, o sistema americano da *judicial review of legislation*, que possibilitou, pela primeira vez, ao Judiciário controlar a constitucionalidade de determinados atos.

Além de afirmar a supremacia da Lei Suprema, o *leading case* possibilitou ao magistrado, em um caso concreto, negar a aplicação da lei contrária à Constituição. Para tanto, Marshall teve por fundamento o artigo VI, cláusula 2<sup>o</sup><sup>1</sup>, da Constituição americana, que consagrou a *supremacy clause*.

No caso (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 63-73), Marshall, até então Secretário de Estado do Presidente John Adams, auxiliou o presidente, no último dia do seu mandato, a nomear diversos correligionários. Contudo, Marshall não conseguiu a tempo entregar a todos os interessados as nomeações. O novo presidente eleito – Thomas Jefferson –, por intermédio de James Madison, recém-nomeado Secretário de Estado, sustou as nomeações pendentes, o que diretamente prejudicou William Marbury na sua posse como juiz de paz no Condado de Washington.

Em razão da problemática exposta, William Marbury moveu uma ação judicial (*writ of mandamus*) na Suprema Corte Americana em face de James Madison, a fim de obrigar este a empossá-lo.

John Marshall, além de ex-Secretário de Estado, também era *Chief Justice* (Ministro da Suprema Corte Americana). Ao julgar o caso, em vez de se dar por impedido em face do seu manifesto interesse, não só tomou parte no julgamento, como também liderou seus pares pela procedência da ação. No entanto, em razão da opinião pública e da ameaça de *impeachment* dos juízes da Suprema Corte, John Marshall viu-se obrigado a mudar o curso do julgamento e, para tanto, fez uso, pela primeira

---

<sup>1</sup> Artigo VI, cláusula 2<sup>a</sup>, da Constituição norte-americana: “Esta Constituição, as leis dos Estados Unidos em sua execução e os tratados celebrados ou que houverem de ser celebrados em nome dos Estados Unidos constituirão o direito supremo do país. Os juízes de todos os Estados dever-lhes-ão obediência, ainda que a Constituição ou as leis de algum Estado disponham em contrário”.

vez, do controle difuso de constitucionalidade. Reconheceu a inconstitucionalidade de dispositivo infralegal que concedeu à Suprema Corte competência para julgar o caso, ao fundamento de que somente a Constituição seria instrumento legítimo para determinar regras de competência para o referido Tribunal.

No Brasil, ausente na Constituição imperial de 1824, o controle difuso de constitucionalidade teve seu início com o Decreto nº 848, de 1890, que possibilitou à magistratura, desde que por provocação das partes, controlar a constitucionalidade das leis (BARROSO, 2009a, p.62). Como informam Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 1035-1036), sua previsão em nível constitucional ocorreu no ano seguinte, com a Constituição de 1891, a qual causou um choque cultural por implantar o sistema da *judicial review* norte-americana no Brasil, mas sem um instrumento capaz de garantir a eficácia geral das decisões ou dos precedentes julgados pela Suprema Corte (trata-se do princípio da *stare decisis*<sup>2</sup>, até então inexistente no Brasil).

Essa deficiência foi amenizada com a Constituição de 1934, que previu, pela primeira vez, a competência do Senado para suspender com eficácia *erga omnes* as decisões de inconstitucionalidade da Suprema Corte. Essa participação do Senado no controle difuso de constitucionalidade, que só não esteve presente na Constituição de 1937, foi mantida até a atual Constituição Federal (BARROSO, 2009a, p. 63).

O estudo do controle difuso de constitucionalidade na atual Carta Magna, como proposta pelo Poder Constituinte em 1988, é necessário para entender o que vem a ser a Teoria da Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade.

O controle difuso somente se justifica em face de um caso concreto para que qualquer juiz possa analisar a constitucionalidade de determinada lei. Faz-se necessária a presença de um litígio, como ocorre numa ação ordinária, *habeas corpus*, mandado de segurança, dentre outros, para que possa o Poder Judiciário se

---

<sup>2</sup> Pela doutrina do *stare decisis*, deve ser dado o devido peso ao precedente judicial da Suprema Corte. Nos Estados Unidos, pela adoção do controle difuso de constitucionalidade, qualquer juiz controla a constitucionalidade das leis, mas quando a Suprema Corte decide (ainda em controle difuso), em razão da adoção do *stare decisis*, o precedente é vinculante para os demais órgãos do Poder Judiciário. Existindo um precedente (*leading case*), a eficácia vinculante do *stare decisis* se impõe, e sua eficácia horizontal abrange a obrigação posterior de todos os juízos de mesma hierarquia ou da Corte que proferiu o julgado de seguir o que foi decidido, ao passo que a eficácia vertical abrange a vinculação dos juízes inferiores ao que foi decidido por uma corte superior (APPIO, 2008, p. 60).



manifestar sobre a questão. A partir de um caso concreto, o magistrado poderá verificar uma questão concreta de inconstitucionalidade.

O caso levado ao Poder Judiciário possui como pedido o bem jurídico da vida a ser tutelado e, para que o juiz possa deferir-lo, deverá declarar a inconstitucionalidade de determinada regra. Assim, a análise da constitucionalidade é um incidente (ou seja, é declarada *incidenter tantum*, por uma via de defesa ou de exceção) que ocorre durante o processo e é essencial para o deslinde da causa. O incidente não resolve o objeto principal da lide, mas a questão prévia e necessária para seu julgamento.

Por isso, a inconstitucionalidade não é o pedido feito pelo autor. A declaração da inconstitucionalidade é o fundamento jurídico necessário e imprescindível para que o pedido da ação seja julgado procedente. O motivo de se pedir um determinado bem da vida tem por base a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, ou seja, a causa de pedir da ação. Portanto, é verdadeira questão prejudicial, não se confundindo com o mérito. Ela precisa ser decidida previamente, como pressuposto lógico e necessário da solução do problema principal.

Como se depreende das regras do Direito Processual Civil, a causa de pedir não transita em julgado, o que possibilita sua ampla rediscussão em inúmeros outros processos, inclusive com decisões díspares, por admitir que outros magistrados julguem livremente a constitucionalidade da norma. A coisa julgada incidirá no pedido, que representa o bem jurídico da vida pretendido, não se confundindo com a questão prejudicial da inconstitucionalidade.

A competência para julgamento da inconstitucionalidade incidental é conferida a todos os juízes e tribunais existentes no Brasil no curso do processo de sua competência, desde o juiz de primeiro grau até o Supremo Tribunal Federal. Não há concentração em um órgão com finalidade específica, como ocorre no controle concentrado de constitucionalidade.

A inconstitucionalidade da lei ou ato normativo pode ser suscitada pelas partes (autor e réu), os terceiros que tenham intervindo no processo (BARROSO, 2009a, p. 82) ou pelo Ministério Público – como parte ou *custus legis* (DIDIER, 2007, p. 434) – no curso do processo, bem como pelos magistrados *ex officio* (juiz ou tribunal).

O controle difuso de constitucionalidade, como já foi dito, tem por base o caso concreto. Como se dá em qualquer ação ordinária, seja em primeira instância, seja via recurso em tribunal, como regra, os efeitos da coisa julgada somente atingem as partes do processo. Mesmo que, durante o processo, seja incidentalmente declarada a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, tal regra não se altera.

Em outras palavras, a lei somente deixa de ser aplicada no processo em que foi declarada inconstitucional, continuando plenamente válida no ordenamento jurídico e obrigatória para todos.

Somente na hipótese de remessa ao Senado Federal<sup>3</sup> pelo Supremo Tribunal do que foi decidido é que se outorgará efeito *erga omnes*, o que representa uma exceção à regra analisada.

Além da regra geral do efeito *inter partes*, a decisão no controle difuso possui efeito *ex tunc*. Ou seja, por ser a lei declarada nula, os efeitos da decisão retroagem ao seu nascedouro, de modo a tornar inválidos todos os atos que tenham tido como base tal lei.

Excepcionalmente, o Supremo Tribunal Federal tem aplicado analogicamente o art. 27<sup>4</sup> da Lei nº 9.868/1999, admitindo a modulação dos efeitos da decisão. Nesse caso, a Colenda Corte pode restringir os efeitos da declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

No que diz respeito ao objeto do controle difuso de constitucionalidade, esse controle pode ser exercido “em relação a normas emanadas dos três níveis de poder, de qualquer hierarquia, inclusive anteriores à Constituição” (BARROSO, 2009a, p. 84). Ressalta-se a possibilidade do controle da constitucionalidade das normas anteriores à Constituição. Há dois parâmetros para aferição da constitucionalidade dessas normas. De um lado, elas podem ser analisadas em face

---

<sup>3</sup> Art. 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988: “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

<sup>4</sup> Art. 27 da Lei nº 9.868/1999: “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

da Constituição da época em que foram criadas; de outro lado, podem ser analisadas com base na nova Constituição. No primeiro caso serão declaradas inconstitucionais, mas, no segundo, fala-se na sua não recepção pela nova Constituição.

### **1.1.1 Controle difuso nos tribunais**

Como regra, o juiz de primeiro grau possui competência para declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo no caso concreto. No entanto, quando o processo se desenvolve, originariamente ou pela via recursal, em um tribunal, o magistrado, a turma ou a câmara não possuem competência para declarar a inconstitucionalidade da lei.

No tribunal, em razão do disposto no art. 97<sup>5</sup> da Constituição Federal, a declaração de inconstitucionalidade de uma norma cabe estritamente ao Pleno ou ao Órgão Especial do Tribunal. Trata-se da chamada “cláusula de reserva de plenário”, que veta à Câmara ou a Turma, quando suscitada a inconstitucionalidade de uma lei, decida a questão por não representa a maioria absoluta do tribunal, devendo remeter os autos para o Pleno ou Órgão Especial para análise da matéria. A votação se dará por maioria absoluta dos votos (regra do *full bench*).

Ocorre, nesse momento, a cisão funcional de competência. De um lado, cabe ao Pleno se manifestar sobre o incidente de inconstitucionalidade, ao passo que, ao final desse incidente, cabe à Turma ou Câmara se manifestar sobre o caso concreto que está sendo discutido.

Ressalta-se que a cláusula de reserva de plenário somente se refere à declaração da inconstitucionalidade e não se aplica quando o fim for declarar a constitucionalidade da norma. Ou seja, por ser toda norma presumidamente constitucional, o incidente de inconstitucionalidade somente tem aplicação na declaração da inconstitucionalidade da norma (e não o contrário).

---

<sup>5</sup> Art. 97 da Constituição Federal: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

Suscitada a inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo do poder público, a Turma ou a Câmara está vinculada à necessidade da remessa ao Pleno ou Órgão Especial. Existe uma obrigatoriedade no processamento do incidente, salvo em três casos: (a) quando o Pleno ou Órgão Especial do Tribunal em que foi suscitada a inconstitucionalidade ou o Supremo Tribunal Federal já tiver se manifestado sobre aquela lei ou ato normativo (aplicação do parágrafo único do art. 481 do CPC<sup>6</sup>); (b) quando a câmara ou turma reputar constitucional a lei ou ato normativo questionado; (c) “se a causa já estiver tramitando no órgão especial ou tribunal pleno” (DIDIER, 2007, p. 433), pois, em alguns casos, o próprio Pleno ou o Órgão Especial já é competente para o julgamento de toda a causa, podendo-se citar, por exemplo, o caso em que é impetrado um mandado de segurança em face do Governador do Estado, uma vez que muitos Tribunais já determinam a competência do pleno ou do órgão especial para julgar tal mandando de segurança.

Apesar de o incidente ocorrer num caso concreto, o que demonstra ser hipótese de controle difuso de constitucionalidade, trata-se de um processo objetivo, já que analisa a lei em abstrato, tal como ocorre numa Ação Direita de Inconstitucionalidade. Em razão de tal fundamento, é considerado um incidente de natureza estritamente objetiva<sup>7</sup>. Tal ponto será novamente abordado dentro do item relativo à Teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, pois pode ser apontado como um dos fundamentos de tal mutação constitucional.

### **1.1.2 Controle difuso no Supremo Tribunal Federal**

O controle difuso possibilita a todos os juízes e tribunais o controle da constitucionalidade das leis. O Supremo Tribunal se inclui nessa competência, o que não se confunde com sua competência exclusiva no controle abstrato de constitucionalidade das leis em face da Constituição Federal.

---

<sup>6</sup> Parágrafo único do art. 481 do Código de Processo Civil: “Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”.

<sup>7</sup> A cláusula de reserva de plenário é instrumento do controle difuso de constitucionalidade; todavia, é exemplo de procedimento objetivo, o que significa dizer que o tribunal, quando for decidir se a lei é constitucional ou não, decidirá a questão abstratamente, em tese (como se estivesse em uma ADI). Tanto é verdade que ele vai analisar tal questão apenas uma vez, pois essa decisão vincula o tribunal para as causas similares futuras (DIDIER, 2007, p. 432).

O controle difuso no Supremo Tribunal Federal pode ser provocado por meio de recursos, como ocorre no Recurso Extraordinário ou no Recurso Ordinário Constitucional, ou ainda em qualquer hipótese de sua competência originária, por intermédio de um Mandado de Segurança ou *Habeas Corpus*, entre outros.

Do mesmo modo com foi analisado no tópico antecedente, somente o Pleno do Pretório Excelso – e não suas Turmas – possui competência para julgar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo. Por esse motivo, todos os pontos anteriormente analisados são aqui aplicados, mas com uma peculiaridade.

Como regra, no procedimento dos demais tribunais, ocorre a cisão funcional de competência, cabendo, de um lado, ao Pleno ou Órgão Especial se manifestar sobre o incidente de inconstitucionalidade, lavrando ao final um acórdão, e, de outro lado, com o trânsito em julgado desse acórdão, compete à Turma ou Câmara se manifestar sobre o caso concreto (questão principal e demais questões incidentais).

Situação diferente ocorre no Supremo Tribunal Federal. Com fundamento nos art. 176 a 178 do Regimento Interno ocorrerá a remessa de todo o procedimento para ser julgado pelo Pleno, não ocorrendo a cisão funcional de competência. A remessa, portanto, abrange toda a causa (questões principais, prejudiciais, preliminares, dentre outros) e não está restrita ao incidente de inconstitucionalidade. Ademais, por ser o incidente uma decisão interlocutória, não enseja a lavratura de um acórdão, bem como o Procurador-Geral da República deverá ser ouvido antes da declaração da inconstitucionalidade pelo Pleno.

Declarada a inconstitucionalidade incidental em um processo no Supremo Tribunal Federal, consoante dispõe o art. 178<sup>8</sup> do Regimento Interno do STF, transitada em julgado a causa, far-se-á a comunicação ao Senado Federal para aplicação do art. 52, inciso X, da Constituição Federal. A remessa pelo Supremo Tribunal Federal ao Senado é discricionária (NOVELINO, 2008, p. 76), comunicando quando e se quiser (conveniência e oportunidade).

---

<sup>8</sup> Art. 178 do Regimento Interno do STF: “Declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade, na forma prevista nos arts. 176 e 177, far-se-á comunicação, logo após a decisão, à autoridade ou órgão interessado, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, para os efeitos do art. 52, X, da Constituição”.

Apesar da discricionariedade, a partir do momento em que o Senado opta pela suspensão, só pode exercer tal atribuição nos exatos termos do que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, não podendo ir além ou mesmo suspender a menos. Caso o Senado não siga tal regramento, cabe Ação Direta de Inconstitucionalidade em face da Resolução<sup>9</sup>.

Duas são as principais finalidades de tal disposição constitucional: (a) outorgar efeito *erga omnes* a uma decisão que até então possui efeito *inter partes*, ou seja, todos estarão, a partir da suspensão pelo Senado, submetidos a tal decisão; (b) a decisão que possuía efeito *ex tunc*, após a suspensão pelo Senado, passa a ter efeito *ex nunc*, haja vista o fato de a “suspensão da execução” da lei ou ato normativo incidir na eficácia da norma.

## 1.2 CONTROLE CONCRETO E ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle concreto de constitucionalidade decorre da necessidade da presença de um litígio, como ocorre numa ação ordinária, *habeas corpus*, mandado de segurança, entre outros, para que possa o juiz se manifestar sobre a questão (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 99). A partir de um caso submetido ao Poder Judiciário, o magistrado poderá verificar uma questão concreta de inconstitucionalidade.

Já no controle abstrato de constitucionalidade, quando o magistrado for decidir se a lei é constitucional ou não, ele decidirá a questão abstratamente, em tese. Não tem por base um caso concreto.

Como regra, no Brasil, o controle abstrato se limita a um órgão, de acordo com o respectivo parâmetro: em face da Constituição Federal, é competente o STF, em face da Constituição Estadual, é competente o Tribunal de Justiça do respectivo estado. No entanto, existe um caso em que o controle abstrato envolve mais de um tribunal. Trata-se da situação em que a lei estadual ou municipal é impugnada em controle abstrato perante o Tribunal de Justiça por violar disposição da Constituição Estadual que reproduz dispositivos constitucionais federais de observância

---

<sup>9</sup> ADI 3929, julgada em 29 de agosto de 2007, da relatoria da Ministra Ellen Gracie.

obrigatória. Somente nesse caso será cabível Recurso Extraordinário ao STF<sup>10</sup>, o que não descaracteriza o controle abstrato, já que, em nenhum momento, se tem um caso concreto.

Ademais, coincidentemente, no Brasil, existe uma ligação, de um lado, entre o controle difuso e o controle concreto e, de outro lado, entre o controle concentrado e o abstrato.

O controle difuso, exercido por todos os magistrados, dá-se em um caso concreto que se apresenta por um Mandado de Segurança, ação ordinária ou mesmo pela via recursal. Tem-se, simultaneamente, controle de constitucionalidade difuso e concreto.

O controle concentrado, exercido por um único órgão ou por número limitado de órgãos criados especificamente para esse fim, ocorre em controle abstrato, ou seja, analisa-se a lei em tese (BARROSO, 2009a, p. 47). O STF, numa Ação Direta de Inconstitucionalidade, possui competência originária para controlar a constitucionalidade em tese das leis. Apresenta-se simultaneamente como controle concentrado e abstrato. Mesmo no caso em que o controle abstrato envolve mais de um tribunal, tem-se caso de controle concentrado (mais de um órgão para o mesmo fim, qual seja, o de analisar em tese a norma).

### 1.3 CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

Como foi exposto acima no sistema concentrado, o controle de constitucionalidade é exercido por um único órgão ou por um número limitado de órgãos que são criados precipuamente para esse fim ou que possuem nessa atividade uma de suas funções principais (BARROSO, 2009a, p. 47).

Desse modo, não é o número de órgãos que é determinante para a classificação como controle difuso ou concentrado. É possível se falar em controle concentrado mesmo no caso de existir mais de um órgão, desde que tenham sido criados para o mesmo fim ou que tenham nessa atividade sua função principal.

---

<sup>10</sup> RCL 358, julgada em 8 de junho de 2001, Rel. Ministro Moreira Alves.

Desenvolvido primeiramente, o controle difuso de constitucionalidade do direito norte-americano não encontrou campo fértil em países da Europa, uma vez que, nesses países, o sistema que prevaleceu foi o controle concentrado de constitucionalidade (chamado “sistema austríaco” ou “sistema europeu”).

Idealizado por Hans Kelsen, criou-se um órgão especial para o controle de constitucionalidade. O primeiro país a implantar esse sistema foi a Áustria, uma vez que Kelsen propôs ao governo desse país a criação de um Tribunal Constitucional, o que ocorreu com a Constituição de 1920.

Somente esse Tribunal era competente para analisar a constitucionalidade das leis, com a exclusão de todos os demais. Não poderia, por exemplo, um juiz aferir a constitucionalidade de uma lei, mesmo num caso concreto que lhe fosse submetido a julgamento. Na Áustria, os juízes não possuíam legitimidade para suscitar o controle abstrato de constitucionalidade, o que determinava a obrigatória aplicação da lei inconstitucional pelo Magistrado. A Itália e a Alemanha, ao adotarem o “sistema austríaco”, não repetiram tal equívoco e concedam legitimidade a todos os magistrados para instaurarem o controle concentrado, de modo a ficar suspenso o processo até a solução da constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional.

Em razão do exposto, “o controle de constitucionalidade não seria propriamente uma atividade jurisdicional, mas uma função constitucional, que melhor se caracterizaria como uma atividade legislativa negativa” (BARROSO, 2009a, p. 19). Essa função legislativa negativa levava necessariamente à adoção por Kelsen da tese da anulabilidade da decisão final do Tribunal Constitucional. Isso outorgava efeito *ex nunc* à decisão, com eficácia *erga omnes* (eficácia contra todos) a partir do julgado.

A inexistência do efeito retroativo da decisão final foi uma das críticas a esse sistema, tanto que diversos países europeus (como a Itália e a Alemanha), ao adotarem o “sistema austríaco” de constitucionalidade, concederam a ele efeitos *ex tunc*.

No Brasil, a Constituição de 1934 foi a primeira a tratar da representação interventiva (atual ação direta de inconstitucionalidade interventiva), de competência do STF, mediante provocação do Procurador-Geral da República (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1039). No entanto, o modelo de controle concentrado de



constitucionalidade como conhecido hoje foi inaugurado com a Emenda Constitucional número 16, à Constituição de 1946 (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1044). Tal emenda criou a representação de inconstitucionalidade (atual ação direta de inconstitucionalidade por ação), de competência do STF, mediante provocação exclusiva do Procurador-Geral da República.

Na atual Constituição, é legítimo o STF para efetuar o controle concentrado em face da Constituição Federal, por exemplo, por meio de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade. Já em face da Constituição do Estado, os Tribunais de Justiça do respectivo Estado serão os competentes.

Diferente do controle difuso, em que a questão é prejudicial (causa de pedir) e cujo incidente de inconstitucionalidade subordina a resolução da demanda, no controle concentrado o juízo de constitucionalidade é o próprio objeto da ação, a questão principal a ser enfrentada.

Trata-se do pedido na ação. Por isso, fala-se que o Tribunal competente no controle concentrado resolve a questão principal (por exemplo, o pedido de declaração de inconstitucionalidade de um ato normativo), sem estar vinculado a qualquer caso concreto.

Em síntese, como afirma Cunha Júnior (2008, p. 168),

chama-se principal, porque só pode ser provocado mediante a propositura de ações especiais e diretas que veiculam questões constitucionais como o próprio objeto ou pedido principal da demanda, e não como simples fundamento ou causa de pedir de alguma pretensão. No controle concentrado-principal de constitucionalidade, as partes legitimadas propõem ao órgão judiciário competente (Superior Tribunal Federal ou Tribunais de Justiça, a depender da hipótese) uma fiscalização abstrata ou em tese da validade das leis ou atos normativos do poder público em confronto com o texto constitucional.

Compostas em rol taxativo, são cinco as ações do controle concentrado, assim relacionadas: (a) Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica ou por Ação (art. 102, inciso I, alínea 'a', da Constituição Federal de 1988); (b) Ação Declaratória de Constitucionalidade (art. 102, § 1º, da Constituição Federal de 1988); (c) Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (art. 103, § 2º, da Constituição Federal de 1988); (d) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (art. 36, inciso III,

da Constituição Federal de 1988) e; (e) Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva (art. 102, inciso I, alínea 'a', da Constituição Federal de 1988).

Apesar de cada ação do controle concentrado possuir suas peculiaridades, é possível verificar diversos pontos que elas têm comum e que as diferenciam substancialmente do controle difuso de constitucionalidade anteriormente.

Primeiramente, todas as ações são hipótese de processo objetivo. Significa dizer que o Supremo Tribunal Federal, quando for decidir se a lei é constitucional ou não, decidirá a questão abstratamente, em tese. Por inexistir uma lide, não é possível que a ADI seja composta por partes (autor e réu), tanto que seus legitimados agem em nome do interesse público e não em nome próprio.

Como foi exposto, a causa de pedir na ADI é aberta e, portanto, no seu julgamento, o STF não está vinculado aos motivos e fundamentos apontados pelo legitimado como capazes de ensejar a inconstitucionalidade. Como consequência, cabe ao STF analisar todos os fundamentos que possam levar à inconstitucionalidade da norma apontada na inicial. Por isso, o Tribunal tem como norma constitucional parâmetro todo o bloco de constitucionalidade<sup>11</sup>.

No entanto, o legitimado não está dispensado de apontar a norma ou fundamento constitucional que está sendo violado (princípio da especificação das normas<sup>12</sup>).

---

<sup>11</sup> No Brasil, como regra, somente a Constituição e suas Emendas Constitucionais possuiriam *status* constitucional. No entanto, desde 2002, tem-se admitido a ideia de que as normas constitucionais não se esgotam no texto literal da Constituição. O resultado disso é o acolhimento do que se tem chamado de “bloco de constitucionalidade” (a Constituição não é o único parâmetro no controle de constitucionalidade).

A partir da ADI 595 (julgada em 18 de fevereiro de 2002, rel. Ministro Celso de Mello), o Pretório Excelso começou a aceitar a abertura da norma constitucional parâmetro, consagrando-se a possibilidade de servir como parâmetro os princípios implícitos da ordem constitucional vigente.

Ademais, a partir da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, todos os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil e aprovados pelo rito do § 3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988 também compõem o bloco de constitucionalidade e, portanto, servirão de norma parâmetro para fins de controle de constitucionalidade.

No que diz respeito aos tratados de direitos humanos anteriores à Emenda Constitucional nº 45, de 2004, pela tese da supralegalidade adotada pelo Supremo Tribunal Federal, não poderão ser normas parâmetro no controle concentrado de constitucionalidade, salvo se passarem pelo rito da Emenda Constitucional. Assim, em regra, tais tratados não compõem o bloco de constitucionalidade, localizando-se entre a Constituição e as demais leis.

Em síntese, compõem hoje, no Brasil, o “bloco de constitucionalidade”: a Constituição Federal de 1988, suas Emendas Constitucionais, os tratados de direitos humanos aprovados pelo rito da Emenda Constitucional e os princípios implícitos da ordem constitucional vigente.

<sup>12</sup> “É certo que o Supremo Tribunal Federal não está condicionado, no desempenho de sua atividade jurisdicional, pelas razões de ordem jurídica invocadas como suporte da pretensão de inconstitucionalidade deduzida pelo legitimado da ação direta. Tal circunstância, no entanto, não

Mera alegação genérica de violação da Constituição Federal resulta na inépcia da inicial<sup>13</sup>.

Em que pese a necessidade de se especificar a norma constitucional violada, a *causa petendi* aberta permite ao STF declarar a inconstitucionalidade de um artigo ou norma com base em dispositivo constitucional diverso do apontado pelo legitimado na inicial como fundamento da incompatibilidade com a Constituição Federal. De tal característica não se pode concluir pela não vigência, nos processos objetivos, do princípio da congruência ou correlação entre pedido e julgamento. A amplitude acima mencionada reside no fundamento (causa de pedir), e não no pedido.

Outra característica relevante consiste na imprescritibilidade. O direito de ação, nos processos objetivos, diferentemente das regras ordinárias do processo civil, não está vinculado a um prazo – seja decadencial ou prescricional – para seu exercício. Enquanto a norma inconstitucional estiver no sistema, é possível fazer uso da ADI.

Ressalta-se também a impossibilidade de desistência. Consoante o art. 5º da Lei nº 9.868/1999, proposta a ADI, não pode o legitimado dela desistir. Do mesmo modo, não pode o autor da ação desistir do pedido de medida cautelar. O fundamento decorre do fato de que a ADI não possui partes (autor e réu). Trata-se de processo objetivo, em que seus legitimados agem em nome do interesse público e não em nome próprio.

Tem-se ainda a inaplicabilidade das regras de suspeição e impedimento. É entendimento do STF<sup>14</sup> que não se aplicam ao controle concentrado de

---

suprime ao legitimado o dever processual de motivar o pedido e de identificar, na Constituição, em obséquio ao princípio da especificação das normas, os dispositivos alegadamente violados pelo ato normativo que pretende impugnar. Impõe-se ao legitimado, no processo de controle concentrado de constitucionalidade, indicar as normas de referência – que são aquelas inerentes ao ordenamento constitucional e que se revestem, por isso mesmo, de parametricidade – em ordem a viabilizar, com apoio em argumentação consistente, a aferição da conformidade vertical dos atos normativos de menor hierarquia” (ADI 514, julgada em 24 de março de 2008, rel. Celso de Mello. Acórdão de inteiro teor noticiado no Inf. 499 do STF).

<sup>13</sup> Art. 3º, inciso I da Lei 9.868/1999: Art. 3º. A petição indicará: inciso I - o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações.

<sup>14</sup> Nesse sentido é a ADI 3345, julgada em 25 de agosto de 2005 e noticiada no Inf. 398 do STF. No julgamento dessa ADI “reconheceu-se inexistir, em relação aos Ministros Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso e Ellen Gracie, que subscreveram, no TSE, o ato impugnado, qualquer hipótese de impedimento ou suspeição para julgamento das ações diretas em questão, haja vista o entendimento

constitucionalidade as regras de suspeição e impedimento por ser hipótese de processo objetivo.

### 1.3.1 Efeitos da Decisão Final da ADI

Proferida a decisão final da ADI, esta é irrecorrível, não se admitindo ação rescisória ou recurso, salvo a interposição de embargos de declaração<sup>15</sup>.

Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar, em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União, a parte dispositiva do acórdão<sup>16</sup>. Deve-se ter muito cuidado com essa assertiva, pois a eficácia da decisão de mérito incide na parte dispositiva do julgado e, segundo julgados do STF<sup>17</sup>, tem início desde a publicação da ata de julgamento, e não a partir da publicação ou do trânsito em julgado do acórdão.

No que diz respeito aos efeitos produzidos pela decisão de mérito ao final da ADI, pode-se citar os efeitos vinculante, *erga omnes*, *ex tunc*, a modulação dos efeitos e o efeito repristinatório (LENZA, 2009, p. 237).

Pelo efeito vinculante, o que for decidido na ADI, seja pela constitucionalidade, seja inconstitucionalidade da norma, torna-se obrigatório para todos, e seu descumprimento enseja o manejo da Reclamação diretamente no Supremo Tribunal Federal. A reclamação, cuja natureza jurídica reside no “direito de petição” (pelo STF não se trata de ação autônoma ou recurso), consiste em ação de competência originária do STF (outros tribunais também a possuem), prevista na Constituição Federal, que tem por objetivo preservar a sua competência, garantir a autoridade das suas decisões e das súmulas vinculantes desse Tribunal. Nesse sentido, o entendimento do STF, na ADI 2212 (julgada em 02 de outubro de 2003, rel. Ministra Ellen Gracie), foi o seguinte:

---

predominante do Supremo no sentido de não se aplicarem, em regra, ao processo de controle normativo abstrato, os institutos do impedimento e da suspeição”,

<sup>15</sup> Art. 26 da Lei nº 9.868/1999.

<sup>16</sup> Art. 28 da Lei nº 9.868/1999.

<sup>17</sup> Nesse sentido, conferir a ADI-ED 3756 (julgada em 24 de outubro de 2007, rel. Ministro Carlos Brito).

A natureza jurídica da reclamação não é a de um recurso, de uma ação e nem de um incidente processual. Situa-se ela no âmbito do direito constitucional de petição previsto no artigo 5º, inciso XXXIV da Constituição Federal. [...] A reclamação constitui instrumento que [...] tem como objetivo evitar, no caso de ofensa à autoridade de um julgado, o caminho tortuoso e demorado dos recursos previstos na legislação processual, inegavelmente inconvenientes quando já tem a parte uma decisão definitiva.

Já a eficácia *erga omnes* é decorrência automática do julgado, não se aplicando a remessa ao Senado (art. 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988) para se alcançar tal fim, como ocorre no controle difuso de constitucionalidade. O efeito *erga omnes* tem por finalidade determinar a amplitude do efeito vinculante, ou seja, quais órgãos estarão vinculados à decisão do STF, sob pena de manejo da Reclamação, no caso de descumprimento.

Em síntese, todos os órgãos do Poder Judiciário e da administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, devem observar o que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal. É de se observar que tal regra apresenta uma exceção (NOVELINO, 2008, p. 195)<sup>18</sup>: efeito *erga omnes* não abrange o próprio Supremo Tribunal Federal, que posteriormente, em outra ação, pode se posicionar de forma diametralmente oposta (*overruling*<sup>19</sup>) ao que decidido em julgado anterior. É importante ressaltar que o Poder Legislativo, em sua função administrativa, estará vinculado ao que foi decidido pelo Pretório Excelso; no entanto, o efeito *erga omnes* não abrange a atividade legislativa do Poder Legislativo, que pode legislar em sentido contrário ao que foi decidido no controle concentrado de constitucionalidade;

As duas hipóteses em que não se aplica o efeito *erga omnes* buscam evitar o fenômeno da fossilização da Constituição, no sentido de ser possível a alteração do que foi decidido por uma nova orientação, desde que não contraste com a noção de jurisdição (não pode, por exemplo, ser uma modificação brutal do parâmetro anteriormente julgado, o que afetaria a segurança jurídica):

[...] as Constituições, enquanto planos normativos voltados para o futuro não podem de maneira nenhuma perder a sua flexibilidade e abertura.

---

<sup>18</sup> Nesse sentido também conferir o voto do relator Ministro Celso de Mello na Rcl-AgR 2617, julgada em 23 de fevereiro de 2005.

<sup>19</sup> Trata-se de termo decorrente do *stare decisis* norte-americano, que possibilita a revogação do precedente pelo mesmo tribunal que o proferiu ou por tribunal superior. É interessante destacar que “a abrupta e irregular revogação dos precedentes é compreendida pelos juristas norte-americanos como um indício de irracionalidade e não de progresso na Corte” (APPIO, 2008, p. 67).

Naturalmente e na medida do possível, convém salvaguardar a continuidade dos *standards* jurisprudenciais: alteração de rota, decisões de *overruling* demasiado repentinas e brutais contrastam com a própria noção de jurisdição. A percepção da continuidade como um valor não deve, porém, significar uma visão petrificada da jurisprudência ou uma indisponibilidade dos tribunais para atender às solicitações provenientes do ambiente<sup>20</sup>.

Ademais, como regra geral, em razão de a inconstitucionalidade atingir a validade da norma, a decisão proferida ao final da ADI possui efeito *ex tunc* (ou seja, retroage ao nascedouro da lei).

No entanto, com base no art. 27 da Lei nº 9.868/1999, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. Essa é a chamada “modulação dos efeitos” da decisão, em que a Suprema Corte tem liberdade para alterar os efeitos que serão produzidos pela declaração da inconstitucionalidade, como por exemplo, determinando que a eficácia da decisão terá efeitos *ex nunc*.

Deve-se ressaltar que a eficácia retroativa (*ex tunc* ou a modulação dos efeitos para o passado) possui limites. Os atos praticados com base na lei inconstitucional não são automaticamente desfeitos, e a parte deve pleitear, na via judicial adequada o desfazimento dos atos com fundamento no julgado do STF, desde que eles não tenham sido alcançados pela prescrição ou pela coisa julgada após o prazo da rescisória.

Em relação ao efeito repristinatório tácito, como a declaração da inconstitucionalidade incide na validade da lei, ocorre a restauração da eficácia da legislação anteriormente revogada pela lei declarada inconstitucional. É como se a lei, objeto da ADI procedente, nunca tivesse existido no ordenamento jurídico, inclusive para efeitos de não ter revogado a legislação anterior. Como se depreende da ementa da ADI 3148, julgada em 13 de dezembro de 2006, rel. Ministro Celso de Mello,

a declaração de inconstitucionalidade *in abstracto*, considerado o efeito repristinatório que lhe é inerente, importa em restauração das normas estatais revogadas pelo diploma objeto do processo de controle normativo

---

<sup>20</sup> Transcrição de parte do voto do relator Ministro Celso de Mello na Rcl-AgR 2617, julgada em 23 de fevereiro de 2005.

abstrato. É que a lei declarada inconstitucional, por incidir em absoluta desvalia jurídica, não pode gerar quaisquer efeitos no plano do direito, nem mesmo o de provocar a própria revogação dos diplomas normativos a ela anteriores. Lei inconstitucional, porque inválida, sequer possui eficácia derogatória.

Esse efeito ocorre de forma tácita, ou seja, mesmo que não haja determinação expressa do Tribunal. Declarada a inconstitucionalidade da norma, o efeito repristinatório ocorrerá automaticamente.

Uma questão interessante acerca do efeito repristinatório reside na possibilidade de ele ser afastado no julgamento final da ADI. O STF tem se posicionado por essa possibilidade, desde que haja pedido nesse sentido na inicial. O caso clássico ocorreu nas ADIs em face das legislações estaduais referentes a sistemas de sorteios e lotéricas, que somente poderiam ser veiculadas por lei federal (competência privativa da União). Ao declarar a inconstitucionalidade das legislações estaduais, ocorria a repristinação tácita da legislação anterior, ou seja, voltavam à vida as legislações sobre sistemas de sorteios e lotéricas com o mesmo vício da que foi declarada inconstitucional. Deu-se a chamada “eficácia repristinatória indesejada”, em razão de existirem “atos normativos, que, embora revogados, exteriorizem os mesmos vícios de inconstitucionalidade que inquinam a legislação revogadora” (ADI 3148, julgada em 13 de dezembro de 2006, rel. Ministro Celso de Mello). Assim, a ADI não deveria impugnar somente o ato legislativo vigente, mas também aqueles revogados que tivessem mesmo conteúdo, entendimento que foi ementado na ADI 3148 (julgada em 13 de dezembro de 2006, rel. Ministro Celso de Mello) nos seguintes termos:

Ação direta que impugna, não apenas a Lei estadual nº 1.123/2000, mas, também, os diplomas legislativos que, versando matéria idêntica (serviços lotéricos), foram por ela revogados. Necessidade, em tal hipótese, de impugnação de todo o complexo normativo. Correta formulação, na espécie, de pedidos sucessivos de declaração de inconstitucionalidade tanto do diploma ab-rogatório quanto das normas por ele revogadas, porque também eivadas do vício da ilegitimidade constitucional. Reconhecimento da inconstitucionalidade desses diplomas legislativos, não obstante já revogados.

Assim, a combinação de todos esses efeitos da decisão final da ADI demonstram a sua relevância no atual cenário do controle de constitucionalidade. Tais efeitos não se confundem com os efeitos do controle difuso de constitucionalidade.

### 1.3.2 Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes

Como foi exposto no item anterior, é sobre a parte dispositiva do acórdão da ADI que incidem os diversos efeitos. No entanto, em recentes julgados, o STF tem admitido que tais efeitos recaiam também sobre os motivos determinantes (*ratio decidendi*) dos julgados. Deve-se ressaltar que a teoria da transcendência dos motivos determinantes incide somente na *ratio decidendi*, não englobando o *obiter dictum*.

Para melhor entender a problemática, faz-se necessário traçar os respectivos conceitos (LENZA, 2009, p. 207). A *ratio decidendi* consiste na fundamentação essencial que ensejou determinado resultado da ADI, ou seja, é a razão de decidir determinante para a ADI ter sido julgada procedente ou improcedente. Já o *obiter dictum*, do latim, significa letra morta e sem finalidade, ou seja, os comentários laterais, de passagem, que não influenciam na decisão e não possuem efeito vinculante.

A principal finalidade da teoria da transcendência dos motivos determinantes consiste na possibilidade do manejo da Reclamação em face de qualquer decisão de juiz ou tribunal diretamente no STF em casos similares ao que foi decidido como fundamento (*ratio decidendi*) em determinada ADI, desde que (a) exista identidade de fundamentos entre a ADI e a Reclamação<sup>21</sup>, (b) exista identidade material entre os atos normativos objetos da ADI e da Reclamação<sup>22</sup> e (c) se trate da existência de fato atual – e não futuro – e concreto que desrespeite a decisão do Tribunal<sup>23</sup>.

Seguem três casos em que o STF aceitou a teoria dos motivos determinantes com base em julgado anterior para fins de vinculação de decisão posterior.

No primeiro, o STF decidiu, no fundamento de certa ADI, que a preterição do direito de preferência no pagamento de precatórios só é admitida se não respeitar a ordem

---

<sup>21</sup> Nesse sentido, Rcl-AgR 6021, julgada em 1º de julho de 2008, rel. Ministro Joaquim Barbosa e Rcl-AgR 6043, julgada em 25 de junho de 2008, rel. Ministro Ricardo Lewandowski.

<sup>22</sup> Nesse sentido, Rcl 4906, julgada em 17 de dezembro de 2007, Rel. Ministro Joaquim Barbosa.

<sup>23</sup> Nesse sentido, Rcl 1915, julgada em 04 de dezembro de 2003, rel. Ministro Maurício Corrêa.



de pagamento. A partir de tal fundamento, admitiu reclamação em face de lei e regimento interno que previam outras possibilidades<sup>24</sup>.

O segundo caso julgado pelo STF foi resumido na ementa da Rcl 4906, julgada em 17 de dezembro de 2007, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa:

A decisão paradigma, proferida na ADI 3.460/DF, declarou a constitucionalidade de dispositivo que regia o concurso do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, no que tange à exigência, do Bacharel em Direito, de três anos de exercício de atividade jurídica. A norma afirmada inconstitucional pelas decisões reclamadas, que regeu o concurso do Ministério Público do Estado do Pará, possui idêntico conteúdo ao daquela declarada constitucional por esta Corte na ADI 3.460/DF, razão pela qual a presente Reclamação deve ser conhecida. As decisões reclamadas, ao questionarem a constitucionalidade da exigência de três anos de bacharelado dos candidatos ao cargo de promotor, reservando vaga para candidatos que não haviam obtido o grau de bacharel no triênio anterior à nomeação, efetivamente afrontaram o que foi decidido no julgamento da ADI 3.460/DF. Procedência da Reclamação nesta parte.

Por fim, num terceiro caso, o STF, em determinada ADI, entendeu que existe a possibilidade de fixação, pelos estados-membros, de valor de precatório inferior ao fixado pelo art. 87 do ADCT da Constituição Federal de 1988, uma vez que tal valor deve ter por base a capacidade do ente político. Com esse fundamento, o STF aceitou reclamação<sup>25</sup> em face de decisão judicial, por ter o magistrado julgado inconstitucional lei de um Município que fixou os valores abaixo do que foi fixado pela art. 87 ADCT da Constituição Federal de 1988.

Isso demonstra o crescimento da teoria dentro do controle concentrado, o que, de certa forma, irá estimular a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, como será observado abaixo.

Por fim, é importante ressaltar que a decisão na Reclamação possui efeito vinculante somente para as partes, não atingindo terceiros, como se dá numa ADI. Por isso, não pode terceiro fazer uso de uma Reclamação com base no que foi decidido em outra Reclamação (acórdão paradigma), por inexistir nesta uma decisão vinculante e *erga omnes* a se preservar<sup>26</sup>. Em síntese, para fins de manejo da Reclamação, o acórdão paradigma deve ser dotado de efeito vinculante e *erga omnes*.

---

<sup>24</sup> Nesse sentido Rcl 1903, julgada em 7 de outubro de 2004, rel. para acórdão Ministro Gilmar Mendes e Rcl 2155, julgada em 2 de setembro de 2004, rel. Ministro Gilmar Mendes.

<sup>25</sup> Rcl 2986, noticiada no Inf. 379 do STF em março de 2005.

<sup>26</sup> Nesse sentido, verificar o voto da rel. Ministra Cármen Lúcia na Rcl-AgR 5389, julgada em 20 de novembro de 2007.

#### 1.4 TEORIA DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Como foi exposto, no Brasil existe uma nítida aproximação, de um lado, entre controle difuso e concreto e, do outro lado, entre controle abstrato e concentrado. São duas modalidades de controles distintas, marcadas principalmente pela existência (ou não) de um caso concreto para nortear o julgamento.

Essas modalidades de controle de constitucionalidade foram delineadas na história do constitucionalismo brasileiro e, tradicionalmente, foram incorporadas à atividade jurisdicional. Essa tradicional visão foi positivada e ratificada pela Constituinte de 1988, em razão da disposição prevista no art. 52, inciso X, da Constituição Federal. Por isso, é possível afirmar que a tradição está inserida na exigência da remessa ao Senado para levar ao Poder Legislativo o debate acerca da inconstitucionalidade da norma (STRECK; CATTONI; LIMA, p. 22).

A participação do Senado é fruto de um duplo aspecto: de um lado, representa o equilíbrio do sistema federativo brasileiro e, de outro lado, possibilita a participação do povo na decisão da suspensão da norma inconstitucional (STRECK; CATTONI; LIMA, p. 11). Trata-se da afirmação do princípio democrático, decorrência do respeito à soberania popular, que abre à sociedade um canal de participação no processo de decisão da inconstitucionalidade de uma lei que foi produzida pela vontade geral (STRECK; CATTONI; LIMA, p. 15).

No entanto, nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal tem revisto sua posição em muitos aspectos do controle de constitucionalidade, seja no difuso (ou concreto) seja no concentrado (ou abstrato). É nesse contexto que se insere o problema desta dissertação, uma vez que, em nome do incremento da defesa do sistema de direitos e garantias fundamentais, o Supremo Tribunal Federal se coloca em concorrência direta com o Poder Constituinte Originário, de modo a alterar premissas consolidadas no constitucionalismo brasileiro, que se abriam a uma participação pluralista de todos que compõem uma sociedade aberta de intérpretes.

Deve-se ressaltar que o Supremo Tribunal não é o único órgão agente dessa

mudança paradigmática do controle de constitucionalidade. O Poder Legislativo também tem contribuído significativamente para esse processo de transição e consolidação de um novo modelo de controle.

Isso se manifesta em vários aspectos do atual tratamento jurisprudencial conferido pelo Supremo Tribunal Federal à sua jurisdição constitucional ou mesmo pelas leis e emendas constitucionais aprovadas pelo Congresso Nacional.

Todavia, antes de verificar quais são essas modificações, necessário se faz questionar: em que consiste a Teoria da Abstrativização ou Objetivação do Controle Difuso de Constitucionalidade?

Após diversas análises de leis e julgados que serão expostos ainda neste capítulo, foi possível verificar que a teoria tem por finalidade aproximar o controle concreto (ou difuso) do controle abstrato (ou concentrado) de constitucionalidade, outorgando-lhes um só tratamento jurídico. Ao abstrativizar o controle concreto, este perde sua principal característica, qual seja, a análise do caso concreto.

Como se verificou anteriormente, a principal diferença entre controle concreto e abstrato de constitucionalidade consiste na vinculação do julgado ao caso concreto. Em outras palavras, a própria nomenclatura dos institutos guarda importante relação com suas características, uma vez que, no controle difuso de constitucionalidade, existe uma forte vinculação do magistrado a decidir nos limites da lide e de acordo com as peculiaridades do que lhe foi apresentado, ao passo que, no controle abstrato de constitucionalidade, os magistrados não estão vinculados aos fundamentos que lhes foram apresentados (causa de pedir aberta), além de analisarem a lei em tese, sem qualquer vinculação com um litígio (caso concreto).

A teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade vem justamente romper essa diferença básica, no que diz respeito à análise do caso concreto. A jurisprudência do STF e algumas leis e emendas aprovadas pelo Congresso têm possibilitado, no controle difuso de constitucionalidade, a análise da lei em tese, como se a apreciação estivesse sendo feita num controle concentrado.

Assim, de acordo com a teoria, quando o Pleno do STF julgasse uma ação proveniente do controle difuso, não mais deveria se ater às peculiaridades do caso

concreto, uma vez que, a partir do que fosse decidido nesse julgado, vincularia inclusive os futuros recursos e ações originariamente propostas, sem a necessidade de remessa ao Senado. Com tal postura, o STF fecha importante canal de diálogo com a sociedade, impedindo que esta participe das tomadas de decisões.

De certa forma, é como se toda ação do controle difuso tivesse as mesmas características de uma ação do controle concentrado, como é o caso da causa de pedir aberta e dos efeitos do julgamento. As ações do controle difuso, portanto, perderiam a característica de processo subjetivo, passando a ser classificadas, tais como são as ações do controle concentrado, de processo objetivo.

Com a finalidade de consolidar essa mudança paradigmática, as leis e a jurisprudência têm concedido os mesmos instrumentos utilizados no controle concentrado de constitucionalidade ao controle difuso, como já ocorreu, por exemplo, ao se admitir, a modulação dos efeitos da decisão, instrumento até então previsto por lei somente para o controle concentrado, que foi, mediante analogia, estendida ao controle difuso (HC 82959, julgado em 23 de fevereiro de 2006, rel. Ministro Marco Aurélio).

Trata-se de uma mudança lenta e gradual que vem se operando ao longo dos anos e que, provavelmente, chegará ao seu ápice nos julgados que estão a ser pronunciados pelo STF. A partir de tal premissa, alguns Ministros têm qualificado o ocorrido como uma verdadeira “mutação constitucional”<sup>27</sup>, como se observa na Reclamação 4335, ainda em julgamento, que será objeto de maior análise ainda neste capítulo. Outro exemplo dessa desvinculação do controle difuso do caso concreto, a ser ainda detalhadamente analisado neste capítulo, é a possibilidade do manejo da reclamação em face das decisões do pleno do STF em controle difuso de constitucionalidade, as quais são desprovidas de eficácia vinculante.

Um provável fundamento para essa modificação do controle difuso de constitucionalidade decorre da natureza do incidente de decretação de inconstitucionalidade presente nos tribunais, também chamada de cláusula de reserva de plenário. Apesar de o incidente ocorrer num caso concreto, o que demonstra ser um controle difuso de constitucionalidade, trata-se de clara hipótese

---

<sup>27</sup> O conceito, as características e os limites de uma mutação constitucional serão analisados no capítulo 3.

de processo objetivo, analisando a lei em abstrato nos mesmos termos em que se dá numa Ação Direita de Inconstitucionalidade. Por isso, trata-se de um incidente de natureza objetiva (DIDIER, 2007, p.432).

No tribunal, somente o Pleno ou o Órgão Especial do Tribunal pode declarar a inconstitucionalidade da lei em razão do art. 97<sup>28</sup> da Constituição Federal, que prescreve a chamada “cláusula de reserva de plenário”. Assim, a Câmara ou a Turma, quando suscitada a inconstitucionalidade de uma lei, não pode decidir sozinha – não representa a maioria absoluta do tribunal –, devendo remeter os autos para o Pleno ou Órgão Especial para análise da matéria.

Como regra, no procedimento dos demais tribunais ocorre a cisão funcional de competência, cabendo, de um lado, ao Pleno ou Órgão Especial se manifestar sobre o incidente de inconstitucionalidade, lavrando ao final um acórdão, e, por outro lado, com o trânsito em julgado desse acórdão, compete à Turma ou Câmara se manifestar sobre o caso concreto (questão principal e demais questões incidentais).

No Supremo Tribunal Federal, os arts. 176 a 178 do Regimento Interno determinam um procedimento diferenciado. Não ocorrerá a cisão funcional de competência, mas a remessa de todo o processo para ser julgado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal. A remessa não se restringe ao incidente de inconstitucionalidade, mas abrange também toda a causa (questões principais, prejudiciais, preliminares, dentre outros). Ademais, o incidente é uma decisão interlocutória, não ensejando a lavratura de um acórdão.

Declarada a inconstitucionalidade incidental em um processo no Supremo Tribunal Federal, consoante dispõe o art. 178 do Regimento Interno do STF, a causa continuará tramitando normalmente e serão decididas as demais questões incidentes e também as principais. Acontece que, mesmo que tomada em abstrato, a decisão é pensada para determinados casos, em especial aquele que suscitou o incidente.

---

<sup>28</sup> Art. 97 da Constituição Federal: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

O problema surge quando tal decisão do Pleno do STF, proveniente do controle difuso, é capaz de vincular futuras ações, sem que nessas fosse feita a devida análise das peculiaridades, de modo a abstrativizá-las. Com tal teoria, atinge-se “aqueles que não tiveram garantido o seu direito constitucional de participação nos processos de tomada de decisão que os afetará” (STRECK; CATTONI; LIMA, p.7).

A consequência dessa questionável mutação constitucional – possivelmente violadora de direitos e garantias fundamentais – que vem sofrendo o controle difuso de constitucionalidade reflete também na outorga dos mesmos instrumentos utilizados no controle concentrado de constitucionalidade ao controle difuso.

O que se almeja explicitar com essa breve explanação é que a teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade é um fenômeno extremamente complexo, com repercussões jurídicas ainda pouco estudadas. Um exemplo dessa problemática presente na jurisprudência do STF tem por base a possibilidade (ou não) de a causa de pedir aberta, tradicional decorrência do controle concentrado, ser aplicada no controle difuso de constitucionalidade.

Nos processos subjetivos (Recurso Extraordinário, Mandado de Segurança, entre outros), o magistrado está vinculado aos fundamentos que lhe foram apresentados, tanto que, tradicionalmente, a causa de pedir aberta não possui qualquer aplicabilidade nos processos subjetivos. Conclui-se, portanto, que a causa de pedir nos processos objetivos é muito mais ampla do que nos processos subjetivos.

Na ADI-AgR 4071<sup>29</sup>, julgada em 22 de abril de 2009, tal lógica não foi levada em consideração pelo Pretório Excelso. A petição inicial da ADI-AgR 4071 foi indeferida em razão de manifesta improcedência da demanda, uma vez que “a norma impugnada tivera sua constitucionalidade expressamente declarada pelo Plenário da Corte no julgamento do RE 377457/PR (DJE de 19.12.2008) e do RE 381964/MG (DJE de 26.9.2008)”. Os Recursos Extraordinários previamente julgados, cuja causa de pedir é mais restrita, inviabilizaram o julgamento pelo STF da referida ADI, em que a causa de pedir é aberta.

---

<sup>29</sup> ADI-AgR 4071, julgada em 22 de abril de 2009, Rel. Ministro Menezes Direito, conforme notícia veiculada no Inf. 543 do STF.

Para esse problema atentaram os Ministros Marco Aurélio, Carlos Britto e Eros Grau, que proviam o Agravo Regimental oposto ao acórdão da ADI-AgR 4071,

ao fundamento de que precedentes versados a partir de julgamentos de recursos extraordinários não obstaculizariam uma ação cuja causa de pedir é aberta, em que o pronunciamento do Tribunal poderia levar em conta outros artigos da Constituição Federal, os quais não examinados nos processos subjetivos em que prolatadas as decisões a consubstanciarem os precedentes.

Os três Ministros foram votos vencidos, e consolidou-se o entendimento de que a declaração de constitucionalidade pelo Pleno em prévios Recursos Extraordinários, cuja causa de pedir é restrita, é capaz de inviabilizar o manejo de posterior ADI, mesmo que esteja sedimentado o entendimento de que a causa de pedir das ADIs seja aberta. Trata-se da aplicação da Teoria da Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade, pois o entendimento acima mencionado é consequência da outorga dos efeitos vinculantes às decisões do Pleno do STF no controle difuso (outro aspecto da teoria citada).

Em que pese o desconhecimento de muitas das consequências jurídicas de tal teoria, o seu discurso justificador mostra-se extremamente positivo. Ao fundamento de se buscar uma maior celeridade processual, está o STF ampliando a proteção aos direitos e garantias fundamentais. O que se demonstrará ao longo dessa dissertação é que justamente o contrário tem ocorrido e que a violação aos direitos e garantias fundamentais se mostra patente a partir de uma coesão interna existente entre estes e a soberania popular.

Assim, entendido o que vem a ser a teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, faz-se relevante retratar suas mais diferentes aplicabilidades presentes nas diversas aprovações legislativas do Congresso Nacional e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Esse pano de fundo demonstrará como a teoria tem crescido no cenário nacional, o que reclama sua análise à luz do princípio democrático e das disposições constitucionais, que constituem importante embasamento para aferir a legitimidade da desvinculação do julgado ao caso concreto.

### **1.4.1 Papel do Poder Legislativo na consolidação da teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade**

O Poder Legislativo tem contribuído significativamente para a consolidação da mutação constitucional do controle difuso de constitucionalidade, o que justifica a crescente teoria da abstrativização.

Diversas aplicações dessa teoria, mesmo que, inicialmente, em decorrência da jurisprudência do STF, foram incorporadas à legislação pátria, enquanto outras novas foram criadas.

A figura do *amicus curiae*, prevista inicialmente para o controle concentrado de constitucionalidade, após reiteradas decisões do STF no sentido de sua aplicação no controle difuso, foi a este incorporada pela Lei nº 9.868/1999 aos parágrafos do art. 482<sup>30</sup> do CPC. Não há dúvida de que a participação popular é um fator de grande relevância para a legitimação das decisões judiciais, e sua ampliação para outras hipóteses além do controle concentrado concretiza a ideia de que, num Estado Democrático de Direito, o exercício do poder deve estar em consonância com a vontade de seu titular.

Outra aplicação dessa teoria ocorreu com a súmula vinculante. Uma súmula consiste na síntese ou enunciado de um entendimento jurisprudencial extraído de diversas decisões no mesmo sentido e, em 2004, foi possibilitada sua criação de forma a vincular o Poder Judiciário e a Administração Pública. Previsto pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, o art. 103-A foi entendido como norma constitucional de eficácia limitada, sendo aplicada somente após edição da lei, o que ocorreu no final de 2006 com a Lei ordinária nº 11.417.

---

<sup>30</sup> Art. 482. § 1º O Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o requererem, poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade, observados os prazos e condições fixados no Regimento Interno do Tribunal. (Incluído pela Lei nº 9.868, de 1999).

§ 2º Os titulares do direito de propositura referidos no art. 103 da Constituição poderão manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação pelo órgão especial ou pelo Pleno do Tribunal, no prazo fixado em Regimento, sendo-lhes assegurado o direito de apresentar memoriais ou de pedir a juntada de documentos. (Incluído pela Lei nº 9.868, de 1999).

§ 3º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades. (Incluído pela Lei nº 9.868, de 1999).



A súmula vinculante deve ter por fim a validade, a eficácia e a interpretação das normas constitucionais controversas que gerem insegurança jurídica e a multiplicação de processos sobre idêntica questão. Havendo causas repetitivas, em que a causa de pedir (de fato e de direito) e o pedido são os mesmos, diferenciando-se somente as partes, fica autorizado o STF a criar uma súmula vinculante sobre o tema, vinculando os julgados posteriores ao teor do que foi sumulado.

Nessa hipótese, o Pretório Excelso tem a possibilidade de criar um enunciado que deve vincular os demais juízes, retirando destes a possibilidade de decidir em sentido contrário, ou da forma que acharem mais adequada a partir das peculiaridades do caso concreto. Em que pese a existência do *distinguish*<sup>31</sup>, no Brasil o seu uso se dá de modo insatisfatório, não atendendo à necessidade do controle difuso. Inexiste uma cultura de estudo dos precedentes e das discussões que formaram o precedente vinculante.

A criação da súmula vinculante consiste num enunciado em abstrato capaz de abranger diversos casos semelhantes. Em algumas hipóteses, tal abrangência é tão ampla que o próprio STF cria exceções não vislumbradas inicialmente e que, portanto, não constam do corpo da súmula vinculante inicialmente criada. Segue um caso em que isso ficou nítido.

A súmula vinculante número 13 do STF consolidou o seguinte entendimento:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Como foi exposto anteriormente, o texto da súmula é extremamente abrangente. Em razão disso, ao aplicá-la no caso concreto, o STF decidiu por trazer até o momento uma regra de exceção. A aplicação da súmula se restringe a cargos estritamente administrativos, não abrangendo aqueles classificados como cargos políticos, como é o caso dos secretários estaduais e dos secretários municipais. Eis os termos do

---

<sup>31</sup> O *distinguishing method* permite que o juiz não aplique um enunciado vinculante se visualizar que o caso concreto que está julgando possui elementos capazes de o distinguir daqueles julgados que formaram o precedente anterior (APPIO, 2008, p. 66).

julgamento do STF, publicado no Informativo nº 516 (RE 579951<sup>32</sup>, julgado em 20 de agosto de 2008, rel. Ministro Ricardo Lewandowski):

[...]. Frisou-se, portanto, que as restrições impostas à atuação do administrador público pelo princípio da moralidade e demais postulados do art. 37 da CF são auto-aplicáveis, por trazerem em si carga de normatividade apta a produzir efeitos jurídicos, permitindo, em consequência, ao Judiciário exercer o controle dos atos que transgridam os valores fundantes do texto constitucional. Com base nessas razões, e fazendo distinção entre cargo estritamente administrativo e cargo político, declarou-se nulo o ato de nomeação do motorista, considerando hígida, entretanto, a nomeação do Secretário Municipal de Saúde.

Toda essa polêmica reflete o equívoco que é acreditar na possibilidade de se aplicarem regras gerais dentro do controle difuso de constitucionalidade sem amadurecer o debate da causa e observar as peculiaridades do caso concreto, de modo a desvirtuar sua finalidade inicialmente criada pelo Poder Constituinte de 1988 no momento da elaboração da Constituição. O caso concreto é muito mais rico e possui infinitas possibilidades quando comparado com uma vinculação em abstrato de um enunciado ou de uma decisão vinculante.

Por fim, em relação à súmula vinculante, um questionamento final se mostra pertinente: a súmula vinculante realmente faz parte da essência da teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade?

Como foi estudado, a teoria não se restringe à desvinculação do caso concreto ou à transição de instrumentos processuais, mas abrange também a exclusão dos afetados da participação da tomada de decisão. Faz-se necessário verificar se, tal como as demais hipóteses, a súmula vinculante impede o acesso dos cidadãos ao controle difuso do STF.

A súmula vinculante possui algumas características que não estão presentes no restante da teoria: (a) os requisitos foram constitucionalmente estabelecidos; (b) existe necessidade de reiteradas decisões sobre matérias constitucionais, o que se reflete no debate e amadurecimento do tema; (c) a criação da súmula vinculante exige decisão de dois terços dos membros do STF; (d) por ser a súmula vinculante proveniente do sistema da *commom law*, o *distinguish* e o *overruling* devem ser utilizados como naturais mecanismos de abertura dos enunciados fixados pelo STF,

---

<sup>32</sup> No mesmo sentido a RCL 6650, julgada em 16 de outubro de 2008, rel. Ministra Ellen Gracie.

o que requer dos magistrados um empreendimento no sentido de estudos dos precedentes a fim de adequá-los ao caso concreto.

Ao contrário, pela teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, sempre mais de um *deficit* de legitimidade está presente: (a) os requisitos não foram estabelecidos constitucionalmente, além de serem alguns casos contra expressa disposição da Constituição Federal; (b) basta uma decisão pelo Pleno do STF para que a decisão tenha efeito vinculante, o que impede o debate acerca da questão levantada; e (c) o precedente com força vinculante foi tomado por maioria absoluta do Pleno do STF; (d) não se respeita o princípio democrático que possibilita a coesão interna entre soberania popular e direitos fundamentais.

Portanto, diferentemente do que alguns autores defendem, a súmula vinculante não se traduz num *deficit* de legitimidade à democracia, desde que seus preceitos sejam efetivamente respeitados. Ademais, a teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade é incompatível com a existência da súmula vinculante, pois a adoção daquela alcança os mesmos fins que os desta, mas com um simples julgado. Por isso, caso o STF pretenda conceder efeito vinculante às decisões do controle difuso, deve utilizar a súmula vinculante, e não, como se verá, uma teoria que contraria a Constituição e o princípio democrático. Nesse sentido é o pensamento de Streck, Cattoni e Lima (p. 9): “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)”.

Outras três aplicações da teoria da transcendência dos motivos determinantes são muito parecidas. A primeira, prevista pela Lei 9.756, de 1998, que alterou o art. 557 do CPC, consiste na possibilidade de o relator negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, bem como na possibilidade de o relator dar provimento ao recurso se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. A segunda previsão legal, decorrência da Lei nº 10.352 de 2001, que alterou o art. 475 do CPC, dispensou o reexame necessário quando a sentença

estivesse fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula desse Tribunal ou do tribunal superior competente. A terceira previsão legal encontra respaldo na alteração legislativa propiciada pela Lei nº 11.276/2006 ao § 1º do art. nº 518 do CPC, que prescreve o não recebimento pelo juiz do recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal (o que é também chamado pela doutrina de súmula impeditiva de recursos).

Em síntese, as referidas alterações legislativas têm por finalidade possibilitar ao magistrado seguir orientações presentes nas súmulas ou jurisprudência pelo Pleno do STF, mesmo que nenhuma dessas decisões ou súmulas possuam efeito vinculante ou previsão constitucional, como se fosse hipótese de controle concentrado de constitucionalidade. Com fundamento na celeridade, impede-se o normal trânsito dos recursos e do reexame necessário, obstando a análise em concreto, que, por vezes, pode ser necessária em determinada situação.

Mais uma hipótese de aplicação pelo Poder Legislativo da teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade foi introduzida pela Emenda Constitucional nº 45/2004 ao art. 102, §3º, da Constituição Federal e consiste na necessidade de se provar, no Recurso Extraordinário, a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

A regulação do citado dispositivo constitucional se deu pela Lei nº 11.418, de 2006, que foi além e trouxe ao CPC o art. 543-B, que possibilitou ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte. Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.

Trata-se de nítida hipótese de aplicação da teoria em comento, uma vez que possibilita a escolha por amostragem de alguns recursos, cuja decisão vinculará os demais, independentemente de uma análise mais detida pelo tribunal *ad quem*, a fim de verificar se aquele caso merece um tratamento diferenciado. Em outras palavras,

antes da interposição do recurso, existe o grave risco de o recurso nem sequer ser analisado pelo tribunal superior, uma vez que seu julgamento terá por base decisão proferida em outro julgado, cujas peculiaridades do caso concreto são completamente diferentes.

Esses são alguns exemplos de aplicação da teoria pelo Poder Legislativo, e diversos outros podem ser verificados na legislação pátria. O que se buscou demonstrar foi que a teoria tem ganhado corpo, com presença inclusive na Constituição Federal. Todas as alterações, de certa forma, estão relacionadas com a atuação do Poder Judiciário, fazendo deste o principal agente na concretização da teoria, seja pela aplicação do que foi legislado, seja por meio da sua jurisprudência ativista.

#### **1.4.2 Papel do Poder Judiciário na consolidação da teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade**

Em que pese a notória participação do Poder Legislativo na teoria em estudo, é o Poder Judiciário o principal agente na sua crescente aplicação. A jurisprudência tem dado novos contornos às ações de competência do STF, em especial ao recurso extraordinário.

É de se notar que qualquer julgado do Pleno, seja em *Habeas Corpus*, seja em Mandado de Segurança, Recurso Extraordinário, entre outros, terá a aplicação de tal teoria. É importante ressaltar que, desde 2003, o Supremo já se mostrava tendente a tomar tal posicionamento:

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, em recentes julgamentos, vem dando mostras de que o papel do recurso extraordinário na jurisdição constitucional está em processo de redefinição, de modo a conferir maior efetividade às decisões. Recordo a discussão que se travou na Medida Cautelar no RE 376.852, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes (Plenário, por maioria, DJ de 27.03.2003). Naquela ocasião, asseverou Sua Excelência o caráter objetivo que a evolução legislativa vem emprestando ao recurso extraordinário, como medida racionalizadora de efetiva prestação jurisdicional (AI 375.011, cujo inteiro teor do acórdão foi publicado no Inf. 354 do STF).

No caso em tela, a Ministra Ellen Gracie, categoricamente, afirmou a mudança no caráter do Recurso Extraordinário, de modo a não mais visualizá-lo como um

processo subjetivo, mas como um processo objetivo. O fundamento foi a dispensa do prequestionamento de tal recurso para fins de prestigiar julgamento anterior do Supremo Tribunal Federal, mantendo assim sua função precípua, qual seja, a de uniformizar a interpretação constitucional no país.

Assim, o que se entende por processo subjetivo e processo objetivo?

Processo subjetivo é aquele voltado diretamente para a resolução da relação jurídica posta, de modo a analisar o caso concreto e verificar a melhor decisão para as partes. Existe um litígio, a análise da inconstitucionalidade é um incidente, e a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. Em outras palavras, consiste no próprio controle difuso de constitucionalidade, já estudado neste capítulo.

Por outro lado, processo objetivo não tem por base um caso concreto, tanto que inexistem partes (autor e réu) na ADI, já que seus legitimados agem em nome do interesse público e não em nome próprio (BARROSO, 2009a, p. 120). Significa dizer que o tribunal, quando for decidir se a lei é constitucional ou não, decidirá a questão abstratamente, ou seja, em tese. Trata-se do controle concentrado de constitucionalidade, anteriormente analisado.

Essa mudança de parâmetro, de modo a não mais visualizá-lo como um processo subjetivo, mas como um processo objetivo, resulta justamente na teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. No entanto, essa mutação constitucional não se restringe ao recurso extraordinário, como foi citado pela Ministra, mas abrange também qualquer julgado do Pleno do STF, seja em *Habeas Corpus*, seja em Mandado de Segurança, Recurso Extraordinário, entre outros do controle difuso de constitucionalidade. Note que a Ministra Ellen Gracie faz expressa referência ao Recurso Extraordinário, mas a este não se restringe, tal como se deu no HC nº 82959 que tratou da questão relativa aos crimes hediondos, abaixo analisado.

Como foi exposto no início deste capítulo, a teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade possui basicamente duas finalidades. Primeiramente (e principalmente), tratar as ações do controle difuso de constitucionalidade, da competência do STF, como se do controle concentrado fossem, de modo a buscar

um tratamento equivalente para causas semelhantes, desvinculando-se da análise do caso concreto. Em segundo lugar, como consequência do primeiro, os principais instrumentos típicos do controle concentrado são admitidos no controle difuso, mesmo que sem previsão legal ou constitucional, ou ainda, em alguns casos, de forma contrária ao que disposto na Constituição Federal, como se observará nos exemplos que seguem.

Um interessante caso acerca da aplicação da Teoria da Objetivação do Controle Difuso seria a admissão, no controle difuso, da modulação dos efeitos da decisão. Instrumento até então previsto por lei somente para o controle concentrado, foi, mediante analogia, estendido ao controle difuso. O caso clássico ocorreu no HC 82959 (julgado em 23 de fevereiro de 2006, rel. Ministro Marco Aurélio), que, ao declarar a inconstitucionalidade do regime fechado nos crimes hediondos, modulou com efeitos *ex nunc* os efeitos civis de tal decisão, o que impediu eventuais ações de indenização em face do Estado. As pessoas condenadas de acordo com o regramento inconstitucional e que já cumpriram pena no regime integralmente fechado não terão direito à indenização.

Além de diversos outros casos de aplicação da Teoria em análise, o mais relevante consiste na alteração interpretativa conferida ao artigo 52, inciso X, da Constituição Federal. O Supremo, com fundamento numa mutação constitucional, tem forte tendência de admitir a possibilidade de se outorgar força vinculante às decisões do Pleno em controle difuso, sem a necessidade de aplicar o art. 52, inciso X, da Constituição:

Aduziu que, de acordo com a doutrina tradicional, a suspensão da execução pelo Senado do ato declarado inconstitucional pelo STF seria ato político que empresta eficácia *erga omnes* às decisões definitivas sobre inconstitucionalidade proferidas em caso concreto. Asseverou, no entanto, que a amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de se suspender, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, no contexto da CF/88, concorreram para infirmar a crença na própria justificativa do instituto da suspensão da execução do ato pelo Senado, inspirado numa concepção de separação de poderes que hoje estaria ultrapassada (Rcl 4335/AC, rel. Min. Gilmar Mendes, 1º de fevereiro de 2007, presente no Inf. 454 do STF).

Tal ponto ainda está em julgamento, mas, firmando-se tal posição, o Pretório Excelso transformaria um sistema tradicionalmente difuso em outro predominantemente abstrato. Até que ponto uma interpretação dessa estirpe não vai

de encontro aos direitos e garantias individuais, em arrepio à Constituição Federal?

A Reclamação 4335, ainda em curso, conta com quatro votos proferidos, mas somente dois publicados no *site* do Superior Tribunal Federal. O relator, Ministro Gilmar Mendes, e Eros Grau votaram favoravelmente à tese, ao passo que os Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa não conheceram da ação. Para entender toda a problemática, faz-se necessário adentrar as questões mais minuciosas do tema e analisar os votos já proferidos e já publicados no *site* do Supremo Tribunal Federal.

O relator, Ministro Gilmar Ferreira Mendes, em seu voto, apesar de reconhecer ao Senado o papel de coordenador dos poderes, por meio da suspensão da lei declarada inconstitucional pelo STF nas Constituições anteriores, entende que o atual sistema constitucional não mais comporta esse tipo de interpretação ao art. 52, inciso X, da Constituição Federal, pelos diversos embasamentos que serão expostos a seguir.

Inicialmente, (MENDES, p. 25-27) fundamenta a atual existência do inciso em motivo exclusivamente histórico e complementa que o instituto da suspensão da execução da lei pelo Senado não possui aplicabilidade em diversas hipóteses do controle difuso de constitucionalidade: (a) na declaração parcial de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto; (b) quando aplica a interpretação conforme; (c) na declaração de inconstitucionalidade de norma ainda constitucional; (d) quando somente fixa uma determinada interpretação<sup>33</sup>.

Em seguida o relator (MENDES, p. 30) trata de diversos casos em que a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal no controle difuso tem aplicação imediata nos tribunais inferiores, dispensando a reserva de plenário (art. 97 da Constituição Federal), e afirma:

Esse entendimento marca uma evolução no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, que passa a equiparar, praticamente, os efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto. A decisão do Supremo Tribunal Federal, tal como colocada, antecipa o efeito vinculante de seus julgados em matéria de controle de constitucionalidade incidental, permitindo que o órgão fracionário se

---

<sup>33</sup> Nesses casos, como defendem Streck, Cattoni e Lima (p. 12), o STF somente fixa o sentido constitucional das normas, sendo que a atribuição do Senado se restringe à suspensão das normas inconstitucionais.



desvincule do dever de observância da decisão do Pleno ou o Órgão Especial do Tribunal a que se encontra vinculado.

Ademais, especialmente pela maior amplitude promovida ao controle abstrato de constitucionalidade após 1988, como a ampliação dos entes legitimados a provocar o controle abstrato (que até então era atribuição exclusiva do Procurador da República), a equiparação entre Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Direta de Constitucionalidade, a criação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, concluiu o Ministro Gilmar Ferreira Mendes que o sistema preferencial é o concentrado, e não o difuso, invertendo a lógica de predominância do controle difuso até então existente<sup>34</sup>.

Em razão de todo o exposto e fundamentado nas diversas modificações legislativas e jurisprudências acima citadas, conclui o Ministro Gilmar Ferreira Mendes (p. 52):

É possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto.

Tal mutação ao art. 52, inciso X, da Constituição Federal, tem por finalidade alterar a atribuição do Senado no controle de constitucionalidade das leis, que, até então, era um função de grande relevância do Senado, ao atuar na suspensão da execução da lei declarada inconstitucional, para uma atribuição de mero publicador das decisões do Supremo Tribunal Federal, a fim de levar ao conhecimento de todas as pessoas:

Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão da execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. (MENDES, p. 54-55)

---

<sup>34</sup> Não seria essa conclusão do Ministro equivocada, uma vez que a quantidade de recursos e ações originárias decorrentes do controle difuso a serem julgadas no Supremo Tribunal Federal são em quantidade muito superior à das ações do controle concentrado? Se considerarmos que toda Jurisdição é uma Jurisdição Constitucional, a conclusão do Ministro se mostra mais equivocada, uma vez que cada ação a ser julgada no controle difuso reclama análise da adequação do caso concreto às normas constitucionais. Assim, a predominância existente no atual cenário constitucional é do controle difuso de constitucionalidade. Ademais a tradição histórica do Brasil, que foi positivada na atual Constituição, é pelo modelo difuso.

No mesmo sentido é o voto do Ministro Eros Grau (p. 11), ao admitir a existência de uma mutação no referido texto constitucional, revogando o texto anterior, admitindo a vigência de um outro texto sem qualquer modificação constitucional pelo Poder Constituinte Derivado e afirmando, por fim, que a práxis do Supremo Tribunal Federal é capaz de revogar dispositivos constitucionais. Eis a possível nova redação sugerida pelo Ministro Eros Grau (p. 11) ao art. 52, inciso X, da Constituição Federal: “compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Pleno”.

Em sentido contrário, o Ministro Sepúlveda Pertence, em seu voto (RCL 4335, ainda em julgamento, conforme foi noticiado no Informativo 463 do STF, de abril de 2007), aduziu que o papel do Senado no controle difuso de constitucionalidade não pode ser reduzido, tal como proposto pelos Ministros Eros Grau e Gilmar Ferreira Mendes, uma vez que presente em praticamente todos os textos constitucionais desde 1934. E ainda, a existência da súmula vinculante, desde a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, possibilitou ao Supremo Tribunal Federal alcançar seu objetivo sem a necessidade de se recorrer a uma mutação constitucional.

O Ministro Joaquim Barbosa, ao seguir o pensamento do Ministro Sepúlveda Pertence, complementou que, no caso de existência de uma mutação constitucional, tal como foi proposto, deveriam estar presentes dois fatores adicionais ausentes da proposta: “o decurso de um espaço de tempo maior para verificação da mutação e o conseqüente e definitivo desuso do dispositivo”. Por fim, o Ministro enfatizou que “essa proposta, além de estar impedida pela literalidade do art. 52, X, da CF, iria na contramão das conhecidas regras de auto-restrição” (RCL 4335, ainda em julgamento, conforme foi noticiado no Informativo 463 do STF, de abril de 2007).

Tal ponto ainda está em julgamento, com pedido de vista do Ministro Ricardo Lewandowski, mas, firmando-se tal posição, o Pretório Excelso transformaria um sistema tradicionalmente difuso em outro predominantemente abstrato.

É de se notar que, apesar do demorado trâmite da Reclamação 4335, o STF aceitou na Reclamação 5515, julgada em 29 de abril de 2009, a tese acima discutida. Ao julgar improcedente a RCL 5515, necessariamente entendeu pela admissibilidade

positiva dessa Reclamação, que foi interposta com fundamento no desrespeito à decisão proferida pelo Supremo no julgamento do RE 460700/PB (DJU de 31 de outubro de 2006). Se a admissibilidade da Reclamação foi positiva, a teoria foi aceita, uma vez que houve julgamento do mérito (pela improcedência).

Nota-se que, ao possibilitar tal mutação, a eficácia *erga omnes* e vinculante do julgado não incidirá no dispositivo, mas na causa de pedir (a inconstitucionalidade da norma), que representa o motivo determinante da procedência do pedido. Essa é a chamada “teoria da transcendência dos motivos determinantes” ou “teoria da transcendência da *ratio decidendi*”, que também possui aplicação no controle difuso de constitucionalidade. Em outras palavras, consiste no fenômeno de se outorgar força vinculante às decisões proferidas pelo Pleno em caso de controle difuso de constitucionalidade, que, como foi exposto, incide na causa de pedir (na razão de decidir) e não no pedido (o que foi decidido no mérito).

Ainda dentro da questão relativa à nova interpretação que pode ser conferida ao artigo 52, inciso X, da Constituição Federal pelo STF, faz-se necessário analisar uma possível mudança teórica (com graves consequências práticas) na causa de pedir dessas ações do controle difuso, após a aplicação da teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.

O pedido na ADI é a inconstitucionalidade da norma e, no seu julgamento, o STF não está vinculado aos motivos e fundamentos apontados pelo legitimado como capazes de ensejar a inconstitucionalidade. Portanto, a causa de pedir é aberta, cabendo ao STF analisar todos os fundamentos que possam levar à inconstitucionalidade da norma apontada na inicial. Em síntese, o Tribunal, ao analisar a constitucionalidade de uma lei, o faz em face de todo o bloco de constitucionalidade.

Nos processos subjetivos (Recurso Extraordinário, Mandado de Segurança, entre outros do controle difuso), em princípio, essa característica não possuiria qualquer aplicabilidade. Nestes, o magistrado está vinculado ao limite do que foi posto para julgamento. Desse modo, a causa de pedir nos processos objetivos é muito mais ampla do que nos processos subjetivos.

Todavia, na ADI 4071 (julgada em 22/04/2009, rel. Ministro Menezes Direito), tal lógica não foi levada em consideração pelo Pretório Excelso. Como exposto anteriormente, a característica da causa de pedir aberta na ADI foi estendida às ações do controle difuso. Só se pode admitir isso se os Ministros aceitarem a ideia da aproximação do controle difuso ao controle concentrado (teoria da abstrativização do controle difuso), outorgando efeitos *erga omnes* e vinculante às decisões do Recurso Extraordinário.

Em síntese, a teoria estudada busca transformar um processo subjetivo de controle difuso de constitucionalidade em um processo objetivo, como se fosse um ação do controle abstrato. As peculiaridades do caso concreto perdem a relevância, e o controle difuso, que é o principal instrumento de acesso do cidadão comum à Jurisdição Constitucional do STF, sofre um grande *deficit* de legitimidade, já que, com tal atitude, a Suprema Corte se afasta do povo e da interpretação constitucional que somente este é capaz de propiciar a partir do caso concreto.

Por isso, como foi demonstrado, diferentemente do que afirmou Gilmar Ferreira Mendes em seu voto, a mutação constitucional não se restringe ao art. 52, inciso X, da Constituição Federal. Tal mutação abrange todo o controle difuso de constitucionalidade, de modo a alterar suas características e o modo com que as diversas ações são julgadas especialmente no STF.

Ademais, o STF abre perigoso precedente de não cumprimento da norma constitucional, o que enfraquece a harmonia entre os poderes constituídos e permite ao STF o exercício de uma atribuição do poder constituinte originário (STRECK, CATTONI, LIMA, p. 11).

Diante de toda essa – questionável – transformação, não estaria o Pretório Excelso, com tal postura, colocando em xeque todo o sistema de direitos e garantias individuais, que parte da supremacia da Magna Carta, fruto da soberania popular, articulada pelo exercício do Poder Constituinte Originário? E ainda, qual a linha divisória entre uma mutação constitucional (legítimo exercício da hermenêutica constitucional) e a usurpação do espaço reservado à soberania popular e ao poder constituinte originário?

Com a finalidade de responder tais questionamentos, no próximo capítulo será analisada, a partir da teoria do discurso e do princípio democrático, a coesão interna existente entre poder constituinte, soberania popular e direitos fundamentais. Trata-se de questões basilares para demonstrar de que forma uma democracia procedimental pode ser o *locus* mais apropriado para o exercício de uma Jurisdição que se preze pelo respeito a uma autonomia pública e privada e pela proteção dessa mesma autonomia.

## 2 SOBERANIA POPULAR: O ELO ENTRE PODER CONSTITUINTE E DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 2.1 PODER CONSTITUINTE COMO EXPRESSÃO DA SOBERANIA POPULAR

O pano de fundo do debate proposto se insere na sensível relação entre poder constituinte, soberania popular, direitos fundamentais, hermenêutica e jurisdição constitucional. Três desses pontos serão analisados neste capítulo, a fim de se demonstrar como o Poder Constituinte é a expressão máxima da soberania popular e como a Constituição, fruto desse Poder, possui prescrições soberanas, mesmo não abarcadas pela formalidade das cláusulas pétreas, em razão da coesão interna existente entre soberania popular e direitos fundamentais.

Em seguida, a partir de uma concepção procedimental da democracia, verificar-se-á que esta é o *locus* para a criação legítima do direito, por respeitar a cooriginalidade entre autonomia pública e autonomia privada.

O primeiro ponto a ser tratado consiste na relação entre Poder Constituinte e soberania popular.

O Poder Constituinte, como doutrina, teve início em 1798, com Emmanuel Sieyès, em seu livro “O que é o 3º Estado?”. Esse livro trouxe basicamente duas ideias revolucionárias: de um lado, afirmou que a vontade do Poder Constituinte era a vontade da nação e, por outro lado, fez distinção entre poder constituinte originário e poder constituinte derivado.

Em que pese a relevância dessas duas premissas, o contexto histórico em que se deram as ideias de Sieyès deve ser melhor analisado, a fim de se entender a relevância do Poder Constituinte nos dias atuais.

Desde 1302, o monarca francês Felipe IV – “O belo” – criou os Estados Gerais do Reino, que tinham por fim auxiliar o rei como um órgão consultivo e deliberativo. Tal órgão era dividido em três classes: o clero, a nobreza e a burguesia (também

conhecida como o Terceiro Estado). O voto era por classe, independentemente da porcentagem da população que cada classe representava. Desse modo, como a aproximação entre clero e nobreza era nítida, a burguesia sempre ficava prejudicada nas votações:

Desde a sua última convocação, em 1614, os Estados Gerais foram convocados por Luís XVI duas vezes, em 1774 e 1787, mas não lograram sucesso pelos mesmos motivos anteriores: os dois primeiros estados juntos detinham a maioria dos votos e não concordavam em pagar tributos e, portanto, boicotavam a convocação (JEVEAUX, 2008, p. 82).

A situação se desenvolveu de tal modo que o Terceiro Estado passou a questionar o seu papel nos Estados Gerais do Reino, de modo a fazer três pedidos ao monarca, todos analisados por Emmanuel Sieyès em seu livro. Em síntese, os pedidos giravam em torno da busca do proletariado por maior representação e da sua luta pelo até então inexistente poder político decisório.

O primeiro pedido dizia respeito à limitação dos representantes do Terceiro Estado nos Estados Gerais do Reino: “que os representantes do Terceiro Estado sejam escolhidos apenas entre os cidadãos que realmente pertençam ao Terceiro Estado” (SIEYÈS, 2001, p. 16). O autor complementa, afirmando que “para pertencer realmente ao Terceiro Estado, era necessário não possuir nenhuma espécie de privilégio” (SIEYÈS, 2001, p. 16).

Essa petição era uma resposta direta a alguns representantes do Terceiro Estado que possuíam certos privilégios, mas que não chegavam a compor a Nobreza ou o Clero. Em outras palavras, no Terceiro Estado deveria imperar a igualdade (formal) entre seus membros, sem qualquer tipo de *benesse* que colocasse um em condição mais favorável em relação ao outro. Essa questão era tão nítida, que, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, fruto da Revolução Francesa, foi positivado, em seu artigo primeiro, que “os homens nascem e permanecem livres e iguais perante a lei; as distinções sociais não podem ser fundadas senão sobre a utilidade comum”.

O segundo pedido teve relação com o número de deputados, que deveriam ser em número igual ao total dos deputados da classe dos nobres e dos cleros. Sieyès (2001, p. 21) teceu críticas contundentes a tal petição, já que esse pedido não resolveria o problema político do Terceiro Estado, pois ele continuaria sem uma

representatividade adequada nos Estados Gerais do Reino. A votação, na melhor das hipóteses, terminaria empatada. Nesses termos, cabe salientar as seguintes palavras de Sieyès (2001, p. 21):

No que diz respeito à população, sabemos a imensa superioridade que a terceira ordem tem sobre as duas primeiras. Ignoro, como todo o mundo, qual é a verdadeira proporção, mas como todo o mundo, me permito fazer meus cálculos.

Em seguida, Sieyès (2001, p. 21 a 24) demonstrou em números a superioridade do Terceiro Estado em face dos demais, defendendo que essa superioridade deve estar visível nos Estados Gerais do Reino por meio de uma proporcionalidade. Assim, defendia a representação do número de pessoas por classe, proporcionalmente à quantidade de pessoas na sociedade.

Por fim, no terceiro pedido (SIEYÈS, 2001, p. 25), o Terceiro Estado defendeu que os votos nos Estados Gerais deviam se dar por cabeça e não mais por ordem (classe).

Por intermédio desses pedidos, fica claro que o Terceiro Estado, que até então era nada, buscava ser alguma coisa. A classe proletariada possuía as forças de produção, gerenciava o comércio, gerava riqueza, mas não possuía força política e nem representatividade eleitoral. Isso é visualizado nas seguintes palavras de Sieyès (2001, p. 3 e 4):

Quem ousaria assim dizer que o Terceiro Estado não tem em si tudo o que é preciso para formar uma nação completa? Ele é o homem forte e robusto que está ainda com um braço preso. Se se suprimisse as ordens privilegiadas, isso não diminuiria em nada a nação; pelo contrário, lhe acrescentaria. Assim, o que é o Terceiro Estado? Tudo, mas um tudo entravado e oprimido. O que seria ele sem as ordens de privilégios? Tudo, mas um tudo livre e florescente. Nada pode funcionar sem ele, as coisas iriam infinitamente melhor sem os outros.

Como o monarca não aceitou todos os pedidos propostos, o Terceiro Estado, adotando a teoria desenvolvida por Emmanuel Sieyès, dá início à Revolução Francesa, declara-se em Assembleia Constituinte, em 9 de julho de 1789, de modo a estabelecer um poder supremo, capaz de mudar a ordem posta (JEVEAUX, 2008, p. 83). Como fruto dessa Assembleia, em 26 de agosto de 1789, foi promulgada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e, posteriormente, a Constituição Francesa.



Para o Terceiro Estado fazer as referidas alterações e impor sua vontade, seria necessário um poder que não estivesse vinculado à ordem jurídica vigente. Para tanto, Sieyès (2001, p. 4) desenvolve a teoria do Poder Constituinte, atribuindo sua titularidade à nação (ordem comum), que é por ele conceituada como “um corpo de associados que vivem sob uma lei comum e representados pela mesma legislatura”.

Ainda em relação ao conceito de nação, Sieyès analisa se o clero e a nobreza, por terem privilégios, fariam parte dessa nação. Nesse ponto, faz o questionamento que segue:

Será certo que a ordem nobre tenha privilégios, que ela ousa chamar de seus direitos, separados dos direitos do grande corpo de cidadãos? Ela sai assim da ordem comum, da lei comum. Desse modo, seus direitos fazem dela um povo à parte na grande nação (SIEYÈS, 2001, p. 4).

Diante do exposto, consegue Emmanuel Sieyès restringir o Terceiro Estado somente à classe que até então sofria pela opressão, colocando nas mãos deste o destino da Revolução Francesa e a busca por uma representatividade nas decisões do Estado, usando como instrumento a teoria do Poder Constituinte.

A principal ideia revolucionária contida no livro era a atribuição da titularidade do Poder Constituinte à nação, compreensão que não mais se sustenta, tanto que, atualmente, a titularidade é atribuída ao povo<sup>35</sup>.

Nesse contexto, mostra-se relevante a obra “*Constitución. De La antigüedad a nuestros dias*” de Fioravanti, a qual demonstra que é a possibilidade de autorização dos indivíduos em serem representados que os converte em povo (FIORAVANTI, 2001, p. 80). E ainda, que o povo conserva sempre a possibilidade de retomar o que havia delegado, não se aceitando sua alienação ou vinculação a qualquer lei ou Constituição (FIORAVANTI, 2001, p. 84).

---

<sup>35</sup> Ferreira Filho (1999, p. 31) também visualiza essa problemática ao afirmar que a “titularidade do Poder Constituinte é, em grande parte, uma problemática ideológica, porque está intimamente ligada à concepção política predominante num determinado momento. Hoje, no final do século XX, a opinião esmagadoramente predominante é a de que o supremo poder, num Estado, pertence ao povo; a soberania é do povo; portanto, o Poder Constituinte é do povo”. No mesmo sentido, Adriano Pedra (2005, p. 41-42) afirma que a ambiguidade do termo povo levou à adoção, à época, do termo nação, o que justifica, nos dias atuais, uma melhor delimitação do que vem a ser o povo num Estado Democrático de Direito.

Todo esse processo histórico-revolucionário demonstra com clareza a força da população, o que também pode ser muito bem visualizada, nos dias atuais, na Constituição Brasileira de 1988.

A representatividade popular na Carta de 1988, fruto do princípio democrático, pode ser vista, tanto na elaboração da Carta, como em diversas partes do seu corpo. A Constituinte de 1988 foi reclamada pela população como essencial para o desenvolvimento humano e digno das pessoas, como resposta ao golpe militar de 1964, que pressionou o Congresso para votar a Constituição de 1967. Nesses termos, as palavras de Silva (2002, p. 108) demonstram o clamor popular pela Constituinte:

Os debates pela convocação do poder constituinte originário ganharam as ruas, coisa rara no constitucionalismo brasileiro. Fizeram-se congressos, círculos de estudo, seminários, por todo o país, tendo como tema central a Constituinte ou o conteúdo de uma futura Constituição.

No processo de elaboração da Constituição, a participação popular serviu como importante fator de legitimação, tanto que ganharam destaques as audiências públicas. Ficou evidente também como o processo constituinte foi capaz de trazer a população ao debate de temas de interesse geral e coletivo, como a educação, a criança e a saúde, tanto que, de acordo com o que informa Silva (2002, p.109),

foram apresentadas cento e vinte e duas emendas populares, num total de doze milhões de assinaturas. A proposta sobre os direitos da criança foi apoiada por um milhão e duzentos mil eleitores. Outra sobre a educação obteve apoio de setecentos e cinquenta mil e setenta e sete eleitores. Outra pleiteando a introdução na Constituição de institutos de participação popular conseguiu apoio de trezentas e trinta e seis mil e quarenta e sete assinaturas.

Provavelmente por causa desse clamor popular e do respeito aos direitos fundamentais, a Carta de 1988 seja por muitos conhecida como uma Constituição Cidadã. Não se preocupou em demasia com uma proteção de grupos já consolidados no seio da sociedade ou mesmo com o amparo de grandes grupos econômicos empresariais. Ao trazer um rol de direitos individuais, sociais e coletivos, que se ampliam no dia a dia em razão de tratados internacionais sobre o tema, teve por fim acalentar as minorias e proteger as pessoas com menos condição social.

Não se pode esquecer o ineditismo desse pano de fundo, presente na atual Constituição, quando comparada com as Constituintes das Constituições anteriores.

Estas eram contaminadas com algum tipo de *deficit*, seja representativo ou ideológico, como se observa no trecho abaixo, Silva (2002, p. 111) compara a atual Carta com as anteriores:

Não tem cheiro de Constituição estrangeira, como tinham as de 1891 e 1934. Não nasceu de costas virada para o futuro, como a de 1946, nem fundada numa ideologia plasmada no interesse de outros povos, como foi a doutrina da segurança nacional, principal basilar das Constituições de 1967-1969. Algumas Cartas Políticas anteriores só têm nome de Constituição por simples torção semântica, pois não merecem essa denominação, só de si, rica de conteúdo ético-valorativo. Não é Constituição, como repositório de valores políticos de um povo, documento que não provenha do fundo da consciência popular, fecundadora de uma autêntica ordem jurídica nacional.

No entanto, a atual Carta Política sofre com três *deficits* de legitimidade. O primeiro consiste na convocação da Assembleia Constituinte de 1988, que foi decorrência uma emenda à Constituição anterior, em vez de ser decorrência direta da vontade popular (PEDRA, 2005, p. 55). O segundo foi a não criação de uma Assembleia Constituinte com a finalidade única de criar a Constituição, tanto que tal competência ficou a cargo do Congresso, que também acumulava a tarefa de legislar (PEDRA, 2005, p. 56-57). O terceiro foi a existência, nesse “Congresso Constituinte”, de certos Senadores que não tinham sido escolhidos pelo povo para criar a nova Constituição, uma vez que estes ainda estavam no meio do exercício de um mandato de oito anos (PEDRA, 2005, p. 58).

Em que pesem tais questões, para Silva (2002, p. 108 e 109), a atual Carta Política é impregnada do princípio popular, abalizadora de uma nova ordem jurídica e pautada em valores dignificadores do ser humano.

Seguindo tal linha de pensamento, o ideal democrático, que tem como norte principalmente a participação popular, não se limitou à Constituinte, uma vez que também está presente em diversas partes da Constituição de 1988.

A iniciativa popular do processo legislativo, o referendo, o plebiscito, as audiências públicas, a ação popular, os instrumentos processuais coletivos como a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo, o voto, entre muitos outros, são só alguns exemplos constitucionais da participação popular na República Federativa do Brasil. Contudo, acima destes instrumentos, cita-se como principal fator a escolha do regime democrático.

Nesse contexto, é importante ressaltar que a Constituição possui diversos espaços reservados unicamente à soberania popular, exercida exclusivamente por intermédio do Poder Constituinte. É o caso das cláusulas pétreas, previstas no art. 60, §4º, da Constituição Federal, que traz uma restrição à deliberação de proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais.

Tal cláusula decorre de explícita previsão constitucional. Contudo, como já reconheceram os cientistas do direito<sup>36</sup> e o STF<sup>37</sup> em diversas ocasiões, também existem cláusulas pétreas implícitas, ou seja, espaços reservados unicamente à soberania popular, que não podem ser objeto de deliberação, mas que decorrem unicamente da hermenêutica jurídica, de modo a entender que tais limites decorrem do próprio sistema constitucional.

Esses limites implícitos ao poder de alteração da Carta Política são vários, podendo-se citar, a título exemplificativo: (a) a regra constitucional (art. 60, § 4º, da Constituição), que prevê as limitações expressas; (b) a titularidade do poder constituinte originário, que é sempre do povo; (c) a titularidade do exercício do poder de reforma, que pertence ao Congresso Nacional; (d) o procedimento de alteração da Constituição, que não pode ser alterado; e (e) os princípios políticos que refletem a ideologia do Estado, como é o caso dos princípios da ordem econômica e social – art. 170 da Constituição –, a estrutura da federação – art. 18 da Constituição –, o princípio do Estado Democrático de Direito – art. 1º *caput* –, o princípio republicano – art. 1º *caput* – e o princípio pluralista – art. 1º V.

É interessante ressaltar que mesmo as cláusulas pétreas explícitas podem resultar na descoberta de novas cláusulas implícitas. Nesse sentido é a interpretação conferida ao art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição<sup>38</sup>. Em que pese a referência a direitos e garantias individuais, a interpretação mais comum conferida a tal inciso

---

<sup>36</sup> Nesse sentido, pode-se citar Jeveaux (2008, p. 97 e 98).

<sup>37</sup> No julgamento da ADI 939 (julgada em 15 de dezembro de 1993, rel. Ministro Sydney Sanches), o Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento de que o princípio da anterioridade tributária (art. 150, inciso III, alínea 'b' da Constituição) é garantia individual do contribuinte (art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição), apesar de estar fora do art. 5º da Constituição.

<sup>38</sup> Art. 60, § 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: inciso IV - os direitos e garantias individuais.

abrange também os direitos sociais e coletivos, não estando tais direitos restritos ao art. 5º da Carta de 1988.

A justificação para a crescente ampliação das cláusulas pétreas implícitas reside na ideia compartilhada por todos de que a Constituição é um diploma duradouro e perene, elaborado com a intenção de ter uma longa vida. Tem-se que a alteração da Constituição é a exceção, e sua manutenção é a regra. As exceções devem ter uma interpretação mais restrita, ao passo que a regra deve ter uma leitura mais ampla. Nesse contexto, se a Constituição é duradoura e as cláusulas pétreas, em última análise, garantem essa perenidade, a interpretação conferida a tais cláusulas deve ser ampliativa.

Assim, não há como negar que, se a criação de uma Constituição é fruto da soberania popular, também o são os direitos fundamentais (e também, de forma mais ampla, as cláusulas pétreas da Constituição) nela esculpidos. Constituindo parte do núcleo imutável da atual Constituição, é de se notar a existência de uma coesão interna, não só entre poder constituinte e soberania popular, como acima estudado, mas também entre direitos fundamentais e soberania popular, como há de ser examinado ainda neste capítulo.

Analisada a possibilidade de existirem cláusulas pétreas de forma implícita no texto constitucional, faz-se imprescindível verificar se a histórica divisão entre controle difuso de constitucionalidade e controle abstrato de constitucionalidade consiste num espaço reservado ao Poder Constituinte.

Essa análise, que acompanhará toda a dissertação, somente terá uma resposta concreta quando se ponderarem os aspectos relativos aos limites do ativismo judicial e à tênue linha divisória existente entre uma mutação constitucional (legítimo exercício da hermenêutica constitucional) e a usurpação do espaço reservado à soberania popular e ao poder constituinte originário.

Nesse contexto, estaria exaurido o exercício da soberania popular no ato de promulgação da Constituição, no exercício do voto ou na iniciativa popular do processo legislativo? E mais, qual o espaço para o exercício da soberania popular no plano jurisdicional?

Por hora, deve ficar claro que o princípio democrático, ao ser analisado como parâmetro do Poder Constituinte, confere ao povo a titularidade para o seu exercício e que os espaços constitucionais reservados ao Poder Constituinte – como as cláusulas pétreas – representam a expressão direta de seu titular e, portanto, só por este podem ser alterados por meio de uma nova Constituinte.

## 2.2 TITULARIDADE DO PODER CONSTITUINTE: UM ASPECTO EM CONSTANTE CONSTRUÇÃO

A titularidade do poder constituinte, seja ele originário, seja derivado, é atribuída atualmente ao povo. Mas quem é esse “povo”, a partir de uma concepção discursiva do direito, que ganha destaque no Estado Democrático de Direito pela necessidade de sua participação em todas as esferas de poder? Dentro desse contexto, a atribuição feita ao Congresso Nacional para o exercício do poder constituinte derivado é suficiente para exaurir a “vontade do povo” ou o exercício da soberania popular é um ato contínuo que integra também o Poder Judiciário?

Antes de entrar nas questões levantadas, faz-se necessário diferenciar poder constituinte originário de poder constituinte derivado.

A Constituição é fruto do poder constituinte originário, cuja titularidade é o povo. Em última análise, tem-se, no momento de criação de uma Constituição o ápice do exercício da soberania popular. É de se observar que tal soberania não se esgota em tal ato, pelo contrário, firma-se e se reafirma no dia a dia, em especial, no exercício do processo constitucional legislativo ou judicial, por meio da concretização da Constituição Material de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição (HÄBERLE, 1997, p. 13).

O Poder Constituinte revoga a Constituição anterior e inicia um novo ordenamento jurídico, agora pautado em novos valores e premissas. O preâmbulo, apesar de não possuir força normativa<sup>39</sup>, consiste numa mensagem da Assembleia Constituinte ao povo brasileiro; além de ser importante norte interpretativo das normas

---

<sup>39</sup> Nesse sentido, pode-se conferir a ADI 2076, julgada em 15 de agosto de 2002, relator Ministro Carlos Velloso.

constitucionais, ele enuncia que institui um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

O poder constituinte originário, de acordo com a maioria da doutrina<sup>40</sup>, é ilimitado e soberano, não vinculado a uma ordem jurídica posta ou a regras predeterminadas. A manifestação da vontade popular é livre.

O exercício desse poder se deu, no Brasil, por intermédio da Assembleia Constituinte, na qual, como se observou acima, se buscou, a todo o momento, a participação popular na criação da Constituição.

Já o poder constituinte derivado é criado pelo poder constituinte originário, no momento de formação da vontade geral (ou seja, no ato de promulgação da Constituição). Trata-se de um poder responsável pela alteração da Carta Política, seja via reforma seja via revisão (PEDRA, 2005, p. 77).

Os limites do Poder Constituído, já analisados nesta dissertação, são cláusulas imutáveis e reservadas ao exercício da soberania popular, compostos em rol exemplificativo, os quais são ampliados pelo exercício da Constituição Material.

O exercício desse poder é competência do Congresso Nacional, órgão máximo do Poder Legislativo Federal.

Em que pese a atribuição do exercício do poder constituinte originário e do poder constituinte derivado a órgãos específicos, nas duas hipóteses a titularidade é sempre do povo, e, portanto, é a partir dele que deve ser justificado o exercício dos Poderes, seja o Legislativo, o Executivo, seja o Judiciário.

O poder constituinte não se exaure na criação da Constituição e dos órgãos de Poder, mas pode ser qualificado como uma força constante que, a todo momento, é capaz de alterar o conteúdo da Constituição. Inclusive, a teoria acerca da mutação

---

<sup>40</sup> Nesse sentido, Ferreira Filho (1999, p. 14).

constitucional, a ser estudada no capítulo 3, se desenvolve com base nessa premissa, por ser um processo informal que vai se concretizando na medida em que determinados atos ou conceitos vão se consolidando no seio da sociedade (PEDRA, 2005, p. 156).

Isso demonstra a relevância de delimitar o critério “povo” dentro da teoria do poder constituinte, já que esse critério é o responsável por quantificar e qualificar o conceito de soberania popular que, à luz da teoria do discurso, ganha novos contornos jurídicos, de modo a refletir significativamente no conteúdo final da Constituição a ser promulgada.

A *priori* da retórica a ser exposta, é necessário diferenciar certas terminologias como “população” e o atual conceito de “nação”. De acordo com Dallari (2007, p. 95), “população” é uma representação numérica das pessoas em determinado Estado, sem dar relevância ao vínculo da pessoa com esse Estado. Tal termo inclui, em sua contagem, também estrangeiros e apátridas, ou seja, todos que estão dentro de determinado território num dado momento (BONAVIDES, 1996b, 68). O termo “nação”, por sua vez, tem por base uma pertinência histórica e cultural com o Estado, com tradições, costumes e línguas em comum, o que, conseqüentemente, muitas vezes limita o conceito a uma determinada comunidade (DALLARI, 2007, p. 96).

O conceito de povo, portanto, se distingue dos dois acima citados. Para Dallari (2007, p. 100),

deve-se compreender como povo o conjunto dos indivíduos que, através de um momento jurídico, se unem para construir o Estado, estabelecendo com este um vínculo jurídico de caráter permanente, participando da vontade do Estado e do exercício do poder soberano.

Britto (2003, p. 49) entende povo como “a encarnação da sociedade política, isto é, de uma sociedade que se autorreconhece como a subjetivação de um poder acima do Direito e do Estado, que só pode ser um poder exclusivamente político”.

Seguindo linha de pensamento distinta, Friedrich Müller trata do povo por um conceito plurívoco: povo ativo, povo como instância global de atribuição de legitimidade, povo como ícone e povo como destinatário de prestações civilizatórias do Estado.



O conceito de povo ativo, segundo Müller (1987, p. 56), é restrito aos eleitores, titulares da nacionalidade; por exemplo, no Brasil, excluem-se do conceito os analfabetos, os menores de dezesseis anos, entre outros. É um conceito insuficiente, mas adotado em diversas Constituições, em especial em temas relativos a eleição.

O conceito de povo como instância global de atribuição de legitimidade (MÜLLER, 1987, p. 61-62) fundamenta todo o ordenamento jurídico, por ser o povo autor e destinatário dos direitos e deveres. Portanto, esse conceito de povo abrange os titulares da nacionalidade, ou seja, todos que possuem tal vínculo jurídico com o Estado.

O povo como ícone (MÜLLER, 1987, p. 65-69) tem por finalidade legitimar algo que não possui um meio de, democraticamente, ser fundamentado. É um conceito muito comum nos governos autoritários ou mesmo nos monárquicos, que, muitas vezes apelam para a vontade popular como se sua fosse, ou seja, como se eles estivessem agindo em nome do povo e para o povo.

Por fim, o povo como destinatário de prestações civilizatórias do Estado. Essa concepção abrange o dever do povo de proteger a Constituição, dotando os grupos minoritários de instrumentos de decisão que os tornem capazes de, juntamente com o total do povo, estabelecer como todos serão atingidos por tais decisões, deliberando ainda sobre o modo de implementação das decisões. Tal entendimento é exposto por Müller (1987, p. 76-77) ao tratar dos dois fatores de legitimação do Estado de Direito:

[...] em primeiro lugar procurando dotar a possível minoria dos cidadãos ativos, não importa quão imediata ou imediatamente, de competências de decisão e de sancionamento claramente definidas; em segundo lugar e ao lado desse fator de ordem procedimental, a legitimidade ocorre pelo modo, mediante o qual todos, o “povo inteiro”, a população, a totalidade dos atingidos são tratados por tais decisões e seu modo de implementação.

Em razão da relevância da minoria no conceito de povo, a sua identificação tem relação direta com a busca da identidade do sujeito constitucional brasileiro, uma vez que o critério deve ser o mais amplo possível para que nenhuma identidade seja deixada de fora do conteúdo constitucional.

Nesse processo de construção da identidade, “o sujeito constitucional

aparentemente molda uma nova ordem política à sua própria imagem” (ROSENFELD, 2003, p. 34), mas não pode se esquecer, em nenhum momento, de que, em razão do pluralismo, deve o outro ser parte relevante desse processo. Essa premissa do constitucionalismo deve impregnar o poder constituinte, a fim de que seu titular – o povo – possa se visualizar na decisão final:

Na medida em que o constitucionalismo deve se articular com o pluralismo, ele precisa levar o outro na devida conta, o que significa dizer que os constituintes devem forjar uma identidade que transcenda os limites de sua própria subjetividade (ROSENFELD, 2003, p. 34).

O processo de construção do sujeito constitucional tem em seu primeiro passo (a negação) a existência de um vazio (de um hiato), decorrência natural da distância entre o poder constituinte e a sociedade plural (ROSENFELD, 2003, p. 36).

Nesse contexto, a elaboração da Constituição é uma tentativa de sobrepor essa carência e preencher a ausência citada. O texto constitucional passa a ser o pano de fundo compartilhado por todas as pessoas, necessário para realçar as semelhanças (metáfora) existentes entre os diversos segmentos sociais (ROSENFELD, 2003, p. 36).

Consolidada essa etapa, ganha corpo a necessidade de serem ressaltadas as diferenças entre os grupos sociais (metonímia), a fim de que eles possam ter um tratamento mais adequado à luz do direito à diferença (ROSENFELD, 2003, p. 70).

Essa construção e reconstrução do sujeito constitucional – que necessariamente passa pelas três etapas acima citadas: negação, metáfora e metonímia – é um processo em constante evolução, em razão da finalidade de abarcar todas as possíveis identidades sociais.

Por esse prisma, o critério “povo” abrange todos os nacionais de um país, mesmo que a pessoa seja pertencente a um grupo que esteja em processo de incorporação à identidade do sujeito constitucional. Não se trata de um conceito fechado, mas reconstruído no dia a dia em razão de uma sociedade plural e dinâmica.

Esse processo de construção e reconstrução não é desprovido de regras e Rosenfeld (2003, p. 46) salienta a necessidade de submeter tal processo aos limites decorrentes do constitucionalismo, assim justificando essa necessidade:

Todos esses limites (que são precisamente os seguintes: o compromisso com o princípio do governo limitado, a adoção do princípio do Estado de Direito – *rule of Law* – e a proteção aos direitos fundamentais) promovem o mútuo reconhecimento entre o eu e o outro, e mantêm eu e outro no mesmo patamar de dignidade.

O pluralismo, portanto, transforma-se em importante aspecto da formação da identidade do sujeito constitucional. Em um país continental como o Brasil, constituído, desde a sua origem, por diversos povos, deve possibilitar a cada um desses que realmente participem e influenciem a norma constitucional a ser produzida pela constituinte. A união do aspecto de construção e reconstrução de Rosenfeld, juntamente com a teoria procedimentalista de Habermas, permite, de acordo com Chai (2007, p. 316-317), a concretização do pluralismo:

A assunção de que esta sociedade brasileira é constituída de povos, conforme já atestava a Carta Monárquica de 1824 em seu preâmbulo, permite a assunção com Rosenfeld de construção e reconstrução da identidade, e com Habermas ter compreendida esta identidade como identidade pos-convencional pelo constitucionalismo discursivo assumindo-se um pluralismo compreensivo movido por uma liberdade comunicativa eqüiprimordial<sup>41</sup>.

Em razão do exposto, ganha relevância o princípio da soberania popular, que, à luz da teoria do discurso, possibilita uma adequada mediação entre o eu e o outro. Apesar de essa análise acompanhar grande parte desta dissertação, Habermas (2003a, p. 213) afirma que “o princípio da soberania do povo significa que todo o poder político é deduzido do poder comunicativo dos cidadãos”, decorrência natural da coesão interna entre o Estado de Direito e a Democracia, esses analisados como verdadeiros *locus* da autonomia pública e da autonomia privada.

### 2.3 COESÃO INTERNA ENTRE SOBERANIA POPULAR E DIREITOS FUNDAMENTAIS

O exercício da soberania popular se dá por meio do Poder Constituinte, o qual determina os direitos fundamentais a serem positivados na Constituição Federal. A relação existente entre soberania popular e direitos fundamentais, num plano macro, diz respeito à coesão entre Estado de Direito e Democracia (HABERMAS, 2007, p. 294), que possui basicamente quatro pontos de análise: (a) o atual conceito do

---

<sup>41</sup> A eqüiprimordialidade consiste na coesão interna entre autonomia pública e autonomia privada (CHAI, 2007, p. 329), a ser estudada logo abaixo.

direito, (b) a legitimação do direito, (c) a relação entre soberania popular e direitos humanos e (d) o aparente conflito entre autonomia privada e autonomia pública.

O atual conceito do direito perpassa, de um lado, pelo seu caráter coercitivo e, por outro lado, pela sua necessidade intrínseca de assegurador de liberdade e igualdade.

O Estado, ao utilizar como fundamento a lei, impõe a coercitividade do direito, por ser o único agente legitimado a fazer o uso legal da força. A imposição de sanções se legitima na lei, e esta no devido processo legislativo para sua criação.

Do mesmo modo, o Estado também garante, por meio das leis, a liberdade e igualdade dos cidadãos. O cumprimento das leis, mesmo que coercitivamente, é um instrumento para garantir o direito a todos, deixando como espaço para atuação das pessoas tudo o que não for vedado pela lei.

Esse duplo aspecto entra em confronto com o alto teor de modificação das leis – e da própria Constituição – que existe no direito. Daí, questiona-se: em face dessa ambivalência, como se dá a legitimação do direito?

Habermas (2007, p. 296) refuta a legitimidade do direito na moral, ao afirmar que o “direito moderno, em razão do seu caráter formal, exime-se em todo caso de qualquer ingerência direta que advenha de uma consciência moral remanescente e pós-tradicional”.

O autor exemplifica tal questão ao tratar dos direitos subjetivos. Os direitos subjetivos foram introduzidos no direito para garantir um espaço privado ao cidadão, em caráter praticamente ilimitado, uma vez que é permitido fazer tudo o que não for pela lei proibido. A moral não coaduna com esse tipo de conduta, já que todo espaço, mesmo privado, possui uma seara de obrigações, equivalendo todo direito a um dever (simetria entre direitos e deveres).

Observa-se, portanto, que o direito não se confunde com a moral. Pelo contrário, são campos de atuação distintos. Por intermédio desse pensamento, tem-se que o direito não busca sua legitimidade na moral. Isso não implica dizer que, em Habermas, não existe qualquer relação entre direito e moral, tanto que o autor pondera que

[...] uma ordem jurídica só pode ser legítima, quando não contrariar princípios morais. Através dos componentes de legitimidade de validação jurídica, o direito adquire uma relação com a moral. Entretanto, essa relação não deve levar-nos a subordinar o direito à moral, no sentido de uma hierarquia de normas (HABERMAS, 2003a, p. 140-141).

Existe uma relação de complementação recíproca entre direito e moral, pois analisam o mesmo problema (a solução de conflitos) de ângulos distintos. A moral é um mero sistema de conhecimento, enquanto o direito traz em si uma coercitividade inexistente na moral (HABERMAS, 2003a, p. 141).

Não há como negar a carga moral presente nos direitos humanos (ou fundamentais), mas sua interpretação e aplicação são decorrência da “autodeterminação democrática dos cidadãos”, devendo ser eles interpretados “como direitos jurídicos, não obstante seu conteúdo moral” (HABERMAS, 2003a, p. 140). Em razão do exposto, apesar de complementares, o direito não se legitima na moral.

Assim, “o direito legitima-se [...] como um meio para o asseguramento equânime da autonomia pública e privada” (HABERMAS, 2007, p. 298). O direito, portanto, é o fundamento de si mesmo. Não mais se admite uma fundamentação religiosa do direito, como era no período pré-Revolução Francesa. No paradigma procedimentalista do Estado Democrático de Direito, o direito, à luz da teoria do discurso, ao institucionalizar as formas comunicativas de formação da vontade, legitima o resultado final do procedimento, o que possibilita que os destinatários das normas sejam também os autores de sua criação (CATTONI, 2006, p. 139).

Em outras palavras, a legitimidade do direito decorre da coesão direta existente entre soberania popular e direitos fundamentais (ou direitos humanos). O trecho que segue, de Habermas (2007, p. 299), explica essa relação:

A autonomia política dos cidadãos deve tomar corpo na auto-organização de uma comunidade que atribui a si mesma suas leis, por meio da vontade soberana do povo. A autonomia privada dos cidadãos, por outro lado, deve afigurar-se nos direitos fundamentais que garantem o domínio anônimo das leis.

A legitimação do direito, no plano público, é decorrência direta do exercício da soberania popular, ao passo que, no plano privado, a legitimação tem fundamento nos direitos fundamentais.

É de se considerar que, somente mediante o respeito aos direitos fundamentais –

decorrência do respeito à autodeterminação como prerrogativa da soberania popular –, será possível uma relação entre autonomia pública (autores das normas jurídicas), autonomia privada (destinatários das normas jurídicas) e a atuação do Judiciário. A legitimidade do direito, portanto, reside na sua produção legítima, fundamentada numa abertura do procedimento a todos os afetados.

Nesse contexto, possibilidade de modificação do direito não significa um *deficit* de legitimidade, uma vez que o processo democrático legislativo confere à criação legítima do direito um espaço para o exercício da soberania popular. A modificação do direito nada mais é do que a expressão do povo, em decorrência da necessidade de adequação das normas a uma nova realidade.

Tudo isso somente será possível se os cidadãos, naturais destinatários das normas e dos direitos, puderem também se ver como seus autores (HABERMAS, 2007, p. 301). Em razão dessa assertiva, extrai-se mais um fundamento para afirmar que a moral não pode ser a fonte legitimadora do direito, já que os fatos morais são anteriores aos cidadãos e previamente dados. Se são prévios, os cidadãos não podem ser seus autores. No direito, pelo contrário, a eleição das normas e dos direitos a serem criados é livre, e eles são escolhidos de acordo com as necessidades da população. Por isso, aqui, sim, os cidadãos são autores da criação das normas e dos direitos.

Ademais, para que os cidadãos possam se ver como autores das normas, devem eles possuir um amplo catálogo de direitos subjetivos, uma vez que “os direitos humanos possibilitam a práxis de autodeterminação dos cidadãos” (HABERMAS, 2007, p. 300).

Desse modo, o exercício da soberania popular – espaço da autonomia pública – somente se dá por intermédio dos direitos humanos (ou direitos fundamentais) – espaço da autonomia privada – e, ao contrário, o adequado exercício dos direitos humanos ocorre por meio da soberania popular. Essa coesão interna entre direitos fundamentais e soberania popular pode ser observada nas seguintes palavras de Habermas (2007, p. 301):

Portanto, sem os direitos fundamentais que asseguram a autonomia privada dos cidadãos, não haveria tampouco um *medium* para a institucionalização jurídica das condições sob as quais eles mesmos podem fazer uso da

autonomia pública ao desempenharem seu papel de cidadãos do Estado. Dessa maneira, a autonomia privada e a pública pressupõem-se mutuamente, sem que os direitos humanos possam reivindicar um privado sobre a soberania popular, nem essa sobre aquele.

Em razão do exposto, uma visão procedimentalista do Estado Democrático de Direito possibilita a convivência entre Constituição e Democracia, decorrência natural da coesão interna existente entre soberania popular e direitos fundamentais, conquista esta inviável nos paradigmas anteriores.

Em termos liberais, a Constituição era um instrumento de proteção dos direitos de primeira geração (liberdades negativas), voltado para a defesa de uma esfera privada, em face do Estado. Já no Estado Social, a Constituição se concretizava na medida em que os direitos positivos eram homogeneamente materializados. (CATTONI, 2006, p. 112)

A Democracia, por sua vez, no Estado Liberal, era o *locus* que possibilitava a disputa do mercado, comprometida com os interesses da classe burguesa. No Estado Social, a Democracia realizava os direitos como se fossem prestações de forma homogênea a todos, sem a participação desses na tomada de decisões. (CATTONI, 2006, p. 112-113)

Nesses paradigmas, os direitos fundamentais eram vistos como uma limitação externa à soberania popular, devendo esta agir de acordo com os direitos preponderantes em cada paradigma. Isso influencia a relação entre Democracia e Constituição Federal, que também se dava a partir dessas premissas. Ao contrário, no Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais não limitam a soberania popular, uma vez que os dois são cooriginários pela coesão interna entre autonomia pública e autonomia privada.

Por isso, a coesão entre Constituição e Democracia, que somente foi possível no paradigma procedimentalista do Estado Democrático de Direito, traduz-se na exata mediação entre direitos fundamentais e soberania popular:

Sob o paradigma procedimentalista do Estado Democrático de Direito, a Constituição e o Direito Constitucional não limitam a Democracia; esta pressupõe aqueles, já que é através da mediação jurídica entre canais institucionais e não institucionais, regulados e não regulados, que a soberania popular se manifesta enquanto poder comunicativo (CATTONI, 2006, 116).

Um processo legislativo democrático e um processo judicial democrático são os instrumentos da Democracia, ao serem analisados como espaços da autonomia pública, mas necessários para o adequado respeito à autonomia privada, essa espelhada no respeito aos direitos fundamentais.

A legitimação no processo legislativo é alcançada pela observância da coesão interna entre soberania popular e direitos fundamentais, em que os membros são eleitos diretamente pela população, exercendo seus cargos em nome desta e para esta. Contudo, como se dá essa legitimação dentro do processo judicial, em que o magistrado não tem seu cargo como atribuição direta da população, mas, como regra, da meritocracia?

Nos Estados Unidos, criou-se o sistema das audiências públicas, que é capaz de movimentar todo o país na escolha do Ministro da Suprema Corte. A participação popular ganha relevância por possibilitar que a opinião pública conheça os pensamentos e as visões jurídicas dos candidatos. Tal sistema possibilita uma integração entre população, Poder Legislativo e Poder Judiciário, como expôs Häberle:

Outro modelo possível seria o das audiências públicas. Esse modelo é o do Estados Unidos. Recordo-me de uma viagem aos Estados Unidos em 1971, quando o país inteiro debatia o modo e a maneira com que o Senado americano perguntava aos candidatos ao Tribunal Supremo sobre sua filosofia do direito (HÄBERLE, 2009a, p. 49).

Ao contrário, no Brasil, como regra, a investidura no cargo decorre da meritocracia (concurso de provas e títulos), ao passo que, nos tribunais superiores, a indicação é política, desde que respeitados, em ambos os casos, requisitos procedimentais presentes na Constituição e nas leis.

A par da diferença entre as investiduras dos cargos no Brasil e nos Estados Unidos, do mesmo modo que no processo legislativo, o processo judicial deve buscar sua legitimação nos direitos fundamentais e na soberania popular, ou melhor, na coesão interna existente entre ambos. A única diferença é que o primeiro tem lugar na criação do enunciado normativo, ao passo que o segundo, na aplicação desse enunciado, seja num caso concreto, seja para determinar sua inconstitucionalidade num julgamento em tese.



No momento de aplicação da norma ao caso concreto, é possível visualizar basicamente duas situações que o magistrado enfrentará ao julgar. Na primeira, a questão está restrita aos interesses das partes no processo, não havendo outro potencialmente afetado pela decisão a ser proferida no final do processo. Todos os afetados já estão no processo por se tratar de um conflito individual. Na segunda hipótese, a questão tem relação com os direitos metaindividuais, uma vez que afeta pessoas ou grupo de pessoas que podem não constar do processo, mas são representadas por uma entidade específica (sindicato, organismo não governamental, entre outros). A legitimação do processo judicial em cada uma dessas situações possui peculiaridades próprias, mas um ponto em comum deve ser destacado: a interpretação feita pelo magistrado em qualquer dos casos acima não é um evento estatal isolado, cabendo ao procedimento trazer mecanismos para que os naturais destinatários das normas e dos direitos possam compor a construção do raciocínio racional e juridicamente fundamentado que fará parte da decisão final.

A interpretação consiste na principal atividade desenvolvida pelo juiz, uma vez que, ao decidir certa causa, necessariamente, deve-se utilizar dos métodos de hermenêutica, não se podendo falar na suficiência da lei para fins de uma interpretação literal ou mesmo numa interpretação conduzida unicamente pelo juiz. É nesse ponto que se insere a teoria de Peter Häberle, desenvolvida em seu livro “Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta de intérpretes da Constituição”.

É muito comum verificar-se em julgados, como será analisado abaixo, que a interpretação é um evento exclusivamente estatal. Essa ideia tem por base o que Häberle chama de “sociedade fechada de intérpretes”, ou seja, os intérpretes constitucionais em sentido estrito, uma vez que se restringe demasiadamente o rol dos intérpretes legitimados numa democracia pluralista.

Isso é decorrência de uma visão clássica do processo, que tinha por base a escola exegética, mas que ainda encontra fortes raízes nos dias atuais. De acordo com tal pensamento jurídico – o positivismo –, o magistrado aplicava a lei, restrito às possibilidades presentes dentro da moldura. Não se pode negar as diferenças existentes entre o pensamento da época e o atual; no entanto, a principal característica se mantém, qual seja, a restrição à interpretação. Desse modo, essa

visão fechada da hermenêutica mais se aproxima do Estado Liberal e Social do que do Estado Democrático de Direito.

É necessária uma evolução da interpretação no processo. Deve a hermenêutica se liberar das amarras de uma visão estritamente fechada para se abrir a uma interpretação pluralista e democrática, mais adequada ao Estado Democrático de Direito. Busca-se, portanto, uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição.

Segundo Häberle (1997, p. 12), essa teoria deve ter por finalidade atender o interesse público e o bem-estar social. Mais do que isso, essa abertura deve ser a mais ampla possível, dela fazendo parte todos os intérpretes constitucionais. Por meio dessa concepção pluralista da hermenêutica, todos que vivem a norma são intérpretes dela. Com base em tais fundamentos, o autor afirma que uma “teoria da Constituição e da hermenêutica propiciam aqui uma mediação específica entre Estado e sociedade” (HÄBERLE, 1997, p. 18).

Com a finalidade de sustentar essa abertura interpretativa, Häberle (1997, p. 20-22) propõe um catálogo sistemático dos possíveis intérpretes da Constituição, como as decisões vinculantes estatais, os participantes dos processos (autor, réu, audiências públicas, peritos, pareceristas, *amicus curiae*, terceiros e outros), a opinião pública, os participantes do processo legislativo, bem como qualquer indivíduo que viva a norma. Assim, não há que se falar em um elenco taxativo, o que iria de encontro a sua teoria; pelo contrário, fala-se em um catálogo cujas possibilidades não se esgotam, mas são criadas e ampliadas no dia a dia:

A análise até aqui desenvolvida demonstra que a interpretação constitucional não é um evento exclusivamente estatal, seja do ponto de vista teórico, seja do ponto de vista prático. A esse processo têm acesso potencialmente todas as forças da comunidade política. O cidadão que formula um recurso constitucional é intérprete da Constituição tal como o partido político que propõe um conflito entre órgãos (HÄBERLE, 1997, p. 23).

A ideia de que a interpretação se reduz unicamente aos órgãos estatais, como foi visto, não mais pode prosperar. Agora, a interpretação constitucional diz respeito a todos, não sendo um evento centralizado ou isolado na pessoa do magistrado. As diversas contribuições de uma sociedade aberta de intérpretes, como o pluralismo hermenêutico, a legitimidade democrática interpretativa, entre outras, contribuem para a consolidação da soberania popular como autora das mutações

constitucionais, ao fundamento de que as realiza inconscientemente. Isso é o que se depreende do trecho da entrevista de Peter Häberle a Zvonko Posavec, em que o autor explica sua teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição:

Isso significa que não só os juristas interpretam a constituição, mas também qualquer cidadão comum dentro de uma democracia cidadã. Essas contribuições para o entendimento da Constituição as realiza, consciente ou inconscientemente, em sua vida, a longo prazo (HÄBERLE, 2009b, p. 137).

No entanto, diante dessa pluralidade interpretativa, um problema emerge: a dissolução da hermenêutica em várias interpretações possíveis não a enfraqueceria de modo a torná-la passível de muitas críticas? A pluralidade interpretativa é inerente à própria interpretação, não se tornando incompatível com esta, nem, de qualquer modo, retirando seu valor ou sua legitimidade. Com base em uma Teoria da Democracia como legitimação para essa pluralidade, Häberle (1997, p. 37) afirma:

Povo não é 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 da interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional.

A partir do momento em que se visualiza o povo como um elemento qualitativo – e não mais como elemento meramente quantitativo –, percebe-se a grande abertura interpretativa que a Jurisdição Constitucional oferece num Estado Democrático de Direito. Tendo por base esse fundamento, é possível afirmar que “a sociedade é livre e aberta na medida em que se amplia o círculo dos intérpretes da Constituição” (HÄBERLE, 1997, p. 40).

Toda essa teoria tratada por Peter Häberle remete à ideia desenvolvida por Ferdinand Lassale, uma vez que ambos partem do mesmo pressuposto da “Constituição Material” para sustentarem as respectivas teorias. A ideia de Constituição Material é melhor trabalhada por Lassale (2001, p. 40), ao afirmar que

a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que expressem os fatores do poder que imperam na realidade social.

O que se demonstra nesse trecho é que os anseios sociais e populares são substancialmente relevantes na construção de uma interpretação pluralista e aberta.

É nesse ponto de encontro entre as teorias que se revela a importância do povo como instrumento legitimador da atuação da Jurisdição Constitucional.

A construção e reconstrução da identidade do sujeito constitucional integra substancialmente o critério qualitativo do “povo” e possibilita uma ampliação dos que compõem uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição. Não se pode admitir a exclusão de qualquer grupo desse círculo hermenêutico, que se amplia no dia a dia à luz de uma teoria que possibilite a coesão entre soberania popular e direitos fundamentais. Em razão do exposto, as diversas interpretações não traduzem um *deficit* de legitimidade da Jurisdição, mas, pelo contrário, ampliam a legitimidade se elas decorrem do elemento “povo” como elemento pluralista da interpretação.

No entanto, alguns pontos relevantes ainda devem ser analisados: em razão das diversas interpretações cabíveis, como se dará a escolha por uma delas? E ainda, com que legitimidade o juiz fará a escolha por uma das interpretações?

A escolha por uma das interpretações, como será estudado no próximo capítulo, era uma técnica interpretativa do Poder Judiciário, presente no Estado Social. Dentro da moldura Kelseniana, o magistrado podia, discricionariamente, escolher a interpretação que julgasse mais adequada. A manutenção dessa técnica no Estado Democrático de Direito, portanto, mostra-se inviável.

Nesse paradigma, não mais se fala na escolha por uma das interpretações, mas na sua construção de forma racional e jurídica, a partir do caso concreto. Não é possível a escolha por uma das interpretações, pois as peculiaridades do caso são determinantes para que se arquitete o julgamento mais apropriado. O juiz, na busca pela melhor fundamentação, deve verificar aquela que melhor se ajusta às partes, de modo a levar em conta, inclusive, os interesses daqueles que não fizeram parte do processo:

A Corte Constitucional deve controlar a participação leal dos diferentes grupos na interpretação da Constituição, de forma que, na sua decisão, se levem em conta, interpretativamente, os interesses daqueles que não participam do processo (interesses não representados ou não representáveis) (HÄBERLE, 1997, p. 46).

Isso é muito comum quando o objeto do processo diz respeito a direitos difusos, coletivos ou individuais-homogêneos, em que os afetados não estão diretamente

presentes. Essa abertura hermenêutica, a partir de uma Democracia Deliberativa Procedimental, possibilita que os cidadãos sejam, ao mesmo tempo, destinatários e autores das normas.

Em razão do exposto, a construção da interpretação mais adequada ao caso concreto é um processo complexo, que não pode ser feito em abstrato (sem um caso posto), uma vez que, remetendo à ideia de Dworkin, o ideal é que o juiz visualize o direito como integridade, pois cada caso, por sua própria natureza, é único e irrepetível.

Para tanto, Dworkin (2007, p. 377-415) cria a figura do “juiz Hércules”, com as qualidades necessárias para que o magistrado reconstrua com coerência e integridade o direito vigente, a partir de um sistema aberto de regras e princípios. Mas, diferentemente de Dworkin, para o qual o juiz Hércules é solitário<sup>42</sup> na construção da interpretação, para Häberle e Habermas, o juiz está acompanhado de todos os intérpretes que compõem uma sociedade aberta.

Dworkin (2007, p. 271), ao propor o princípio da integridade, entende que o magistrado deve se voltar ao passado e se debruçar sobre o futuro a fim de verificar a norma, que, ao mesmo tempo, seja decorrência de um romance em cadeia, sem esquecer que a decisão judicial não é um ato isolado no tempo e que terá sua repercussão no futuro. O princípio da integridade “instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada” (DWORKIN, 2007, p. 271).

---

<sup>42</sup> Tal crítica a Dworkin é melhor abordada por Habermas (2003a, p. 276), em seu livro “Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade”, cabendo ressaltar o seguinte trecho: “As objeções até aqui levantadas contra o sentido e a viabilidade de uma teoria do direito ideal, capaz de proporcionar a melhor interpretação judicial dos direitos e deveres, da história institucional, da estrutura política e de uma comunidade constituída segundo o direito do Estado constitucional, partiram da premissa de que essa teoria possui um único autor – o respectivo juiz, que escolheu Hércules como seu modelo. Ora, as próprias respostas que Dworkin deu ou poderia dar a seus críticos levantam as primeiras dúvidas com relação à possibilidade de se manter esse princípio monológico. [...] Dworkin oscila entre a perspectiva dos cidadãos que legitimam os deveres judiciais e a perspectiva de um juiz que tem a pretensão de um privilégio cognitivo, apoiando-se apenas em si mesmo, no caso em que a sua interpretação diverge de todas as outras[...]”.

Ao analisarem o passado e se projetarem sobre o futuro, cabe aos magistrados aplicarem o direito de forma coerente, de acordo com o que Dworkin (2007, p. 276) chama de “romance em cadeia”:

Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração [...]; devem criar em conjunto, até onde for possível, um só romance unificado que seja da melhor qualidade possível.

Assim, a construção feita deve ser de tal modo que a obra final seja de um autor (a comunidade personificada) e não, como de fato se dá, de diversas pessoas diferentes. A melhor interpretação, portanto, não é uma escolha, mas uma construção a partir do caso concreto.

A legitimidade que o juiz possui não se encontra na sua autoridade, mas, sim, na fundamentação racional e constitucionalmente construída do caso que julga, quando se consideram, nesse momento, todos os autores de uma interpretação pluralista e democrática. Ao escolher uma interpretação como a mais adequada entre as diversas possíveis, o juiz deve explicitar os motivos de sua escolha, bem como porque as demais não se mostraram adequadas naquele caso específico (HÄBERLE, 1997, p. 55).

Mesmo naqueles casos que não possuem uma resposta pronta no ordenamento jurídico, não é possível falar em discricionariedade pelo juiz na hora de decidir um caso. Um sistema de regras e princípios fornece coerência e racionalidade à resposta que mais se ajusta com a questão posta:

[...] se se considerarem princípios como Direito, com natureza deontica, fechar-se-á o “campo” às discricionariedades e poder-se-ão reconhecer outros direitos, de natureza fundamental, os quais podem não se encontrar registrados literalmente no texto constitucional. Pois, como dito, os princípios guardam uma dimensão moral e são apropriados a fundamentarem o discurso de aplicação do Direito para se solucionarem controvérsias sobre direitos individuais e ou de grupos (CHAI, 2007, p. 343).

Em face de tudo o que foi exposto, não há como negar que o exercício legítimo de uma Jurisdição Constitucional perpassa necessariamente pelas teses de Habermas, Häberle e pela teoria do “direito como integridade” de Dworkin. Uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição possibilita, dentro do procedimento judicial, o

pluralismo hermenêutico, na medida em que legitima a atuação do magistrado, voltando-se ao passado e ao futuro.

É interessante verificar se toda essa teoria faz parte da jurisprudência nacional. Nesse ponto, ressalta-se o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

Não se viabiliza o especial pela indicada violação do artigo 535 do Código de Processo Civil, quando, embora rejeitados os embargos de declaração, verifica-se que a matéria em exame foi devidamente enfrentada pelo colegiado de origem, que sobre ela emitiu pronunciamento de forma fundamentada, ainda que em sentido contrário à pretensão da parte recorrente. A jurisprudência desta Casa é pacífica ao proclamar que, se os fundamentos adotados bastam para justificar o concluído na decisão, o julgador não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos utilizados pela parte. (AgRg no Ag 1092218, julgado em 21 de outubro de 2008, pela 3ª Turma do STJ, relator Ministro Sidnei Beneti)<sup>43</sup>

Não resta dúvida de que diversos direitos fundamentais foram violados ao se admitir esse tipo de posicionamento. A título de exemplo, citam-se o contraditório e a ampla defesa, uma vez que, em seu aspecto político ou substancial, não basta apenas a participação das partes no processo, mas, essencialmente, deve o juiz considerar a participação delas na sua decisão<sup>44</sup>. Trata-se da efetiva influência das partes no resultado final da demanda (DIDIER, 2008, p. 45).

Também está violado o Princípio da Inafastabilidade do Poder Judiciário. A partir do momento em que foi proibida a autotutela, coube ao Judiciário o monopólio da Jurisdição, devendo, portanto, se pronunciar sobre todas as questões levadas a ele (DIDIER, 2008, p. 86). A partir do momento em que não se pronuncia sobre determinado argumento, ao fundamento de já ter encontrado um mais adequado, viola tal direito fundamental esculpido no inciso XXXV do art. 5º da Carta Magna.

Diversos outros direitos fundamentais também foram violados. No entanto, não se pretende discutir, nesse momento, em detalhes, a violação de tais direitos. Não se quer dizer, com tal afirmativa, que o debate não seja relevante, mas tão somente que o ponto que se pretende focalizar é outro. O ponto central que será analisado

---

<sup>43</sup> Deve-se salientar que tal posicionamento é pacífico no STJ, estando o mesmo entendimento presente em diversos outros julgados: AgRg no Ag 875974, AgRg no Ag 771406, REsp 1037208, AgRg no Ag 978127, REsp 797790, entre muitos outros.

<sup>44</sup> No entanto, é de se observar que as partes, muitas vezes com finalidade protelatória, levam aos autos diversos argumentos ou questões impertinentes ao litígio. Quanto a estes, que excedem os limites de defesa, cabe ao juiz, fundamentadamente, demonstrar essa ausência de nexos e não se pronunciar sobre a questão. Para maiores detalhes, verificar a análise sobre o tema tratado por Marinoni e Arenhart (2008, p. 388).

gira em torno da relação da jurisprudência com as teorias de Habermas, Häberle e Dworkin, nos moldes acima expostos.

Diante de tudo o que foi colocado até esse momento, não se pode ter outra conclusão a não ser que o Superior Tribunal de Justiça é um forte defensor de uma sociedade fechada de intérpretes da Constituição.

Uma vez que se admite a possibilidade de o juiz não rebater, um a um, os argumentos utilizados pela parte, restringem-se demasiadamente os legítimos intérpretes da Constituição. Se tal problema, em si, já é grave, o que se dirá então quando o juiz nem sequer precisa se manifestar sobre qualquer argumento levado pelas partes se já tiver encontrado algum argumento que lhe pareça suficiente? Tal questão também é admitida pelo Superior tribunal de Justiça, *verbis*:

Quanto à apreciação de violação dos artigos 5º, caput, e incisos IX, LXXVIII, XXXV, 3º, III da Constituição Federal, cumpre asseverar que é cediço, neste Tribunal, que o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos, quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu (EDcl no AgRg no Ag 852.215, julgado em 05 de agosto de 2008 – STJ).

Deve-se salientar que a fundamentação em fatos, provas, leis, jurisprudência, em nenhum momento possui o condão de legitimar esse tipo de julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se pretendeu no seguinte caso:

Não caracteriza negativa de prestação jurisdicional, o fato de o órgão julgador não se manifestar sobre todos os pontos alegados pelas partes, quando analisa adequadamente aqueles que entende necessários ao julgamento do feito, de acordo com seu livre convencimento fundamentado, utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entende aplicável ao caso (AgRg no REsp 961.786, julgado em 26 de agosto de 2008 pela 4ª Turma do STJ).

Não se está negando o livre convencimento motivado como prerrogativa essencial ao exercício da Jurisdição, mas, sim, defendendo que tal liberdade não pode ser tão arbitrária como admite o Superior Tribunal de Justiça. Qualquer poder é decorrência do povo, e, como tal, seu exercício – no caso o poder judicante – encontra sua legitimação quando seu fundamento parte da ideia qualitativa de povo, ou seja, os anseios sociais e populares são substancialmente relevantes na construção de uma interpretação pluralista e aberta.



Contudo, diferentemente do que admite Häberle (1997, p. 44 e 45), não se pode admitir diferença na intensidade do controle judicial. Afirma o autor que, nos casos mais polêmicos, a discussão deve ser constante, a opinião pública extremamente relevante e o controle judicial pelos tribunais mais criterioso, ao passo que, em casos menos polêmicos, o controle não precisa se dar na mesma envergadura acima apresentada.

Deve-se ter em mente que cada caso concreto é único e irrepetível. Na verdade, em qualquer caso a ser julgado, os juízes e os tribunais devem ser extremamente cautelosos na aferição da legitimidade e da fundamentação, uma vez que exercem, via delegação (delegação, pois o titular do poder é o povo), um poder que não lhes pertence. A fundamentação dos julgados não decorre da autoridade de quem a proferiu, mas, sim, de uma argumentação racional e constitucionalmente construída, capaz de verificar nos julgados a influência de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição, possibilitando, assim, que os destinatários das normas sejam também seus autores.

O Superior Tribunal de Justiça admite uma interpretação extremamente fechada, inclusive mais restrita do que aquela colocada por Peter Häberle na sua classificação do que seria uma sociedade fechada de intérpretes. Nesse caso, ocorre uma cisão entre destinatários e autores das normas, uma vez que o magistrado passa a ser seu único autor, e os destinatários aqueles que são tutelados no processo judicial.

Do mesmo modo, o romance em cadeia não tem sido respeitado. Apesar de se voltar ao passado (afinal, trata-se de jurisprudência pacífica da Corte), olvida-se quanto às suas consequências para o futuro. Trata-se de uma patente violação à autonomia pública dos cidadãos, violando o princípio democrático e aproximando a Jurisdição do paradigma do Estado Social.

O Superior Tribunal de Justiça chega a admitir a exclusão das partes nesse processo hermenêutico, de modo a entender a interpretação como um evento estatal isolado da sociedade. Analisada como está a questão no Superior Tribunal de Justiça, como o Supremo Tribunal Federal tem analisado esse problema?

Em face da pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, tem crescido, no Supremo Tribunal Federal, a tese de que não é dada ao magistrado a possibilidade de não enfrentar as matérias de defesa veiculada pelas partes.

O problema foi enfrentado no RE 428991 (julgado em 26 de agosto de 2008 pela Primeira Turma do STF, com a relatoria do Ministro Marco Aurélio). Ficou assentado no acórdão do referido julgado que tal “visão é míope e coloca em segundo plano a atuação judicante. Coloca em segundo plano o dever de o Estado-Juiz acolher ou rejeitar a matéria de defesa veiculada por qualquer das partes”.

Trata-se de um importante passo na abertura da hermenêutica constitucional. O contraditório traz a possibilidade de as partes se manifestarem no processo, e mais, a necessidade de suas alegações influenciarem no resultado final do processo. O mínimo que deve o juiz fazer, ao fundamentar, é contra-argumentar as alegações vencidas, de modo a demonstrar o porquê do não acolhimento dessas alegações.

No entanto, mesmo que tal julgado seja uma manifesta evolução da jurisprudência pátria, muito ainda se deve caminhar para fins de adequação à proposta de Peter Häberle e à ideia de Jurisdição Constitucional desenvolvida no paradigma do Estado Democrático de Direito.

Passos mais largos foram dados nesse sentido dentro do controle de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, seja em sua via difusa, seja em sua via concentrada. O *amicus curiae* tem sido importante instrumento democratizador do processo judicial. O *amicus curiae* ou amigo da corte, nas palavras de Novelino (2008, p. 192), pode ser entendido como

uma pessoa, órgão ou entidade, que, mesmo sem ter interesse direto na questão, auxilia, com seu conhecimento sobre o assunto, na decisão do tribunal. Esta figura ganha especial relevância no controle abstrato que, em razão de sua natureza objetiva, carece de manifestações (tese e antítese) que possam contribuir para a decisão final (síntese), dando-lhe legitimidade social, pluralizando o debate constitucional e o tornando mais democrático.

O conceito acima remete à ideia desenvolvida por Peter Häberle, pois este não limita em um catálogo exaustivo as pessoas legitimadas a interpretar num Estado Democrático de Direito. Nesse contexto, como foi estudado acima, fala-se em uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição, a qual possibilita, dentro do procedimento judicial, o pluralismo hermenêutico, na medida em que legitima a

atuação do magistrado, desde que tal construção teórica componha o fundamento do seu julgado.

Em se tratando de controle difuso, o *amicus curiae* foi incluído, pela Lei 9.868/1999 ao art. 482, § 3º, do CPC, ao procedimento dos Tribunais. Trata-se da aplicação da Teoria da Abstrativização ou Objetivação do Controle Difuso de Constitucionalidade, a qual, apesar das diversas críticas, nesse ponto, é de fundamental importância para fins de legitimação das decisões judiciais.

Do mesmo modo, no controle concentrado de constitucionalidade, conforme se depreende do artigo 7º, § 2º, da Lei 9.868/1999, o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Nos dois casos de controle de constitucionalidade, a participação do *amicus curiae*, desde que efetivamente influencie no resultado da decisão, representa um pequeno, mas importante passo para a aplicação da teoria desenvolvida por Häberle e Habermas, uma vez que o processo se abre à sociedade, proporcionando, no Poder Judiciário, um local apto ao debate e à construção do significado do que vem a ser uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição.

É importante salientar que a participação do *amicus curiae* em nenhum momento tem por finalidade justificar qualquer decisão a ser tomada no processo. Existem regras constitucionais e direitos fundamentais a serem respeitados no procedimento ou na decisão final.

Toda essa exposição teve por finalidade demonstrar a relevância da interpretação na construção da decisão final pelo magistrado, ao se aplicar a norma ao caso concreto. Cada decisão judicial possui algum impacto na identidade do sujeito constitucional, o que justifica a necessidade de uma constante ampliação da legitimidade da Jurisdição no Estado Democrático de Direito.

A legitimidade do magistrado, portanto, tem lugar na exata medida entre autonomia pública e autonomia privada. A soberania popular, os direitos fundamentais, as normas constitucionais, a exposição e a publicação dos motivos da fundamentação de sua decisão consistem num conjunto de fatores que possibilita aos cidadãos um

controle dos atos judiciais, legitimando a atuação dos magistrados, além de permitir que os destinatários das normas se vejam também como seus autores.

Em razão do exposto, a atividade hermenêutica requer do magistrado uma tarefa hercúlea, tanto que cláusulas constitucionais simples nem sempre correspondem a casos fáceis. Os americanos Laurence Tribe e Michael Dorf se debruçaram sobre a questão e analisaram alguns casos da Suprema Corte americana.

No julgado *Arcara v. Cloud Books, Inc.*, o caso girou em torno da aplicação da 1ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos, a qual proíbe que uma lei reduza a liberdade de expressão ou de imprensa. Uma loja que vendia revistas pornográficas foi fechada, uma vez que, em seu interior, também havia prostituição. Determinada lei (ou estatuto) de Nova Iorque autorizava o fechamento de um estabelecimento se ficasse caracterizado o risco à saúde pública. Ao analisarem o caso, Tribe e Dorf (2007, p. 41-42) assim se manifestam:

A mais alta corte do Estado de Nova Iorque determinou que nesse caso o fechamento da loja foi realmente uma violação do direito constitucional federal à liberdade de expressão. [...] Quando o caso chegou à Suprema Corte dos Estados Unidos, três juízes concordaram com essa perspectiva. E os outros seis juízes entenderam o caso de forma diferente. Para eles, foi meramente por acaso que isso aconteceu numa livraria. Dessa forma, o estatuto não tinha nada a ver com liberdade de expressão. Nesse caso, a aplicação do estatuto se baseava nas atividades de sexo que eram oferecidas e não na venda de livros.

Isso demonstra que não existem respostas prontas no ordenamento jurídico e que toda norma jurídica deve ser interpretada a partir do caso concreto, em especial quando se faz necessária uma interpretação que envolva cláusulas constitucionais.

Por isso, nas hipóteses em que essa resposta não se figura pronta, em razão de inexistir uma determinação legal fruto de um processo legislativo democrático, o magistrado deve ter cuidado redobrado. Trata-se de um caso de difícil resolução, em que o respeito aos direitos fundamentais e a exposição e publicação dos motivos da fundamentação de sua decisão não podem ser suficientes para fins de conferir legitimidade à atuação dos magistrados.

Por ser a resposta totalmente construída no caso concreto, mediante interpretação das cláusulas gerais relativas aos direitos fundamentais, a participação popular, à luz de uma democracia deliberativa, ganha espaço.

A abertura do processo se mostra essencial para a construção da resposta à luz do caso concreto. Todos os afetados devem ter a oportunidade de se manifestarem no processo, pois a imposição legítima da coercibilidade do direito se baseia nessa premissa.

É justamente esse ponto o objeto da presente discussão. Como foi analisado no capítulo anterior, a Teoria da Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade é decorrência de interpretação conferida basicamente por alguns Ministros, sem qualquer abertura democrática do processo judicial, de modo a transformar um controle tradicionalmente difuso em outro predominantemente abstrato, ao arrepio da Constituição Federal.

Em nome do incremento da defesa do sistema de direitos e garantias fundamentais, o Supremo Tribunal Federal tem se colocado em concorrência direta com o Poder Constituinte Originário. Isso é cristalino na postura do Supremo Tribunal Federal que, por exemplo, busca possibilitar uma transcendência dos motivos ou da parte dispositiva de tais julgados em controle difuso para além das partes, ao contrário do art. 52, inciso X, da Constituição Federal.

Como consequência, o Pretório Excelso parece ampliar seus poderes muito além daqueles que o Senado Federal teria ao suspender a execução da lei. Ao admitir uma “mutação constitucional” do controle difuso de constitucionalidade, desvirtuam-se os propósitos do Constituinte, de modo a outorgar ao próprio STF novas atribuições sem previsões constitucionais.

Tal postura contradiz com o caso *Marbury vs. Madison*. Neste, a Suprema Corte americana reconheceu a inconstitucionalidade de dispositivo infralegal que concedeu à Suprema Corte competência para julgar o caso, ao fundamento de que somente a Constituição seria instrumento legítimo para determinar regras de competência para o referido Tribunal.

O que o Supremo Tribunal Federal pretende é justamente o inverso do julgado citado. Enquanto a Suprema Corte americana admitiu que somente a Constituição é instrumento legítimo para determinar a competência do Tribunal, o Pretório Excelso brasileiro deseja reconhecer que uma decisão sua é legítima para conceder a si mesmo novas atribuições.

Essa autoatribuição de novas competências, que o Ministro Gilmar Mendes fundamenta na ampliação da proteção aos direitos e garantias fundamentais, demonstra a ausência de fundamento constitucional e traduz um perigoso argumento de autoridade, negando o povo como intérprete e autor das normas constitucionais. Não só isso, mas consiste em perigoso precedente que admite que o STF negue aplicação às normas constitucionais.

Até que ponto é possível falar na legitimação de tal decisão pelo STF, sendo ele o próprio beneficiário pelo aumento de seu poder? Ou seja, com que legitimidade os Ministros da Suprema Corte prefeririam esse tipo de acórdão? Desse modo, não estaria a legitimidade baseada unicamente na autoridade de quem proferiu tal decisão? Não se trata, no caso, de uma sociedade fechada de intérpretes da Constituição? Em qual paradigma da modernidade realmente vivemos hoje?

Acontece que a Jurisdição, no Estado Democrático de Direito, analisada como verdadeira garantia fundamental, não se presta a uma atuação desgarrada da Constituição Federal. Pelo contrário, deve-se pensar na Jurisdição como uma Jurisdição Constitucional, ou seja, tendo como limite e possibilidade hermenêutica a Constituição e os direitos e garantias fundamentais, e não como mera instância legítima de interpretação do sentido constitucional a ser atribuídos pelo STF.

Nesse contexto, parece que o Pretório Excelso, com tal postura, coloca em xeque todo o sistema de direitos e garantias individuais, que parte da supremacia da Magna Carta, fruto da soberania popular, articulada pelo exercício do Poder Constituinte Originário.

Mas, se o processo judicial fosse norteado pelas premissas de uma democracia deliberativa, seria possível a adoção da Teoria da Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal no exercício de sua Jurisdição Constitucional?

#### 2.4 A DEMOCRACIA DELIBERATIVA COMO ESPAÇO PARA O EXERCÍCIO DA SOBERANIA POPULAR

O termo democracia, segundo Bonavides (1996b, p. 267), foi utilizado, por diversas

vezes na história, para justificar atos de governos que eram autoritários em sua essência. Isso desvirtuou o real significado da democracia e tem dificultado, até a presente data, a delimitação do seu conceito. As diversas doutrinas acerca do tema tentam, portanto, reconstruir seu real significado:

Variam de maneira considerável as posições doutrinárias acerca do que legitimamente há de entender por democracia. Afigura-se-nos porém que substancialmente parte dessas dúvidas se dissiparam, se atentássemos na profunda e genial definição lincolniana de democracia: governo do povo, para o povo e pelo povo; “governo que jamais perecerá sobre a face da terra” (BONAVIDES, 1996b, p. 267).

Partindo de um conceito histórico, Silva (2008, p. 126) assim entende democracia:

Não sendo por si um valor-fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem, compreende-se que a historicidade destes a envolva na mesma medida, enriquecendo-lhe o conteúdo a cada etapa do evoluir social, mantido sempre o princípio básico de que ela revela um regime político em que o poder repousa na vontade do povo.

Já para Bobbio (1997, p.20), o conceito mínimo de democracia deve conter três elementos: (a) o direito de participação nas tomadas de decisão deve ser atribuído a um elevado número de cidadãos, (b) existência de regras de procedimento que permitam a participação da maioria e da minoria e (c) aqueles que são chamados a participar da tomada de decisão devem ter reais condições de decidir (direito de liberdade, associação, educação, opinião,...), ou eleger os que por eles decidirão, em questões que de fato influenciem o rumo da democracia.

Pelo exposto, a democracia é uma forma de governo que tem por base a soberania popular, em que as tomadas de decisões do povo somente são legítimas se feitas pelo povo e para o povo. A participação do povo é fundamental; caso contrário, não seria possível falar em democracia.

A democracia, portanto, tem por base dois princípios fundamentais (PEDRA, 2005, p. 247): primeiro, o princípio da soberania popular, que reconhece no povo a única fonte de poder, e, como consequência do primeiro, o princípio da participação, direta ou indireta, do povo no poder, para que a soberania popular tenha instrumentos que possibilitem que o povo seja efetivamente ouvido numa democracia.

A partir dos conceitos de democracia apresentados, os quais se pautam no respeito aos direitos fundamentais e na participação popular, o povo, como titular do poder

constituente, se apresenta mais como “cidadão”, no sentido de elemento do Estado que participa das tomadas das decisões, como verdadeiro autor e intérprete de tais conteúdos:

Democracia é o “domínio do cidadão” (Herrschaft des Bürgers), não do Povo, no sentido de Rousseau. Não haverá retorno a Rousseau. A democracia do cidadão é mais realista que a democracia popular [...] A democracia do cidadão está muito próxima da idéia que concebe a democracia a partir dos direitos fundamentais e não a partir da concepção segundo a qual o Povo soberano limita-se apenas a assumir o lugar do monarca (HÄBERLE, 1997, p. 38).

Ademais, a democracia é um projeto em constante construção e aperfeiçoamento, tal como é o processo de incorporação de novas identidades constitucionais ao conceito de povo. Esse ponto em comum é capaz de demonstrar a ligação existente entre soberania popular e princípio democrático, que, a partir da coesão interna entre autonomia pública e autonomia privada, resulta num espaço aberto ao diálogo e ao pluralismo:

A democracia é um processo que vai rompendo contrários, incorporando, em cada etapa da evolução, um conteúdo novo. Nesse sentido, ela nunca se realiza inteiramente, pois, a cada conquista realizada, avistam-se novos horizontes a serem atingidos em busca do aperfeiçoamento (PEDRA, 2005, p. 242).

Consequentemente, a consolidação da democracia como projeto em construção é algo que necessita de uma práxis diária, ganhando relevância a instrução do povo. A educação, portanto, é fundamental como elemento que amplia a liberdade dos cidadãos (PEDRA, 2005, p. 310).

Assim como o Direito, a Educação também evoluiu de uma perspectiva fechada (bancária) para o que, hoje, Paulo Freire defende como educação humanizadora, a qual, tal como a democracia, confere ao outro a importância no debate e na construção do pensamento. É nessa mudança paradigmática que a participação criativa do aluno (o afetado) foi inserida, ou seja, na qualidade de verdadeiro pressuposto da educação como instrumento de construção do ser humano.

A educação bancária trata a realidade como algo desprovido de criatividade e conteúdo crítico e rechaça o aluno como elemento de formação da educação. A finalidade do educador (narrador) é unicamente levar aos educandos conteúdos predeterminados, já que estes são meros depositários do que o educador narra (FREIRE, 2008, p. 66 e 67). A capacidade do educador se mede pela quantidade (e



não pela qualidade ou capacidade de chamar o aluno ao debate) de matéria que ele passa aos alunos, e os bons alunos reproduzem exatamente o que lhes foi ensinado (FREIRE, 2008, p. 75). Aqui o mundo é algo acabado e já construído. O aluno simplesmente aceita a informação que lhe é dada pela autoridade que é o professor, sem criticá-la. Em vez de o educando participar na construção do mundo, ele o recebe já de maneira predeterminada.

Contra-pondo-se a essa concepção bancária, encontra-se a “educação libertadora” (FREIRE, 2008, p. 71). Busca-se, nesta, superar a diferença educador-educando, passando todos a ser simultaneamente educadores e educandos, numa dialética constante. A libertação da educação bancária e a adoção da educação libertadora têm por fundamento o fato de que a vocação ontológica dos homens é humanizar-se. Mais do que isso, a criatividade e a inclusão do outros, nessa educação, nascem como instrumentos capazes de transformar o mundo.

Nesse contexto, a educação problematizadora é a responsável por despertar no aluno a curiosidade e a integração nos aspectos sociais e humanitários, ou seja, é a práxis libertadora (FREIRE, 2008, p. 77). Por isso, a práxis é “reflexão e ação dos homens sobre o mundo para transformá-lo. Sem ela é impossível a superação da contradição opressor-oprimidos” (FREIRE, 2008, p. 42).

A partir do momento em que os alunos são chamados a vivenciar o conteúdo, e não mais a memorizá-lo, a educação se torna mais prazerosa e uma verdadeira lição de vida. Os educandos devem ser chamados a conhecer e a compreender as questões sociais, e não a memorizar os conteúdos.

O diálogo é o núcleo central da educação como prática da liberdade, e a palavra é o instrumento por meio do qual se torna essa visão da educação possível (FREIRE, 2008, p. 89 e 95). Por isso, somente se fala em palavra verdadeira (práxis) quando ela é capaz de transformar o mundo.

A existência humana não pode ser silenciosa ou nutrir-se de falsas palavras (FREIRE, 2008, p. 90). A humanidade reside justamente na palavra verdadeira, que não pode ser vista como privilégio de uma classe, mas, sim, como direito subjetivo de todas as pessoas. Por isso, o diálogo é o próprio requisito de existência do ser humano. É por meio dele que se exerce a capacidade criativa do ser humano. Ou

seja, o diálogo é o meio pelo qual se exterioriza toda a criatividade do ser humano capaz de mudar o mundo.

Em razão do exposto, a educação, tal como a democracia, requer uma práxis diária de crescimento e participação nas decisões. Reivindicar sem ter a educação como guia é buscar no escuro seu objetivo, mas esse não pode ser o motivo para impedir a concretização de uma democracia. Pelo contrário, esse *deficit* educacional existente hoje deve servir de incentivo para implementá-la. Talvez, em razão dessa falta de preparação do povo e no receio de que isso poderia representar para defender a democracia como modelo mais adequado, ganha relevância a frase do *Lord Russel*, citado por Bonavides (1996b, p. 266): “Quando ouço falar que um povo não está bastante [sic] preparado para a democracia, pergunto se haverá algum homem bastante preparado para ser déspota”.

Isso demonstra que, não só o direito, mas também tudo que o influencia (educação, política, cultura, entre outros), deve buscar incluir o afetado no debate. Não baste que o povo seja chamado ao debate, pois o mesmo tem que ser instruído para poder participar ativamente da tomada de decisão.

Nesse contexto, o poder constituinte originário, ciente da relevância do povo como importante elemento de todos os componentes do Estado, positivou, no art. 1º, § 1º, da Constituição, que “todo o poder emana do povo e, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”. Com base nessa disposição constitucional, diversos autores afirmam que o Brasil adotou a Democracia participativa (também chamada de semidireta), uma vez que traz elementos da democracia direta e da democracia indireta.

A democracia direta é aquela em que o povo toma diretamente as decisões do Estado. As funções públicas são exercidas por ele de forma imediata. Tem-se, por exemplo, o referendo, o plebiscito e a iniciativa popular das leis. Por outro lado, na democracia indireta (também chamada de indireta ou representativa), o povo exerce por intermédio de seus representantes, que exercem o poder em seu nome e de acordo com os limites constitucionalmente previstos. Tem lugar, por exemplo, na escolha dos Chefes do Executivo, na escolha dos Senadores e Deputados Federais, entre outros (PEDRA, 2005, p. 248-256).

Por isso, é comum pensar-se na democracia como o momento da decisão, ou seja, na criação da lei pelo Parlamento, na decisão do que será objeto de referendo ou no voto para a eleição do Presidente da República. Contudo, a proposta de uma democracia deliberativa recai antes desse momento, ou seja, “no modo de formação e encaminhamento da discussão e conclusão” (TAVARES, 2007). Esse modelo respeita os pressupostos comunicativos decorrentes da coesão interna entre as autonomias jurídicas.

O procedimento, numa democracia deliberativa, é voltado para o diálogo e na inclusão de todos na formação da vontade geral. Por isso, tal modelo de democracia não verifica como suficiente a votação em representantes (modelo típico de uma democracia representativa), de modo a conceder a esses representantes quase uma exclusividade na discussão das propostas. Isso é o que afirma Lígia Helena Hahn Luchmann em sua tese de doutorado:

[...] a democracia deliberativa constitui-se como um modelo ou ideal de justificação do exercício do poder político pautado no debate público entre cidadãos livres e em condições iguais de participação. Diferente da democracia representativa, caracterizada por conferir a legitimidade do processo decisório ao resultado eleitoral, a democracia deliberativa advoga que a legitimidade das decisões políticas advém de processos de discussão que, orientados pelos princípios da inclusão, do pluralismo, da igualdade participativa, da autonomia e do bem-comum, conferem um reordenamento na lógica de poder tradicional (LUCHMANN, 2002, p. 65).

Desse modo, o voto é uma consequência do que foi discutido pelos intérpretes constitucionais (todos os cidadãos), e não um resultado da vontade exclusiva de cada um dos parlamentares, como afirma Tavares (2007), no trecho que segue:

A idéia de um modelo dialógico, essencial à democracia deliberativa, prende-se ao pressuposto teórico de que a democracia haveria de incorporar um momento de amplas discussões, que fosse capaz de promover um embate e conhecimento profundo de idéias e pontos de vista, ampliando os horizontes da agenda política, das convicções e conhecimentos pessoais e da harmonia entre todos que se dispusessem a incorporar um debate franco e racional.

Os cidadãos, ao se incorporarem ao debate, aceitariam mais facilmente a coercitividade inerente ao Estado de Direito e as sanções decorrentes de seu descumprimento.

Plebiscitos e referendos, por terem lugar no momento da decisão (seja anterior ou posterior), devem se adequar ao modelo de uma democracia deliberativa. O voto é

necessário, mas deve ser precedido de um amplo diálogo entre os diversos setores da sociedade para a formação da vontade geral (a lei).

Pode-se falar, portanto, numa “capacidade pacificadora”, na medida em que questões complexas e altamente controversas seriam mais facilmente aceitas pela sociedade, tendo em vista a participação e a influência de todos no resultado final do procedimento. Trata-se da possibilidade de que todos os cidadãos, naturais destinatários das normas e dos direitos, possam também se ver como seus autores:

A democracia deve envolver, além da escolha de representantes, também a possibilidade efetiva de deliberar publicamente sobre as questões a serem decididas. A troca de argumentos e contra-argumentos racionaliza a gestão da *res pública*. Se determinada proposta política logra superar a crítica formulada pelos demais participantes da deliberação, pode ser considerada, pelo menos *prima facie*, legítima e racional (SOUZA NETO, 2007).

Essa alteração de parâmetro, em que ganha ênfase o procedimento, deve, de igual modo, influenciar o conceito de democracia. Atento para tal questão, Chai (2007, p. 356) entende democracia como

[...] um governo de iguais, onde a cada indivíduo deva ser assegurado um papel que lho permita contribuir na essência das decisões políticas, e no qual a importância desse papel não seja estruturalmente determinado ou limitado em razão de seu valor, talento ou capacitação, na perspectiva de um regime constitucional.

Nesse íterim, para se falar em uma democracia deliberativa, Tavares (2007) indica alguns elementos que a densificam como teoria procedimentalista do Direito, a fim de permitir a participação de todos os afetados.

O primeiro elemento é a publicidade das decisões. Numa democracia deliberativa, todos os cidadãos devem ser chamados a participar do processo deliberativo para que tenham a oportunidade de expressar sua visão do tema. O espaço público democrático reclama, naturalmente, essa interatividade dos destinatários das normas. Não basta expressar a visão do tema, mas também visualizar tal visão na decisão final, seja racional e juridicamente refutada, seja aceita pela sociedade.

A publicidade não pode ser confundida com publicação, pois esta importa somente na veiculação ao público do conteúdo decidido ao final do procedimento, ao passo que a publicidade, além de englobar tal ideia, diz respeito principalmente ao diálogo inerente à democracia, como já foi acima exposto.

O segundo ponto diz respeito ao princípio da justificação das decisões (TAVARES, 2007). A discussão, sem dúvida, é necessária numa democracia deliberativa, mas, em determinado momento, a decisão deve ser tomada, mesmo nos casos mais complexos. Por isso, a decisão final deve ser racional e juridicamente fundamentada. E mais, os motivos de determinadas propostas serem refutadas devem ser fundamentados.

Não pode ser conferido àquele (ou àqueles) que possui o poder decisório a possibilidade de não se manifestar sobre determinado argumento levantado pelos que participaram do procedimento. Posição em sentido contrário violaria a própria ideia de soberania popular, uma vez que, discricionariamente, o que decide poderia escolher a proposta que melhor lhe caberia, ferindo também o elemento da publicidade, acima analisado.

É importante ressaltar, portanto, que a possibilidade de todos se manifestarem no processo deliberativo ganha importante espaço, não sendo suficiente que seja aberto o canal para que as pessoas se manifestem; faz-se necessário que o Poder Público crie mecanismos para forçar a participação popular. Tal fenômeno, conhecido como *outreach* (do inglês, fora do alcance), tem por finalidade incorporar ao procedimento pessoas que, inicialmente, não desejavam dele fazer parte ou não tinham, por algum motivo, como dele fazer parte. Entrevistas, questionários, conferências e palestras são só alguns exemplos desses mecanismos, que serão utilizados para angariar informações e pontos de vista de pessoas que, provavelmente, não viriam a fazer parte do procedimento deliberativo.

O terceiro elemento diz respeito ao princípio da inclusão ou universalidade, considerado como a regra de ouro de uma democracia deliberativa: “não pode haver nenhuma consequência para aqueles cujos argumentos não estiverem presentes (representados) na discussão” (TAVARES, 2007). Em outras palavras, todos que possuem algum argumento acerca do ponto em deliberação devem ter a possibilidade de apresentar sua questão ou de ver sua questão apresentada no procedimento, para que possa ser alvo de discussão.

Um questionamento aqui deve ser levantado: qual a consequência para o indivíduo que tem algum argumento para apresentar, mas não o faz, mesmo tendo a

possibilidade de fazê-lo, não tendo sido tal indagação levantada no procedimento?

Por se negar a participar do processo deliberativo, deve arcar com efeitos de sua inércia e sofrer as consequências da decisão final. O direito não acalenta aquele que é displicente no exercício de suas prerrogativas constitucionais.

O quarto ponto diz respeito ao princípio da aplicação seletiva, ou seja, à possibilidade de algumas questões não serem submetidas ao debate público. De certo, a privacidade deve prevalecer em face desse ideal democrático procedimental. Os espaços privados (as áreas de liberdades subjetivas), de acordo com essa ideia, não podem ser objeto de deliberação:

Elas (*as liberdades subjetivas*) garantem uma autonomia privada, que também pode ser descrita como liberação das obrigações da liberdade comunicativa. Seguindo Klaus Günter, eu entendo a “liberdade comunicativa” como a possibilidade – pressuposta no agir que se orienta pelo entendimento – de tomar posição frente aos proferimentos de um oponente e às pretensões de validade aí levantadas, que dependem de um reconhecimento intersubjetivo (HABERMAS, 2003a, p. 155).

Mas, ainda de acordo com Habermas (2007, p. 299), esses espaços privados sofrem ingerência dos direitos fundamentais:

A autonomia política dos cidadãos deve tomar corpo na auto-organização de uma comunidade que atribui a si mesma suas leis, por meio da vontade soberana do povo. A autonomia privada dos cidadãos, por outro lado, deve afigurar-se nos direitos fundamentais que garantem o domínio anônimo das leis.

A legitimação do direito no plano público é decorrência direta do exercício da soberania popular, ao passo que no plano privado a legitimação tem fundamento nos direitos fundamentais. A coesão interna entre ambos legitima o direito e a sua criação. Por isso, somente por meio do respeito aos direitos fundamentais – decorrência do respeito à autodeterminação como prerrogativa da soberania popular –, será possível uma relação entre autonomia pública (autores das normas jurídicas) e autonomia privada (destinatários das normas jurídicas). Trata-se da coesão interna entre Democracia e soberania popular.

O quinto elemento tem relação com o princípio da reciprocidade.

A unanimidade numa sociedade plural, em especial, em temas complexos, é algo praticamente inatingível. Pelo fato de a discussão de qualquer ponto ter que chegar

ao fim, é certo que certos grupos sociais não estejam de acordo com a decisão tomada no processo deliberativo.

Isso não pode ser visualizado como um *deficit* de legitimidade e, para tanto, ganha espaço o princípio da reciprocidade, ou seja, a fundamentação perante os grupos sociais não incluídos na decisão de que esta é a mais adequada, em razão da discussão apresentada, tudo devidamente motivado:

As reservas contra decisões da maioria, que tem conseqüências irreversíveis, apóiam-se na interpretação segundo a qual a minoria inferiorizada só dá o seu consentimento e a autorização para a maioria, se ficar assegurada a possibilidade de que ela possa vir a conquistar a maioria no futuro, na base dos melhores argumentos, podendo assim modificar a decisão ora tomada (HABERMAS, 2003a, p. 224).

Somente assim, tais grupos poderão se visualizar na decisão final, já que existe a possibilidade de, no futuro, retomarem a discussão para uma nova deliberação. Mas, é bom lembrar que, sempre que possível, as decisões tomadas pela maioria devem ser limitadas por meio de uma proteção dos direitos fundamentais das minorias (HABERMAS, 2003a, p. 224).

Essa questão relativa à rediscussão das decisões é natural desse sistema, pois a democracia não é um preceito acabado e fechado, mas construída no dia a dia pelos intérpretes de uma sociedade aberta.

Tal questão leva, necessariamente, ao sexto elemento, qual seja: a cláusula de reabertura das discussões. As pessoas que discordam da decisão tomada ao final do processo democrático deliberativo aceitariam mais facilmente o que foi decidido, desde que cientes da possibilidade de, em outra discussão, ocorrer a mudança do que foi decidido. Por isso, Bobbio (1997, p. 20) entende que, na democracia, as regras do jogo devem ser previamente estabelecidas, para que sejam garantidos direitos como as liberdades de opinião e de reunião, e possibilitem a participação e o acesso dos cidadãos às arenas públicas.

O fato de hoje um grupo ser vencido no espaço argumentativo, não implica dizer que no futuro isso se manterá. Novos argumentos ou o amadurecimento do debate pode transformar o grupo vencido em vencedor, o que demonstra a abertura democrática do procedimento ao diálogo. No mesmo sentido é o entendimento de Prates (2004, p. 541) ao afirmar que “[...] qualquer instrumento ou método jurídico-interpretativo

que objetivo, ainda que implicitamente, a imutabilidade dessa interpretação é contrário à democracia, porque esta é entendida como um processo, como um projeto inacabado”.

Esses elementos procedimentais buscam justamente a garantia dos pressupostos comunicacionais, a fim de propiciar um *locus* adequado ao debate, já que a democracia é um processo em constante construção. Trata-se de elementos relativos ao procedimento, mas também existem dois elementos substantivos e imprescindíveis numa democracia deliberativa: a liberdade e a igualdade. São verdadeiras condições de possibilidade da democracia, sem as quais não há que se falar num discurso procedimental.

Esses dois fundamentos substantivos da democracia deliberativa se apresentam, em Habermas, como decorrência da discussão que o autor faz em torno do princípio moral e do princípio da democracia, ao apresentar como decorrência deste último a igualdade e a liberdade.

Todas as expectativas de ações (e reações) existentes no mundo fático, relativo à conduta humana, dizem respeito ao que Habermas (2003a, p. 142) chama de “normas de ação”. Os comportamentos esperados, dentro do princípio moral, são integralmente limitados pela própria moral, uma vez que todo direito equivale a um dever. Essa simetria se insere em todos os espaços, seja público, seja privado, o que não ocorre dentro do princípio da democracia. Neste, as normas de ação são somente aquelas regulamentadas pelo direito, tanto que algumas ações não possuem relevância jurídica.

Essas regras tuteladas pelo direito são frutos de um procedimento democrático, tanto que

somente podem pretender validade legítima as leis juridicamente capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva. O princípio da democracia explica, noutros termos, o sentido performativo da prática de autodeterminação de membros do direito que se reconhecem mutuamente como membros livres e iguais de uma associação estabelecida livremente (HABERMAS, 2003a, p. 145).

Dentro do princípio da democracia, cuja análise seja fruto da teoria do discurso, faz-se necessário que aos cidadãos sejam reconhecidos os direitos à liberdade e à



igualdade, verdadeiros requisitos prévios à deliberação. Assim, qual o alcance dessa igualdade e dessa liberdade?

A igualdade, relevante direito da democracia deliberativa, tem por finalidade proporcionar a todos os cidadãos uma condição social mínima (patrimônio jurídico mínimo) necessária a uma consciente deliberação. A pobreza social, o baixo nível cultural, a ignorância política dificultam a realização de uma democracia deliberativa que tenha por base o diálogo e a teoria do discurso.

Por isso ganham relevância as ações afirmativas. No caso das políticas feministas de equiparação, marcadas historicamente pelo fracasso nas diversas tentativas de igualdade de direitos como os homens, tem-se que o Estado Democrático de Direito reclama a participação direta das mulheres na deliberação (HABERMAS, 2007, p. 303).

A primeira tentativa, ainda no Estado Liberal, foi garantir uma igualdade meramente formal para que a mulher concorresse nas mesmas condições que o homem por postos de trabalhos, por lugares nas escolas, entre outros. Isso em nenhum momento refletiu materialmente nos seus direitos, já que ficou evidente que o mesmo tratamento dado ao homem não poderia ser conferido às mulheres, por serem elas mais frágeis, aguentarem menos peso, possuírem período de gravidez, etc.

O Estado Social, tentando corrigir essa problemática, outorgou às mulheres diversos direitos até então inexistentes, como a licença maternidade. Mas isso agravou a situação das mulheres, como assinala Habermas (2007, p. 304):

Não apenas as exigências não atendidas tornaram objeto de crítica feminista, como também as conseqüências ambivalentes dos programas socioestatais implementados com êxito – por exemplo, o maior risco de desemprego, ocasionado por essas compensações legais e presença excessiva de mulheres nas faixas salariais mais baixas[...]

Isso é decorrência do caráter clientelista do Estado Social, que trata o cidadão como se fosse um freguês, o qual vai ao Estado pedir algum direito. Em vez de chamar esse indivíduo para, dentro de uma perspectiva discursiva, criar a norma, o Estado estipula, de forma unilateral, qual seria, em tese, a melhor forma de se exercer aquele direito. O foco é voltado à concessão do direito pleiteado.

Esses equívocos do Estado Liberal e Social são solucionados dentro do Estado Democrático de Direito, à luz de um procedimento legislativo democrático. A teoria do discurso focaliza no debate, e tem lugar antes da decisão final, sendo essa decisão consequência da discussão e da inclusão das minorias. Se o direito é direcionado às mulheres, elas devem fazer parte da criação da norma. Segundo Habermas (2007, p. 305),

os direitos subjetivos, cuja tarefa é garantir às mulheres um delineamento autônomo e privado para suas próprias vidas, não podem ser formulados de modo adequado sem que os próprios envolvidos articulem e fundamentem os aspectos considerados relevantes para o tratamento igual ou desigual em casos típicos. Só se pode assegurar a autonomia privada de cidadãos em igualdade de direito quando isso se dá em conjunto com a intensificação de sua autonomia civil no âmbito do Estado.

Esse é o ponto central, no qual o direito se legitima. A coesão interna entre direitos fundamentais – decorrência da autonomia privada – e a soberania popular – fundamentada na autonomia pública – representa um verdadeiro círculo fundamentador dos pressupostos de legitimidade do direito no Estado Democrático de Direito. Isso porque os critérios diferenciadores somente podem ser motivados dentro da possibilidade de os destinatários das normas se visualizarem como seus autores:

O direito legítimo fecha, pois, o círculo entre a autonomia privada dos seus destinatários, tratados de modo igual, e a autonomia pública dos cidadãos, os quais têm que decidir (em última instância) e enquanto autores da ordem jurídica, iguais em direitos, sobre os critérios da igualdade de tratamento (HABERMAS, 2003b, p. 154).

A questão feminista, assim como qualquer questão relativa à minoria, deve se fundamentar nesses pressupostos. Os critérios da (des)igualdade de tratamento ganham legitimidade dentro de um espaço democrático, à luz da teoria do discurso, dentro de um processo legislativo impregnado pela democracia.

Nesse ponto, é interessante ressaltar que a questão da “minoria” não está ligada a um aspecto quantitativo, mas, sim, qualitativo, ou melhor, num *deficit* de qualidade. Isso se visualiza bem no exemplo acima citado, pois a quantidade de mulheres é proporcionalmente igual à de homens, mas, historicamente, elas foram preteridas nos postos de trabalho, em questões educacionais e muitos outros. Por isso, a minoria se relaciona com um eventual *deficit* histórico, cultural, econômico, social, não tendo, necessariamente relação com a quantidade das pessoas que compõem o

grupo.

Pelo exposto, a principal característica da igualdade é a sua necessidade de inclusão do outro, seja no aspecto social, econômico, cultural, seja no aspecto político. A inclusão política, vale salientar, é vista como pressuposto da democracia deliberativa, por ser necessária a uma ampla participação política (SOUZA NETO, 2007).

Não só a igualdade, mas também a liberdade é relevante pressuposto de uma democracia deliberativa. Tal direito veda a manipulação da opinião pública, deixando-a livre das censuras do Estado, além de abrir o processo de discussão dos diversos projetos (TAVARES, 2007).

Mais do que isso, trata-se de “uma condição fundamental para efetivo exercício da soberania popular porque, sem liberdade, não é possível uma esfera pública autônoma” (SOUZA NETO, 2007). A liberdade de expressão, de organização, entre outras, possibilita o diálogo essencial ao processo legislativo democrático.

A liberdade, nesse contexto, se concretiza na capacidade ou aptidão de um indivíduo escolher seu destino. Do contrário, o resultado seria uma distorção da realidade fática, manipulada pelo Estado ou por uma maioria detentora dos meios de comunicação ou do poder.

Como exemplo, levantado por Souza Neto (2007), cita-se a liberdade religiosa. A possibilidade de escolha da religião pelos cidadãos e o reconhecimento de tal escolha como digna de respeito, traduzem-se nas suas inserções no processo político, dentro de um contexto do pluralismo. A democracia possibilita o convívio das diversas religiões, dando a todas vozes na deliberação das propostas dentro do procedimento legislativo.

Em síntese, ao passo que a igualdade busca conferir a todos a consciência necessária para uma deliberação, a liberdade vem garantir que todos os argumentos possam ser apresentados e deliberados. Por isso, igualdade e liberdade andam juntas, e a realização de uma só ocorre de forma plena se a outra também for realizado.

Souza Neto (2007), ao estudar o tema, parte da divisão entre democracia

deliberativa substancial e democracia deliberativa procedimental, afirmando:

A primeira concebe a deliberação como um processo de aplicação de princípios de justiça previamente estabelecidos: fornece, com isso, uma versão substancial de democracia deliberativa. Para essa vertente, o constitucionalismo exerce um papel primordial, já que os princípios encontram-se positivados no texto constitucional. A segunda compreende que a deliberação deve permanecer aberta quanto aos resultados, considerando, como únicas restrições defensáveis, as que derivam de suas próprias condições procedimentais. Nesse modelo, o constitucionalismo também exerce um papel importante, mas subsidiário em relação à deliberação democrática: sua função é de tão-somente garantir as condições procedimentais da democracia.

Em que pese a existência de duas vertentes, mesmo após uma ampla discussão acerca do tema, o resultado obtido não pode ser legítimo em si mesmo, pois existem regras e determinações constitucionais que, mesmo no caso de uma emenda constitucional, devem ser observadas. Trata-se dos limites ao poder constituído, já estudados, ou mesmo dos limites decorrentes do devido processo legislativo, todos constitucionalmente previstos.

O procedimento ou o método utilizado não pode, em qualquer situação, ser o único fundamento para o resultado obtido (TAVARES, 2007). O direito é muito mais complexo e rico e não se limita a um aspecto procedimentalista, existindo também aspectos substanciais e necessários à legitimidade do resultado, como é o caso, nos projetos de emenda à Constituição, do respeito aos direitos e garantias fundamentais, ou mesmo às cláusulas imutáveis, e ainda, no caso de simples lei, da observação de toda a Carta Constitucional. Nesse ponto, vale observar a posição de Bobbio (1997, p. 20) acerca da Constituição, ao defender que as normas constitucionais que atribuem estes direitos não são exatamente regras do jogo, mas regras preliminares que permitem o desenrolar do jogo e que, portanto, devem ser respeitadas.

Toda a questão analisada tem por base uma visão democrática do processo legislativo, que pode ser conceituado como um conjunto concatenado de atos que, apesar de ter como finalidade a lei, se volta principalmente a um procedimento cujas normas, constitucionais ou legais possibilitam a ampla participação da população no debate e no diálogo, de modo a abrir o processo a uma sociedade aberta de intérpretes para que o destinatário da norma seja também o seu autor (CATTONI, 2006, 141-142).

Todavia, o ponto central da questão gira em torno da possibilidade de adequar toda essa teoria no processo judicial. Em outras palavras, de que forma é possível democratizar o processo judicial, tradicionalmente marcado por uma feição nitidamente unilateral e não democrática? Seria a legitimidade democrática exaurida pela investidura do agente público (juiz) no cargo que ocupa ou constituiria ela um processo que requer uma construção racional, juridicamente consistente e democrática da decisão?

E mais, como foi demonstrado neste capítulo, as posturas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça decorrem de uma sociedade fechada de intérpretes, de modo a abranger, por diversas vezes, unicamente a interpretação do juiz, como integrante formal do processo. Tal problemática remete necessariamente a uma relevante indagação: em qual paradigma da Modernidade o Poder Judiciário brasileiro está vivendo hoje?

### **3 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: UMA DISPUTA DE PARADIGMAS**

#### **3.1 PARADIGMAS CONSTITUCIONAIS DA MODERNIDADE**

O estudo dos paradigmas da modernidade, sustentados nas premissas do Estado de Direito, demonstram a evolução do pensamento jurídico ao longo da história e tem por finalidade verificar a compatibilidade da atual Jurisdição com o Estado Democrático de Direito. Em que pese a simplificação que implica a análise do desenvolvimento do Estado por meio de paradigmas e rupturas, o estudo propiciará grandes esquemas gerais de pré-compreensões e visões de mundo que demonstrarão o pensamento em determinadas épocas.

Com base nessa ideia, aprofundar-se-á o estudo nos aspectos de uma Jurisdição à luz da teoria do discurso, de modo a democratizar sua atuação no Estado Democrático de Direito, para que não se cometam os erros dos paradigmas anteriores. Tal finalidade reside na verificação hipotética da legitimidade da jurisprudência do STF analisada no capítulo 1 se esse Tribunal tivesse adotado uma teoria que possibilitasse aos destinatários das normas verem-se como seus autores.

Isso terá por fim demonstrar a potencialidade democrática de uma leitura procedimentalista da Jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito, em prol da conciliação entre soberania popular e direitos fundamentais.

Por isso, o primeiro ponto a ser tratado envolve o conceito, as características e os naturais limites dos paradigmas constitucionais da modernidade.

Um dos marcos iniciais do Estado Moderno foi a Revolução Francesa, em 1789, que trouxe as premissas de um Estado de Direito, o qual servirá como base jurídica para todos os paradigmas. Assim, um dos fatos históricos que deu início ao Estado Moderno é o mesmo já analisado dentro da teoria do Poder Constituinte – a

Revolução Francesa –, e as características do Estado Moderno são uma resposta direta às principais questões políticas e sociais vividas na época.

Não há como duvidar que uma das principais questões dizia respeito às prerrogativas que o clero e a nobreza possuíam em face da classe proletariada. Apesar de a burguesia deter os meios de produção e a força necessária para manutenção do Estado, prerrogativas tributárias, políticas e civis do clero e da nobreza constituíam uma afronta àqueles que eram responsáveis pela sobrevivência das classes privilegiadas.

Com base nesse fundamento, os revolucionários reclamaram a igualdade de direitos e deveres a todas as classes sociais, característica essa que ficou estampada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Isso era tão nítido que, na cláusula 16, ficou consagrado que “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

Ademais, ainda de acordo com tal documento, o direito à liberdade, à igualdade, à propriedade, ao devido processo legal, à associação política, à presunção de inocência, entre muitos outros, foi natural decorrência dos abusos do poder, frutos do absolutismo.

Em síntese, a primeira característica do Estado de Direito diz respeito ao asseguramento de direitos e garantias fundamentais a todos da sociedade, sem distinção de classe ou concessão de *benesses* a determinados grupos.

Toda essa questão, bem como o artigo citado da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, remete à segunda característica do Estado de Direito: a necessidade de uma Constituição. Por intermédio dessa característica, veicula-se que a Constituição, instituto onde devem estar os direitos e garantias fundamentais, é norma suprema e de observância obrigatória para a validade de todos os atos internos ao ordenamento jurídico.

Diante do exposto, é interessante verificar se a atual Constituição traz em seu corpo,

tal como a Constituição americana<sup>45</sup>, a previsão de sua supremacia em face de todo o ordenamento jurídico.

O princípio da supremacia constitucional não encontra positividade na atual Carta Magna, mas por ela está abraçado em razão de sua própria posição no sistema constitucional. Mesmo por se tratar de um princípio implícito, a supremacia constitucional é um instituto reconhecido desde que existe a Constituição, podendo-se remeter à época da criação dos Estados. A criação da Constituição inaugura um Estado, e isso ocorre por meio de um processo legislativo, titular do povo, nesse ato representado pela Assembleia Constituinte. Lassale (2001, p. 7), contudo, salienta:

Uma Constituição, para reger, necessita de aprovação legislativa, isto é, tem que ser também lei. Todavia, não é uma lei como as outras, uma simples lei: é mais do que isso. Entre os dois conceitos não existem somente afinidades; há também dessemelhanças. Estas fazem com que a Constituição seja mais do que simples lei [...]

No mesmo sentido, é possível citar Kelsen (1999, p. 247), ao afirmar que “a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado”. Tal estrutura busca precipuamente a manutenção de certos princípios, ou ainda da estrutura do Estado, os quais são valores superiores aos demais presentes em leis infraconstitucionais ou atos administrativos. O sistema constitucional brasileiro tem na Constituição o seu núcleo máximo e fundamentador de toda uma ordem jurídica, encontrando nela o suporte de validade de qualquer enunciado normativo ou decisão judicial.

A estrutura do Estado, como conteúdo constitucional, remete à terceira característica da Modernidade. A separação dos poderes foi a principal solução encontrada para limitar o absolutismo, ao ser analisada como “técnica acauteladora dos direitos do indivíduo perante o organismo estatal” (BONAVIDES, 1996a, p.46).

Inclusive, um exemplo disso na atual Constituição Federal é o art. 52, inciso X, que concede a dois Poderes (Judiciário e Legislativo) a atuação no controle de constitucionalidade das leis.

---

<sup>45</sup> Artigo VI, cláusula 2ª da Constituição norte-americana: “Esta Constituição, as leis dos Estados Unidos em sua execução e os tratados celebrados ou que houverem de ser celebrados em nome dos Estados Unidos constituirão o direito supremo do país. Os juízes de todos os Estados deverão obedecer, ainda que a Constituição ou as leis de algum Estado disponham em contrário”.



Por fim, a quarta característica diz respeito à titularidade do poder. Agora, o poder não mais é decorrência de Deus, sendo sua base a soberania popular. As implicações dessa afirmativa, embora presentes desde o paradigma do Estado Liberal, só estão sendo corretamente compreendidas dentro do Estado Democrático do Direito, à luz da teoria do discurso, como se tem demonstrado nesta dissertação.

O Estado de Direito, desde seu nascimento, tem como objetivo garantir a coesão interna entre autonomia pública (soberania popular) e autonomia privada (direitos fundamentais, relação essa que se desenvolve ao longo dos paradigmas, de modo a alterar significativamente a legitimidade do direito (BAHIA, 2004, p. 342).

Nesse contexto, afirma-se que as características citadas percorrem todos os paradigmas Modernos. Assim, é natural que diversos pontos foram evoluindo ao longo do Estado Moderno, como os direitos fundamentais, a relação entre direito público e direito privado, mas um ponto que merece especial destaque é a interpretação, em especial pela possibilidade de hoje ainda se fazer uso de uma ideologia não condizente com o atual paradigma, qual seja, o Estado Democrático de Direito.

*A priori* da retórica a ser exposta, o que vem a ser um paradigma?

Em breves palavras, consiste o paradigma em pré-conceitos de uma visão de mundo que norteia a leitura que dele se faz e, ao mesmo tempo, limita a compreensão que dele se tem, desde que visualizado dentro de um determinado tempo e lugar. Bauman (1997, p. 17) trata da questão ao explicar seu entendimento sobre um fundo de conhecimentos compartilhados e afirma que

nenhum de nós pode construir o mundo das significações e sentidos a partir do nada: cada um ingressa num mundo 'pré-fabricado', em que certas coisas são importantes e outras não o são; em que as conveniências estabelecidas trazem certas coisas para a luz e deixam outras na sombra.

Esse duplo aspecto de cada paradigma é analisado por Menelick de Carvalho Netto. Em relação ao primeiro aspecto, o autor afirma que o paradigma

[...] possibilita explicar o desenvolvimento científico como um processo que se verifica mediante rupturas, através da tematização e explicitação de aspectos centrais dos grandes esquemas gerais de pré-compreensões e visões-de-mundo, consubstanciados no pano-de-fundo naturalizado de silêncio assentado nas gramáticas das práticas sociais, que a um só tempo tornam possível a linguagem, a comunicação, e limitam ou condicionam o

nosso agir e a nossa percepção de nós mesmos e do mundo (CARVALHO NETTO, 1999, p. 476).

Esse primeiro aspecto condiciona e limita o agir de uma pessoa a essa visão de mundo que lhe é apresentada, de modo a tornar possível a comunicação e o diálogo entre as pessoas que compartilham esse mesmo paradigma. As esferas gerais de pré-compreensões trazem em si o conteúdo que tenta eternizar cada paradigma, a fim de impor a ideia de que tal pano de fundo é o mais adequado àquele tempo e espaço.

Já em relação ao segundo aspecto, importa dizer que o paradigma

[...] padece de óbvias simplificações, que só são válidas na medida em que permitem que se apresente essas grades seletivas gerais pressupostas nas visões de mundo prevalentes e tendencialmente hegemônicas em determinadas sociedades por certos períodos de tempo e em contextos determinados (CARVALHO NETTO, 1999, p. 476).

Pela leitura, o paradigma é uma visão limitada de determinado contexto histórico. A história é muito mais rica do que a tentativa de simplificar, em certos aspectos, determinado período. No entanto, tal limitação se faz necessária para entender a esfera de pré-compreensão de um momento específico.

Por isso, quando se fala nos três paradigmas da modernidade, não se deseja exaurir suas características, mas procurar aspectos dentro de cada período histórico, compartilhados por vários Estados, formando, assim, grandes esquemas gerais de pré-compreensões e visões de mundo, que, ainda hoje, concorrem e condicionam a atuação dos juízes e tribunais no Brasil, mas nem sempre se mostram adequados à noção do Estado Democrático de Direito, estabelecido no preâmbulo da Constituição Federal de 1988.

### **3.1.1 Estado Liberal**

No período pré-moderno, o direito era tradicionalmente posto como um instrumento de manipulação das massas e manutenção dos privilégios das classes, reprodutor das diferenças sociais. A “lei” era decorrência da íntima relação entre religião, moral, tradições sociais e econômicas, costumes e direito, não possuindo um caráter libertador e democrático. Em síntese:

O direito é visto como a coisa devida a alguém, em razão de seu local de nascimento na hierarquia social tida como absoluta e divinizada nas sociedades de castas, e a justiça se realiza sobretudo pela sabedoria e sensibilidade do aplicador em “bem observar” o princípio da equidade tomado como a harmonia requerida pelo tratamento desigual que deveria reconhecer e reproduzir as diferenças, as desigualdades, absolutizadas da tessitura social (a *phronesis* aristotélica, a servir de modelo para a postura do hermeneuta). (CARVALHO NETTO, 1999, p. 476-477)

O Estado Liberal consistiu numa resposta direta à Monarquia e aos abusos cometidos pelos órgãos detentores do Poder, como foi acima verificado. Nesse período, foram reconhecidos os primeiros direitos fundamentais, conhecidos como direitos de primeira geração, que abrangem os aspectos civis e políticos. São direitos negativos, que determinam uma não atuação do Estado, em razão da grande ingerência que até então este possuía na vida social e política.

Como decorrência da predominância dos direitos civis e políticos, a relação entre o direito privado e o direito público era nitidamente marcada pela prevalência do primeiro em face do segundo. A atuação do Estado era mínima, com regulamentações em áreas que se mostrassem imprescindíveis para sua atuação. Por isso, nesse período, ganhou relevância o Código Civil Napoleônico, como um diploma normativo típico de defesa da burguesia. Essa relação é mais bem explicada por Habermas (2003b, p. 132), no trecho que segue:

Sob a premissa de separação entre Estado e sociedade, a estrutura doutrinária partia da idéia de que o direito privado, ao passar pela organização de uma sociedade econômica despolitizada e subtraída de intromissões do Estado, tinha que garantir o *status* negativo da liberdade de sujeitos de direito e, com isso, o princípio da liberdade jurídica; ao passo que o direito público, dada uma peculiar divisão de trabalho, estaria subordinado à esfera do Estado autoritário, a fim de manter sob controle a administração que operava sob reserva de intervenção e, ao mesmo tempo, garantir o *status* jurídico positivo das pessoas privadas, mantendo a proteção do direito individual.

Diante do exposto, o direito em evidência era a liberdade, marcando a atuação do direito privado como um *locus* burguês, sem intromissão do Estado. A função do direito privado era somente a de garantir o *status* negativo da liberdade do particular, determinando uma não atuação do Estado. Já o direito público, como consequência, era o instrumento que garantia o *status* positivo dos cidadãos, garantindo a esses a liberdade no exercício do direito privado.

Isso demonstra a importância da legislação, ou melhor, do Poder Legislativo no Estado Liberal. A lei era o limite da atuação do Estado, e o princípio da legalidade

era analisado em seu prisma mais rígido. Os direitos fundamentais desse período necessitavam de um legislador ativo dentro do direito privado. Caracteriza-se, assim, uma primazia do Legislativo em face dos demais poderes, pois era forte a presunção de que a fonte desse poder era a vontade do povo. Tal característica era tão marcante que modificou a atuação do Poder Judiciário.

No período pré-moderno, a magistratura (ou seja, o hermeneuta), por meio da *phronesis* aristotélica, observava a situação social para decidir de acordo com a situação que já lhe era posta pelas castas, reproduzindo as diferenças sociais e econômicas. Induzia da situação social o melhor direito ao caso que lhe era posto para decidir, interpretando de acordo com essas – equivocadas – premissas. Contrapondo a esse prática, ganhou corpo o Estado Liberal, pois nesse paradigma não era dada ao juiz a competência para interpretar uma lei ou mesmo de não aplicá-la no caso concreto, em razão do receio de se perpetrarem práticas consagradas na Antiguidade e na Idade Média:

Após as experiências constitucionais fracassadas na França, em 1791 e 1793, a noção de poder constituinte ilimitado é “domesticado” por Sieyès, com a proposta de um *Jury Constitutionnaire* para o texto de 1795, que seria encarregado de um controle de constitucionalidade. Tal proposta fracassou, entre outras causas, porque o judiciário era visto com desconfiança desde os períodos que antecederam a Revolução, e a idéia de conferir tal competência aos juízes poderia descambar para o abuso interpretativo (JEVEAUX, 2008, p. 85).

Retirou-se, portanto, a atividade hermenêutica do Poder Judiciário. Na França, um dos grandes expoentes do Estado Liberal, possuía tal competência o Tribunal de Cassação, órgão político atrelado ao Legislativo:

O *Tribunal de Cassation* foi, em síntese, uma típica expressão da desconfiança profunda dos legisladores revolucionários nos juízes franceses: a mesma desconfiança que, nos primeiros anos da Revolução, os levou a repetir a absurda tentativa Justinianéia de proibir aos juízes todo poder de interpretação das leis, reservando tal poder ao *Corps Législatif* que devia prover à própria interpretação, mediante decreto a pedido dos juízes, toda vez que estes estivessem em dúvida sobre o significado de um texto legislativo (CAPPELLETTI, 1999, p. 41).

Nesse período, portanto, a sociedade de intérpretes era tão restrita que, no caso francês, se limitava a um órgão, o Tribunal de Cassação. Inexistia para o juiz atividade hermenêutica, uma vez que se limitava a subsumir a lei ao caso concreto, com o papel de “boca da lei”. Carvalho Netto (1999, p. 479) sintetiza a atividade interpretativa do juiz no Estado Liberal:

É claro que sob este primeiro paradigma constitucional, o Estado de Direito<sup>46</sup>, a questão da atividade hermenêutica do juiz só poderia ser vista como uma atividade mecânica, resultado de uma leitura direta dos textos que deveriam ser claros e distintos, e a interpretação algo a ser evitado mesmo pela consulta ao legislador na hipótese de dúvidas do juiz diante de textos obscuros e intrincados. Ao juiz é reservado o papel de mera “*bouche de la loi*”.

A legitimidade da decisão, nesse paradigma, se encontra na autoridade do juiz, desde que sua decisão não importasse em interpretação. O fundamento era o nexo da sentença com a lei (princípio da legalidade), desde que proferida a sentença por juiz legitimamente investido no cargo.

Não podia o magistrado usurpar funções jurídicas que não lhe competiam ou de pronunciar-se sobre a interpretação da lei, sob pena de se requerer a anulação de tal julgado ao Tribunal de Cassação. No Estado Liberal, a separação de poderes era um postulado tão estanque que o Tribunal de Cassação somente ditava a melhor interpretação, mas, em nenhum momento, tinha poder para proferir a decisão para o caso concreto, o qual era competência exclusiva da magistratura. O Tribunal expedia o que havia sido decidido por meio do “juízo de reenvio”, e o juiz deveria proferir nova decisão em acordo com o que foi decidido. Contudo, em razão da ausência das forças vinculantes dessa decisão do Tribunal de Cassação – decorrência da própria separação de poderes –, o juiz podia proferir a mesma decisão anteriormente cassada, rebelando-se contra o que havia sido decidido pelo tribunal. De tal decisão do magistrado caberia um segundo requerimento do particular ao Tribunal de Cassação, e da anulação da segunda decisão proferida pelo magistrado era – finalmente – proferida uma decisão pelo Tribunal, que seria vinculante para este. Ou seja, somente o segundo “juízo de reenvio” possuía eficácia vinculante (CAPPELLETTI, 1999, p. 41-43).

O sentido exclusivo de tamanha vinculação do Poder Judiciário à lei, baseado num modelo clássico de separação de poderes, tinha por finalidade submetê-lo à vontade popular, que nada mais era do que a atuação do Poder Legislativo. Se a lei era criada pelo Poder Legislativo, representante do povo, somente este Poder poderia interpretar a lei. Como explicado, essa divisão estanque de funções foi justificada

---

<sup>46</sup> Deve-se tomar cuidado com essa referência do autor ao “Estado de Direito”. Não se pode confundir Estado de Direito com Estado Liberal. O primeiro é a base de todo o Estado moderno, do qual fazem parte os paradigmas do Estado Liberal, Social e Democrático de Direito. Já o Estado Liberal consiste no primeiro paradigma do Estado de Direito. Desse modo, quando o autor se refere no seu texto a “Estado de Direito”, está, na verdade, fazendo referência ao Estado Liberal.

pela necessidade de se limitar os poderes decisórios do magistrados, a fim de não retroagir a um período histórico marcado por desigualdades.

### **3.1.2 Estado Social**

O Estado Liberal, tal como projetado, trouxe grandes evoluções. Partiu da ideia de que todas as pessoas eram, pelo menos, proprietárias de sua força de trabalho (NETTO, 1999, p. 478). Mas isso gerou abuso por parte dos detentores dos meios de produção, de modo a condenar os trabalhadores a longas horas de trabalho e a um meio ambiente do trabalho em precárias condições. Percebeu-se que os direitos subjetivos podem ser lesados por meio da omissão da administração pública.

Pode-se citar ainda como agravante desse período o descaso em relação aos grupos historicamente deixados à margem da sociedade, como a mulher e o negro. Inexistia uma atuação do Estado no sentido de alterar a situação posta, pois este era inerte, nada fazendo em relação ao grande acúmulo de capital cada vez mais presente nas mãos de poucos.

A mera igualdade formal (igualdade perante a lei) foi essencial inicialmente como resposta ao absolutismo, de modo a conceder a todos os indivíduos um patrimônio jurídico mínimo, como a vida, a igualdade, a liberdade, o patrimônio e alguns direitos políticos. Mas, a longo prazo, essa igualdade se mostrou incipiente, reclamando uma releitura do paradigma anterior.

Uma nova categoria de direitos fundamentais deveria ser introduzida para suprir tais deficiências jurídicas, que refletiam diretamente na sociedade, causando acúmulos de riqueza e aumento das pessoas com baixa renda social. Esses novos direitos deveriam, portanto, ser capazes de propiciar uma justa distribuição das riquezas e criar mecanismos eficazes contra os perigos de uma sociedade naturalmente complexa (HABERMAS, 2003b, p. 139-140).

A ruptura do paradigma anterior ganhou destaque com a Revolução Industrial e chegou ao seu ápice na Primeira Guerra Mundial, inaugurando assim o Estado Social ou Estado de Bem-Estar Social. Este veio impregnado de um ideal de justiça

social, a fim de corrigir distorções sociais propiciadas por um liberalismo desenfreado.

Tomaram corpo os grandes movimentos sociais, que questionaram os ideais liberais e deram corpo à luta por direitos coletivos e sociais, como o direito de greve, auxílio maternidade, a previdência social, salário mínimo, limites de jornadas de trabalho, a educação, a saúde e o lazer.

As esferas privadas em que o Estado não atuava, como aquela relativa às leis do mercado, foram revistas nesse paradigma, e a materialização dos direitos fundamentais ganharam corpo nessas áreas. Por isso, a liberdade burguesa irrestrita é reinterpretada à luz de um novo paradigma, ganhando novos contornos em razão de um ideal de justiça social:

Uma vez que o mercado e a sociedade econômica não constituem uma esfera isenta de poder, como se supõe no modelo jurídico liberal, o princípio da liberdade jurídica, dadas as condições sociais modificadas no modelo do Estado social, só pode ser implantando através da materialização de direitos existentes ou da criação de novos tipos de direito (HABERMAS, 2003b, p. 137).

Diferente do paradigma Liberal, o Estado Social propiciou uma nova leitura dos direitos individuais já consagrados, agregando agora os direitos de segunda geração (direitos sociais). Com base nesse fundamento, não só a propriedade passou a ter um cunho social, mas também foram incorporados novos direitos sociais, até então inexistentes. Em regra, esses novos direitos foram de caráter econômico, social e cultural.

Ainda no âmbito da questão dos direitos fundamentais, a igualdade foi um dos direitos que teve o seu conteúdo completamente alterado. Além do prisma formal, foi a este direito incorporada uma necessidade material de incluir socialmente os grupos étnicos e sociais historicamente discriminados. Diversas leis foram criadas com o fim de solucionar esses problemas, além de o Estado buscar meios para equilibrar essa discriminação histórica:

As compensações do Estado de bem-estar social criam a igualdade de chances, as quais permitem fazer uso simétrico das competências de ações asseguradas; por isso, a compensação das perdas em situações de vida concretamente desiguais, e de posições de poder, serve à realização da igualdade e de direito (HABERMAS, 2003b, p. 155).

A busca por uma igualdade de fato, que não se satisfaz com uma igualdade de direito, tornou-se o combustível do motor chamado Estado Social. Partindo da ideia de que a igualdade de direito é geradora de desigualdades materiais, a igualdade de fato ganha corpo como a causa de ser desse paradigma.

Um dos desdobramentos da igualdade, classificada por Habermas (2003b, p. 142) como o princípio da igualdade de chances para o exercício das liberdades jurídicas, critica o Liberalismo e serve de base para a construção do Estado de Bem-Estar Social. Decorrência disso é o reconhecimento de uma sociedade complexa que necessita ser protegida pelo Leviatã estatal, forçando os indivíduos a assumirem a inédita posição de “clientes” em face do controle normativo operado pelo Estado social, seja de modo preventivo, seja de modo reativo.

Trata-se de um estado paternalista que tenta constantemente distribuir as riquezas e dominar as contingências sociais, por meio de regulamentações e materializações dos direitos fundamentais. Como consequência, a relação entre Direito Público e Direito Privado perde a sua razão de ser nesse período, uma vez que o Estado se agiganta e trata todas as questões como se Direito Público fossem:

[...] todo o Direito é público, imposição de um Estado colocado acima da sociedade, de uma sociedade amorfa, carente de acesso à saúde ou à educação, massa pronta a ser moldada pelo Leviatã onisciente sobre o qual recai essa imensa tarefa (CARVALHO NETTO, 1999, p. 480)

Essa mudança paradigmática reflete também no Poder Judiciário. Com o advento do Estado Social (ou Estado de Bem-Estar Social), causado pela Revolução Industrial e pela Primeira Guerra Mundial, a interpretação se incorporou à função dos magistrados. No entanto, era uma interpretação ainda limitada, apesar de representar um importante passo na evolução da hermenêutica jurídica.

Como expõe Carvalho Netto (1999, p. 481), os métodos hermenêuticos, como a interpretação sistêmica, teleológica e histórica, concediam ao juiz uma multiplicidade discricionária<sup>47</sup> interpretativa, desde que todos estivessem dentro da moldura proposta por Kelsen:

---

<sup>47</sup> “O positivismo jurídico fornece uma teoria dos casos difíceis. Quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, o ‘poder discricionário’ para decidir o caso de uma maneira ou de outra” (DWORKIN, 2002, p. 128).



Explica-se, assim, por exemplo, tanto a tentativa de Hans Kelsen de limitar a interpretação da lei através de uma ciência do Direito encarregada de delinear o quadro das leituras possíveis para a escolha discricionária da autoridade aplicadora, quanto o decisionismo em que o mesmo recai quando da segunda edição de sua Teoria Pura do Direito.

Esse modelo fechado e hierarquizado de regras, idealizado por Kelsen, não permitia que o direito fosse impregnado pelos princípios. De um lado, cabia aos cientistas do direito traçarem dentro da moldura as possíveis interpretações, e, do outro lado, cabia ao magistrado fixar a interpretação que mais entendia adequada. A interpretação judicial, também chamada de interpretação autêntica, era uma escolha discricionária, entre as interpretações possíveis.

Essa noção da hermenêutica positivista sofreu grande alteração com a edição de 1960 da Teoria Pura do Direito. Kelsen reconheceu a possibilidade de o juiz fundamentar seu julgado fora da moldura criada pelos cientistas do direito, desde que tal decisão tivesse sido proferida por um órgão jurisdicional competente (COURA, 2009, p. 61-62).

Mesmo que a perspectiva Kelseniana inicial tenha sido alterada em seu giro decisionista, a contribuição do referido jurista foi significativa para a atuação dos magistrados nesse período.

Enquanto, no Estado Liberal, a legitimidade da decisão é deslocada para a origem da norma, fruto da vontade geral, expressa pelo Poder Legislativo, no Estado Social a legitimidade da decisão do juiz recai sobre sua autoridade, ou seja, pelo simples fato de ser investido da atividade jurisdicional, bastando a simples – e discricionária – escolha, pela autoridade judicial, de uma das interpretações possíveis.

Em qualquer desses casos, é nítida a opção por uma sociedade fechada de intérpretes, e não existe a possibilidade de que os destinatários das normas se vejam como seus autores. No Estado social, a partir do momento em que se confere ao juiz a qualidade de única figura legítima a interpretar, concretiza-se a ideia de que a interpretação é um fenômeno estatal, afasta-se o povo como ideal qualitativo, rechaça-se o pluralismo interpretativo e nega-se a teoria que atribui ao povo a titularidade dos poderes estatais.

É em torno de toda essa problemática que se encaixam alguns aspectos da Teoria da Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade. Tais decisões impossibilitam que os destinatários do Direito possam também se ver como autores, contrariando a ideia de Habermas. Com isso, nega-se a própria ideia de hermenêutica constitucional como instrumento para garantia dos direitos fundamentais, nos discursos jurisdicionais de aplicação do Direito.

O discurso do STF, como foi exposto, tem por fundamento sua autoridade (resquício do Estado Liberal e Social) e representa a identificação da pessoa do juiz (ou tribunal) com o argumento de sua decisão, ideia não compartilhada em um Estado Democrático de Direito.

Quando o STF, por diversas vezes, aceita e julga uma reclamação com fundamento em julgado do controle difuso, ou mesmo quando admite desvincular do caso concreto determinado instrumento típico do controle difuso, motivado em fundamentos próprios desvinculados da Constituição e do princípio da soberania popular, posiciona-se como um Tribunal típico do Estado Social, por ser esta interpretação – fundamentada na mutação (in)constitucional – a que mais lhe parece adequada.

No entanto, como se depreende da simples leitura da Constituição, em diversas passagens desse Texto, fica clara a opção do Constituinte por um Estado Democrático de Direito, o que necessariamente acarreta a superação do Estado Social e Liberal. Outra conclusão necessária é o reconhecimento da adoção de uma sociedade pluralista. Nesses termos, Galuppo (2001, p. 63 e 64) afirma que

[...] a revelação do verdadeiro sentido de uma Constituição no Estado Democrático de Direito pressupõe duas condições: primeiro o reconhecimento de que a Constituição é plural e segundo o reconhecimento de que o intérprete (e guardião) último da Constituição não é, como se supõe, um órgão do Estado, como o próprio Supremo Tribunal Federal, mas o próprio povo. Ao povo, em um Estado Democrático de Direito, compete guardar a Constituição e o pluralismo que ela manifesta.

Assim, como se daria uma interpretação norteada pelos pressupostos do paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito, que respeite a cooriginalidade entre as autonomias jurídicas? Esse novo paradigma deve ser capaz de institucionalizar instrumentos que possibilitem a participação do povo na tomada de decisões, ao mesmo tempo que respeite e proteja os direitos fundamentais. Isso servirá de base

para analisar a adequação da teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade a essa nova visão de mundo.

### **3.1.3 Estado Democrático de Direito**

O Estado Social entra em crise quando se agiganta de tal modo que passa a compreender que não é capaz de controlar todos os anseios sociais. A crise econômica mundial teve seu ápice na quebra da bolsa de valores de Nova Iorque, em 1929. A Grande Depressão mostrou ao mundo que a visão do Estado como um Leviatã deveria ser reanalisada, já que não pode ele concentrar todos os serviços a serem prestados à população. Verifica-se, portanto, em caráter inédito, a abertura do Estado para uma visão participativa, pluralista e aberta, nascendo, assim, o Estado Democrático de Direito.

Não só problemas econômicos, mas o surgimento da litigação ambiental e consumerista, o aumento da corrupção política, a crescente massificação dos litígios individuais, aumento de leis com conceitos jurídicos indeterminados, contribuem para a crise do Estado Social. A necessidade de um novo paradigma deve refletir na correção dessas deficiências, que só é possível com o aumento da participação popular na tomada de decisões (ZANETI JÚNIOR, 2007, p. 165).

O grande marco do Estado Social foi a concessão de diversos direitos pleiteados pela população e por determinadas classes sociais. Em vez de chamar esse indivíduo para dentro de uma perspectiva discursiva, de criar a norma, o Estado estipula, de forma unilateral, qual seria, em tese, a melhor forma de se exercer aquele direito. O foco é voltado à concessão do direito pleiteado. Isso é decorrência do caráter clientelista do Estado Social, que trata o cidadão como se fosse um freguês, o qual vai ao Estado pedir algum direito.

O direito fundamental até então em foco era a igualdade, ou melhor, a materialização de uma igualdade substancial. Contudo, a concessão e a concretização de direitos era feita de modo unilateral pelo Estado, sem a participação popular. A relação entre igualdade de fato e de direito é severamente criticada por reduzir a autonomia dos cidadãos, já que a vida privada passa a ser controlada pelo Leviatã, de modo que este passa a outorgar determinada conduta ou

modo de proceder em relação a situações da vida, ao fundamento de uma igualdade de fato. De acordo com Habermas (2003b, p. 155),

[...] essa relação se transforma num dilema, quando as regulamentações do Estado do bem-estar social, destinadas a garantir, sob o ponto de vista de igualdade do direito, uma igualdade de fato a situações de vida e posições de poder, só conseguem atingir esse objetivo em condições ou com a ajuda de meios que reduzem significativamente os espaços para a configuração de uma vida privada autônoma dos presumíveis beneficiários.

O Estado Social, ao mesmo tempo que materializa direitos, ampliando os direitos fundamentais dos cidadãos relativos à igualdade, também diminui seu âmbito de liberdade, não possibilitando que os eles se vejam como autores das normas criadas. O ideal seria que os cidadãos, ao fazerem uso de sua autonomia pública, estabelecessem os limites da autonomia privada, e não que o Estado estabelecesse a melhor forma de gozo de determinado direito.

Dentro desse contexto, o ideal de justiça proposto pelo Estado de bem-estar social entra em crise. Justiça importa necessariamente em emancipação, mas tal finalidade não é alcançada, uma vez que, nesse paradigma, a autonomia é tolhida pela constante atuação do Leviatã, que trata os cidadãos como se clientes e consumidores fossem. Mas, conforme salienta Habermas (2003b, p. 159): “os direitos não são bens coletivos consumíveis comunitariamente, pois só podemos ‘gozá-los’ exercitando-os”.

Essa sensível diferença entre bens e direitos é a base também para a crítica que o autor, ao citar Iris M. Young, faz à notória política distributiva do Estado social (HABERMAS, 2003b, p. 159 e 160). A distribuição somente incide em bens e coisas materiais, não em direitos. Os direitos são marcados por relações jurídicas e no limite de atuação de uma pessoa em relação a outra, ao passo que os bens são objetos de tal relação. É nesse ponto que o Estado social se equivoca, pois não se pode conceder direitos como se fossem bens materiais. Por isso, o Estado deveria incentivar a criação de mecanismos de comunicação e cooperação coletiva, em vez de “comercializar” os direitos que acreditava ser mais adequados.

Assim, uma ruptura paradigmática se faz necessária, mas desde que o novo paradigma seja capaz de mudar o foco, de modo a adequar o direito a uma sociedade complexa. Essa é a ideia de Habermas (2003b, p. 129) ao criticar o

paradigma Liberal e Social, à procura de um outro (o Estado Democrático de Direito) para substituí-los:

O paradigma procurado tem que adequar-se à descrição mais apropriada das sociedades complexas; deve fazer jus à idéia original de autocomposição de uma comunidade de parceiros do direito, livres e iguais; e superar o propalado particularismo de uma ordem jurídica que perdeu o seu centro ao tentar adaptar-se à complexidade do contexto social, a qual não foi bem compreendida e faz com que (o direito) se dissolva no momento que recebe um incremento.

O próprio Kelsen, com seu giro decisionista, demonstrou que não era possível fixar *a priori* todas as interpretações possíveis, ou mesmo a interpretação mais adequada. A superação do paradigma social se mostrava visível também dentro da hermenêutica jurídica, de modo a se estabelecerem novos mecanismos para a interpretação.

Esses equívocos do Estado Liberal e Social são solucionados dentro do Estado Democrático de Direito, à luz de um procedimento legislativo democrático. A teoria do discurso focaliza no debate, tendo lugar antes da decisão final, a qual é consequência da discussão e inclusão das minorias.

Tendo como fundamento esse cunho Democrático, ganham lugar os direitos de terceira geração, como a proteção ao meio ambiente, a proteção ao consumidor, o direito das crianças e dos adolescentes, entre outros. Esses direitos difusos alteram significativamente a proteção da população, trazendo o foco de uma proteção individual para outra em que se abarcam pessoas que nem mesmo possuem conhecimento de que seu direito havia sido violado.

Mais uma vez a relação entre direito público e direito privado sofre sensível alteração. O direito público não se confunde com a atuação do Estado, uma vez que inclusive este é capaz de agir contra e violar o direito público. O interesse público, portanto, é o interesse da população, que pode ser defendido por um indivíduo em face do Estado (cita-se, como exemplo, a ação popular). Desse modo, perde a relevância essa divisão, já que mesmo o direito privado, em muitas hipóteses, deve atender a um fim público, como é o caso de o direito à propriedade ser limitado pela proteção ao meio ambiente.

Tudo isso vai influir nos atos do Poder Judiciário. A Jurisdição no Estado

Democrático de Direito, analisada como verdadeira garantia fundamental, não se presta a uma atuação desgarrada da Constituição Federal. Pelo contrário, deve-se pensar na Jurisdição como uma Jurisdição Constitucional, ou seja, tendo como limite e possibilidade hermenêutica a Constituição e os direitos e garantias fundamentais.

A partir de tais premissas, em que pese a determinação do art. 102, *caput*, da Carta Política, não se pode concluir que a atribuição de guarda da Constituição Federal se dá única e exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal. A leitura de tal artigo mais adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito atribui ao povo – e não a um órgão estatal – a proteção da Constituição. Como afirma Galuppo (2001, p. 63 e 64),

[...] o intérprete (e guardião) último da Constituição não é, como se supõe, um órgão do Estado, como o próprio Supremo Tribunal Federal, mas o próprio povo. Ao povo, em um Estado Democrático de Direito, compete guardar a Constituição e o pluralismo que ela manifesta.

Dentro desse contexto, faz-se necessário ir além, no sentido de se ampliar a interpretação (e a proteção) a todos aqueles que vivem a Constituição (o povo em seu aspecto qualitativo), isto é, não mais se pode admitir a autoridade judicial como o único intérprete e guardião.

Por isso, sustenta Häberle (1997, p. 13) a necessidade de uma mudança paradigmática, evoluindo de uma sociedade fechada (Estado Liberal e Social) para uma sociedade aberta (Estado Democrático de Direito), de modo a possibilitar uma interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Nas palavras de Galuppo (2001, p. 53),

[...] a defesa do pluralismo é uma característica do Estado Democrático de Direito, paradigma que a Constituição do Brasil prescreve não só como modelo de Estado, mas também como projeto para a sociedade.

Partindo da ideia de que Constituição é fruto do poder constituinte originário (cuja titularidade é o povo), nada mais lógico do que atribuir ao povo a legitimidade na sua interpretação e proteção. Assim, a hermenêutica constitucional passa a ser construída no dia a dia, bem como no exercício do processo constitucional legislativo ou judicial, por meio da concretização da Constituição Material de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição (HÄBERLE, 1997, p. 13).

A interpretação constitucional não é um evento estatal isolado, mas dela fazem parte

as funções estatais, os participantes dos processos, a opinião pública, a doutrina individual e cada indivíduo. Em outras palavras, a interpretação constitucional diz respeito a todos (HÄBERLE, 1997, p. 24), uma vez que a vivência da Constituição Material faz parte de cada pessoa presente na comunidade política. Trata-se de uma garantia fundamental a participação de todos – soberania popular – na construção do significado da Constituição. Com base nesse fundamento, “falar, por exemplo, em democracia e silenciar o povo é uma farsa. Falar em humanismo e negar os homens é uma mentira” (FREIRE, p. 94).

Em síntese, deve-se aplicar a teoria de Peter Häberle, anteriormente analisada nesta dissertação, no Estado Democrático de Direito. Consoante tal entendimento, Habermas (2007, p. 170) propõe, por meio de um discurso procedimentalista, que uma sociedade democrática deve estar atenta aos direitos da minoria:

O problema também surge em sociedades democráticas, quando uma cultura majoritária, no exercício do poder político, impinge às minorias a sua forma de vida, negando assim aos cidadãos de origem cultural diversa uma efetiva igualdade de direitos. Isso tange questões políticas, que tocam o auto-atendimento ético e a identidade do cidadão.

Seguindo tal premissa, Peter Häberle (1997, p. 46) afirma que, ao decidir, o tribunal deve levar em conta o interesse dos que participaram e não participaram do processo. O pluralismo importa a existência de um dissenso na sociedade entre os diversos grupos sociais e, portanto, mesmo os grupos que não estejam no processo (minorias ou não), por integrarem o conceito de Constituição Material, devem – mesmo que indiretamente – influenciar a interpretação constitucional.

No paradigma do Estado Democrático de Direito, todos esses pontos levantados devem ser racional e constitucionalmente construídos, de modo a interligar as diferentes teorias, a fim de se ampliar a legitimidade das decisões, cujo cerne agora não mais parte da autoridade que as profere, mas, sim, da fundamentação a ser arquitetada a partir de democratização do processo judicial.

Existem várias leituras do Estado Democrático de Direito, mas a Constituição Federal de 1988 coloca como fundamentos essenciais do Brasil a relação entre direitos fundamentais e soberania popular, o que reflete na necessidade de um paradigma que acolha tais pretensões. Para tanto, uma visão procedimentalista do Estado Democrático de Direito responde a tais anseios, na medida em que é

considerado o *locus* mais adequado ao exercício da autonomia pública e da autonomia privada

A perspectiva democrática adotada deve considerar a ótica dos afetados pela decisão, estejam ou não representados no processo. Essa abertura hermenêutica, não deve ocorrer unicamente na decisão final, mas deve acompanhar todo o processo, pois é nesse momento que se constroem os fundamentos. A democracia deliberativa não é voltada para a decisão final, mas para o caminho percorrido para chegar até essa decisão. Ganha lugar, portanto, o debate e o discurso em torno da questão posta.

Em razão de tudo que foi apresentado, é nítida a superação do pensamento positivista e a necessidade de revisão do princípio do devido processo legal de acordo com uma teoria que possibilite uma coesão interna entre direitos fundamentais e soberania popular. Fala-se, por isso, atualmente, em pós-positivismo, uma vez que a criação e a aplicação da lei agora estão subordinadas ao princípio constitucional democrático e aos direitos e garantias fundamentais. Essa nova leitura do direito propicia uma abertura da interpretação constitucional, à luz de uma teoria do discurso que possibilite que os destinatários das normas também sejam seus autores.

Deve-se observar que essa visão do paradigma do Estado Democrático de Direito hoje vivenciado não é adotada com unanimidade pelos cientistas do Direito. Contrariando Habermas, Bauman (1997, p. 24) entende que a utópica soberania popular, tão defendida na modernidade, atualmente foi renovada pela prevalência da relação de consumo. O atual “ideal de pureza” está ligado ao mercado e à capacidade das pessoas de vestirem novas identidades a elas impostas por uma nova realidade ligada, não mais à coletividade, mas ao consumo inebriante.

Trata-se do paradigma pós-moderno, em que a visão de mundo compartilhada está ligada a um mercado consumidor. Aqueles que não conseguem se integrar a esse novo pano de fundo são rotulados como “impuros” ou “objetos fora do lugar” (BAUMAN, 1997, p. 24). O próprio sistema faz essa seleção automática, pela imposição ao uso de determinada vestimenta, pelo valor fixado para se adquirir determinado produto ou serviço, pelas casas construídas com muralhas e sistema



de vigilância, praticamente intransponíveis.

Para tanto, esse seleto grupo de pessoas requer uma constante privatização dos recursos, a redução da intervenção estatal, corte de tributos e, principalmente, a exclusão da sociedade dos indivíduos que não conseguem ser parte do novo ideal da pós-modernidade (BAUMAN, 1997, p. 24). A privatização e a desregulamentação ganham destaque, uma vez que o ideal de pureza não é mais centrado numa ação punitiva às classes perigosas, mas aos pobres e aos moradores de ruas (BAUMAN, 1997, p. 26).

Em vez de buscar incluir na sociedade os menos privilegiados, característica marcante do Estado Democrático de Direito, na pós-modernidade a solução é a marginalização desses indivíduos pela exclusão do convívio social. As pessoas que não se ajustam a esse novo sistema de mercado devem ser afastadas do convívio social por serem consideradas naturalmente perigosas à proposta da pós-modernidade. Os direitos humanos, portanto, passam a compor um segundo plano de importância:

O desvio do projeto da comunidade como defensora do direito universal à vida decente e dignificada para o da promoção do mercado como garantia suficiente da universal oportunidade de auto-enriquecimento aprofunda mais o sofrimento dos novos pobres, a seu mal acrescentando o insulto, interpretando a pobreza com humilhação e com a negação da liberdade do consumidor, agora identificada com a humanidade (BAUMAN, 1997, p. 34).

Não existe a inclusão do outro ou o respeito às culturas e tradições, mas a retirada da sociedade dos menos privilegiados, pois a intolerância ao diferente é uma das marcas dessa nova era. Com a retirada, esses indivíduos são transformados em algo que, agora sim, é passível de conviver socialmente:

Era esta a estratégia de assimilação: tornar a diferença semelhante; abafar as distinções culturais ou lingüísticas; proibir todas as tradições e lealdades, exceto as destinadas a alimentar a conformidade com a ordem nova e que tudo abarca; promover e reforçar uma medida, e só uma, para a conformidade (BAUMAN, 1997, p. 29).

A pós-modernidade, portanto, é uma visão pessimista da modernidade, de modo a marcar um período de novas transformações em que a dignidade do ser humano perde seu espaço para o mercado consumidor, este fundamentado na incerteza e na exclusão. O capital se configura na linha que distingue quem faz ou não parte dessa nova era, o que impregna o novo ideal de cultura, agora encontrado na “perpétua

não-satisfação do desejo de mais ampla escolha dos consumidores” (BAUMAN, 1997, p. 175), ao fundamento de que a liberdade para consumir leva necessariamente à ampliação do consumo, cada vez mais desenfreado pela não satisfação desse novo desejo de liberdade.

Ao contrário, Habermas entende a dificuldade de implantação de sua teoria, uma vez que a inclusão do outro não é um processo simples em que a sociedade naturalmente se engaje nesse objetivo. O novo ideal da modernidade, centrado no paradigma procedimentalista do Estado Democrático de Direito, portanto, não é um projeto acabado, mas um caminho em constante construção.

Em países como o Brasil, essa dificuldade de implementação é mais nítida devido ao fato de grande parte da sociedade viver à margem desse processo de inclusão, sem um patrimônio jurídico para sua digna sobrevivência. Nesses casos, o ideal moderno “deve ser interpretado como um desafio que nos é colocado por nós mesmos: afinal, somente nós podemos modificar a realidade social, implementando condições de sua alteração e construindo, para tanto, uma vontade política” (CHAMON JUNIOR, 2005, p. 27).

A reconstrução do paradigma do Estado Democrático de Direito, à luz da teoria do discurso, busca justamente a integração de toda a comunidade, com direitos mínimos como a liberdade e a igualdade, mas não é um fim em si mesmo. Trata-se, na verdade, do caminho a ser cursado, de um objetivo, que requer vontade política e social de todos para transformar a situação tal como posta atualmente. Por isso, afirma Chamon Junior (2005, p. 27) que “somos todos modernos porque estamos todos nesse processo”.

A implementação da teoria do discurso, da mesma forma que a concretização do Estado Democrático de Direito, é lenta e gradual. Portanto, os processos administrativo, legislativo e judicial ganham importante destaque na consolidação da teoria, de modo a possibilitar a integração da sociedade na tomada das decisões.

Mostra-se de grande relevância, portanto, analisar quais são os aspectos do processo judicial que devem ser relidos com base no Estado Democrático de Direito, para que se democratize o processo judicial. A Democracia, portanto, não pode se limitar a alterar os parâmetros do processo legislativo, mas deve se infiltrar em todos

os ramos do poder, como o procedimento judicial, já que “o procedimento democrático deve fundamentar a legitimidade do direito” (HABERMAS, 2003a, p. 191).

### 3.2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E JURISDIÇÃO DEMOCRÁTICA

Os paradigmas anteriores ainda hoje concorrem, mas não respondem às premissas estabelecidas na Constituição Federal, que assenta no princípio democrático a correlação entre soberania popular e direitos fundamentais.

Não é mais admissível que a atuação da atividade jurisdicional se pautem em premissas liberais e sociais, devendo ela se basear no princípio democrático, para que os afetados pela sentença ou acórdão sejam discursivamente seus autores. Nesse contexto, as características que densificaram o processo legislativo, portanto, devem se adequar ao processo judicial para que efetivamente possibilitem a inclusão de todos os indivíduos que compartilhem uma sociedade aberta de intérpretes.

Com base em tais premissas, a teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade será analisada, bem como sua repercussão na identidade do sujeito constitucional. Ademais, os limites do ativismo judicial e das mutações constitucionais servirão como importante parâmetro para verificar a legitimidade da teoria dentro do paradigma do Estado Democrático de Direito.

#### 3.2.1 Fundamento de legitimidade do processo judicial

A legitimidade do direito deve ter por base o procedimento democrático, ou melhor, deve ser norteado pelo princípio democrático à luz da teoria do discurso. As pessoas devem ser capazes de se entenderem como autoras, seja da lei, seja de decisão judicial, pois só assim aceitarão a coercitividade inerente ao direito.

O papel do Poder Legislativo, além de respeitar o princípio democrático no processo legislativo, diz respeito à necessidade de criar mecanismos que possibilitem a participação popular. Um exemplo tratado por Habermas (2003b, p. 150) que pode

ilustrar essa questão, se relaciona com a criação e a atuação dos sindicatos.

Os sindicatos constituem um instrumento de formação cooperativa da vontade, capaz de reunir as demandas de determinada categoria profissional, lutando pela proteção aos direitos fundamentais e ampliando a autonomia pública desses indivíduos. Dentro de um limite mínimo previsto legalmente, os sindicatos têm liberdade (chamada de autonomia tarifária) para determinar as regras a serem normatizadas.

Esse modelo de participação popular consegue ampliar aquela visão mais individual da autonomia privada por meio de uma autonomia social dos seus integrantes. Como integrantes de uma categoria, a luta por melhores condições de trabalho é uma briga de todos, que não pode ser conseguida individualmente. Como afirma Habermas (2003b, p. 151),

[...] o conceito de autonomia social – e o de *status* ativo do processo – colocam precipitadamente a autonomia pública e privada sobre um mesmo denominador. A autonomia tarifária constitui certamente um bom exemplo de constitucionalização interna de um sistema de ação não-estatal, especializado na superação de conflitos [...].

Se, mesmo fora da atuação estatal, mas não livre da fiscalização do Estado, o cunho democrático deve estar presente, com muito mais raiz ele deve estar presente dentro de um processo legislativo ou judicial, que é o reflexo das funções do poder estatal e decorrência direta da soberania popular.

Do mesmo modo que no processo legislativo, o processo judicial deve buscar sua legitimação na relação existente entre direitos fundamentais e soberania popular.

Essa questão remete necessariamente à análise feita entre autonomia pública e autonomia privada, pois “só tem legitimidade o direito que surge da formação discursiva da opinião e da vontade de cidadãos que possuem os mesmo direitos”, e tais cidadãos “só podem perceber, de maneira adequada, sua autonomia pública, garantida através de direitos de participação democráticos, na medida em que sua autonomia privada for assegurada” (HABERMAS, 2003b, p. 146).

E mais, a autonomia das pessoas privadas somente se torna um fator real de legitimação na medida em que elas possam se entender como autoras do direito, ao qual se submetem por serem também naturais destinatárias das normas

(HABERMAS, 2003b, p. 146).

Por isso, ganha espaço a relevância da coesão interna existente entre direitos fundamentais e soberania popular, não só no procedimento legislativo, mas também no procedimento judicial. A legitimidade do ordenamento jurídico encontra lugar nesse natural círculo que se forma da coesão interna, pois somente por intermédio de formas concretas de comunicação essa autonomia pode ser verificada no plano democrático:

Uma ordem jurídica é legítima na medida em que assegura a autonomia privada e a autonomia cidadã de seus membros, pois ambas são co-originais; ao mesmo tempo, porém, ela deve sua legitimidade a formas de comunicação nas quais essa autonomia pode manifestar-se e comprovar-se. A chave da visão procedimental do direito consiste nisso (HABERMAS, 2003b, p. 147).

Somente pelo respeito aos direitos fundamentais, com a implementação do direito à educação, à saúde, à moradia, à alimentação, etc., será criada a base para que se respeite a autodeterminação, como prerrogativa da soberania popular. Essa relação possibilita que se integrem a autonomia pública (autores das normas jurídicas) e autonomia privada (destinatários das normas jurídicas). E isso deve influenciar, em mesmo grau, o processo legislativo e o processo judicial, já que, dentro deste paradigma moderno, o princípio democrático deve impregnar todos os poderes estatais, seja na criação do enunciado normativo, na aplicação da norma ao caso concreto, seja no julgamento de uma inconstitucionalidade em tese.

Essa coesão interna decorre da cooriginalidade entre soberania popular e direitos fundamentais. Com base nesse fundamento, o exercício da soberania popular, como *locus* da autonomia pública, possui como instrumento o respeito aos direitos humanos (ou direitos fundamentais), ao passo que o adequado exercício dos direitos humanos somente é possível no respeito à soberania popular. Trata-se do círculo fundamentador dos pressupostos de legitimidade do direito no Estado Democrático de Direito.

Um processo legislativo democrático e um processo judicial democrático são os instrumentos da Democracia, ao serem analisados como espaços da autonomia pública, mas necessários para o adequado respeito à autonomia privada, essa espelhada no exercício dos direitos fundamentais. A regulamentação dos direitos

fundamentais tem lugar dentro do Parlamento, e a sua proteção, em caso de desrespeito, ocorre no âmbito do Poder Judiciário.

Dentro da respectiva esfera de atuação, cada Poder tem sua parcela relevante na proteção e no exercício da autonomia pública e da autonomia privada. Mesmo que exista essa divisão de funções no plano prático, todos os poderes pertencem ao Estado, que é uno e indivisível na sua essência, o que justifica a necessidade de que todo o Estado – e não só parte dele, como é o caso do Legislativo – seja impregnado pelo caráter democrático.

O Poder Judiciário deve fazer parte também dessa mudança paradigmática, o que se concretiza ao abrir o processo judicial a uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição para tornar possível o correto exercício da soberania popular à luz da teoria do discurso, em especial quando o objeto do processo veicula questões que refletem em toda a sociedade.

Por exemplo, num caso de controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, em que esse Poder deve se pronunciar sobre a possibilidade de direcionar as verbas para determinado tratamento de saúde postulado por um cidadão, é muito comum a concessão sem uma análise mais profunda da questão. Em casos tão polêmicos e relevantes como esse, por que não permitir a participação da população no procedimento?

Isso possibilitaria, dentro de um contexto democrático, que a população tivesse um contato mais direto com a distribuição de verbas, além de propiciar um debate acerca do remanejamento de áreas que podem ser consideradas pelos afetados de menores prioridades. Uma audiência pública, com abertura a propostas escritas e orais, auxiliaria o magistrado na resolução da questão que lhe foi posta e possibilitaria aos afetados pela decisão – todos que vivem naquela comunidade – verem-se como autores daquela norma a ser pronunciada ao final do processo judicial, contribuindo para uma aplicação legítima do direito.

O processo judicial garantiu a autonomia privada, por intermédio da proteção aos direitos fundamentais, e foi influenciado pela soberania popular, em razão da abertura do processo à população local. O princípio democrático serviu de fundamento à legitimidade da aplicação do direito, além de ficar explícita a coesão

interna entre Estado de Direito e Democracia, dentro da Teoria do Discurso de Jürgen Habermas.

### **3.2.2 Densificação do processo judicial pelo paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito**

O fundamento de validade do direito, portanto, é um só. Seja no processo legislativo, seja no processo judicial, deve haver a devida implementação dos pressupostos comunicacionais para que todos possam influenciar na decisão final, seja a lei, seja uma sentença. No capítulo anterior, foram analisadas as condições ou pressupostos do procedimento democrático legislativo. Dentro desse contexto e à luz do que já foi exposto, quais seriam as condições ou pressupostos do procedimento democrático judicial?

Habermas defende que a legitimidade do direito é decorrência da presença, no procedimento, dos fluxos comunicativos sociais, capazes de gerar certeza e aceitabilidade racional ao ordenamento jurídico. Para tanto, a teoria da argumentação deve preencher duas condições: a fundamentação interna e a fundamentação externa:

[...] fundamentação interna (que pressupõe a concepção do Direito como ordenamento principiológico, formado procedimentalmente pelos mais variados tipos de discurso) e fundamentação externa (obtida sob condições comunicativas tais que garantam a prevalência do melhor argumento, dentro das limitações de um processo imparcial) (BAHIA, 2004, p. 349).

Seja qual for a fundamentação, interna ou externa, o princípio democrático está presente e toma a autonomia pública como legitimadora, focando no diálogo e na formação da opinião, desde que a autonomia privada seja respeitada.

A jurisdição constitucional, no paradigma procedimentalista do Estado Democrático de Direito, tem por finalidade precípua, segundo Habermas (2003b, p. 183), “proteger, antes de tudo, as condições do procedimento democrático”. Em outras palavras, a atuação é voltada à garantia das autonomias jurídicas (autonomia pública e autonomia privada), que possibilitam a aplicação da teoria do discurso. Interpretando Habermas, Cattoni (2006, p. 167) entende que essa tarefa deve ser vista por duas perspectivas: “1. garantia do devido processo legislativo democrático,

ou seja, democracia e abertura nos discursos de justificação; 2. garantia do devido processo constitucional; ou seja, imparcialidade e adequabilidade nos discursos de aplicação constitucional”.

Na primeira hipótese, cabe ao Poder Judiciário verificar o respeito pelo Parlamento ao devido processo legislativo, uma vez que as normas procedimentais são condições que possibilitam o discurso capaz de integrar a sociedade no debate e interagir o procedimento com uma sociedade aberta de intérpretes.

De acordo com tal premissa, Cattoni (2006, p. 50-51) critica o Pretório Excelso quando este não entende possível o controle de constitucionalidade do Regimento Interno das Casas do Congresso Nacional, ao fundamento de que são questões *interna corporis*, como se um processo legislativo hígido fosse interesse somente do parlamentar e não de toda a sociedade:

Ao contrário do que sustenta o Supremo Tribunal Federal, esses requisitos formais são, de uma perspectiva normativa, condições processuais que devem garantir um processo legislativo democrático, ou seja, a institucionalização jurídica de formas discursivas e negociais que, sob as condições de complexidade da sociedade atual, devem garantir o exercício da autonomia jurídica – pública e privada – dos cidadãos.

Com base no mesmo fundamento, Cattoni discorda do STF quando este atribui a legitimidade ativa somente ao parlamentar, para propor mandado de segurança quando um projeto de emenda constitucional esteja viciado:

O que está em questão é a própria cidadania em geral e não o direito de minorias parlamentares ou as devidas condições para a atividade legislativa de um parlamentar ‘X’ ou ‘Y’. Não se deve, inclusive, tratar o exercício de um mandato representativo como questão privada, ainda que sob o rótulo de ‘direito público subjetivo’ do parlamentar individualmente considerado, já que os parlamentares, na verdade, exercem função pública de representação política [...] (CATTONI, 2006, p. 50-51).

A segunda hipótese está relacionada com a atuação do Poder Judiciário. Do mesmo modo que no processo legislativo, o processo judicial deve se adequar à teoria do discurso. O processo judicial, portanto, também é um *locus* que deve garantir as condições para o exercício e respeito às autonomias jurídicas.

A Jurisdição Constitucional, portanto, não se limita a uma atuação que respeite a Constituição numa visão liberal ou social, mas deve se abrir para os fluxos comunicacionais de uma sociedade aberta de intérpretes que deposita no povo a



tarefa de guardião da Constituição. Ao seguir tal linha de pensamento, Cattoni (2006, p. 167) afirma:

A Jurisdição Constitucional deve garantir, de forma constitucionalmente adequada, a participação, nos processos constitucionais de controle jurisdicional de constitucionalidade da lei e do processo legislativo, dos possíveis afetados por cada decisão, em matéria constitucional, através de uma interpretação construtiva que compreende o próprio Processo Constitucional como garantia das condições para o exercício da autonomia jurídica dos cidadãos.

Nesse contexto, em momento anterior, seguindo artigo publicado em 2007 por André Ramos Tavares, foi possível determinar alguns pressupostos de um procedimento legislativo, dentro de uma democracia deliberativa. A exposição desses pressupostos teve por finalidade densificar a teoria desenvolvida por Habermas, a qual, portanto, merece a devida adequação dentro do processo judicial. Não se busca exaurir todas as possibilidades, mas somente propiciar o aumento da legitimidade democrática com o incremento da participação dos afetados.

O primeiro pressuposto diz respeito à publicidade das decisões judiciais. Toda a sociedade deve tomar conhecimento do debate que vai levar à decisão e do conteúdo da decisão propriamente dito. A publicidade constitui um dos instrumentos de fiscalização pela população, pois lhe permite visualizar se o debate travado durante o procedimento influenciou a decisão final, o que possibilita que os cidadãos se vejam como efetivos autores daquela norma.

A publicidade, à luz da teoria do discurso, não é um ato que se restringe à veiculação do que foi decidido ao final do processo, mas ela tem importante lugar no seu procedimento. Durante o procedimento da ADPF 54, ajuizada em 2004 e ainda em trâmite no STF, foi feita uma ampla divulgação da audiência pública realizada em 2008, na qual participaram diversos segmentos da sociedade, desde religiosos, até cientistas. Está em julgamento a constitucionalidade do procedimento abortivo do feto anencefálico. Houve transmissão dos debates ao vivo pela TV Justiça, e a sociedade, na época, acompanhou toda a questão.<sup>48</sup>

Trata-se de um exemplo que demonstra a relevância de uma teoria voltada ao procedimento. Numa democracia deliberativa, todos os cidadãos devem ser

---

<sup>48</sup> A informação foi veiculada pelo Supremo Tribunal Federal, por meio do endereço eletrônico <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=94896>>, acessado em 15 de janeiro de 2010.

chamados a participar do processo deliberativo para que tenham a oportunidade de expressar sua visão do tema. A publicidade, portanto, deve se dar da forma mais ampla possível.

O segundo pressuposto guarda pertinência com a fundamentação (justificação) das decisões proferidas. Esse princípio, com assento constitucional, deve ser analisado à luz do princípio democrático. O debate deve existir dentro de um procedimento democrático; todavia, em determinado momento, a decisão deve ser tomada, mesmo nos casos mais complexos. No processo judicial, em especial, o diálogo tem momentos específicos para acontecer, como na dialética existente entre petição inicial e contraditório, na audiência de conciliação ou na de instrução, numa prestação de informações pela autoridade coatora, numa audiência pública, por meio do *amicus curiae*, entre muitos outros.

Acrescente-se, ainda, que os fundamentos apresentados no processo que não forem acolhidos na decisão final, devem ter seus motivos refutados pelo magistrado. Por exemplo, no caso da audiência pública da ADPF nº 54 acima citada, ao proferir a decisão final, o STF deve considerar todos os fundamentos apresentados e refutar fundamentadamente aqueles que não foram acolhidos. Não pode ser conferida ao magistrado a possibilidade de não se manifestar sobre determinado argumento levantado pelos que participaram do procedimento, pois isso violaria a base do princípio democrático.

Nesse ponto, ganha relevância o *outreach*, que busca trazer ao procedimento novos influxos comunicativos que, a princípio, não fariam parte do procedimento. Voltando ao exemplo da ADPF 54, a aplicação de um questionário em nível nacional seria interessante para verificar, de modo geral, a opinião da massa populacional acerca do aborto, ou mesmo o incentivo a criação de arenas em nível municipal para o debate da questão.

O terceiro pressuposto está relacionado com a regra de ouro de uma democracia deliberativa: o princípio da inclusão ou universalidade. Somente podem sofrer os efeitos da decisão aqueles que façam parte do processo judicial. Não é a toa que a nulidade da citação é capaz de invalidar todo o procedimento. Mas, além disso, todos os potenciais afetados devem ter a possibilidade de integrar o processo

judicial, seja de forma direta, pela sua apresentação da questão, seja de forma indireta, ao ver sua questão apresentada no processo por outra pessoa (legitimação extraordinária). No entanto, da mesma forma que no processo legislativo, se no processo judicial o cidadão tem a possibilidade de se manifestar e nada faz, deve sofrer as consequências da decisão final. Institutos como a revelia têm por finalidade “punir” aquele que deveria integrar o processo, mas permaneceu inerte.

O quarto pressuposto é o princípio da aplicação seletiva, ou seja, algumas questões, devido a sua natureza, não podem ser de forma viável submetidas ao debate público. Isso encontra especial aplicação no processo judicial, pois a publicidade não é irrestrita, devendo ser analisada de acordo com a privacidade das pessoas. Alguns processos devem correr em segredo de justiça para proteger o interesse público ou a personalidade das pessoas (como é o caso de questões relativas a menores, família, casamento e outros). Esses espaços privados devem ser objeto de decisão do Poder judiciário, mas não com tamanha publicidade.

O quinto pressuposto consiste no princípio da reciprocidade. A unanimidade, em especial em temas complexos como o do aborto, acima citado, é algo praticamente inatingível, pois numa sociedade plural é natural que ocorra o dissenso. Ademais, o processo judicial é naturalmente dialético, com posições contrárias.

Não deve ser visto como um *deficit* de legitimidade o fato de que certos grupos sociais não estejam de acordo com a decisão tomada. Na verdade, pelo princípio da reciprocidade, nesses casos, deve a fundamentação demonstrar por que a decisão tomada foi a mais adequada, com a possibilidade de, num recurso ou em outro caso concreto, a questão ser novamente debatida com base em novos argumentos. A minoria, portanto, pode no futuro alterar o conteúdo da decisão.

Os fundamentos da coisa julgada ou mesmo os efeitos da decisão vinculante não são eternos. Inclusive, no caso do processo civil, tal questão é bem nítida. Por exemplo, é possível a revogação de súmulas vinculantes ou mesmo a reapreciação de causas já decididas em ação direta de inconstitucionalidade, com tomada de decisão diametralmente oposta, como se deu em alguns julgados do STF. Cita-se, como exemplo, a grande polêmica existente quanto à hipótese de os candidatos aprovados em concurso público possuírem direito subjetivo à nomeação ou mera

expectativa de direito, se dentro das vagas propostas nos editais.

Em 2005 o STF, ao julgar a ADI 2931 (julgada em 24 de fevereiro de 2005, relator Ministro Carlos Brito), firmou o entendimento de que a aprovação em concurso público, mesmo dentro das vagas do edital, consiste em mera expectativa de direito. Nesse contexto, a administração pública possui o poder discricionário, quanto à conveniência e oportunidade, de nomear os candidatos aprovados. Trata-se de decisão com eficácia vinculante, tomada pelo Pleno do Tribunal, de observância obrigatória a todos os órgãos do Poder Judiciário e da administração pública.

Posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça, no RMS 20718 (julgado em 4 de dezembro de 2007, relator Ministro Paulo Medina), firmou jurisprudência, atualmente pacífica, no sentido de que o candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas presente no edital, possui direito líquido e certo à nomeação. Trata-se de decisão proveniente do controle difuso de constitucionalidade, diametralmente oposta à decisão vinculante do controle abstrato. Essa decisão foi seguida pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal no RE 227480 (julgado em 16 de setembro de 2008, relatora para acórdão Ministra Cármen Lúcia), ampliando o direito subjetivo à nomeação não só aos aprovados dentro do número de vagas presente no edital, mas também aos cargos vagos existentes ou aos que se tornarem vagos no prazo de validade do concurso.

O exemplo demonstrou a relevância da existência do controle difuso de constitucionalidade, que, devido a sua abertura, propicia uma releitura das questões já decididas a partir de novas peculiaridades não consideradas no julgado anterior, de modo a alterar, inclusive, o que decidido com força vinculante no controle concentrado.

Em razão do que foi exposto, a rediscussão das decisões é a essência da Democracia, pois essa não é um preceito acabado e fechado, mas construída no dia a dia pelos intérpretes de uma sociedade aberta. O dissenso, portanto, é decorrência natural de distintas visões que merecem igual tratamento numa democracia, sem a possibilidade de, *a priori*, existirem posições juridicamente privilegiadas:

Para lidar com o risco do dissenso, Habermas aponta duas alternativas:

limitar o campo de problematização dado aos participantes no seu agir discursivo, ou assumir que em sociedades complexas a Ação Comunicativa assume o papel de promover integração social, ela deve se valer de seus próprios recursos para “domesticar” o risco, aumentando-o [...] (BAHIA, 2004, p. 337-338).

Tal questão leva, necessariamente, ao sexto pressuposto, qual seja, a cláusula de reabertura das discussões. A aceitação de uma decisão é mais fácil se, no futuro, em outra discussão, for possível ocorrer a mudança do que foi decidido, como se deu nos julgados acima. O fato, de hoje, um grupo ser vencido no espaço argumentativo não implica dizer que, no futuro, isso se manterá. Novos argumentos ou o amadurecimento do debate podem transformar o grupo vencido em vencedor, o que demonstra a abertura do procedimento ao princípio democrático. O voto vencido, em vez de ser esquecido, deve ser valorizado e levado ao debate público (PRATES, 2004, p. 548).

Além desses elementos decorrentes da democracia procedimentalista, outros naturais do processo judicial podem ser levantados como necessários para sua legitimação: o devido processo legal, a inafastabilidade do controle jurisdicional e, em especial, o princípio da adequação ou adaptabilidade do processo judicial.

O princípio da adequação ou adaptabilidade do processo judicial (DIDIER, 2008, p. 51), inspirado numa perspectiva democrática do processo, determina que também o procedimento deve se adequar à complexidade da causa<sup>49</sup>. Por ser uma norma principiológica, pode ser também utilizada para fins de adequar o procedimento, mesmo quando exista uma regra que, em princípio, não comporte exceções. Por exemplo, a contestação deve ser apresentada em 15 dias, o que se mostra um prazo irrazoável se a inicial tiver cerca de cinco volumes, com mais de oitocentas

---

<sup>49</sup> Luis Guilherme Marinoni possui posicionamento similar, mas, para tanto, desenvolve uma nova teoria do direito de ação. A evolução desse direito teve início na teoria civilista ou emanentista (unidade entre direito material e processual), chegando atualmente na teoria abstrata desse direito (separação entre direito material e processual). Em que pese tal evolução, essa visão da ação não deve prosperar num Estado Democrático de Direito que tenha por fundamento uma Constituição, uma vez que o direito de ação deve ser adequado ao direito material e ao caso concreto. A partir de tal teoria, o direito de ação, em relação ao Poder Legislativo, “exige do Estado uma série de prestações, como a edição de procedimentos e técnicas processuais idôneas às variadas situações de direito substancial (devida pelo legislador)” (MARINONI, 2007, p.308), ao passo que o Poder Judiciário atua na “compreensão – por parte da jurisdição – das normas processuais e da própria função do processo a partir do direito material e da situação concreta, obviamente que sempre a partir dos direitos fundamentais processuais” (MARINONI, 2007, p.308).

páginas (DIDIER, 2008, p. 54). O juiz, a fim de respeitar o princípio democrático e a teoria do discurso, deve adequar o procedimento ao caso concreto.

Ainda de acordo com Didier (2008, p. 51), a incidência de tal princípio ocorre em dois momentos distintos: (a) na criação da lei, que impõe ao legislador a necessidade de criar mecanismos para que o magistrado possa adequar não só a decisão final, mas o procedimento às peculiaridades do caso concreto; e (b) na aplicação da lei, que permite ao juiz, no caso concreto, adaptar o procedimento de acordo com as necessidades.

A mesma linha de pensamento é adotada por Canotilho (2008, p. 75) ao tratar do direito ao procedimento como um direito fundamental. O autor parte da ideia de que tal direito é um sistema aberto de regras e princípios, voltado à obtenção de um resultado específico (a lei, a decisão judicial, etc.) e de que tal procedimento deve ser adequado ao caso concreto e aos direitos fundamentais, e concluir que:

O direito ao procedimento implica, fundamentalmente: (1) direito à criação, pelo legislador, de determinadas normas procedimentais ou processuais; (2) direito à interpretação e aplicação concreta, pelo juiz, das normas e princípios procedimentais ou processuais (CANOTILHO, 2008, p. 76).

A criação e a aplicação das normas procedimentais, portanto, ganham especial relevância no direito moderno e constituem a base da teoria do discurso, devendo estar de acordo com os pressupostos comunicacionais, de modo a possibilitar um espaço adequado à aplicação da teoria:

Pelo exposto, percebe-se que as normas procedimentais assumem ao lado dos pressupostos pramático-discursivos, um lugar central na teoria da argumentação habermasiana. Àquelas cabe, pois, não garantir a argumentação como tal, mas criar o ambiente que a possibilite ocorrer de forma livre. A resposta “correta” não se relaciona diretamente com o conteúdo, mas com a observância da regularidade procedimental que levou à mesma (BAHIA, 2004, p. 349).

A teoria do discurso, portanto, possibilita um ambiente democrático, fomentando a ampliação dos canais de comunicação. Sua aplicação tem influência na própria criação das normas que farão o procedimento, por reclamar a institucionalização de enunciados normativos que permitam uma ampla participação popular. Nesse contexto, Cattoni (2006, p. 110) afirma:

A Teoria do Discurso da Democracia sustenta que o êxito da política deliberativa depende da institucionalização jurídico-constitucional dos

procedimentos e das condições de comunicação correspondentes, e considera os princípios do Estado Constitucional como resposta consistente à questão de como podem ser institucionalizadas as exigentes formas comunicativas de uma formação democrática da vontade e da opinião políticas.

Assim, numa democracia à luz de uma teoria do discurso, o procedimento deve ser adequado ao caso concreto, possibilitando-se instrumentos como a inversão do ônus da prova, a possibilidade de conversão de rito sumário para ordinário em razão da complexidade da causa, o julgamento antecipado da lide, a liberdade de o relator da rescisória fixar o prazo para resposta (15 a 30 dias) e principalmente a questão do uso de cláusulas abertas, como nos arts. 273 e 461 do CPC. Essa possibilidade abrange não só os instrumentos positivados, mas também a criação pelo legislador de novos mecanismos que eficazmente sejam capazes de ampliar a autonomia pública.

Os pressupostos acima apontados são relativos ao procedimento, mas existem dois elementos de carácter material e imprescindíveis para um procedimento democrático: a liberdade e a igualdade. Estes já foram exaustivamente tratados acima e aplicam-se integralmente nesse ponto, pois os integrantes do processo judicial devem ser livres e iguais para que o diálogo seja possível. São eles verdadeiras condições de possibilidade da democracia, que a densificam e tornam possível o discurso procedimental, seja legislativo, seja judicial.

### **3.2.3 Trabalhando com uma hipótese**

A democracia, como acima desenvolvida, não fecha os olhos para uma sociedade complexa. Pelo contrário, ela reclama a participação de todos no procedimento, pois o poder comunicativo não é decorrência exclusiva do Estado, mas dele faz parte toda a sociedade aberta de intérpretes, abrangendo inclusive a imprensa, sindicatos, organizações não estatais, os partidos políticos, entre muitos outros.

Dentro desse contexto, a Democracia deliberativa procedimental consiste numa proporcional atuação entre Estado e sociedade, com uma nítida interação entre os dois, seja na criação (atuação do Legislativo), seja na aplicação da norma (atuação do Judiciário):

Com isso, atingimos o núcleo do paradigma procedimentalista do direito, pois a “combinação universal e a mediação recíproca entre a soberania do povo institucionalizada juridicamente e a não-institucionalizada são a chave para entender a gênese democrática do direito” (HABERMAS, 2003b, p. 186).

Esse poder comunicativo deve ser levado também ao Poder Judiciário, por exemplo, por intermédio dos instrumentos acima levantados, mas neles não se esgotando. O Estado Democrático de Direito, diferentemente dos paradigmas anteriores, deve ser influenciado e conduzido pelos anseios populares e pela esfera pública, por meio de uma adequada mediação entre os dois:

O substrato social, necessário para a realização do sistema de direitos, não é formado pelas forças de uma sociedade de mercado operante, nem pelas medidas de um Estado de bem-estar social que age intencionalmente, mas pelos fluxos comunicacionais que procedem da sociedade civil e da esfera pública política, os quais são transformados em poder comunicativo pelos processos democráticos (HABERMAS, 2003b, p. 186).

A esfera pública política e a sociedade civil constituem os instrumentos de realização do princípio democrático, os quais, dentro do atual paradigma, formulam as bases das condições mínimas para que possa haver, entre os cidadãos, o poder comunicativo.

Como consequência, adentra-se num ponto de fundamental relevância: observado pelo Supremo Tribunal Federal no processo judicial, à luz da teoria do discurso, esse poder comunicativo, poderia o STF adotar a Teoria da Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade, nos moldes acima analisado?

Em síntese, a teoria em estudo rescinde a principal diferença entre controle difuso e concentrado de constitucionalidade: não mais existe a vinculação do julgado ao caso concreto no controle difuso de constitucionalidade, ao fundamento de outorgar uma maior proteção aos direitos e garantias fundamentais. A teoria estudada busca transformar um processo subjetivo de controle difuso de constitucionalidade em um processo objetivo de controle abstrato.

Conforme foi analisado no capítulo dois, um dos fundamentos apontados pelo Ministro Gilmar Mendes para tal alteração tem por base as Leis 9868 e 9882, ambas de 1999, que regulamentaram a ação direta de inconstitucionalidade e a arguição de descumprimento fundamental. Ao fortalecerem o controle concentrado de constitucionalidade, essas leis limitaram um importante canal de comunicação



representado pelo controle difuso de constitucionalidade. As mudanças legislativas e jurisprudências posteriores seguiram o mesmo caminho, como a repercussão geral das questões constitucionais e a nova interpretação conferida ao art. 52, inciso X, da Constituição Federal.

Francisco de Castilho Prates faz duras críticas às Leis 9868 e 9882, ambas de 1999, mas que se aplicam ao novo contexto acima apresentado, até porque tais leis foram, segundo o Ministro Gilmar Mendes, o início de uma era de transição:

Tais mecanismos jurídicos procuram fortalecer o controle concentrado de constitucionalidade das leis [...] em detrimento do tipo difuso, o qual, em razão de sua maior abertura e proximidade com a coletividade, permite uma constante reinterpretação da identidade do sujeito constitucional que, em uma democracia, como já dito, deve estar sempre apta a ser relida, concretizando a possibilidade que argumentos antes descartados sejam novamente tematizados, denotando-se o fato de que toda decisão é sempre passível de ser revista (PRATES, 2004, p. 546).

Por isso, tal posição do STF, como está sendo discutida na Rcl nº 4335 (ou como já foi adotada em alguns julgados), se coaduna com o Estado Social, pelo fato de a legitimidade da decisão encontrar lugar na pessoa de quem a proferiu. Acontece que, mesmo se proferida tal decisão em acordo com os pressupostos formais e substanciais de uma democracia deliberativa procedimental, não haveria legitimidade na decisão do Supremo Tribunal Federal.

O procedimento não pode, por si só, justificar o resultado. Além dos pressupostos procedimentais, sejam estes formais, sejam substanciais, as determinações constitucionais são verdadeiros limites à atuação do Poder Judiciário, não podendo este atribuir a si mesmo a competência para verificar a “constitucionalidade” das regras do Poder Constituinte.

Assim, não se pode esquecer da importância da Constituição nesse procedimento, e, seja em relação ao Poder Judiciário, seja em relação Poder Legislativo, ambos devem “submeter-se a um ato de legitimidade democrática superior, que é a Constituição” (TAVARES, 1998, p. 78).

Ao contrário do que afirmam alguns doutrinadores<sup>50</sup>, o procedimentalismo não motiva qualquer resultado. Habermas (2003a, p. 158), ao se fundamentar na co-

---

<sup>50</sup> Nesse sentido, cita-se Souza Neto (2007) ao explicar sua visão do que vem a ser uma democracia procedimentalista.

relação entre autonomia pública e autonomia privada para criar um “Sistema de Direitos”<sup>51</sup>, estabelece o dever para uma comunidade procedimentalmente eleger os direitos fundamentais mínimos, a fim de propiciar uma correta convivência dos indivíduos por meio do Direito.

O reconhecimento desse “Sistema de Direitos”, portanto, é um limite ao procedimento, que deve se fundamentar nesse sistema e apresentar as condições necessárias para a consolidação do princípio do discurso. A essência desse “Sistema de Direitos”, portanto, é o princípio da democracia, que representa a positivação de instrumentos e direitos fundamentais capazes de concretizar o princípio do discurso:

A idéia básica é a seguinte: o princípio da democracia resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica. Eu vejo esse entrelaçamento como uma gênese lógica de direitos, a qual pode ser reconstruída passo a passo. Ela começa com a aplicação do princípio do discurso ao direito a liberdades subjetivas de ação em geral – constitutivo para a forma jurídica enquanto tal – e termina quando acontece a institucionalização jurídica de condições para um exercício discursivo da autonomia política, a qual pode equipar retroativamente a autonomia privada, inicialmente abstrata, com a forma jurídica (HABERMAS, 2003a, p. 158).

Por isso é que se fala na cooriginariedade entre princípio da democracia e produção legítima do direito (HABERMAS, 2003a, p. 158). A consolidação de um leva necessariamente à consolidação do outro, e o princípio democrático ganha corpo na medida em que a legitimidade do direito é exercida discursivamente.

Estabelecido um “Sistema de Direitos” em dado ordenamento jurídico, com base na teoria do discurso, eles se transformam em premissas necessárias para a própria criação legítima do Direito. No caso do Brasil, como já foi exposto, consolidados tais direitos na Constituição, eles não são passíveis de ser restringidos pelo poder constituinte derivado:

E a Constituição, através de uma interpretação e elaboração do sistema de direitos, no qual as autonomias pública e privada são internamente relacionadas e simultaneamente asseguradas, regula, institucionaliza, juridicamente processos através dos quais se deve dar a dinâmica

---

<sup>51</sup> Isso é o que Bahia (2004, p. 341) apresenta, ao afirmar que “da relação entre soberania popular (autonomia pública) e direitos humanos (autonomia privada) surge o que Habermas chama de ‘Sistema de Direitos’: o conjunto daqueles direitos (fundamentais) que os membros de uma comunidade se atribuem reciprocamente quando decidem regular legitimamente sua convivência através do Direito Positivo. O meio institucional encontrado na modernidade para fundar esse sistema é a Constituição.”

democrática do Direito, gerando, fundando, o próprio Direito (CATTONI, 2006, p. 141).

Dentre desse contexto, com muito mais fundamento, não foi atribuída ao Poder Judiciário a possibilidade de alteração direta da Constituição, seja por ativismo judicial, seja por mutação constitucional. A tarefa de alteração da Constituição ou de inovação no ordenamento jurídico foi reservada ao Poder Legislativo e, aos magistrados, cabe a tarefa de julgar os casos que lhes são levados, nos devidos limites constitucionais e legais.

Em razão do exposto, mesmo que observada pelo STF, no processo judicial, a teoria do discurso, não seria possível a adoção da teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.

O STF não possui atribuição para limitar a participação da sociedade no papel da Jurisdição Constitucional. O controle difuso é, naturalmente, um instrumento que possibilita uma abertura e maior proximidade com a coletividade, não podendo ser ele substituído por um controle abstrato de constitucionalidade.

Do mesmo modo, não possui o STF legitimidade para retirar do Senado (que possui representatividade popular) a participação no controle de constitucionalidade. O Tribunal, ao efetuar tal alteração, fere dois pressupostos do Estado de Direito: a relação entre os Poderes e a participação popular.

Ademais, devido ao fato de o controle difuso ser o acesso mais comum ao STF, inclusive pela possibilidade de nesse canal de comunicação estarem pessoas que não participem do controle abstrato, seu fundamento direto reside na coesão interna entre autonomia pública e autonomia privada. Ele possibilita uma abertura do Tribunal aos afetados, o que não é possível num controle abstrato.

#### **3.2.4 Limites dos ativismos judiciais e mutações constitucionais: o perigo do Poder Judiciário como superego de uma sociedade órfã**

Voltando à questão tal como foi proferida pelo STF, uma indagação ainda permanece: a via da mutação constitucional, ao ser analisada como hipótese de

ativismo judicial, constitui fundamento legitimador da decisão? Quais os limites de uma mutação constitucional?

Inicialmente, é importante ressaltar que ativismo judicial não se confunde com judicialização (BARROSO, 2009b, p. 75). A judicialização é decorrência do modelo constitucional adotado pela Constituição Federal de 1988. O alargamento da competência do Poder Judiciário, em especial nos temas relativos ao controle de constitucionalidade, fundamentado no princípio da inafastabilidade da Jurisdição, fez esse poder se pronunciar sobre questões que até então estavam fora do seu âmbito de atuação.

Por isso, no caso da judicialização, a atuação do Poder Judiciário em certos temas “não decorreu de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte. Limitou-se ela a cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional em conformidade com o desenho institucional vigente” (BARROSO, 2009b, p. 75).

A judicialização, assim sendo, é decorrência da sua própria competência para atuar no caso, definida constitucionalmente, ao passo que, no ativismo judicial, o *locus* de atuação do Poder Judiciário vai além de sua atribuição constitucional. Com base nesse fundamento, Barroso (2009b, p. 75) entende o ativismo como uma atitude, ou seja, um meio próativo de interpretar a Constituição, ampliando seu sentido.

O ativismo judicial, portanto, tem por finalidade aumentar a proteção aos direitos fundamentais, concretizando-os na ausência de instrumentos legais ou na insuficiência das políticas públicas. Essa postura ativa dos magistrados amplia significativamente sua atuação nas ações dos outros poderes, extraindo “o máximo de potencialidades do texto constitucional, sem, contudo, invadir o campo da criação livre do Direito” (BARROSO, 2009b, p. 76).

O Supremo Tribunal Federal, nos últimos anos, tem adotado uma postura ativista em diversos temas, como é o caso da atribuição do efeito *erga omnes* do Mandado de Injunção, ou mesmo quando admitiu a constitucionalidade da lei que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães, em ano eleitoral, e sem a lei complementar federal que possibilitava tal criação com fundamento na força normativa dos fatos, ou, ainda, quando admite adotar a teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade:

A tese defendida é que o Supremo Tribunal Federal, mediante uma postura ativista, vem redefinindo os limites de sua própria competência jurisdicional, alcançando áreas e temas que talvez não se contivessem no traçado original da Constituição, alterando, assim, seu próprio peso no concerto político da relação entre os poderes (DO VALLE, 2009, p. 40).

O ativismo veiculado pelo Pretório Excelso é extremamente inovador e se fundamenta, basicamente, em duas premissas: na possibilidade de se outorgar uma maior segurança jurídica aos jurisdicionados e na ampliação da proteção aos direitos e garantias fundamentais. Contudo, é tênue a linha que divide o legítimo ativismo judicial da usurpação de um espaço que deve ser legitimamente estabelecido:

[...] por isso, o ativismo é uma ferramenta que promove a democracia, nos casos em que a Suprema Corte compreende seu papel histórico, dispondo de credibilidade política suficiente para contraria a vontade da maioria do Congresso ou quando protege direitos fundamentais. Contrariamente, dissolve o princípio democrático quando se isola em um universo próprio de valores que não correspondem aos valores comunitários vistos como um todo, especialmente com a pluralidade cultural (APPIO, 2008b, p. 308).

Streck, Barreto e Oliveira (2009, p. 6) compararam o ativismo judicial na questão relativa à possibilidade de regulamentação de uniões homoafetivas pela jurisprudência do STF com a lenda de Ulisses e o canto das sereias. De acordo com a lenda grega, Ulisses, conhecedor do efeito encantador e do perigo que representava o canto das sereias e ainda ciente da grande possibilidade de sucumbir a essa tormenta, pediu que fosse acorrentado ao mastro do navio e que, em hipótese alguma, fosse das amarras libertado, mesmo que por ele fosse dada a ordem.

O mesmo ocorre na questão relativa à Teoria da Abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. Por mais belo que seja o discurso do STF, esse Tribunal está acorrentado aos limites e possibilidades da Constituição Federal, que representa o fruto da soberania popular, não podendo, portanto, tomar decisões no sentido contrário ao do texto Constitucional:

O que se preocupa neste tipo de pedido de tutela judicial é que ele traz consigo – de modo subterrâneo – uma idéia que tem ganhado terreno e aceitação por parte da dogmática jurídica nacional: a necessidade de se recorrer a “bons ativismo judiciais” para resolver questões que a sociedade em constante evolução acarreta e que os meios políticos de decisão (mormente o legislativo) não conseguem acompanhar (STRECK; BARRETO; OLIVEIRA, 2009, p. 8).

A democracia traz em si mecanismos que limitam o exercício do poder, atribuindo a legitimidade para seu exercício à adequação dos atos à Constituição Federal. Em

razão disso, é salutar frisar que “não é possível superar o limite do texto: levemos o texto (constitucional) a sério” (STRECK; BARRETO; OLIVEIRA, 2009, p. 13).

O Poder Judiciário não possui competência legislativa para normatizar as questões, uma vez que a criação da lei deve passar necessariamente pelo devido processo legislativo, o que restaria fragilizado por esse ativismo desenfreado.

A partir de tal fundamento, deve-se tomar cuidado com alguns instrumentos judiciais, como a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção, utilizados dentro da “teoria da omissão inconstitucional”. Em síntese, essa teoria decorre da possibilidade de uma omissão em regulamentar determinada norma constitucional gerar a violação da Constituição em razão de sua inefetividade (síndrome da inefetividade das normas constitucionais).

Nesses casos, a omissão, que se dá de forma parcial (regulação ineficiente) ou total (inexiste qualquer regulamentação), se torna um problema para a própria legitimidade do direito. É dessa premissa que parte Habermas (2003b, p. 172):

Problemas de legitimação não se colocam somente quando as regulações do Estado são ineficientes. A ausência de legitimação também pode resultar de uma perturbação da gênese democrática do direito, independentemente do modo como problemas desse tipo se relacionam com problemas de regulação não resolvidos.

A atuação do Poder Judiciário, portanto, deve se dar de forma a não adentrar na atribuição do Poder Legislativo, uma vez que cada um detém sua esfera de atuação. Somente ao Poder Legislativo foi concedida a competência para a criação do direito. É essa premissa que deve nortear a visualização dos instrumentos acima mencionados.

Em relação à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, por determinação constitucional (art. 103, § 2º, da Constituição Federal), o Pretório Excelso, se julgada procedente a ação, deve dar ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. Em nenhum momento o Supremo Tribunal Federal preenche a lacuna constitucional existente, não legislando ou inovando na ordem jurídica.

No que diz respeito ao Mandado de Injunção, sua avaliação dentro da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é mais complicada e deve ser analisada com maiores

detalhes.

O Mandado de Injunção, previsto no art. 5º, LXXI, da Constituição Federal de 1988, será utilizado “sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”<sup>52</sup>. O objeto dessa garantia constitucional tem por base um direito subjetivo do impetrante (caso concreto) que se torna inviável pela falta de norma regulamentadora, relacionada ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Por isso o STF não conheceu Mandado de Injunção que teve por objeto a “falta de norma tipificando crime de responsabilidade dos Magistrados. O mandado de injunção exige para sua impetração a falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício de direito subjetivo do impetrante.”<sup>53</sup>

O principal regramento do Mandado de Injunção consta do referido dispositivo constitucional, não existindo até o presente momento uma lei que regule em detalhes questões como o procedimento, amplitude dos efeitos da coisa julgada, entre outros. No entanto, tal limitação não é fundamento para que o instrumento não seja aceito pelos tribunais, em especial pela determinação constitucional de que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”<sup>54</sup>. Por ser o Mandado de Injunção uma garantia fundamental, o resultado foi a construção de todo o abalçamento necessário para o manejo da referida ação com base na jurisprudência, em especial, do Supremo Tribunal Federal. Por isso, constitui o art. 5º, LXXI, da Constituição Federal norma de eficácia plena, aplicável mesmo que inexista lei para regulamentá-lo.

Em relação aos efeitos da decisão final dessa garantia, inicialmente a jurisprudência do Supremo Tribunal era pacífica no sentido da teoria não concretista, como se observa na seguinte ementa: “Mandado de Injunção. Direito de greve dos servidores públicos. Artigo 37, VII, da Constituição Federal. Configurada a mora do Congresso Nacional na regulamentação do direito sob enfoque, impõe-se o parcial deferimento do writ para que tal situação seja comunicada ao referido órgão” (MI 585, julgado em

---

<sup>52</sup> Artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal de 1988

<sup>53</sup> MI 624, julgado em 21 de novembro de 2007, Rel. Ministro Menezes Direito.

<sup>54</sup> Artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988.

15 de maio de 2002, rel. Ministro Ilmar Galvão). Em outras palavras, o STF não supria a falta da norma, limitando-se a informar ao poder omissor a mora em legislar.

No entanto, sua jurisprudência evoluiu.

Em 30 de agosto de 2007, no MI 721 (rel. Ministro Marco Aurélio), decidiu-se que, por ser “processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada”. “Na espécie, a impetrante, auxiliar de enfermagem, pleiteava fosse suprida a falta da norma regulamentadora a que se refere o art. 40, § 4º, a fim de possibilitar o exercício do seu direito à aposentadoria especial, haja vista ter trabalhado por mais de 25 anos em atividade considerada insalubre [...]. Salientando o caráter mandamental e não simplesmente declaratório do mandado de injunção, asseverou-se caber ao Judiciário, por força do disposto no art. 5º, LXXI, e seu § 1º, da CF, não apenas emitir certidão de omissão do Poder incumbido de regulamentar o direito a liberdades constitucionais, a prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, mas viabilizar, no caso concreto, o exercício desse direito, afastando as consequências da inércia do legislador” (MI 721, julgado em 30 de agosto de 2007, Rel. Ministro Marco Aurélio). De fato, nesse sentido foi a decisão final do referido Mandado de Injunção. Tem-se, no julgado, nítida posição concretista individual direta, ao criar o Tribunal, para o caso concreto (efeito *inter partes*), um regramento específico, de modo a solucionar a lide.

Posteriormente, em 25 de outubro de 2007, a jurisprudência do STF sofreu nova modificação nos Mandados de Injunções 670 (rel. para acórdão Ministro Gilmar Mendes), 708 (rel. Ministro Gilmar Mendes) e 712 (rel. Ministro Eros Grau). No caso, diante da inexistência da lei ordinária específica regulamentadora do direito de greve dos servidores públicos (art. 37, inciso VII, da Constituição), o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que os servidores públicos civis podem exercer o seu direito de greve, desde que atendidos os requisitos previstos na Lei 7.783/1989, que regulamenta o direito de greve no setor privado (trabalhadores regidos pela CLT). Ademais, declarou a omissão legislativa do Congresso Nacional quanto ao dever constitucional em editar lei que regule o exercício do direito de greve no setor público. Aqui é clara a adoção pelo STF da posição concretista geral, ao



conceder com eficácia *erga omnes*<sup>55</sup>, o direito de greve para todos os servidores públicos civis, inclusive aos que não eram partes na referida ação.

Com que legitimidade o Pretório Excelso profere uma decisão cujos efeitos não são autorizados pelo ordenamento jurídico, atuando como se Poder Legislativo fosse e inovando na ordem jurídica? Estaria o STF acima da Constituição para definir suas próprias atribuições?

O Pretório Excelso atuou como se fosse um verdadeiro legislador, atribuição essa que constitucionalmente é da esfera do Poder Legislativo<sup>56</sup>. Não é possível ocorrer a transferência de competência de um Poder ao outro em razão da inércia do primeiro, hipótese que sofreria com um grave *deficit* de legitimidade:

[...] a transferência incontrolada de competências legislativas para tribunais e administrações é fomentada pelo oportunismo de um legislador que não esgota suas competências e renuncia a regular matérias que requerem tratamento legal (HABERMAS, 2003b, 183).

A criação da lei ou da emenda à Constituição deve ocorrer, em caráter indelegável, no Poder Legislativo. O Poder Judiciário, mesmo diante de uma omissão inconstitucional, não pode fazer as vezes do legislador, limitando-se à aplicação do Direito (a partir de regras e princípios):

A decisão a ser tomada em tais casos precisa ser levada a cabo no espaço político, e não no jurisdicional, justamente para evitar que sua resolução fique à mercê das opiniões pessoais dos ministros da Corte Constitucional. Ou seja, a decisão deve ser construída no contexto de uma sociedade dialógica, em que o Poder Judiciário tem sua função que não consiste em legislar (STRECK; BARRETO; OLIVEIRA, 2009, p. 12)

Em razão do exposto, a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal, que regulou o direito de greve para todos os servidores públicos civis, foi além da competência constitucional do Tribunal, violando o princípio democrático e invadindo a atribuição do Congresso Nacional. O julgamento do Mandado de Injunção, por ser esta uma ação subjetiva, deve ter efeito *inter partes*, restrito ao caso concreto levado ao Poder Judiciário. Isso, sim, importa em aplicação do Direito e não em inovação no

<sup>55</sup> O efeito *erga omnes* se depreende do segundo extrato da ata do julgamento do MI 712: “O Tribunal, por maioria, nos termos do voto do Relator, conheceu do mandado de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação da Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, no que couber, vencidos, parcialmente, os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que limitavam a decisão à categoria representada pelo sindicato e estabeleciam condições específicas para o exercício das paralisações”.

<sup>56</sup> Em sentido contrário, Moro (2004, p. 236-258). defende a atuação do magistrado como legislador positivo.

ordenamento jurídico, uma vez que “delegar tais questões ao Judiciário é correr um sério risco: o de fragilizar a produção democrática do direito, cerne da Democracia” (STRECK; BARRETO; OLIVEIRA, 2009, p. 8).

Tudo isso teve por fim demonstrar que a atribuição pela Assembleia Constituinte ao Supremo Tribunal Federal de guardião da Constituição (art. 102, *caput*, da Constituição) não lhe outorga poderes para interpretá-la da forma que melhor lhe condiz ou mesmo de legislar, em especial na tentativa de se fundamentar na segurança jurídica e na proteção aos direitos e garantias fundamentais. Como expõem Streck, Cattoni e Lima (p.19): “Ora, um tribunal não pode mudar a Constituição; um tribunal não pode ‘inventar’ o direito: este não é seu legítimo papel como poder jurisdicional, numa democracia”.

A autonomia pública, quando exercida no STF, não é tão rica quanto aquela proveniente do devido processo legislativo. Este tem toda uma estrutura que move a população, desde a escolha do partido político, que envolvem debates prévios, até a eleição pelo voto do representante, sem esquecer os posteriores debates que naturalmente ocorrerão no Congresso Nacional.

É importante salientar que, embora por meio de uma rápida análise se possa considerar que a proteção aos direitos e garantias fundamentais pode ser alargada, ao se analisar, mais cuidadosamente, a questão, conclui-se que tal proteção resta gravemente violada. A coesão interna entre autonomia pública (*locus* de exercício da soberania popular) e autonomia privada (*locus* de exercício dos direitos fundamentais) serve como claro exemplo dessa violação. O desrespeito a uma implica necessariamente o desrespeito à outra, e, no caso em apreço, quando o Supremo implicitamente se auto titulariza como instância de poder legítima para alterar a Constituição e criar o Direito, resta claramente violada a autonomia pública e, conseqüentemente, restam violados os direitos fundamentais.

De tal modo, na hipótese acima questionada, o Pretório Excelso infringiria uma das principais características de uma democracia deliberativa: a possibilidade de que os cidadãos, naturais destinatários das normas e dos direitos, possam também se ver como seus autores (HABERMAS, 2007, p. 301). Não só, mas também viola duplamente a separação de poderes, como pressuposto do Estado de Direito: (a) o

depósito no Legislativo – e não no Judiciário – o lugar para a criação legítima do Direito e (b) a retirada do Senado da participação da declaração de inconstitucionalidade das normas.

Nessa esteira de pensamento, a segurança jurídica que o Supremo supõe proteger também é gravemente violada. Em vez de segurança, na verdade, a adoção da Teoria da Abstrativização gera uma séria instabilidade institucional, decorrente do desrespeito da soberania popular, base da Constituição Federal. Como afirmam Streck, Barreto e Oliveira (2009, p. 12-13), a segurança jurídica mostra-se ofendida

no momento em que a Corte altera, a pretexto do [...] saneamento (incorreto) de uma “inconstitucionalidade da própria Constituição”, o texto da Constituição como se poder constituinte fosse, gerando um tipo de mal-estar institucional gravíssimo.

Ao admitir o Tribunal a legitimidade de tais decisões, conclui-se necessariamente que ele tem poderes praticamente ilimitados. Com isso, interfere diretamente na soberania popular ao atuar como verdadeiro Poder Constituinte. Dentro desse contexto, o ativismo judicial na hipótese tratada não importa em uma mutação constitucional, mas num verdadeiro processo formal de alteração da Constituição, revogando os dispositivos constitucionais.

A conclusão de Streck, Barreto e Oliveira, na questão relativa à possibilidade de regulamentação de uniões homoafetivas pela jurisprudência do Pretório Excelso, é aplicável na questão relativa à teoria da abstrativização do controle difuso:

A efetivação de uma tal medida importa(ria) transformar o Tribunal em um órgão com poderes permanentes de alteração da Constituição, estando a afirmar uma espécie caduca de mutação constitucional (*Verfassungswandlung*) que funcionaria, na verdade, como um verdadeiro processo de alteração formal da Constituição (*Verfassungsänderung*), reservado ao espaço do Poder Constituinte derivado pela via do processo de emenda constitucional (STRECK; BARRETO; OLIVEIRA, 2009, p. 10).

Comparada, porém, com o problema levantado por Streck, Barreto e Oliveira, a questão relativa à teoria da abstrativização do controle difuso se mostra muito mais grave. Enquanto na possibilidade de regulamentação de uniões homoafetivas o Supremo age como Poder Constituído, na teoria da abstrativização ele age como Poder Constituinte.

A teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, portanto, é uma

espécie de ativismo judicial, além de ser classificada pela doutrina como uma mutação constitucional (DO VALLE, 2009, p. 123-132).

Mutação constitucional, consoante Jellinek (1991, p. 7), não se confunde com a revisão formal que se faz da Constituição, uma vez que, na mutação, a alteração se dá no sentido de texto, sem alterar sua literalidade. A mutação, ainda segundo o autor, não precisa ser acompanhada de uma clara intenção de mudança, tanto que ela decorre naturalmente do costume, seja jurídico, seja social.

Dau-Lin (1998, p. 29) critica Jellinek, em razão de ter este limitado em demasia o conceito de mutação constitucional. Portanto, para que todas as hipóteses de mutação compoñham o instituto, visualiza mutação constitucional como uma incongruência entre as normas constitucionais e a realidade constitucional. A fonte, portanto, é essa tensão entre Constituição escrita e Constituição real.

Ademais, a mutação constitucional também ocorre nos conceitos jurídicos indeterminados, como acontece, por exemplo, no significado de casa, dignidade da pessoa humana e família. A modificação e a evolução da sociedade alteram os significados desses termos e propiciam uma nova leitura das normas constitucionais, sem a alteração de sua literalidade, uma vez que “as mutações constitucionais convivem com o texto original, e não ofendem a letra nem o espírito da Constituição, estando sujeitas a limites, a fim de que a vontade da Carta Magna não seja desvirtuada” (PEDRA, 2005, p.154).

Entre as diversas espécies de mutação constitucional, de acordo com Dau-Lin (1998, p. 44), é possível que alguma se dê pela prática constante e reiterada de um órgão do Estado, contrária às normas constitucionais. Como exemplo, Dau-Lin traz a prática do *Bundesrat* no *Reich* imperial, o qual somente se reunia quando convocado, o que afrontava a norma constitucional que determinava a permanência da assembleia.

No Brasil, a teoria da abstrativização é um exemplo cristalino dessa prática. Na RCL 4335, o Ministro Gilmar Mendes cita diversos atos judiciais e legislativos que traçam o novo perfil do controle de constitucionalidade, de modo a afrontar diretamente dispositivos constitucionais.

No mesmo sentido, Jellinek (1991, p. 45-46) trata da questão relativa ao desuso das atribuições do Estado, em especial do direito de sanção e veto. O autor traz o exemplo da monarquia inglesa, que, por mais de duzentos anos, não veta uma lei sobre a milícia escocesa. A doutrina inglesa, apesar desse longo tempo de desuso, não reconhece a perda do direito de veto ao defender a possibilidade de, a qualquer momento, a Coroa reutilizar o instituto.

Guardando as devidas proporções, o STF afirma que ocorreu a mutação constitucional do art. 52, inciso X, da Constituição Federal. Contudo, recentemente, o Senado fez uso de sua atribuição constitucional, tanto que, só para citar alguns poucos exemplos, em 2005, suspendeu a execução das leis declaradas inconstitucionais pelo STF, em controle difuso por meio das Resoluções de nº 12, 14, 20, 22 e 26, ao passo que, em 2007, a suspensão se deu por meio da Resolução nº 2 e, em 2009, Resolução nº 37. Esses exemplos demonstraram que o instituto não está em desuso, como tenta afirmar o Pretório Excelso.

O STF deveria defender a manutenção do Senado no controle de constitucionalidade e buscar meios para incentivar esse a atuar ativamente em sua atribuição constitucional. A posição do STF é antagônica à doutrina inglesa num mesmo ponto de debate: a atribuição de competências nacionais que refletem na separação de poderes.

Tal linha de pensamento é aplicada a toda a teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. Portanto, questiona-se: quais são os limites das mutações constitucionais? É possível admitir uma mutação constitucional que viola a legitimidade do direito, que tem por base a coesão interna entre as autonomias jurídicas?

A mutação constitucional, como espécie de ativismo judicial, possui os limites deste, além de outros inerentes a sua própria natureza. Em síntese, a mutação constitucional se apresenta como

um meio de alteração informal da Constituição. Em razão disso, o resultado a que ele conduz, no que tange à constitucionalidade ou não da alteração produzida, entendemos localizar-se melhor no âmbito do controle de constitucionalidade [...] não se pode esquecer que sempre presente está a exigência de conformidade à Constituição (ZANDONADE, 2001, p. 201).

Com a mutação constitucional, inexistente alteração do texto constitucional, mas do seu conteúdo ou alcance (ZANDONADE, 2001, p. 202). Seu fundamento de validade é o poder constituinte, que não se dissipa no ato de criação da Constituição, mas a molda e interpreta no dia a dia por intermédio de uma sociedade aberta de intérpretes. Não é, portanto, a mutação constitucional um instrumento do poder constituinte derivado.

No entanto, apesar de expressão do poder constituinte originário, a mutação constitucional não tem por finalidade criar uma nova Constituição, mas tão somente a adequá-la a uma nova realidade. Em razão dessa assertiva, “lhe é vedado alterar o próprio texto ou a letra da norma constitucional” (ZANDONADE, 2001, p. 205).

O mesmo posicionamento é adotado por Pedra (2005, p. 156) ao afirmar que “impõe-se o texto constitucional como o seu mais peculiar limite. Não a letra do texto, mas a elasticidade que ele permite”. A elasticidade do texto, portanto, não se confunde com sua revogação ou mudança literal das palavras, tal como defendido pelos Ministros na RCL 4335.

O primeiro limite à mutação, portanto, é o próprio texto constitucional, ou melhor, a elasticidade que permite para que determinada mutação não seja inconstitucional.

Um segundo limite da mutação constitucional diz respeito ao tempo para concretização de uma mutação constitucional. Segundo Jellinek (1991, p. 7), no exemplo acima citado, mesmo o prazo de duzentos anos pode não ter sido suficiente para configurar uma mutação constitucional. Não é possível negar, contudo, que a variação temporal dessas transformações devem estar adequadas de acordo com o lugar, a cultura e a história de um povo.

No Brasil, como expôs o Ministro Sepúlveda Pertence, o período de tempo desde a promulgação da atual Carta até hoje não é suficiente para configurar a mutação constitucional do controle difuso de constitucionalidade. Correta sua posição, já que poucos anos não são suficientes para alterar toda uma história constitucional brasileira, que, contrariamente ao que o Ministro Gilmar Mendes afirmou, ainda hoje é voltada principalmente ao controle difuso de constitucionalidade. Ademais, demonstrou-se acima que em tempos recentes o Senado fez uso de sua atribuição

constitucional e suspendeu, via resolução, normas declaradas inconstitucionais.

Em termos quantitativos e qualitativos, o número de recursos extraordinários, mandados de seguranças, *habeas corpus* é significativamente superior aos das ações do controle concentrado. Os processos subjetivos trazem as riquezas do caso concreto e possibilitam um contato direto da Suprema Corte com os afetados.

Como terceiro limite, cita-se o necessário respeito à essência ou ao espírito da Constituição Federal (ZANDONADE, 2001, p. 207-208; PEDRA, 2005, p.154). Classificada como Constituição Cidadã, a Carta de 1988 é impregnada pelo princípio democrático, como se observou pelas diversas passagens de seu texto que possibilitam o diálogo entre os poderes e o cidadão.

O pleno exercício da soberania popular, que somente se concretiza por meio do paradigma procedimentalista do Estado Democrático de Direito, deve respeitar os afetados e o acesso deles às instâncias de poder. Quando o STF veta a via comunicativa do controle difuso, viola o princípio democrático e, como consequência, a essência da Constituição Federal.

Em razão do exposto, mutações inconstitucionais “não representam mais do que anomalias. Cuida-se da distorção havida no processo, gerada a partir da violação de seus limites” (ZANDONADE, 2001, p. 208), como pode acontecer no processo legislativo e no processo de alteração formal da Constituição. O controle de constitucionalidade deve ser o instrumento para se evitar a consolidação de tais alterações informais, e não, tal qual tem ocorrido, o meio de sua consolidação.

Ademais, como exposto acima, por intermédio de uma mutação constitucional o Pretório Excelso está procedendo a uma revogação de norma do Poder Constituinte originário, de modo que sua atuação entre em concorrência com a atuação desse poder. Trata-se de perigoso precedente judicial, uma vez que a atividade jurisprudencial não é espaço com total liberdade para atribuição de sentido:

O direito [...] não pode ser entendido como espaço de livre atribuição de sentido; essa questão assume relevância quando se trata do texto constitucional. Ou seja, em determinadas situação, mutação constitucional pode significar, equivocadamente, a substituição do poder constituinte pelo Poder Judiciário. E, com isso, soçobra a democracia. E este nos parece ser o ponto central da discussão dos votos proferidos na aludida Reclamação 4335-5 (STRECK; CATTONI; LIMA; p. 17).

Argumentar a favor da revogação de dispositivos constitucionais frutos do Poder Constituinte Originário tem como consequência admitir que o Supremo delegou a si próprio a titularidade de tal Poder. Existe maior violação à soberania popular e aos direitos fundamentais do que esta? Não estaria o Supremo Tribunal Federal com tal postura, ascendendo à condição de Poder Constituinte?

O Supremo não tem estado atento para sua relevância constitucional, e o discurso – de aumentar a segurança jurídica e outorgar uma maior proteção aos direitos e garantias fundamentais – traduz muito bem a ideia desenvolvida por Ingeborg Maus. Seu artigo “Judiciário como Superego da Sociedade”, nesse ponto, se revela imprescindível para fins de entender os anseios de uma sociedade órfã.

Em vez de o Poder Judiciário voltar suas atitudes para a democratização do processo, forçando a participação popular, no caso da Teoria da Abstrativização a decisão foi tomada a partir de premissas pessoais de alguns julgadores, sem embasamento constitucional e democrático.

Esse acontecimento também se deu na Suprema Corte norte-americana, e a jurisprudência se apresentava como uma grande obra da personalidade de magistrados, que aparecem, a partir de tal perspectiva, como “deuses do Olimpo do Direito” (MAUS, 2000, 185). Trata-se da tendência ao biografismo, característica de uma sociedade passiva, pois “o aspecto típico dessas biografias de juízes parece se configurar na idéia [...] de que os pressupostos para uma decisão racional e justa residem na formação da personalidade de juízes” (MAUS, 2000, 185).

O direito deixa de ser emancipador e passa a tratar indivíduo e coletividade como meros objetos (MAUS, 2000, p. 185). Esses se tornam dependentes e incapazes de ter consciência ampla dos próprios atos. Em razão dessa assertiva, afirma a autora que o crescimento do Poder Judiciário como Terceiro Poder reflete a imagem do pai, profeta ou Deus do Olimpo do Direito (MAUS, 2000, p. 185) e complementa afirmando que, “quando a justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social” (2000, p. 187).

Por isso, em referência ao pensamento de Maus (2000, p. 189), a fundamentação da decisão do Pretório Excelso nos valores da segurança jurídica e na proteção aos



direitos e garantias fundamentais teve por finalidade desvincular do controle popular o conteúdo do que é decidido: “toda menção a um dos princípios ‘superiores’ ao direito escrito leva – quando a Justiça os invoca – à suspensão das disposições normativas individuais e a se decidir o caso de forma inusitada”.

A autonomia pública resta claramente violada. A soberania popular deixa de ser o fundamento do processo judicial, o qual se fecha à vontade particular de alguns julgadores, que passam a analisar a constitucionalidade das normas do próprio Poder Constituinte. Com tal postura, o texto constitucional perde relevo, e a melhor interpretação é aquela preferida pela autoridade do Tribunal Constitucional.

Maus (2000, p. 192), nessa perspectiva, compara tal atuação com a de um monarca, afirmando que,

assim como o monarca absoluto de outrora, o tribunal que disponha de tal entendimento do conceito de Constituição encontra-se livre para tratar de litígios sociais como objetos, cujo conteúdo já está previamente decidido na Constituição “corretamente interpretada”, podendo assim disfarçar o seu próprio decisionismo sob o manto de uma “ordem de valores” submetida à Constituição.

A Constituição deixa de ser vista como instrumento estruturador do Poder e de proteção a direitos e garantias fundamentais, tornando-se um texto em que os sábios (os magistrados) deduziriam diretamente os principais valores a serem protegidos a qualquer custo (MAUS, 2000, p. 192).

Com isso, a jurisprudência do Pretório Excelso ganha mais relevância do que a própria Constituição. A guarda da Constituição passa a ser uma guarda das principais decisões tomadas pelo Tribunal. Perde-se o caráter democrático e o sentido da Constituição, afetando gravemente a identidade do sujeito constitucional.

Eis os riscos de se conceder a um órgão estatal a função de guardião da Constituição. Em razão disso, fora de uma concepção democrática do processo judicial, “o juiz não atua mais como arauto de um processo tradicional de apuração do sentimento popular, mas simplesmente para trazer uma percepção ‘saudável’ a um povo ‘doente’ – exatamente nisso consistindo sua função de superego” (MAUS, 2000, p. 197).

Com fundamento seja numa mutação constitucional seja no ativismo judicial, a

teoria, tal como é proferida, produz graves problemas institucionais. Violam-se a constituição federal, os princípios democrático, a soberania popular, a autonomia pública e os direitos fundamentais. A partir de tais fundamentos, Pedra (2005, p. 185) afirma:

Os efeitos provocados pelas mutações inconstitucionais variam em grau e profundidade, na medida em que destroem a vida dos preceitos constitucionais. Podem provocar mudanças temporárias ou permanentes e até suspender os efeitos da norma constitucional, em flagrante desrespeito com a Constituição.

Os efeitos, portanto, repercutem diretamente na identidade do sujeito constitucional brasileiro, uma vez que o Pretório Excelso atua como se fosse tutor de uma sociedade órfã, ocupando de forma autoritária um espaço que deveria ser democraticamente estabelecido.

### **3.2.5 Impacto da teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade na identidade do sujeito constitucional**

A atuação do Supremo Tribunal Federal como superego de uma sociedade órfã, com base em um argumento interpretativo fechado – outorgar uma maior proteção aos direitos e garantias fundamentais –, ao utilizar como instrumento o ativismo judicial, o coloca em concorrência direta com o Poder Constituinte. No entanto, a identidade do sujeito constitucional é um espaço fluido, democraticamente estabelecido, que não pode ser ocupado de forma totalitária por nenhuma pessoa, órgão ou instituição. Com tal pensamento, Michel Rosenfeld, em seu livro “A Identidade do Sujeito Constitucional”, rechaça a possibilidade da referida atuação do Pretório Excelso.

O sujeito constitucional é marcado por uma incompletude, por um hiato, sendo produto de um processo dinâmico de construção e reconstrução de sua identidade. Essa definição é construída no dia a dia sem nunca chegar ao fim, sendo sempre suscetível de maior precisão e maior definição (ROSENFELD, 2003, p. 23). Esse hiato inicial encontrado se mostra estimulante, pois é a “fonte última de legitimidade e autoridade para a ordem constitucional” (ROSENFELD, 2003, p. 26). Como consequência, fazem parte dessa identidade, a partir da teoria do discurso, todos os que integram uma sociedade aberta de intérpretes, inclusive os tribunais e os órgãos

de Poder, pois somente assim os autores das normas poderão se visualizar também como seus destinatários.

O pluralismo, no Estado Democrático de Direito, leva em consideração o outro na construção dessa identidade constitucional, e essa ideia é uma constante no pensamento de Michel Rosenfeld. O vazio inicial deve ser preenchido a partir de tal pressuposto, de modo a utilizar a Constituição como o documento que tenta preencher essa incompletude, apresentando-se como um pano de fundo compartilhado:

Na medida em que o constitucionalismo deve se articular com o pluralismo, ele precisa levar o outro na devida conta, o que significa que os constituintes devem forjar uma identidade que transcenda os limites de sua própria subjetividade. [...] A elaboração de uma Constituição pode ser considerada como, sobretudo, uma tentativa de preencher esse vazio, esse hiato, mediante o alcance do outro para forjar uma identidade comum enraizada em um texto constitucional compartilhado (ROSENFELD, 2003, p. 36).

Com base em tal premissa, a tentativa do próprio Pretório Excelso de se identificar como exclusivo sujeito constitucional fere a autonomia pública dos cidadãos, espelhada na soberania popular, que deveria ser articulada dentro de um procedimento democrático à luz da teoria do discurso, respeitando a Constituição e os direitos fundamentais.

Trata-se de um grande equívoco a personificação da identidade do sujeito constitucional em um indivíduo, órgão ou instituição. Esse espaço deve ser fluido e democraticamente estabelecido, pois

nem os constituintes, nem os intérpretes da Constituição, nem os que se encontram sujeitos às prescrições são propriamente o sujeito constitucional. Todos eles foram parte do sujeito constitucional e pertencem a ele, mas o sujeito constitucional enquanto tal só pode ser apreendido mediante expressões de sua auto-identidade no discurso intersubjetivo que vincula todos os atores humanos que estão e serão reunidos pelo mesmo conjunto de normas constitucionais (ROSENFELD, 2003, p. 40 e 41).

Nesse contexto, a identidade do sujeito constitucional, marcada inicialmente por um vazio, é construída a partir do Texto Constitucional e depende do contexto em que ele está inserido, sendo influenciado por questões das mais diversas ordens, como a social, a econômica, a política e a cultural. Esse discurso constitucional, nas palavras de Rosenfeld (2003, p. 40), é o responsável pela construção de uma auto-identidade do sujeito constitucional:

[...] o sujeito constitucional, motivado pela necessidade de superar a sua carência (*lack*) e inerente incompletude, precisa se dotar do instrumento do discurso constitucional para construir uma narrativa coerente na qual possa localizar uma auto-identidade plausível.

A construção (e a reconstrução) da identidade do sujeito constitucional também é fruto do natural conflito existente entre facticidade (fato) e validade (norma), ou seja, da antinomia entre o real e o ideal. Assim, é possível que uma norma constitucional tenha distinta aplicação a depender do contexto em que ela é inserida, razão pela qual a construção da identidade do sujeito constitucional não se exaure na criação do Texto Constitucional, mas se dá também em sua aplicação no dia a dia.

Um clássico exemplo dessa possibilidade de alteração do sentido da norma constitucional ocorreu com o termo “Nós, o Povo” (*We, The People*), identificador do sujeito constitucional na Constituição dos Estados Unidos. Em 1787, o termo se referia às pessoas brancas e latifundiárias, não incluindo os escravos afro-americanos que viviam no território americano (ROSENFELD, 2003, p. 23 e 24).

O processo de incorporação dos escravos afro-americanos à expressão “Nós, o Povo” (*We, The People*) e a reconstrução da identidade do sujeito constitucional norte-americano nesse aspecto foi lenta e gradual, decorrência direta do hiato nele existente.

A abolição da escravatura não foi suficiente para pôr fim à polêmica, tanto que, em 1896, no caso *Plessy vs. Ferguson*, foi vetado aos negros o direito de compartilhar o mesmo vagão de trem com os brancos. Ficou consolidada a doutrina do *separate but equal* (separados, mas iguais), uma vez que negros e brancos, por exemplo, tinham direito ao transporte público, mas em vagões distintos, do mesmo modo que ambos tinham direito à educação pública, mas em escolas diferentes (APPIO, 2008b, p. 246).

Esse processo de reconstrução da identidade foi tão lento que somente em 1954 houve a superação da doutrina do *separate but equal* (separados, mas iguais), quando a Suprema Corte se pronunciou no caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*, admitindo que alunos brancos e negros poderiam frequentar a mesma sala de aula:

A Suprema Corte também acertou no caso Brown porque adotou uma postura estratégica. Em vez de desde logo destacar de que maneira o

precedente deveria ser cumprido nas escolas públicas estaduais, pondo fim a um sistema profundamente enraizado na cultura dos Estados sulistas – o que traria gravíssimas consequências para a ordem pública nesses locais –, a Suprema Corte optou por um viés moderado, simplesmente anunciado que a segregação era inconstitucional (APPIO, 2008b, p. 248)

Esse posicionamento foi necessário para possibilitar que o debate público tratasse das diretrizes a serem implantadas para corrigir as distorções históricas e sociais, o que respeitou a autonomia pública dos cidadãos. Em que pese a repercussão do julgado e o importante passo que foi dado, até os dias atuais esse *deficit* permanece, tanto que são necessárias ações afirmativas para corrigir esses equívocos sofridos pelos escravos afro-americanos.

Em síntese, a expressão “Nós, o Povo” (*We, The People*) foi cunhada no decorrer da história de acordo com as premissas do constitucionalismo, como a igualdade e a liberdade, levando-se em conta aspectos sociais e culturais de cada época, até, por fim, reconhecer-se a igualdade entre os escravos afro-americanos e as pessoas brancas. Nesse ponto, a tarefa de reconstrução do sujeito constitucional em face de cada decisão da Suprema Corte ganha especial relevância:

Todas as decisões constitucionalmente significativas produzem algum impacto na identidade constitucional e assim, por isso mesmo, requerem justificação. A reconstrução fornece meios para se realizar a tarefa de justificação e torna possível a defesa convincente ou a condenação das construções associadas ao processo da tomada de decisão constitucional. [...] A tarefa de reconstrução é a de harmonizar esses novos elementos com os anteriormente já existentes; ou, à proporção que os novos elementos rompem com as relações estabelecidas entre os elementos anteriores, recombina todos os elementos envolvidos em um quadro inteligível e persuasivo (ROSENFELD, 2003, p. 45 e 46).

Não queira, com base na leitura do caso acima, o Supremo Tribunal Federal sustentar que o mesmo acontece em relação à Teoria da Abstrativização e os respectivos artigos constitucionais. A expressão da Constituição dos Estados Unidos, a primeira vista, é abstrata e indeterminada, o que não ocorre com o posicionamento do Pretório Excelso, que se mostra em flagrante desencontro ao texto constitucional. Além do mais, no caso acima citado, a identidade foi fruto das reivindicações sociais e não de uma decisão isolada dos ministros da Suprema Corte.

O Supremo Tribunal Federal, ao se qualificar como pai ou tutor de uma sociedade órfã, elimina a autonomia pública dos cidadãos, justamente o que o Tribunal deveria

preservar. Essa tutela paternalista rechaça os interlocutores inerentes ao pluralismo, deixando de lado o debate público e negando o povo em seu aspecto qualitativo (como intérpretes de uma sociedade aberta).

Esse equívoco, como já foi exposto acima, era o mesmo existente no Estado Social. E pior, ao não se proteger a esfera pública de atuação, restam violados também os direitos fundamentais, em razão da coesão interna existente entre a esfera pública e esses direitos, não se permitindo, assim, o correto exercício da cidadania.

Nesse ponto reside o grande diferencial entre o Estado Social e o Estado Democrático de Direito. O primeiro, em razão do caráter paternalista, produz clientes e pessoas dependentes da atuação estatal, sem iniciativas próprias e alienadas das questões sociais. O segundo, como decorrência do princípio democrático, deve produzir cidadãos por meio do contínuo exercício da cidadania, transformando o direito em instrumento emancipador, para que as pessoas sejam engajadas nas questões sociais e preocupadas com a formação da vontade geral.

A relação existente entre um Estado Democrático de Direito real (facticidade) e o ideal (validade) forma uma produtiva tensão, necessária para construir a identidade do sujeito constitucional e capaz de emancipar o cidadão. Do mesmo modo, a correta inter-relação entre espaço público e espaço privado consiste na base do princípio democrático, legitimador da atuação de todos os órgãos detentores de Poder.

Demonstrou-se, portanto, que a decisão, tal como proferida pelo Supremo Tribunal Federal, não está adequada ao atual Paradigma Moderno, carecendo de legitimidade e fundamentação democrática. É fruto de um momento histórico constitucional em que a legitimidade residia exclusivamente na autoridade do magistrado.

E mais, comprovou-se hipoteticamente que, mesmo se o Supremo Tribunal Federal adotasse a teoria do discurso à luz de uma democracia procedimental, não teria legitimidade o conteúdo da decisão. O Pretório Excelso não é fiscal para controlar os atos do Poder Constituinte, não podendo atuar como se fosse o próprio titular desse Poder.

## CONCLUSÃO

O princípio democrático fundamenta na soberania popular a legitimidade das tomadas de decisões, que deve influenciar todas as esferas de poder, seja o Executivo, Legislativo, seja o Judiciário. Somente pela participação dos afetados na criação da norma é que se fala na criação legítima do direito.

Essa nova leitura da democracia, à luz de um paradigma procedimentalista do Estado Democrático de Direito, influenciada pela teoria do discurso, deposita no povo o fundamento do exercício do poder. Somente quando o povo, natural destinatário das normas, puder reconhecer sua autoria na criação dessas normas, será possível completar o círculo legitimador do direito.

Para tanto, a coesão interna entre autonomia pública e autonomia privada serve de fundamento à legitimidade do direito por permitir uma convivência harmônica entre soberania popular e direitos fundamentais.

Com base nessas premissas, desenvolveu-se a dissertação e a crítica a uma postura do STF que viola a identidade do sujeito constitucional como um espaço fluido e democraticamente estabelecido.

O problema foi desenvolvido no capítulo 1. No entanto, primeiramente, foram delimitados os aspectos centrais do controle de constitucionalidade, de modo a demonstrar as principais características dos controles difuso, concreto, abstrato e concentrado.

Apesar de distintos em outros ordenamentos jurídicos, no Brasil existe uma nítida aproximação, de um lado, entre controle difuso e controle concreto e, de outro lado, entre controle abstrato e concentrado.

O controle difuso ou concreto é voltado para a análise de um litígio, em que as partes levam ao magistrado um caso concreto para ser julgado. Esse processo subjetivo, mesmo quando julgado no STF, possui efeitos *inter partes* e *ex tunc*, salvo quando houver a remessa ao Senado (art. 52, inciso X, da Constituição Federal) e

este suspender a execução da lei, hipótese em que terá efeitos *erga omnes* e *ex nunc*.

Já o controle abstrato ou concentrado analisa a inconstitucionalidade das leis em tese, sem a existência de um caso concreto. No âmbito federal, tal competência foi conferida ao STF, por meio das ações do controle de constitucionalidade, como a ADI, ADC, ADPF, entre outras. Por inexistirem partes e interesses individuais, é classificado como um processo objetivo, além de possuir, como regra, efeitos vinculante, *erga omnes* e *ex tunc*.

Essa nítida diferença entre os controles de constitucionalidade se rompe pelas recentes atuações do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, ao que a doutrina tem rotulado de “teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade”. Seu crescimento é notório e cada vez mais ela está presente no dia a dia da Suprema Corte, que ignora a relevância do seu papel numa Jurisdição Constitucional.

De acordo com essa teoria, o controle difuso se aproxima do controle abstrato e rompe a diferença básica entre eles, no que diz respeito à análise do caso concreto. Algumas leis, emendas constitucionais e julgados têm possibilitado, no controle difuso, a análise da lei em tese, de modo a vincular casos concretos futuros, cujas partes não participaram da construção da decisão.

Apesar de tal questão ser perfeitamente possível no controle abstrato, o problema guarda relação somente com o controle difuso. Em suma, sempre que o Pleno do STF julgasse uma ação do controle difuso, não mais deveria analisar as peculiaridades da ação, além de, a partir do entendimento fixado nesse julgado, vincular os futuros recursos e ações a serem propostos. Isso altera o papel do Senado, que passa a ser mero noticiante das decisões tomadas pelo Tribunal.

Ao fundamentar no incremento da defesa do sistema de direitos e garantias fundamentais e da celeridade do processo, o STF se autoatribui novos poderes sem previsão constitucional, o que reflete na participação do Senado no sistema de freios e contrapesos. O instrumento utilizado pelo STF para possibilitar tal alteração foi uma mutação constitucional, que, diferente do que afirma o Tribunal, não altera somente o art. 52, inciso X, da Constituição, mas afeta todo o controle difuso de constitucionalidade.



Com essa nova posição, o STF fecha importante canal de diálogo com a sociedade e não permite que esta participe das tomadas de decisões. As peculiaridades do caso concreto são deixadas em segundo plano e o controle difuso, que é o principal acesso do cidadão comum ao STF, sofre um grande *deficit* de legitimidade, uma vez que a Corte se afasta do povo e da interpretação constitucional que somente este é capaz de propiciar a partir do caso concreto. Um cidadão comum, que teria acesso ao STF por meio do controle difuso, nem sequer é chamado a participar do controle abstrato, por não possuir um meio juridicamente apto a tal fim.

Todo o controle difuso de constitucionalidade sofre com essa mudança paradigmática, o que reflete numa carência à criação legítima do direito, com diversas consequências à identidade do sujeito constitucional. O argumento de autoridade proferido pelo STF de ampliar a proteção aos direitos e garantias fundamentais impossibilita que o cidadão possa se considerar como o próprio autor da norma. Além de ampliar seus poderes, o Pretório Excelso negou a relevância do povo como aspecto de sua legitimidade.

Para entender as implicações jurídicas da teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, o estudo se desenvolveu por meio de um liame jurídico existente entre Poder Constituinte, soberania popular e direitos fundamentais, em especial pelo reflexo desses institutos na legitimação das esferas de poder.

O capítulo 2, ao seguir essa linha de pensamento, abordou inicialmente o conceito e a importância do poder constituinte como espaço da soberania popular para, em um segundo momento, de acordo com Habermas, demonstrar a coesão interna entre soberania popular e direitos fundamentais, como legitimadores da criação democrática do direito.

Uma abordagem democrática do poder constituinte passa necessariamente pela análise de sua titularidade, que, diferente da época de Emmanuel Sieyès, atualmente é atribuída ao povo. O respeito à minoria é destacada nesse procedimento de criação da Constituição, uma vez que esses grupos devem ser dotados de instrumentos que os tornem capazes de, juntamente com uma sociedade aberta de intérpretes, deliberar acerca de como se dará a implementação de certo

direito.

Nesse processo de construção, o povo molda uma nova ordem jurídica à sua própria imagem, ao determinar o conteúdo dos direitos fundamentais, a distribuição de competências entre os entes federativos e ao colocar na Constituição qualquer direito que acredite relevante.

O respeito ao pluralismo, portanto, deve impregnar o conteúdo da Constituição para que possibilite, mesmo no futuro, a incorporação de novas identidades constitucionais que, naquele específico momento de criação da Carta Política, ainda estivessem em processo de afirmação.

Logo, o que vem a ser o povo não é um conceito fechado. Pelo contrário, seu aspecto em constante construção denota que a Constituição deve ser um organismo vivo e aberto, cujos conceitos sejam construídos e reconstruídos diariamente. Por esse prisma, “povo” pode ser conceituado como todos os nacionais de um país, mesmo que as pessoas pertençam a um grupo que esteja em processo de incorporação ao sujeito constitucional, que se amplia em razão de uma sociedade aberta de intérpretes.

Esse novo conceito de povo como reflexo da relação entre Democracia e Constituição produz significativas mudanças na relação entre a soberania popular e os direitos fundamentais.

O atual conceito de direito perpassa pelo seu caráter coercitivo e de assegurador da liberdade, o qual se legitima na medida em que institucionaliza canais comunicativos, que permitam a integração do povo ao procedimento de criação do direito.

O direito, de um lado, como assegurador de liberdade, volta-se à proteção dos direitos fundamentais, ao passo que a institucionalização de canais comunicativos reforça o papel da soberania popular. A legitimidade do direito encontra fundamento nessa relação entre soberania popular e direitos fundamentais, que permite a convivência harmônica entre autonomia pública e autonomia privada.

Inexiste a prevalência entre as autonomias jurídicas, pois elas são cooriginárias à gênese democrática do direito. Sem assegurar uma autonomia privada, os cidadãos

não podem livremente e em condições de igualdade exercer sua autonomia pública, do mesmo modo que, sem uma autonomia pública, os cidadãos não possuem um procedimento que os incorpore na tomada das decisões para a criação e a implementação dos direitos fundamentais. Portanto, a concretização de uma autonomia jurídica depende diretamente da concretização da outra.

Como cabe ao próprio direito institucionalizar mecanismos que tornem possível a ampliação de tais autonomias, tem-se que o direito é um sistema de normas que fundamenta a si mesmo. O fundamento não se busca em aspectos exteriores, mas internamente, pelo respeito às autonomias jurídicas e pela observância dessas autonomias. Como conclusão, essa coesão interna permite que os cidadãos, naturais destinatários das normas, também se reconheçam como seus autores. O exercício do poder somente é legítimo se respeitadas tais premissas, seja no processo legislativo, no executivo, seja no judicial.

Se o fundamento base é a democracia, seu modelo que mais se ajusta às premissas colocadas é o deliberativo. Trata-se de um modelo procedimental de democracia que, à luz da teoria do discurso, é voltado para o debate e tem o voto como natural consequência daquilo que foi objeto de discussão nos foros públicos.

A democracia deliberativa, portanto, se contrapõe à democracia representativa. Enquanto nesta a legitimidade é voltada para a votação nos representantes, os quais tomarão as decisões em nome do povo, na democracia deliberativa a legitimidade advém dos processos de discussão, que focam na inclusão do outro, no pluralismo, nos direitos fundamentais e na autonomia pública.

Faz-se necessário, portanto, densificar o ideal da democracia deliberativa no Poder Legislativo e tornar mais concretos todos esses aspectos teóricos. Para tanto, ganham destaques os seguintes aspectos procedimentais: a publicidade, o princípio da justificação das decisões, o princípio da inclusão ou universalidade, o princípio da aplicação seletiva, o princípio da reciprocidade e a cláusula de reabertura das discussões. Além dos aspectos procedimentais e exteriores ao indivíduo, dois elementos materiais buscam qualificá-los para o debate: a igualdade e a liberdade.

Todos esses pressupostos da democracia deliberativa e toda a teoria apresentada tiveram por foco o Poder Legislativo, *locus* onde os debates são naturalmente

desenvolvidos. Contudo, por ser também uma esfera de Poder, o Judiciário, deve, outrossim, ser impregnado por esse novo ideal de Democracia.

Essa linha de pensamento em relação à legitimidade na atuação do Poder Judiciário é desenvolvida no capítulo 3. Contudo, antes de se adentrar nessa questão, esquematizou-se uma análise da teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, a fim de verificar em qual paradigma da modernidade ela está inserida.

Um paradigma consiste em uma visão de mundo compartilhada em determinado tempo e lugar, por meio da tematização e esquematização de aspectos centrais, que condicionam e limitam o agir, ao mesmo tempo que servem de importante norte à compreensão das condutas daquele período. Apesar de padecer de óbvias simplificações pela riqueza da história, o paradigma serve para compreender as esferas de pré-compreensão de um dado momento.

De forma geral, a modernidade foi apresentada de acordo com três paradigmas: o Estado Liberal, o Estado Social e o Estado Democrático de Direito. Não se buscou exaurir os estudos desses paradigmas, mas traçar as principais características de cada um e analisar a evolução da legitimidade do direito e a interpretação ao longo dos paradigmas.

O Estado Liberal, considerado como uma resposta direta à pré-modernidade, foi marcado pelos direitos de primeira geração (direitos civis e políticos), pela preponderância do direito privado sobre o direito público, em que a atuação do Estado era mínima, com regulamentações somente em áreas onde fosse imprescindível sua atuação. O direito privado, portanto, garantia o *status* negativo do particular em face do Estado, como verdadeiro espaço da burguesia. Já o direito público garantia ao cidadão a liberdade no exercício do direito privado. Nesse contexto, o Poder Legislativo ganhou especial relevância, pois a lei era o limite da atuação do Estado, o que garantia sua primazia em face dos demais poderes.

Ao Poder Judiciário, contudo, cabia o papel de boca da lei, como reproduutor exato do que estava na lei. Não possuía atividade interpretativa, e, na dúvida dos limites da lei, o Poder Legislativo deveria ser consultado para se pronunciar a respeito. Nesse período, a legitimidade de uma decisão judicial estava focada na autoridade

do juiz, desde que houvesse compatibilidade entre a lei e o conteúdo do que era decidido, sem qualquer tipo de interpretação. O princípio da legalidade e da separação dos poderes foi adotado em sua forma mais estanque.

A crise do Estado Liberal, gerada pela exploração dos meios de produção, o que era agravada pela omissão do Estado, levou ao rompimento desse paradigma e à adoção do Estado Social. Este foi marcado pela proteção aos direitos de segunda geração (direitos sociais, econômicos e culturais), da concretização desses direitos, além da releitura dos direitos do paradigma anterior.

Houve ainda a primazia do direito público sobre o direito privado, com a incorporação de grupos que até então viviam à margem da sociedade, em razão da releitura feita ao direito da igualdade. Tratava-se de um estado paternalista, que criava e concretizava direitos sem ouvir os afetados. O Leviatã estatal tratava o povo como se fosse cliente, em razão do poder normativo operado pelo Estado que o agigantou de tal modo a permear todos os ramos sociais. O Poder Executivo ganhou espaço como o principal autor desse período, uma vez que a concretização de políticas públicas dependia diretamente da sua atuação.

O Poder Judiciário, nesse período, conseguiu se libertar da sua estrita vinculação à lei. À atividade judicial foi incorporada a interpretação sistêmica, teleológica e histórica, e coube ao magistrado a escolha discricionária da interpretação mais adequada, desde que ela estivesse dentro da moldura fechada e hierarquizada de regras.

A legitimidade do magistrado, portanto, encontrava-se exclusivamente na sua investidura no cargo de juiz, e bastava como motivação da decisão sua escolha discricionária por um dos fundamentos. Foi justamente isso que ocorreu com o STF ao fundamentar a teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. O discurso do Tribunal representou a identificação da pessoa do juiz (ou tribunal) com o argumento de sua decisão, uma vez que fechou um canal de comunicação com a sociedade, ao fundamento de se aumentar a proteção aos direitos fundamentais, quando, na verdade, ocorreu uma grave violação desses direitos.

A teoria, em nenhum momento, respeitou a coesão interna entre autonomia pública e autonomia privada, tanto que, além de excluir os afetados de um amplo acesso ao

tribunal, violou, como consequência os direitos fundamentais. Isso, sem dúvida, não se coaduna com o Estado Democrático de Direito. Faz-se, portanto, necessário uma análise aprofundada do Estado Democrático de Direito para que os órgãos de poder, tal como se deu na decisão citada, não repitam equívocos provenientes dos paradigmas anteriores.

Com a crise do Estado Social, que verificou a impossibilidade de controlar todos os anseios sociais, desenvolveu-se o Estado Democrático de Direito. Esse paradigma é marcado pela proteção aos direitos de terceira geração (direitos difusos) e por uma nova relação entre o direito público e privado, em que o público não mais se confunde com a atuação estatal, mas está voltado à coletividade.

Como resposta ao Leviatã estatal, o Estado deve incorporar o cidadão às tomadas de decisões, à luz de um procedimento democrático. Portanto, a teoria desenvolvida acerca da democracia deliberativa, não se restringe ao Parlamento, mas deve ser também visualizada dentro da atividade jurisdicional. O procedimento democrático em todas as instâncias de poder deve fundamentar a criação e a aplicação legítima do direito.

Os pressupostos da democracia deliberativa, anteriormente analisados, foram adequados à atividade judicial, juntamente com os princípios e peculiaridades inerentes a essa atividade. São verdadeiras condições de possibilidade da democracia, que a densificam e tornam possível o discurso procedimental, seja legislativo, seja judicial. O fim é permitir que todos os potenciais afetados tenham a possibilidade de participar da construção racional e juridicamente fundamentada, à luz de uma sociedade aberta de intérpretes.

A partir dessa leitura da democracia, analisou-se, hipoteticamente, a possibilidade de o STF adotar a teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, se respeitasse os pressupostos comunicacionais acima expostos. Em que pese o fato de tais pressupostos serem importante fonte de legitimidade, eles não fundamentam por si sós qualquer resultado. A Constituição representa importante limite e a decisão final não pode violar esse núcleo da democracia.

Habermas, ao fundamentar o princípio do discurso na correlação entre autonomia

pública e autonomia privada, desenvolveu um “Sistema de Direitos”, o qual estabelece o dever para uma comunidade procedimentalmente eleger um regramento fundamental mínimo, a fim de propiciar uma correta convivência dos indivíduos por meio do Direito. O reconhecimento desse “Sistema de Direitos”, que se deu com a Constituição de 1988, é um limite ao procedimento, que deve se fundamentar nesse sistema e apresentar as condições necessárias para a consolidação do princípio do discurso.

Nesse contexto, com muito mais fundamento, não foi atribuída ao Poder Judiciário, mesmo que os requisitos procedimentais tenham sido respeitados, a possibilidade de alteração direta da Constituição, seja por ativismo judicial, seja por mutação constitucional. A tarefa de alteração da Constituição foi reservada ao Poder Legislativo, cabendo aos magistrados a tarefa de julgar os casos que lhe são levados, nos devidos limites constitucionais e legais.

Mesmo que o STF se fundamente em uma mutação constitucional, tal ativismo judicial encontra sérios limites no “sistema de direitos” positivado na Constituição. O primeiro limite à mutação é o próprio texto constitucional, ou melhor, a elasticidade que ele permite para que determinada mutação não seja inconstitucional. O segundo limite da mutação constitucional diz respeito ao tempo para concretização de uma mutação constitucional. Já o terceiro limite consiste no necessário respeito à essência ou ao espírito da Constituição Federal.

Nenhum dos três limites foi respeitado. A elasticidade do texto não permite atribuir ao Congresso o papel de mero publicador das decisões do STF, uma vez que contraria o que é disposto no art. 52, inciso X, da Constituição Federal. Não houve um tempo suficiente longo para a concretização da mutação, além de o instituto não estar em desuso por existirem diversas resoluções do Senado suspendendo a execução de lei declarada inconstitucional pelo STF nos últimos cinco anos. Do mesmo modo, não foi respeitada a essência democrática, uma vez que a decisão do STF fechou uma importante via comunicativa do controle difuso, que permitiria a contribuição do cidadão para a atividade jurisdicional do STF.

Ademais, argumentar a favor da revogação de dispositivos constitucionais frutos do Poder Constituinte Originário tem como consequência admitir que o Supremo

delegou a si próprio a titularidade de tal Poder. Agiu ele, portanto, como o superego de uma sociedade órfã, que trata os indivíduos como incapazes de tomar a decisão mais adequada.

O crescimento do Poder Judiciário como Terceiro Poder reflete a imagem do pai, profeta ou Deus do Olimpo do Direito, tanto que a fundamentação da decisão do Pretório Excelso nos valores da segurança jurídica e na proteção aos direitos e garantias fundamentais teve por finalidade desvincular do controle popular o conteúdo do que decidido.

A autonomia pública foi claramente violada, o que, como consequência, viola a autonomia privada. A soberania popular deixa de ser o fundamento do processo judicial, o qual se fecha à vontade particular de alguns julgadores, que passam a analisar a constitucionalidade das normas do próprio Poder Constituinte. Com tal postura, o texto constitucional perde relevo e a melhor interpretação é aquela preferida pela autoridade do Tribunal Constitucional.

Por mais positivo que seja o discurso do STF, o grande perigo são as consequências que ele esconde. Isso reflete significativamente na identidade do sujeito constitucional, que é um espaço fluido, democraticamente estabelecido, que não pode ser ocupado de forma totalitária por nenhuma pessoa, órgão ou instituição. Ao contrário do que se defende, o impacto da teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade personifica a identidade do sujeito constitucional em uma instituição.

O povo, tal como Ulisses, não deve aceitar essas desastrosas consequências escondidas no discurso, apesar de esses discursos se mostrarem, a primeira vista, extremamente positivo. A posição do STF, além de afetar a relação entre os poderes por admitir a criação de enunciados normativos pelo Poder Judiciário, viola a segurança jurídica que a própria decisão afirma proteger.

A adoção da teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade gera uma grave instabilidade institucional, em razão do desrespeito à autonomia jurídica dos cidadãos. Age como se poder constituinte fosse, o que o torna único componente da identidade do sujeito constitucional brasileiro.



Assim sendo, a teoria em estudo afeta a gênese democrática do direito, o que reflete num grave *deficit* de legitimidade. Se o direito é formado sem a participação dos afetados, não é possível falar no princípio democrático como fundamento do ordenamento jurídico. A soberania popular dá lugar a uma instituição que se transforma no regente do povo, e este, de um papel ativo de cidadão, transmuta para um papel subordinado de cliente, a partir de uma visão do direito centrada na figura de alguns poucos magistrados.

## REFERÊNCIAS

- APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade**. Curitiba: Juruá, 2008a. 159 p.
- APPIO, Eduardo. **Direito das Minorias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008b. 396 p.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: CATTONI, Marcelo (Org.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 301-357.
- BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. 272 p.
- BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009a. 359p.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, nº 13, p. 71-92, jan. / mar. 2009b.
- BOBBIO, Norberto. **O Futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. 171 p.
- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996a. 230 p.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. rev e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996b. 498 p.
- BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 225 p.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 273 p.
- CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999. 141 p.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. **Revista brasileira de Direito Comparado**. Belo Horizonte: Mandamentos, v. 3, p. 573-586, 1999.
- CATTONI, Marcelo. **Devido processo legislativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006. 228 p.

CERVO, Amado; BERVIAN, Pedro. **Metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2002.

CHAI, Cássius Guimarães. **Jurisdição constitucional concreta em uma democracia de riscos**. São Luís: AMPEM, 2007. 556p.

CHAMON JUNIOR. Lúcio Antônio. Prefácio. In: CATTONI, Marcelo. **Devido Processo Legislativo**. 2. Ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, p. 1-27.

COURA. Alexandre de Castro. Por uma jurisdição constitucionalmente adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito – reflexões acerca da legitimidade das decisões judiciais e a efetivação dos direitos e garantias fundamentais. In: SIQUEIRA, Julio Pinheiro Homem de e outros. **Uma homenagem aos 20 anos da Constituição Brasileira**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica e jurisdição (in)constitucional**: para uma análise crítica da “jurisprudência de valores” à luz da teoria discursiva de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009. 287 p.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade**: teoria e prática. 3. ed. rev. amp. e atual. Bahia: Juspodivm, 2008. 342 p.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 312 p.

DAU-LIN, HSÜ. **Mutación de la Constitución**. Tradução de Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998. 183 p.

DIDIER Jr, Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 9. ed. rev. atual. e ampl. Bahia: Juspodivm, 2008. 593 p. v.1.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito processual civil**: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 3. ed. Bahia: Juspodivm, 2007. 458 p. v.3.

DO VALLE, Vanice Regina Lírio (Org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**: laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009. 151 p.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 513 p.

\_\_\_\_\_. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes: 2002. 568 p.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999. 204 p.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**: de la Antigüedad a nuestros días. Madri: Trotta, 2001.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 47. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2008. 213 p.

GALUPPO, Marcelo Santos. Hermenêutica constitucional e pluralismo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de souza. (Org.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 47-65.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. 175p.

GRAU, Eros. **Voto do Ministro Eros Grau na Rcl. nº 4335**. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/rcl4335eg.pdf>>. Acesso em : 6 ago. 2009.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997. 55 p.

\_\_\_\_\_. Entrevista com Francisco Balaguer Callejón. In: VALADÉS, Diego. (Org.). **Conversas acadêmicas com Peter Häberle**. São Paulo: Saraiva, 2009a, p. 17-68.

\_\_\_\_\_. Entrevista com Zvonko Posavec. In: VALADÉS, Diego. (Org.). **Conversas acadêmicas com Peter Häberle**. São Paulo: Saraiva, 2009b, p. 131-158.

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do outro: Estudos de Teoria Política**. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2007. 404 p.

\_\_\_\_\_. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Fábio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a. 354 p. v. 1.

\_\_\_\_\_. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Fábio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b. 352 p. v. 2.

JELLINEK, Georg. **Reforma e mutación de la Constitución**. Tradução de Pablo Lucas Verdu. Madrid: 1991. 91p.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. 385 p.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 427 p.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. 40 p.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 13. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. 926 p.

LUCHMANN, Lúgia Helena Hahn. **Possibilidades e limites da democracia deliberativa: a experiência do orçamento participativo de Porto Alegre**. 2002. Tese

(Doutorado em Ciências Sociais). Universidade Estadual de Campinas; Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Campinas/SP, 2002. Disponível em: <<http://www.democraciaparticipativa.org/files/LigiaLuchmann.pdf>>.

MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia científica**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. 305 p.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 832 p. v. 2.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. Tradução: Martônio Lima e Paulo Albuquerque. **Novos estudos**, CEBRAP, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Voto proferido na Reclamação 4335**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/RCL4335gm.pdf>>. Acesso em: 6 ago. 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 1434 p.

MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 335 p.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 1987. 115 p.

NOVELINO, Marcelo. **Teoria da constituição e controle de constitucionalidade**. Bahia: Podivm, 2008. 220 p.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **A Constituição viva**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. 384 p.

PRATES, Francisco de Castilho. Identidade constitucional e interpretação no Estado Democrático de Direito: a assunção do risco. In: CATTONI, Marcelo (Org.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004 p. 519-556.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. 115 p.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**: qu'est-ce que le Tiers État? Tradução de Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. 80 p.

SILVA, José Afonso da. **Poder constitucional e poder popular**. São Paulo: Malheiros, 2002. 308p.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. 926p.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática. **Revista brasileira de direitos constitucionais**. RBEC:

Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan. 2007. Disponível em: <[http://www.ibec.inf.br/rbec\\_artigos.html](http://www.ibec.inf.br/rbec_artigos.html)>. Acesso em: 4 nov. 2009.

STRECK, Lenio Luiz; CATTONI, Marcelo; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional.** Disponível em: <[www.ihj.org.br](http://www.ihj.org.br)>. Acesso em: 14 jan. 2010.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil.** Porto Alegre: Magister, nº 31, p. 5-20, jul. / ago. 2009.

TAVARES, André Ramos. Democracia deliberativa: elementos, aplicações e implicações. **Revista brasileira de direitos constitucionais.** RBEC: Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan. 2007. Disponível em: <[http://www.ibec.inf.br/rbec\\_artigos.html](http://www.ibec.inf.br/rbec_artigos.html)>. Acesso em: 2 nov. 2009.

\_\_\_\_\_. **Tribunal e jurisdição constitucional.** São Paulo: Celso Bastos, 1998. 165p.

TRIBE, Laurence; DORF, Michael. **Hermenêutica constitucional.** Tradução de Amarílis de Souza Birchal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ZANDONADE, Adriana. Mutação constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 35, p. 195-227, abr. / jun. 2001.

ZANETI JUNIOR, Hermes. **Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 292 p.