

**Adriana Fasolo Pilati Scheleder
Ilton Norberto Robl Filho**

ORGANIZADORES

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA

AUTORES

Adriana Fasolo Pilati Scheleder
Alexandre Barbosa da Silva
Alexandre Walmott Borges
Fabiana Angélica Pinheiro Câmara
Fabricio Ricardo de Limas Tomio
Flávio Pansieri
Germana Parente Neiva Belchior
Geziela lensue
Ilton Norberto Robl Filho
Italo Holanda da Costa
Ivette Esis Villaroel
Karen Beltrame Becker Fritz
Liton Lanes Pilau Sobrinho
Luís Fernando Sgarbossa
Patrícia Grazziotin Noschang
Paulo Márcio Cruz
Phillip Gil França
Rodrigo Luis Kanayama
Sandro Luís Tomás Ballande Romanelli
William Soares Pugliese
Zenildo Bodnar



UNIVALI

2016

ORGANIZADORES

Adriana Fasolo Pilati Scheleder
Ilton Norberto Robl Filho

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA

AUTORES

Adriana Fasolo Pilati Scheleder
Alexandre Barbosa da Silva
Alexandre Walmott Borges
Fabiana Angélica Pinheiro Câmara
Fabrício Ricardo de Limas Tomio
Flávio Pansieri
Germana Parente Neiva Belchior
Geziela Iensue
Ilton Norberto Robl Filho
Italo Holanda da Costa
Ivette Esis Villaroel
Karen Beltrame Becker Fritz
Liton Lanes Pilau Sobrinho
Luís Fernando Sgarbossa
Patrícia Grazziotin Noschang
Paulo Márcio Cruz
Phillip Gil França
Rodrigo Luis Kanayama
Sandro Luís Tomás Ballande Romanelli
William Soares Pugliese
Zenildo Bodnar

ISBN: 978-85-7696-186-4



UNIVALI

2016

Reitor

Dr. Mário César dos Santos

Vice-Reitora de Graduação

Cássia Ferri

**Vice-Reitor de Pós-Graduação, Pesquisa,
Extensão e Cultura**

Valdir Cechinel Filho

**Vice-Reitor de Planejamento e
Desenvolvimento Institucional**

Carlos Alberto Tomelin

Procurador Geral da Fundação UNIVALI

Vilson Sandrini Filho

Diretor Administrativo da Fundação UNIVALI

Renato Osvaldo Bretzke

Organizadores

Adriana Fasolo Pilati Scheleder
Ilton Norberto Robl Filho

Autores

Adriana Fasolo Pilati Scheleder
Alexandre Barbosa da Silva
Alexandre Walmott Borges
Fabiana Angélica Pinheiro Câmara
Fabricio Ricardo de Limas Tomio
Flávio Pansieri
Germana Parente Neiva Belchior
Geziela lensue
Ilton Norberto Robl Filho
Italo Holanda da Costa
Ivette Esis Villaroel
Karen Beltrame Becker Fritz
Liton Lanes Pilau Sobrinho
William Soares Pugliese
Zenildo Bodnar

Luís Fernando Sgarbossa

Patrícia Grazziotin Noschang

Paulo Márcio Cruz

Phillip Gil França

Rodrigo Luis Kanayama

Sandro Luís Tomás Ballande Romanelli

Capa

Alexandre Zarske de Mello
Loren Tazioli Engelbrecht Zantut

Diagramação/Revisão

Andrey Gastaldi da Silva
Loren Tazioli Engelbrecht Zantut

Comitê Editorial E-books/PPCJ**Presidente**

Dr. Alexandre Morais da Rosa

Diretor Executivo

Alexandre Zarske de Mello

Membros

Dr. Bruno Smolarek Dias
Dr. Clovis Demarchi
MSc. José Everton da Silva
Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho
Dr. Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino

Créditos

Este e-book foi possível por conta da Editora da UNIVALI e a Comissão Organizadora E-books/PPCJ composta pelos Professores Doutores: Paulo Márcio Cruz e Alexandre Morais da Rosa e pelo Editor Executivo Alexandre Zarske de Mello.

Endereço

Rua Uruguai nº 458 - Centro - CEP: 88302-901,
Itajaí - SC – Brasil - Bloco D1 – Sala 427, Telefone:
(47) 3341-7880

FICHA CATALOGRÁFICA

J979

Jurisdição constitucional e democracia [recurso eletrônico] / Adriana Fasolo Pilati Scheleder... [et al.]. - [Itajaí](#) : Ed. da Univali, 2016.

Livro eletrônico.

Modo de acesso: World Wide Web: <<http://www.univali.br/ppcj/ebook>>

Inclui referências.

Vários autores.

ISBN 978-85-7696-186-4 (e-book)

1. Direito constitucional. 2. Jurisdição. 3. Democracia. 4. Direitos Humanos - América Latina. I. Scheleder, Adriana Fasolo Pilati.

CDU: 342

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	6
Adriana Fasolo Pilati Scheleder.....	8
Ilton Norberto Robl Filho	8
TEORIA DA CONSTITUIÇÃO, JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA: UMA ANÁLISE DAS CAMADAS CLÁSSICA (SCHMITT) E PÓS-SITUAÇÃO CLÁSSICA (LOEWENSTEIN) NO DIREITO CONSTITUCIONAL.....	9
Ilton Norberto Robl Filho	9
Adriana Fasolo Pilati Scheleder.....	9
CARL SCHMITT E O DEBATE SOBRE O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO	41
Flávio Pansieri	41
O MODELO DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E O NOVO CONSTITUCIONALISMO NA AMÉRICA LATINA.....	60
Karen Beltrame Becker Fritz	60
Liton Lanes Pilau Sobrinho	60
TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS, GOVERNOS E PARLAMENTOS: PARA ALÉM DO ATIVISMO E DA JUDICIALIZAÇÃO, INSTITUIÇÕES NO PROCESSO DECISÓRIO – UM BALANÇO DA LITERATURA	80
Sandro Luís Tomás Ballande Romanelli	80
Fabricio Ricardo de Limas Tomio	80
Rodrigo Luis Kanayama	80
A CONCEPÇÃO DE DECISÃO JUDICIAL À LUZ DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DA DEMOCRACIA	122
William Soares Pugliese	122
O SISTEMA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO: ENTRE A TUTELA DE DIREITOS E A TUTELA DO ORDENAMENTO	138
Alexandre Walmott Borges	138
Fabiana Angélica Pinheiro Câmara	138
Ivette Esis Villaroel.....	138
OS PODERES PARALEGISLATIVOS E PARACONSTITUINTES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: TÉCNICAS DE DECISÃO DOS ÓRGÃOS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA CONTEMPORANEIDADE E A PRODUÇÃO NORMATIVA ESTATAL.....	165
Luís Fernando Sgarbossa.....	165
Geziela lensue	165
O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NA AMÉRICA LATINA: INFLUÊNCIAS DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS.....	191
Patrícia Grazziotin Noschang	191
DECIFRA-ME OU DEVORO-TE: JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E IMPASSES DA DEMOCRACIA BRASILEIRA NA AC 4.070/DF	211

Germana Parente Neiva Belchior.....	211
Italo Holanda da Costa	211
ACESSO À JUSTIÇA E AS DIMENSÕES MATERIAIS DA EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO AMBIENTAL ..	227
Zenildo Bodnar	227
Paulo Márcio Cruz	227
CONTORNOS DA AÇÃO DIRETA DE ILEGALIDADE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA DE INTERESSE NACIONAL SOB A PERSPECTIVA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	254
Phillip Gil França.....	254
Alexandre Barbosa da Silva	254

APRESENTAÇÃO

Este livro sobre a Jurisdição Constitucional e Democracia reúne relevantes pesquisas sobre os fundamentos do constitucionalismo, assim como análises específicas sobre a proteção dos direitos fundamentais e bens constitucionais pela jurisdição constitucional.

Desse modo, o **primeiro eixo** temático desta obra versa sobre os fundamentos da Teoria da Constituição e da Jurisdição Constitucional. Ilton Norberto Robl Filho, Professor Doutor do Mestrado em Direito da UPF e as Faculdade de Direito UFPR, e Adriana Fasolo Pilati Scheleder, Professora Doutora do Mestrado em Direito da UPF, apresentam o texto **“Teoria da Constituição, Jurisdição Constitucional e Democracia: uma Análise das Camadas Clássica (Schmitt) e Pós-Situação Clássica (Loewenstein) no Direito Constitucional”**, analisando de forma crítica a contribuição desses importantes juristas nas práticas e nos fundamentos atuais do constitucionalismo. Por sua vez, Flávio Pansieri, Professor Doutor da Faculdade de Direito da PUCPR, contribui com o capítulo acerca de **“Carl Schmitt e o Debate sobre o Guardião da Constituição”**, refletindo sobre os embates centrais e clássicos da Jurisdição Constitucional entre Hans Kelsen e Carl Schmitt.

Ainda, no primeiro eixo temático deste livro, Karen Beltrame Becker Fritz, Professora Doutora do Mestrado em Direito da UPF, e Liton Lanes Pilau Sobrinho, Professor Doutor do Mestrado em Direito da UPF e do Programa *Stricto Sensu* da UNIVALI, redigiram o artigo **“O Modelo de Desenvolvimento Econômico e o Novo Constitucionalismo na América Latina”**, apreciando a relação das estruturas econômicas e do direito constitucional na perspectiva latino-americana. De outro lado, Sandro Luís Tomás Ballande Romanelli, Professor Doutor do IFPR, Fabricio Ricardo de Limas Tomio, Professor Doutor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito e Ciência Política da UFPR, e Rodrigo Luis Kanayama, Professor Doutor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da UFPR, construíram o texto **“Tribunais**

Constitucionais, Governos e Parlamentos: para Além do Ativismo e da Judicialização, Instituições no Processo Decisório – um Balanço da Literatura” e enfrentam as discussões contemporâneas sobre o fenômeno atual da ampliação da relevância e do impacto das decisões judiciais em questões sociais e políticas. Por fim, William Soares Pugliese, Professor Doutor da Faculdade de Direito da UFPR, desenvolve “**A Concepção de Decisão Judicial à Luz da Jurisdição Constitucional e da Democracia**”, debatendo assim a questão do precedente trazida de forma expressa pelo atual Código de Processo Civil.

O **segundo eixo** temático deste livro constitui-se em debates sobre os sistemas de proteção aos direitos fundamentais e humanos, assim como contém temas específicos enfrentados pela jurisdição constitucional, especialmente, brasileira. Desse modo, Alexandre Walmott Borges, Professor Doutor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da UFU, Fabiana Angélica Pinheiro Câmara, Doutoranda em História na UFU, e Ivette Esis Villaroel, Doutora em Direito Internacional pela Universidad de València, Espanha, apresentam o texto “**O Sistema de Controle de Constitucionalidade Brasileiro: entre a Tutela de Direitos e a Tutela do Ordenamento**”, formulando um panorama histórico do controle de constitucionalidade brasileiro. De outro lado, Luís Fernando Sgarbossa, Professor Doutor do Mestrado em Direito da UFMS, e Geziela Iensue, Professora Doutora Voluntária da Faculdade de Direito da UFMS, discutem “**Os Poderes Paralegislativos e Paraconstituintes da Jurisdição Constitucional: Técnicas de Decisão dos Órgãos da Jurisdição Constitucional na Contemporaneidade e a Produção Normativa Estatal**”.

Também, Patrícia Grazziotin Noschang, Professora Doutora do Mestrado em Direito da UPF, redigiu o texto “**O Controle de Convencionalidade na América Latina: Influências do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos**”. A Professora Doutora do Programa de Pós-Graduação em Direito da FA7/CE Germana Parente Neiva Belchior e Italo Holanda da Costa, Pesquisador de Iniciação Científica do Curso de Direito da FAE/CE, contribuem com o capítulo “**Decifra-me ou Devoro-te: Jurisdição Constitucional e Impasses da Democracia Brasileira na AC 4.070/DF**”.

Neste segundo eixo, ainda há o texto de Zenildo Bodnar, Professor do Programa de Pós Graduação *Stricto Sensu* da Univali, e Paulo Márcio Cruz, Professor do Mestrado em Direito da UPF e Coordenador do Programa de Pós Graduação *Stricto Sensu* em ciência Jurídica da Univali, sobre **“Acesso à Justiça e as Dimensões Materiais da Efetividade da Jurisdição Ambiental”**. Ao final, Phillip Gil França, Professor Doutor do Mestrado em Direito da UPF, e Alexandre Barbosa da Silva, Professor Doutor da Faculdade de Direito da UNIVEL, tratam dos **“Contornos da Ação Direta de Ilegalidade da Discricionariedade Administrativa de Interesse Nacional sob a Perspectiva da Jurisdição Constitucional”**.

Temos certeza que este livro sobre Jurisdição Constitucional e Democracia produzirá relevante impacto em razão da qualidade dos textos, os quais enfrentam clássicos e contemporâneos temas.

Passo Fundo (RS), outubro de 2016.

Adriana Fasolo Pilati Scheleder

Ilton Norberto Robl Filho

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO, JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA: UMA ANÁLISE DAS CAMADAS CLÁSSICA (SCHMITT) E PÓS-SITUAÇÃO CLÁSSICA (LOEWENSTEIN) NO DIREITO CONSTITUCIONAL

Ilton Norberto Robl Filho¹

Adriana Fasolo Pilati Scheleder²

INTRODUÇÃO

A compreensão do Direito Constitucional positivo e das práticas constitucionais pressupõe as reflexões da Teoria da Constituição tanto no aspecto descritivo como no prescritivo. As normas e as técnicas constitucionais são orientadas pelas discussões promovidas pela teoria constitucional.

No atual estado da arte da Teoria da Constituição, os acontecimentos, as práticas e os problemas teóricos impõem a superação da situação clássica da teoria constitucional. Por situação clássica entende-se o relativo consenso formado por categorias, problemas e institutos construídos a partir das reflexões iniciadas nas décadas de 20 e 30 do século passado pela “Verfassungslehre” alemã³.

Schmitt, assim como Herman Heller e Rudolf Smend, foram os fundadores da situação clássica na Teoria da Constituição. Apesar de apresentarem conceitos substancialmente diferentes, desenvolveram um conjunto de elementos que, de certa

¹ Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR e Professor do Programa de Mestrado da Universidade de Passo Fundo - UPF. Diretor da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Mestre e Doutor em Direitos Humanos e Democracia pela UFPR, com estudos doutorais na Faculdade de Direito da Universidade de Toronto (Canadá). Foi pesquisador Visitante do Max Planck em Heidelberg (Alemanha). Pós-Doutor em Direito Constitucional pela PUCRS.

² Doutora em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC/2015), Mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS/2003), Especialista em Direito e Processo Civil pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS/1999), Docente Titular da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo - UPF (1999), Professora e Coordenadora Adjunta do PPGDireito da Universidade de Passo Fundo (UPF). E-mail: apilati@upf.br.

³ Conforme Canotilho (2002, p. 1215), a situação clássica é “aquela em que se verifica um acordo duradouro em termos de categorias teóricas, aparelhos conceituais e métodos de conhecimento.”

forma, unificava as suas teorias como: i) buscar a compreensão sobre a crise do constitucionalismo liberal, ii) superar o positivismo jurídico e desenvolver uma Teoria da Constituição atenta ao momento constitucional e as mudanças sociais, políticas e econômicas do seu tempo, iii) construir uma teoria normativa do política a partir de uma “ciência do Estado” (CANOTILHO, 2002, p. 1316-1317).

A obra de Loewenstein, por sua vez, pode-se dizer que se encontra na primeira camada pós-situação clássica. Nesse período, as reflexões sobre a Teoria da Constituição são revistas depois da Segunda Guerra Mundial e dos regimes totalitários. Observa-se uma aproximação da Teoria da Constituição das reflexões sobre ciência política, em especial a americana, e inicia-se um processo de observação sobre a força normativa da Constituição.

A complexidade social contemporânea impõe uma substancial revisão e aprofundamento da Teoria da Constituição. Ainda, diversos saberes como a filosofia política, a ciência política, a economia, a administração e outras disciplinas passam a refletir sobre importantes temas de Teoria da Constituição.

Desse modo, a teoria constitucional perde a hegemonia que tentou construir na camada da situação clássica acerca da reflexão sobre a filosofia e a prática constitucionais. Isso não significa, de maneira nenhuma, que as construções postas pelos clássicos perderam a importância. Pelo contrário, a questão do controle político e a da democracia, temas essenciais de Teoria da Constituição, tanto na camada clássica (Schmitt) como na primeira camada pós-clássica (Loewenstein), encontram-se no bojo das origens da teoria constitucional.

A crise do Estado nacional em razão da globalização econômica, o fenômeno do pluralismo cultural e ético, o estudo interdisciplinar de temas de Teoria da Constituição promoveram uma reestruturação desta disciplina. De outro lado, pode dizer que as reflexões promovidas pela Teoria da Constituição na sua situação clássica e na primeira camada pós-situação clássica ainda são elementares e fundamentais por terem enfrentado com afinco assuntos essenciais como i) o conceito de Constituição, ii)

organização do Estado, iii) separação dos poderes, iv) direitos fundamentais, v) controles dos poderes políticos e sociais, vi) federalismo e vii) tantos outros temas. Esses assuntos, conforme visto nas outras seções desta tese, são essenciais para uma reflexão constitucionalmente adequada sobre o Conselho Nacional de Justiça.

Sendo assim, há certa razão na metáfora sobre o direito e as camadas geológicas de Weiler (2004, p. 548-549) e sua aplicação no Direito Constitucional conforme proposta de Canotilho (2008, p. 325-326). A principal questão metodológica dessa proposta encontra-se na valorização da história a partir de uma visão do presente⁴.

Um profundo conhecimento da história impõe o estudo do contexto social, econômico, cultural e jurídico para que seja possível obter uma visão adequada dos contextos e períodos históricos. Desse modo, essa compreensão histórica concede ênfase na análise de contextos sociais e apresenta as rupturas entre eles.

O método geológico, por outro lado, respeita essa complexidade do histórico, mas propõe uma visão que procura pelas continuidades. Na aplicação dessa visão na Teoria da Constituição, a rocha (teoria constitucional) é um todo, porém a partir de um corte do topo até a base da rocha é possível observar as suas diversas camadas, que foram formadas ao longo dos anos.

Essa perspectiva metodológica, ao invés de valorizar as rupturas e as fundamentais diferenças entre os contextos, demonstra como temas, conceitos, ideias, institutos e estruturas, os quais foram gestados em contexto histórico radicalmente diverso, acabaram por se constituir em uma camada do conhecimento fundamental em determinado ramo do saber.

As obras de Schmitt e Loewenstein foram construídas em contextos sociais, jurídicos, políticos, econômicos e filosóficos específicos, os quais são substancialmente diferentes do contemporâneo. Desse modo, deve-se reconhecer que essas obras necessitam ser entendidas no seu contexto.

⁴ De acordo com Weiler (2004, p. 249, tradução livre), “eu não estou interessado no passado por si mesmo, mas principalmente na medida em que ele pode auxiliar na compreensão do presente.”

De outro lado, há discussões, polêmicas, temas, conceitos e propostas desses autores que, até hoje, representam importantes estruturas teóricas e reflexivas da Teoria da Constituição. Em outras palavras, existem conceitos e visões desses autores que fazem parte do arsenal da Teoria da Constituição. Ainda, há polêmicas e temas trazidos por esses autores que, apesar de todas as mudanças, são fundamentais como subsídios para as discussões e construções teóricas atuais.

Desse modo, o artigo é estruturado da seguinte forma. As contribuições de Carl Schmitt são enfrentadas no item 2, estudando questões fundamentais da camada da Situação Clássica da Teoria da Constituição como 2.1. os conceitos fundamentais da Teoria da Constituição.

Por sua vez, no item 3, a obra de Karl Loewenstein é objeto de apresentação e análise, sendo suas reflexões basilares para a primeira camada Pós-Situação Clássica da Teoria da Constituição. Temas como cratologia: o controle do poder político, controle do poder como nova função estatal e democracia constitucional são discutidos, respectivamente, nas seções 3.1 e 3.2.

Depois das apresentações dessas camadas geológicas da Teoria da Constituição, o item 4 reflete sobre os limites e possibilidades das camadas da situação Clássica e Pós-Situação Clássica da Teoria da Constituição. Por fim, são apresentadas algumas palavras a título de conclusão.

2. CARL SCHMITT: CAMADA DA SITUAÇÃO CLÁSSICA DA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

Carl Schmitt (1992) publica originalmente sua "*Verfassungslehre*" (Teoria da Constituição) em 1928 na Alemanha. Trata-se de um livro essencial para a reflexão sobre os principais conceitos de Direito Constitucional, além de enfrentar o tema do constitucionalismo moderno e o pensamento e a prática constitucionais de sua época.

2.1 Conceitos Fundamentais da Teoria da Constituição

A Teoria da Constituição na visão de Schmitt (1992, p. 21) deve-se estruturar como disciplina autônoma em relação ao Direito Público, ao Direito Político e à Teoria Geral do Estado. Esse estudo autônomo começa a surgir a partir do momento em que o Direito Constitucional passa a ser estudado de maneira relativamente independente na França e em virtude das reflexões sobre a Constituição de Weimar de 1919 (SCHMITT, 1992, p. 22).⁵

A compreensão de Schmitt do Direito Constitucional é por meio da política. Essa questão fica patente no seu conceito de Constituição, a qual representa a decisão política consciente sobre a unidade política tomada pelo Poder Constituinte (SCHMITT, 1992, p. 46-47).⁶ O Poder Constituinte é o povo nas democracias e é o rei (monarca) em uma autêntica monarquia (SCHMITT, 1992, p. 47).

Desse modo, na Constituição de Weimar, comporia a decisão política consciente i) a opção a favor da república e não da monarquia no art. 1.1, ii) a forma federal de Estado nos termos do art. 2, iii) a forma parlamentar e representativa de governo e iv) os elementos do Estado burguês de Direito como os direitos fundamentais e a divisão das funções (SCHMITT, 1992, p. 48).

De outro lado, as demais prescrições contidas na Constituição formal escrita seriam apenas leis constitucionais. Essas normas, apesar de contidas na Constituição escrita e formal, não versam sobre temas constitucionais e podem ter os mais diversos conteúdos. A principal diferença das leis constitucionais em comparação com as demais leis e comandos normativos encontra-se, nas constituições rígidas, no quórum qualificado para a sua alteração (SCHMITT, 1992, p. 49).

A decisão política consciente do Poder Constituinte, por sua vez, não pode ser

⁵ Sobre a história do estudo do Direito Constitucional, ver Bonavides, 2008, p. 36-41.

⁶ Nas palavras de Schmitt (1992, p. 46), “La Constitución en sentido positivo surge mediante un *acto del poder constituyente*. El acto (...) la totalidad de la unidad política considerada en su forma particular de existencia. Este acto *constituye* la forma y modo de la unidad política, cuya existencia es anterior. (...). Tal Constitución es una decisión consciente que la unidad política, a través del titular del poder constituyente, adopta *por sí misma y se da a sí misma*.”

alterada por um processo de reforma à Constituição, o qual se dá, em geral, pelo Poder Legislativo, que é um poder constituído. Desse modo, não é possível um Estado republicano, constitucional e democrático, por meio de uma reforma constitucional, tornar-se uma monarquia absoluta ou uma república comunista (SCHMITT, 1992, p. 49).

Assim, a Constituição é intangível, pois decisão política essencial. Já as leis constitucionais não o são (SCHMITT, 1992, p. 50)⁷.

A concepção ideal de Constituição de Schmitt (1992, p. 58) é essencial para compreender sua visão sobre o constitucionalismo democrático contemporâneo, que ele chama de Constituição do Estado de Direito ou do Estado Burguês de Direito.

Em razão de um determinado conteúdo, pode-se dizer que uma Constituição é autêntica e verdadeira ou não. O modelo constitucional que prosperou no século XVIII a partir das Revoluções Francesa e Norte-Americana oitocentistas representa uma Constituição ideal composta por um conjunto de garantias de liberdade burguesas, pela distinção (divisão/separação) das funções e pela constituição escrita.

A liberdade política dos cidadãos e não a glória do Estado é o objetivo do Estado de Direito.⁸ Cria-se uma relação necessária entre Constituição autêntica e liberalismo (SCHMITT, 1992, p. 59). A liberdade burguesa impõe o reconhecimento dos direitos fundamentais, a divisão dos poderes e, no mínimo, a participação popular por meio do instituto da representação no Poder Legislativo (SCHMITT, 1992, p. 60).

Os direitos fundamentais e a divisão dos poderes garantem os cidadãos contra o

⁷ Essa visão de Carl Schmitt sobre a Constituição é designada como conceito positivo. Além dessa forma de definir a Constituição, há o conceito absoluto de Constituição, que observa a Constituição como um todo (todo como unidade política ou todo como sistema pensado, ideal e fechado de normas) e o relativo de Constituição, o qual não vislumbra distinção entre Constituição propriamente dita e leis constitucionais (Schmitt, 1992, p. 29). Sobre os conceitos absoluto e relativo, ver Schmitt, 1992, p. 30-44. A diferença entre o conceito positivo e o absoluto como unidade política existente é que aquele pressupõe uma vontade consciente do Poder Constituinte e esta visão conceitual não pressupõe necessariamente. No que se refere às concepções positiva e absoluta como um sistema de normas, a proposta de Schmitt vê a Constituição como um fenômeno do ser, pois existe uma decisão política apresentada pela unidade política, e a absoluta normativa estabelece a Constituição como um dever-ser, já que as normas prescrevem como as condutas e as situações devem ser.

⁸ Na visão de Montesquieu (2005, p. 167-178), os diversos Estados possuem como objetivo comum a conservação estatal. De outro lado, cada modelo e tipo de Estado possui objetivos particulares. Por exemplo, a proposta do Estado inglês, embrião do Estado de Direito (separação dos poderes, direitos fundamentais e participação democrática) é a liberdade política. Cf. Montesquieu, 2005, p. 167-178.

arbitrio do Poder Público, pois aqueles direitos atribuem um conjunto de direitos subjetivos aos cidadãos contra os possíveis abusos realizados pelo Estado e esta separação constrói uma garantia orgânica que impossibilita o autoritarismo em virtude da autonomia entre Executivo, Legislativo e Judiciário.

Os direitos fundamentais surgem no século XVIII a partir do movimento revolucionário norte-americano, tendo por função garantir a liberdade, como de consciência, religiosa, o direito à resistência, a propriedade privada e a segurança (SCHMITT, 1992, p. 164-165). Apesar de a tradição inglesa estar presente na ideia de Declaração de Direitos, como a da Virgínia de 12 de junho de 1776, e na “*Bills of Rights*” Norte-Americana (dez primeiros emendas à Constituição Federal Norte-Americana que estabelecerem os direitos fundamentais), a “*Magna Carta*” de 1225, o “*Habeas Corpus Act*” de 1679 e o “*Bills of Rights*” de 1688 ingleses representam pactos entre o rei, barões e clero (*Magna Carta*) e entre rei e burgueses (*Habeas Corpus Act* e *Bills of Rights*) (SCHMITT, 1992, p.164)⁹.

De outro lado, os direitos fundamentais na Revolução Norte-Americana de 1776 e na Revolução Francesa de 1789 são elementos fundamentais para legitimidade do Estado e para a existência de uma Constituição autêntica. Em verdade, na Constituição no Estado Burguês de Direito, a defesa dos direitos fundamentais é uma parte da decisão política consciente que advém da unidade política (SCHMITT, 1992, p. 167-168)¹⁰.

A proposta de Schmitt (1992, p. 169-175) sobre os direitos fundamentais classifica-

⁹ Nesse sentido, corretamente afirma Hunt (2009, p. 113-145) que a justificação dos direitos fundamentais dos norte-americanos por meio de declarações é radicalmente diferente da fundamentação por meio da tradição britânica. Na tradição britânica, esses documentos referidos acima eram pactos entre rei, senhores feudais, clero e burgueses. De outro lado, a ideia de declaração incorpora o conceito de que o próprio povo declara algo evidente e possui soberania para tanto. Não há necessidade do estabelecimento de nenhum pacto ou a realização de um pedido de reconhecimento de direitos ao monarca por meio de petições.

¹⁰ Nesse sentido, prescreve a Declaração de Independência Norte-Americana de 1776: “Consideramos as seguintes verdades como auto-evidentes, a saber, que todos os homens são criaturas iguais, dotadas pelo seu criador de certos direitos inalienáveis, entre os quais a vida, a liberdade e a busca de felicidade. É para assegurar esses direitos que os governos são instituídos entre os homens, sendo seus justos poderes derivados do consentimento dos governados” (COMPARATO, 2007, p. 109). A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 também observa a necessidade de reconhecimento de direitos: “Artigo Primeiro: Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum. [...] Art. 16. Toda sociedade, na qual a garantia dos direitos não é assegurada nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição” (COMPARATO, 2007, p. 158-159).

os como i) direitos de liberdade do indivíduo isolado, ii) direitos de liberdade do indivíduo na relação com outros, iii) direitos do indivíduo no Estado como cidadão e iv) direito do indivíduo à prestação do Estado.

Em verdade, apenas a primeira categoria é composta pelos direitos fundamentais propriamente ditos, os quais são integrados pelas liberdades de consciência e pessoal, propriedade privada e inviolabilidade do domicílio. Esses direitos não são criados pelo Estado, e sim reconhecidos, sendo anteriores ao Estado (SCHMITT, 1992, p. 169).¹¹ Esses direitos fundamentais são individuais e não possuem uma carga de exigência social (SCHMITT, 1992, p. 170).

De outro lado, direitos de liberdade do indivíduo na relação com outros, segunda categoria, podem ser fundamentais em sentido próprio quando disciplinam as relações dos indivíduos entre si na situação apolítica (SCHMITT, 1992, p. 170). Esses direitos seriam compostos pela livre manifestação das opiniões e liberdades de discurso, de imprensa, de cultos, de reunião e de associação (SCHMITT, 1992, p. 170).

Importante observar que esses direitos deixam de ser fundamentais propriamente ditos quando são utilizados na perspectiva política, perdendo o caráter de liberdade absoluta a ser gozada pelo indivíduo. Esses direitos transformam-se em conquistas dos grupos sociais reconhecidas pela lei constitucional (SCHMITT, 1992, p. 171)¹².

De outro lado, os direitos do indivíduo no Estado como cidadão representam um conjunto de direitos democráticos, os quais são diferentes dos liberais direitos fundamentais propriamente ditos (SCHMITT, 1992, p. 173). Os direitos dos cidadãos são pautados no ideal de democracia política, sendo construídos a partir do Estado. Desse modo, são direitos aplicados aos nacionais e não aos estrangeiros¹³. Por fim, há os direitos do indivíduo à prestação do Estado, os quais seriam influenciados pelos ideais socialistas e

¹¹ Há aqui nítida influência do pensamento jusnaturalista e, em especial, de Locke (2006, p. 76-95), já que os direitos naturais são anteriores ao Estado, mas necessariamente devem ser reconhecidos por este.

¹² De acordo com Schmitt (1992, p. 171), "Tan pronto como la libertad de asociación lleva hacia coaliciones, es decir, a asociaciones que se combaten entre sí y se enfrentan con medios de fuerzas sociales específicos, como huelga o *lock-out* no son derechos de libertad en sentido del Estado liberal de Derecho."

¹³ Esses direitos seriam igualdade perante a lei, direito de petição, sufrágio e acesso igualitário aos cargos públicos (SCHMITT, 1992, p. 174).

não poderiam ser ilimitados (SCHMITT, 1992, p. 174)¹⁴.

Outra separação proposta por Schmitt (1992, p. 175) encontra-se na diferença entre direitos fundamentais e garantias institucionais, que protegem determinadas instituições e impedem sua supressão por meio da legislação ordinária. Mesmo quando essas garantias concedem direitos subjetivos a pessoas, às instituições, às corporações ou aos funcionários públicos, não há uma concessão de uma zona de liberdade para o indivíduo atuar de maneira não política (SCHMITT, 1992, p. 175)¹⁵.

Como as garantias constitucionais não concedem zonas de liberdade para o indivíduo atuar a seu bel prazer, elas não se constituem em direitos fundamentais propriamente ditos. Dentre importantes garantias institucionais, há a proibição de Tribunais de Exceção, direito ao juiz natural e independência judicial.

A distinção, separação, dos poderes é o segundo elemento específico da Constituição do Estado Burguês de Direito, responsável pelo controle das ações e dos atos dos poderes estatais (SCHMITT, 1992, p. 186). A dinâmica da distinção dos poderes envolve a separação das autoridades superiores do Estado, assim como as respectivas competências. No entanto, uma completa distinção estabeleceria poderes estatais absolutamente separados, sendo importante também certa relação entre as autoridades superiores (SCHMITT, 1992, p. 189)¹⁶.

Schmitt apresenta as consequências de uma separação rigorosa dos poderes (SCHMITT, 1992, p. 194-195)¹⁷. No contexto da distinção dos poderes, a independência

¹⁴ Estão contidos, nessa categoria, o direito ao trabalho, direito à assistência e ao socorro e direito à educação, à formação e à instrução (SCHMITT, 1992, p. 175).

¹⁵ Canotilho (2002, p. 395-396) aponta que a doutrina constitucional alemã desenvolveu amplamente o tema das garantias institucionais, tendo Schmitt elaborado primeiramente esta temática.

¹⁶ Nesse sentido, importante são as reflexões dos federalistas sobre a independência e as relações entre os poderes: "Foi assinalado no artigo anterior [federalista n. 47] que o aforismo político então analisado não exige que os ramos legislativo, executivo e judiciário sejam totalmente desconectados uns dos outros. Tentarei mostrar a seguir que, salvo se esses ramos forem de tal modo entrelaçados para que cada um possa exercer um controle constitucional sobre os outros, o grau de separação que aquele aforismo requer, como essencial a um governo livre, jamais poderá ser devidamente mantido na prática" (HAMILTON; MADISON; JAY, 2009, p. 315).

¹⁷ Schmitt (1992, p. 190-197) apresenta de forma detalhada as consequências de uma absoluta separação dos poderes a partir de i) influência nula do Executivo sobre o Legislativo, ii) influência nula do Legislativo sobre o Executivo, iii) influência nula do Executivo no Judiciário, iv) influência nula do Judiciário no Executivo, v) influência nula do Legislativo no Judiciário, vi) influência nula do Judiciário no Legislativo.

judicial e a inamobilidade protege o Judiciário da influência do Executivo e do Legislativo:

Não há Estado de Direito sem uma justiça independente e não há justiça independente sem vinculação material a uma lei e não há vinculação material à lei sem diversidade objetiva entre lei e sentença judicial. O Estado de Direito civil, baseia-se exatamente na diferenciação objetiva entre diversos poderes. Pode-se rejeitar-se a diferenciação dos poderes devido a tendências absolutistas, como usual na teoria do direito público da monarquia constitucional alemã, e pode-se também, deixar ao juiz uma certa liberdade, mas não se lhe pode outorgar a decisão política, que é assunto do legislador, sem alterar seu posicionamento de direito público. (SCHMITT, 2007, p. 41 e 42).

De outro lado, quando o Tribunal não aplica uma lei formalmente adequada não se trata de uma interferência, e sim uma forma de controle e freio. Isso acontece em razão da não aplicação acontecer em virtude da lei constitucional, mantendo dentro do aspecto normativo (SCHMITT, 1992, p. 197)¹⁸.

De outro lado, a figura de um guardião da decisão política fundamental e consciente (Constituição) deveria ser o presidente do Reich, o qual estaria legitimado pelas eleições populares e encontrar-se-ia entre o Legislativo e o Judiciário (Schmitt, 2007a, p. 201). Munido da legitimidade popular e situado entre os dois outros poderes, o presidente seria o responsável pela preservação da Constituição.

A independência, assim como a relação que o presidente possui com os demais poderes, possibilita que ele aja de maneira autônoma na guarda da Constituição e, ainda, exerce esse papel sem promover um uso arbitrário do poder em razão da sua relação com os outros poderes. Ainda, o presidente do Reich, exercendo de maneira unitária a guarda

¹⁸ Essa afirmação feita na Teoria da Constituição de Schmitt deve ser interpretada de maneira sistemática dentro da sua obra. Schmitt (2007a, p. 19-32), no livro "O guardião da Constituição", afirma que a não aplicação das leis pelos Tribunais alemães em razão da sua incompatibilidade com leis constitucionais em casos concretos é diferente da atuação da Suprema Corte Norte-Americana. Em primeiro lugar, há uma diferença entre os sistemas continental europeu e *common law*, neste existindo um Estado jurisdicional em razão da influência britânica. Em segundo lugar, para defender a vida, a liberdade e a propriedade a Suprema Corte Norte-Americana transformou-se em guardião da Constituição, fato que não ocorreu na década de 20 na Alemanha. Nesse sentido, por exemplo, o Tribunal de Estado negava-se a definir os limites do Presidente e do seu Chanceler na Alemanha entre a Primeira e a Segunda Guerras. Sabe-se que esta ação deixou ainda mais livre o caminho para os atos nazistas (MENDES, 2007, p. xiii). Schmitt (2007, p. 24) assevera, em síntese, que os Tribunais quando não aplicam uma lei contrária às leis constitucionais simplesmente aplicam uma norma constitucional que regulamenta especificamente o caso em apreço de maneira diferente da legislação infraconstitucional. Sobre o guardião da Constituição, Schmitt critica a ideia de existir um Tribunal Constitucional com o poder de declarar de maneira concretada a inconstitucionalidade das leis. A existência do Tribunal atribuiria importante poder político a um órgão não político, criando um modelo de Estado jurisdicional. No que se refere ao Estado jurisdicional, cf. Schmitt, 2007b, p. 1-16.

da Constituição, seria um importante contraponto ao grande pluralismo existente na República de Weimar (Schmitt, 2007a, p. 202). Essa posição de Schmitt é contrária a proposta de Kelsen de um Tribunal Constitucional responsável pela proteção da Constituição¹⁹.

No que se refere ao sistema de freio e contrapesos, Schmitt (1992, p. 197-200) apresenta esquemas das relações entre Executivo e Legislativo, entre as Câmaras no bicameralismo e o presidente do Reich e do governo do Reich a partir da Constituição de Weimar.

Não são feitas, de outro lado, digressões específicas sobre as relações de freios e contrapesos a partir das relações do Judiciário com outros poderes e dos órgãos do Judiciário entre si. Como será visto na tese, essas relações são essenciais no Estado Constitucional contemporâneo.

Já a Constituição escrita, outro elemento do Estado Burguês de Direito para Schmitt (1992, p. 61), concede certa segurança e estabilidade, buscando o ideal de completa invulnerabilidade das decisões constitucionais e impossibilitando sua fácil mudança pelo parlamento²⁰. Essa visão da Constituição escrita trabalha com o princípio da rigidez constitucional, permitindo a mudança da constituição a partir de um procedimento mais complexo e custoso do que o da legislação ordinária (SCHMITT, 1992, p. 61).

¹⁹ Kelsen (1995, p. 4-5), assim como Loewenstein (cf. *infra* seção secundária 1.2 desta tese), observa que um dos papéis fundamentais da Constituição é a limitação do poder e, em especial, do Legislativo, Executivo e administração. Na visão de Kelsen (1995, p. 3), a Constituição é um ordenamento jurídico (sistema de prescrições normativas – dever-ser). Importante é a crítica de Kelsen (1995, p. 11-21) à proposta de Schmitt do presidente do Reich como guardião da Constituição, apontando a criação de um Tribunal Constitucional independente como um órgão que, por meio do estabelecimento de uma análise processual jurídica da violação, pode de maneira mais adequada defender as normas constitucionais e limitar os poderes instituídos.

²⁰ Importante observar que, teoricamente, a Revolução Francesa pensou juridicamente uma pirâmide normativa que possui no ápice a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão Francesa de 1789 (pré-constituição ou supra-constituição), abaixo estaria a Constituição e em um terceiro plano a lei. No entanto, o Estado francês constituiu-se em Estado de legalidade e não constitucionalidade. Nas palavras de Canotilho (2002, p. 96, grifos do autor), “A supremacia da constituição foi neutralizada pela primazia da lei. Daí que um célebre jurista francês se tenha referido ao ‘Estado do direito francês’ como um *Estado legal* ou *Estado de legalidade* relativamente eficaz no cumprimento do princípio da legalidade por parte da administração mas incapaz de compreender o sentido da supremacia da constituição [...]”. Em verdade, deve-se observar que a ideia de supremacia constitucional ganha força no século XX na Europa. Sobre a supremacia constitucional na América Latina e sobre a visão da Constituição como norma jurídica desde o século XIX na Ibero- América, cf. Bernal, 2009, p. 109-126.

3. KARL LOEWENSTEIN: PRIMEIRA CAMADA PÓS-SITUAÇÃO CLÁSSICA DA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

Karl Loewenstein publica em 1957 *“Political Power and the Governmental Process”* em língua inglesa. Em 1958, foi publicada uma tradução do referido livro em alemão com outro título *“Verfassungsglehre”* (Teoria da Constituição).

Loewenstein migrou para os Estados Unidos em razão da ascensão do nazismo na Alemanha. No novo continente, Loewenstein realiza estudos principalmente de política comparada. Como não há no pensamento norte-americano uma disciplina ou campo de estudo específico sobre Teoria da Constituição, o título da obra em inglês indica reflexões sobre o poder político e o processo governamental.

De outro lado, na Alemanha, há uma disciplina específica que reflete sobre os principais temas e problemas do constitucionalismo. Desse modo, o livro em alemão foi publicado com o título de Teoria da Constituição (LOEWENSTEIN, 1983, p. 17-20).

Não se observa, como em Schmitt, uma tensão ineliminável entre constitucionalismo e democracia, a qual permite apenas um consenso provisório. Em Loewenstein, há uma forte defesa do constitucionalismo, demonstrando o caráter inadequado e autoritário de alguns regimes políticos que valorizam uma vontade popular ilimitada sem respeito a direitos e afrontando limites constitucionais.

A obra de Loewenstein pelo seu desenvolvimento de uma profunda reflexão sobre o controle do poder jurídico, pelo seu compromisso com a democracia constitucional e pela defesa da normatividade constitucional representa um marco na Teoria Constitucional, fundando a primeira camada geológica constitucional pós-situação clássica.

3.1. Cratologia: o Controle do Poder Político

Loewenstein (1983, p. 25) desenvolve uma ciência sobre o poder político, chamada de cratologia. Essa ciência deve compreender o poder a partir da sua manifestação

externa, já que é impossível entender a ontologia (essência) do poder (LOEWENSTEIN, 1983, p. 23).

A política constitui-se no exercício e na luta pelo poder, sendo necessário observar o poder nas relações políticas, econômicas, religiosas, sociais e outras (LOEWENSTEIN, 1983, p. 26). Como a sociedade constitui-se em um conjunto de relações sociais de poder, é possível observar o poder de maneira neutra, funcional e independente de juízos de valores específicos, pois se tratam de relações que necessariamente ocorrem em qualquer modelo social (LOEWENSTEIN, 1983, p. 26)²¹.

O Estado representa o maior organizador das relações sociais e políticas, sendo as relações políticas na perspectiva estatal formadas pelo controle social dos detentores do poder sobre os destinatários do poder (LOEWENSTEIN, 1983, p. 27). Não há dúvida de que o Estado é um grande organizador das relações sociais. No entanto, em tempos de globalização e estabelecimento de comunidades de Estados, deve-se relativizar um pouco essa visão de Loewenstein e compreender que o controle social de pessoas jurídicas de direito privado e organismos supranacionais e comunitários também joga um papel importante.

Por controle social, Loewenstein (1983, p. 83) entende a possibilidade dos detentores do poder emitirem ordens e tomarem decisões que devem ser seguidas pelos destinatários do poder. Os sistemas políticos são responsáveis por estruturar as relações de poder por meio das ideologias, instituições e técnicas de poder.

As instituições são os elementos que compõem o Estado como o governo, parlamento, tribunais, administração pública. As ideologias, por sua vez, representam um conjunto de valores estruturados que guiam as ações sociais (LOEWENSTEIN, 1983, p. 30).

O constitucionalismo democrático constitui-se em um sistema político importante que pode ser combinado com diversos tipos de governo como presidencialismo,

²¹ Essa visão de uma análise neutra do poder merece alguns reparos. A busca de Loewenstein é valorizar o controle do poder na Teoria da Constituição. Desse modo, há uma tentativa de uma análise objetiva do poder. No entanto, essa análise objetiva não é alcançada na proposta de Loewenstein em razão da correta defesa da relação entre limitação do poder e constitucionalismo.

parlamentarismo, democracia direta e outros (LOEWENSTEIN, 1983, p. 32). Tipo ou forma de governo significa a concretização das instituições sociais.

Essas formas de governo todas se encontram dentro do mesmo sistema político, pois partilham da concepção de que a vontade popular deve prevalecer por ser o poder supremo. Essa concepção nada mais é que a ideologia constitucional democrática (LOEWENSTEIN, 1983, p. 32).

Sobre o sistema político, há três grandes temas: i) a obtenção do poder político, ii) o exercício desse poder e iii) o controle do exercício do poder político (LOEWENSTEIN, 1983, p. 28). O tema do controle do poder político é essencial, já que a existência de um poder ilimitado gera inúmeras consequências negativas, pois órgãos e pessoas tendem a abusar dessa força (LOEWENSTEIN, 1983, p. 28). Esse seria o caráter demoníaco do poder, devendo ser introduzidos e criados elementos de limitação e controle de poder.

A limitação do poder, construída a partir da construção de instituições sociais, é o cerne do constitucionalismo e das reflexões da Teoria da Constituição (LOEWENSTEIN, 1983, p. 29). Pode-se afirmar que essa é a grande virtude e o substancial defeito de sua teoria.

A virtude encontra-se na adequada valorização do controle do poder que a prática e a reflexão constitucionais necessitam observar. De outro lado, Loewenstein, ao defender e estudar intensamente o controle do poder, cai na crítica apresentada por Schmitt contra o constitucionalismo, ou seja, deixa em segundo lugar o político.

Sobre a história das relações de poder, Loewenstein (1983, p. 33-34) a rele a partir de dois grandes sistemas políticos: constitucionalismo e autocracia²². Quando há apenas um detentor do poder, independente de ser uma pessoa, um órgão, uma assembleia, trata-se de uma autocracia. De outro lado, o constitucionalismo ou o constitucionalismo democrático significa a distribuição do poder entre vários detentores²³.

²² Há dois tipos ideais de sistema, existindo, por óbvio, inúmeras configurações intermediárias. Nesse sentido, ver Loewenstein, 1983, p. 50-52.

²³ Apesar de essa proposta dual de Loewenstein ser interessante como tipo ideal, reduz sobremaneira a complexidade

Há algumas instituições sociais, grupos e pessoas que se constituem nos principais detentores do poder oficiais e visíveis, estes seriam, ao longo da história, o governo, a assembleia ou o parlamento, os destinatários do poder e os tribunais de justiça (LOEWENSTEIN, 1983, p. 36). No constitucionalismo democrático, o governo seria responsável por executar decisões políticas e tomar algumas dessas decisões. O Parlamento responsável por legislar e controlar o poder político (LOEWENSTEIN, 1983, p. 36).

Os destinatários do poder, principalmente a partir do momento da criação dos partidos políticos, tornaram-se também detentores do poder. Ainda, os tribunais e juízes, ao declararem normas inválidas postas pelo governo e pelo parlamento, tornam-se detentores do poder (LOEWENSTEIN, 1983, p. 36).

No que se referem aos grupos não oficiais e invisíveis, os grupos pluralistas e grupos de interesses passam a exercer um poder político substancial no século XX. Loewenstein (1983, p. 37) observa aqui esses grupos principalmente por meio de certo viés negativo, já que vê o forte poder de *lobby* e influência que determinados grupos possuem para conseguir concretizar seus interesses específicos²⁴.

Sendo assim, no constitucionalismo democrático, há distribuição dos poderes, assim como controle mútuo entre os detentores do poder. Trata-se de um sistema político que valoriza o controle do poder.

A autonomia e o controle dos detentores do poder são temas relevantes nos âmbitos prático e teórico. É importante para o detentor do poder possuir autonomia em alguns campos com pequeno controle ou limitação para tomar decisões políticas (LOEWENSTEIN, 1983, p. 50).

A forma, a intensidade e a organização da autonomia dos e do controle sobre os detentores do poder mudam conforme a forma específica de governo adotada por cada

sobre as formas de organização social. Para uma análise mais complexa da história constitucional, cf. Fiorovanti, 2001.

²⁴ A reflexão sobre os grupos de pressão é fundamental na ciência política e na Teoria da Constituição. Para uma visão próxima da de Loewenstein nesse tema, cf. Bonavides, 2009, p. 460-480.

comunidade política. Em linhas gerais, pode-se dizer que, no que se referem às relações entre governo e parlamento, há maior interdependência nas formas de governo parlamentarista e maior autonomia e independência no presidencialismo (LOEWENSTEIN, 1983, p. 50).

Loewenstein (1983, p. 54-57), assim como Schmitt, coloca a construção da separação dos poderes como elemento essencial do constitucionalismo e demonstra o desenvolvimento histórico dessa instituição. A principal diferença é que a separação de poderes em Schmitt é relevante apenas no Estado Burguês de Direito, sendo possível outras formas de organização em modelos estatais diversos.

De outro lado, para Loewenstein, se há constitucionalismo, deve existir separação dos poderes. Ainda, Loewenstein (1983, p. 60-61) observa que a separação dos poderes nutriu-se da busca de representação pelo parlamento e sua independência em relação ao governo, quadro também descrito por Schmitt.

Quando o parlamento buscou representar de maneira autônoma o povo, quebrou a existência de um poder político monolítico posto nas mãos dos monarcas (LOEWENSTEIN, 1983, p. 60). Nesse contexto, a independência dos tribunais e juízes é um complemento lógico da existência de detentores de poderes independentes e não vinculados diretamente.

Assim, a grande contribuição de Montesquieu foi observar, principalmente pela sua interpretação das instituições inglesas, que a distribuição dos poderes políticos entre diversos detentores do poder constituía-se em salvaguarda da liberdade (LOEWENSTEIN, 1983, p. 61). Na visão de Loewenstein (1983, p. 61), Montesquieu não percebeu, porém as situações históricas posteriores demonstraram que apenas a distribuição dos poderes não é um limite pleno ao exercício do poder político e não impossibilita totalmente a construção de um poder político demoníaco.

Toda a função estatal acaba-se transformando em um campo a ser ocupado por um líder político. Por exemplo, o governo (Executivo) não apenas é responsável por

executar as decisões políticas tomadas por meio da legislação no parlamento (legislativo). O governo também exerce uma liderança política no sentido de guiar e dirigir de certo modo a vontade popular (LOEWENSTEIN, 1983, p. 61).

Para melhor compreender as relações de independência, interrelação e controle entre os detentores do poder, Loewenstein (1983, p. 62-66) apresenta uma nova visão tripartida do poder político pela decisão política conformadora ou fundamental (*policy determination*), pela execução da decisão (*policy execution*) e pelo controle político (*policy control*).

A decisão política fundamental significa a escolha sobre um tema político, econômico, moral ou social essencial entre outras possíveis decisões, sendo escolhas fundamentais para o presente e para o futuro de uma comunidade social (LOEWENSTEIN, 1983, p. 63). Os assuntos mais importantes que uma nação deve tomar dizem respeito ao sistema político e à forma de governo, fazendo com que todas as Constituições apresentem uma parte da decisão fundamental (LOWENSTEIN, 1983, p. 63)²⁵.

Nas democracias constitucionais, a regra é que as decisões políticas fundamentais são tomadas pelo governo em conjunto com o parlamento e, em geral, por meio da forma legal. Há também, normalmente, participação do eleitorado de maneira direta (referendum) ou indireta (eleição dos representantes dos poderes Executivo e Legislativo) e da opinião pública (LOEWENSTEIN, 1983, p. 65-66).

Essa perspectiva sobre a decisão política fundamental de Loewenstein possui substanciais pontos de discordâncias com Schmitt. Aquele valoriza o pluralismo político e social e vê a decisão fundamental não apenas como um dado do ser, mas como um conjunto de normas (dever-ser).

²⁵ Sendo exemplos de decisões fundamentais que são tomadas em constituições escritas e em outras formas de escolhas pelos detentores do poder: “la elección entre el libre cambio y el proteccionismo; la actitud del Estado frente a las cuestiones religiosas, como por ejemplo la separación del Estado e de la Iglesia y las escuelas confesionales; la dirección que se deberá dar a la educación, humanismo o técnica, o si cabe encontrar equilibrio; la alternativa entre un sistema económico con empresa privada libre del control estatal o un sistema de economía dirigida (...); la política fiscal y monetaria; el sistema impositivo y su influencia en la distribución de la riqueza” (LOEWENSTEIN, 1983, p. 64). Ver as decisões fundamentais não apenas em assuntos internos, mas também em política externa em Loewenstein, 1983, p. 64.

Schmitt, por sua vez, pauta sua decisão política fundamental na homogeneidade do povo, em escolhas tomadas no plano da existência (ser) e assim não se constituem em prescrições normativas. Também, Schmitt apresenta um rol de assuntos que compõem a decisão menor do que de Loewenstein.

A segunda parte da original tripartição do poder de Loewenstein está na necessidade de executar as decisões políticas fundamentais. Essa função é exercida i) por algumas leis que procuram organizar as condições sociais necessárias para a efetivação das decisões políticas, ii) pela administração pública autônoma e coordenada pelo governo e iii) pela análise de conflitos pelo Poder Judiciário, impondo nos casos concretos as decisões políticas fundamentais (LOEWENSTEIN, 1983, p. 66-68).

Importante observar que, no século XX, em virtude da adoção de Estados Sociais, ocorreu uma grande valorização das ações do Executivo e da administração pública, colocando em segundo plano, muitas vezes, o Estado Legislativo (LOEWENSTEIN, 1983, p. 68). Contemporaneamente, pode-se dizer que em certos momentos no final do século XX e no início do século XXI, em razão da intensidade e da importância do Judiciário, parece que vivemos em um Estado Judicial.

3.2. Controle do Poder como Nova Função Estatal e Democracia Constitucional

Loewenstein (1983, p. 68) pensa que a grande contribuição da sua nova proposta tripartida do poder político encontra-se na categoria controle político. De fato, esta percepção de Loewenstein é absolutamente correta.

Sobre o controle do poder, em primeiro lugar, o referido controle acontece no momento em que há distribuição do poder político entre os diversos detentores do poder com autonomia, mas com os devidos freios e contrapesos entre as instituições.

No entanto, a partir de uma análise mais detalhada, observam-se diferenças entre as categorias de distribuição dos poderes e controle do poder, pois aquela acontece quando há uma relação de controle necessária entre os diversos detentores do poder e

neste quando o controle é facultativo (LOEWENSTEIN, 1983, p. 69-70). Por exemplo, há distribuição de poder no caso da confirmação de uma indicação de determinada pessoa feita pelo executivo por meio do Senado. Ocorre controle do poder quando o Judiciário declara a invalidade de uma lei ou ato normativo posto pelo Executivo por meio do controle de constitucionalidade (*judicial review*)

No controle político, há o tema da responsabilidade política, a qual modernamente representa uma criação do constitucionalismo inglês com, por exemplo, o voto de não confiança do parlamento sobre o governo e a possibilidade de o governo dissolver o parlamento (LOEWENSTEIN, 1983, p. 71). A questão da responsabilidade política já se encontraria, pelo menos de maneira embrionária, em certas construções históricas.²⁶

Desse modo, existe no Estado constitucional não apenas a necessidade de um Estado de Direito, mas também de um governo responsável. Os principais controles políticos a que se submetem os detentores do poder encontram-se na Constituição (LOEWENSTEIN, 1983, p. 71).

A partir da grande valorização do aspecto do controle, Loewenstein apresenta duras críticas a governos aparentemente democráticos que não se submetem ao controle político como acontece com o neopresidencialismo (LOEWENSTEIN, 1983, p. 84-88). Aqui há uma grande diferença entre Schmitt e Loewenstein, pois aquele vê uma tensão constante entre democracia e constitucionalismo, quando um aumenta sua intensidade e influencia social, o outro perde parte de sua inserção.

De outro lado, uma democracia que afronta os valores do constitucionalismo é, em regra, falsa democracia para Loewenstein. O neopresidencialismo representa um exemplo de falsa democracia.

O neopresidencialismo, que não se confunde com o modelo presidencialista norte-americano, ocorre quando o presidente não se submete a controles políticos efetivos de

²⁶ Por exemplo, a necessidade de funcionários atenienses prestarem contas a autoridades semelhantes aos juizes ou a responsabilidade que estavam sujeitos alguns funcionários romanos na República em razão dos deveres do seu cargo (LOEWENSTEIN, 1983, p. 71).

outros detentores do poder apesar de serem mantidas eleições e existirem tribunais e Poder Legislativo (LOEWENSTEIN, 1983, p. 85). Um dos exemplos de Loewenstein (1983, p. 86) sobre o neopresidencialismo foi o Estado Novo brasileiro. Contemporaneamente, pode-se dizer que alguns governos latino-americanos atuais como o de Hugo Chávez na Venezuela podem ser classificados como neopresidencialistas.

Feitas essas considerações, é possível apresentar alguns ponderações mais detalhadas sobre a democracia constitucional e as formas de governo, assim como aprofundar as técnicas de controle político.

Democracia constitucional representa a ideologia composta da convicção de que o poder advém do povo. Assim, governo e parlamento devem estar de acordo com a vontade popular e serem escolhidos em eleições livres e honestas. Desse modo, por meio das eleições, é possível a disputa de concepções políticas específicas (LOEWENSTEIN, 1983, p. 91).

O governo, o parlamento e o povo são os três detentores em uma democracia constitucional, a qual pode ser exercida pelas formas de governo democracia direta, governo de assembleia (parlamento por ser representante do povo é o supremo detentor do poder), parlamentarismo, presidencialismo e governo colegial suíço (LOEWENSTEIN, 1983, p. 91-92)²⁷. Em razão da importância no momento contemporâneo e da importância desses modelos para a discussão sobre os conselhos da magistratura, serão apresentadas as principais características do parlamentarismo e do presidencialismo.

A análise das formas de governo constitucional em Loewenstein é feita a partir da sua teoria tripartida do poder político. Há seis características que definem um regime como parlamentarista (LOEWENSTEIN, 1983, p. 105-108).

Os membros do governo, que são os chefes do partido majoritário ou chefes de partidos que compõem a coalização majoritária, também são membros do parlamento (primeira e segunda características). No parlamentarismo, há um primeiro ministro que

²⁷ Uma leitura sistemática de Loewenstein aponta que há um quarto detentor: o Judiciário.

lidera o governo (terceira característica) e a permanência no poder do governo depende do apoio da maioria do parlamento (quarta característica).

Nessa forma de governo constitucional, tanto a elaboração das decisões fundamentais como a execução das decisões são feitas pelo governo e pelo parlamento (quinta característica), no entanto a principal característica encontra-se no controle recíproco mútuo entre essas instituições (sexta). Esse controle recíproco observa-se, por exemplo, na negativa do parlamento de conceder um voto de confiança requerido pelo governo e na possibilidade deste dissolver aquele e convocar eleições parlamentares.

A grande diferença entre presidencialismo e parlamentarismo encontra-se na interdependência por coordenação naquele. Executivo, Legislativo e Judiciário são autônomos, não sendo o Presidente da República membro do Legislativo. De outro lado, há relações entre esses poderes como o poder de veto à legislação ou a necessidade de confirmação de decisões presidenciais pelo Legislativo que impõem a coordenação de vontades entre os poderes e, em especial, entre Legislativo e Executivo (LOEWENSTEIN, 1983, p. 131-136).

4. LIMITES E POSSIBILIDADES DAS CAMADAS DA SITUAÇÃO CLÁSSICA E PÓS-SITUAÇÃO CLÁSSICA DA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

Na obra de Schmitt, existem inúmeras categorias que não se amoldam à proposta de uma reflexão constitucional nos marcos de um Estado Democrático de Direito inclusivo, plural e emancipador. Por exemplo, a defesa da homogeneidade como característica do povo é um completo absurdo.

Felizmente, no momento contemporâneo, observa-se uma grande pluralidade étnica, cultural e ética nas populações de diversos Estados. Isso não é um demérito de inúmeras comunidades pautadas na pluralidade ou para o nosso momento contemporâneo. Pelo contrário, a possibilidade de coexistirem pessoas e comunidades diferentes no mesmo espaço geográfico com respeito aos aspectos culturais e à

peculiaridade de cada grupo trata-se de algo muito salutar (GUTMANN; THOMPSON, 1996, p. 1-9).

Claro que essa convivência plural exige um respeito e muitas vezes, em razão de diversas concepções sobre aquilo que os grupos acreditam ser bom, pode existir conflitos. No entanto, os conflitos não apenas devem como podem ser canalizados por meio de instituições democráticas e por meio da esfera pública para uma construção conjunta e dialógica sobre as principais decisões e temas políticos, sociais e econômicos (HABERMAS, 2003a, p. 9-121).

Ainda, a visão de Schmitt da democracia como algo radicalmente diverso do constitucionalismo não merece prosperar. A vontade popular muitas vezes pode ser contrária aos limites postos pelo constitucionalismo. Assim, há certa tensão entre democracia e constitucionalismo.

De outro lado, como bem coloca Habermas (2003b, p. 154-168), a categoria dos direitos fundamentais, uma das estruturas do constitucionalismo que controla o poder político, também se constitui em componente essencial da estrutura política que permite o desenvolvimento dialógico e democrático por meio da esfera pública.

Desse modo, os direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que protegem os indivíduos e os grupos sociais contra possíveis opressões estatais e sociais, possuem uma característica política não vista de maneira adequada por Schmitt. De outro lado, por meio do instituto da aclamação, o qual é hipervalorizado por Schmitt, a vontade popular pode legitimar líderes políticos que não buscam criar um governo para o povo, um dos pilares da própria democracia moderna. Como não há a defesa da pluralidade como importante valor e os direitos fundamentais são contrários ao ideal democrático em Schmitt, ao invés de se valorizar a construção de decisões democráticas e plurais por meio de uma esfera pública emancipada, existe a defesa da aclamação popular a partir da pequena discussão e da homogeneidade, muitas vezes opressora, do povo.

Também, ver a Constituição apenas com um fenômeno da ordem do ser,

desconsiderando a existência do aspecto normativo constitucional, constitui-se em outra concepção equivocada. Como bem coloca Hesse,²⁸ não se pode desconsiderar o aspecto normativo do constitucionalismo. Por exemplo, as constituições contemporâneas possuem um conjunto de prescrições que procuram alterar e conformar a realidade existente.

As Constituições possuem decisões políticas fundamentais que constituem e refletem o ser de uma comunidade, mas elas não são apenas isso. Há prescrições normativas constitucionais legítimas e necessárias que buscam alterar a realidade social, jurídica e econômica. Desconsiderar a relevância e o papel constitucional central que o aspecto normativo constitucional possui é um equívoco no momento pós-positivista, em que as Constituições são vistas como normas jurídicas legítimas e justas que informam todo o ordenamento jurídico e a mudança da realidade.

A visão do Estado Constitucional como um Estado Burguês de Direito em Schmitt merece igualmente reparos. Schmitt está mais do que correto ao mostrar o caráter histórico e peculiar do Estado Constitucional moderno. Trata-se de um modelo estatal que, no seu germe e de certa forma até hoje, encontra-se relacionado de maneira intensa com o liberalismo econômico e político.

Ainda, Schmitt adequadamente observa que não há a existência de direitos fundamentais, do poder constituinte popular, da separação dos poderes moderna, os quais são elementos centrais do Estado Constitucional, em organizações sociais antigas e medievais. O erro não está aí na visão histórica do constitucionalismo em Schmitt.

O equívoco encontra-se em Schmitt não observar que, apesar das tensões, o constitucionalismo incorpora elementos originalmente gestados por correntes ideológicas diversas como liberalismo, socialismo, movimento ecológico, feminismo e etc. O constitucionalismo não é apenas liberal.

²⁸ Hesse (1991, p. 13) afirma que o pensamento constitucional do passado recente alemão, lembrando que a palestra "A força normativa da constituição" foi proferida em 1959, encontra-se marcado pela separação total entre norma e realidade. Por Schmitt desconsiderar o aspecto normativo do direito constitucional e colocar focar sua análise nas decisões políticas conscientes tomadas pela comunidade, esse autor seria um positivista sociológico e concederia ênfase exacerbada ao ser.

Em verdade, o constitucionalismo pode e deve, apesar de todas as tensões, albergar inúmeras visões sociais que foram originalmente vistas como excludentes. Um exemplo. O direito à propriedade privada (liberalismo), a valorização e a proteção do trabalhador (socialismo e social-democracia), a garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado (ambientalismo) encontram-se todos protegidos no art. 186 da CF²⁹.

Adequada é a visão de Schmitt demonstrando que o constitucionalismo é um produto da modernidade, porém é equivocada a concepção de que o constitucionalismo ideal encontra-se necessariamente relacionado com o liberalismo, excluindo outras concepções que foram originalmente pensadas por outros pensamentos políticos e sociais como socialismo, social-democracia, ambientalismo e etc.

Enquanto a visão de Constituição ideal de Schmitt é muito limitada, pois muito focada no liberalismo, sua concepção positiva de constituição é muito ampla, captando sistemas políticos, na terminologia de Loewenstein, completamente diversos e antagônicos. O constitucionalismo, como corretamente coloca Schmitt e Loewenstein, é compatível tanto com uma forma de governo republicano ou uma monárquica.

De outro lado, o constitucionalismo não compactua com sistemas políticos autoritários e com poderes concentrados. Como o conceito positivo de Constituição de Schmitt significa as decisões políticas fundamentais tomadas de maneira consciente pelo poder constituinte, existiu uma Constituição na Alemanha nazista e na União das Repúblicas Socialistas com Stálin na concepção de Schmitt, já que foram tomadas decisões políticas fundamentais de maneira consciente. No entanto, as práticas constitucionais modernas pautadas na concretização dos direitos fundamentais e no controle do poder não existiram nesses regimes totalitários.

²⁹ “Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.”

Mesmo com todas essas críticas ao pensamento de Schmitt,³⁰ há importantes temas que devem ser considerados como estruturas da Teoria da Constituição. Em primeiro lugar, apesar das críticas de Schmitt ao controle desenvolvido pelo Constitucionalismo do Estado Burguês de direito, sua obra, um marco das origens da Teoria da Constituição, apresenta que o tema do controle social e político é uma das linhas mestras do constitucionalismo moderno.

Apesar de o conceito positivo de Constituição sobrevalorizar o papel das decisões políticas fundamentais e mensurar em demasia o aspecto do ser constitucional (realidade social e política) em detrimento do dever-ser (aspecto normativo constitucional), a teoria constitucional não pode desconsiderar o papel político e existencial do direito constitucional. Assim, entre outras questões, deve-se conceder a devida importância às decisões políticas constitucionais, as quais necessitam ser vistas como guias interpretativos e como elementos que devem ser concretizados nos diversos âmbitos constitucionais.

As reflexões sobre o Estado federal em Schmitt também são dotadas de relevância. Observa-se nos Estados Unidos da América, país que efetivou o modelo de Estado federal em território bastante amplo e influenciou a adoção desse modelo em outros países como México e Brasil, gradativa ampliação histórica dos poderes da união (central) até com a chancela de julgados da Suprema Corte.

Em muitos países, como no Brasil, vislumbra-se uma federação que atribui muitos poderes ao poder central e diminutas competências, em comparação com as atribuições da União, aos Estados-membros e aos municípios. No que se refere à federação, Schmitt

³⁰ Há importantes críticas ao pensamento constitucional de Schmitt na doutrina. Por exemplo, Canotilho (2002, p. 1317) assevera que as categorias teóricas de Schmitt como ordem total, amigo-inimigo, constituição como decisão política fundamental, diferença entre Constituição (ser) e lei constitucional (dever-ser) serviram de suporte para o Estado nacional-socialista. Sobre o conceito de Estado total, cf. Schmitt, 2007a, p. 115-118; 2007b, p. 5-6. Barroso (2009, p. 67, nota 64), por sua vez, indica que o seu conceito de Constituição não é o mesmo de Schmitt, pois este prescreve uma concepção constitucional sem normatividade. Para uma análise da camada da situação clássica da Teoria da Constituição e da primeira camada pós-situação clássica, cf. Anabitarte, 1983, p. 543-598. Nesta obra, há inúmeras críticas à Teoria Constitucional de Schmitt, principalmente apontando seu caráter opressor e sua inadequação com categorias da democracia constitucional. De outro lado, uma defesa da concepção de Constituição em Schmitt, da valorização da unidade-homogeneidade como importante elemento para a definição do povo, cf. Salgado, 2007, p. vii-xxx.

corretamente aponta que a ideia central do federalismo encontra-se no pluralismo e na existência de autonomia política tanto para os estados-membros como para o Estado nacional, composto por aqueles entes federativos.

Estado nacional federal, desse modo, busca respeitar as peculiaridades e a pluralidade existente em cada um dos entes federativos. No entanto, quanto maior é a homogeneidade cultural, social, étnica e linguística, menor é a necessidade da existência de um Estado federal e mais adequada é a construção de um Estado unitário.

Pode-se dizer que este raciocínio de Schmitt é correto se for adotado a partir de certa perspectiva. Há razões para defender uma padronização federal e a competência federal em temas que, em razão da homogeneidade, não exista razão para um tratamento diferenciado e peculiar a cada Estado-membro.

A competência estabelecida aos estados-membros, por outro lado, necessita possibilitar que esses entes federativos possuam os poderes necessários para tomarem de maneira autônoma decisões para preservarem seu pluralismo e suas peculiaridades.

Na teoria constitucional, na filosofia e na ciência política atuais, relevantes discussões são travadas entre a tensão entre constitucionalismo e democracia. Em especial, se a função do Poder Judiciário como “guardião da constituição” (elemento do constitucionalismo contemporâneo), revendo atos normativos e leis postas por órgãos democráticos e eleitos, não entra em rota de colisão com o princípio democrático.

Nesse sentido, para Schmitt, a necessidade de um Guardião da Constituição parte de situações constitucionais críticas. Conforme esclarece Lorenzento,

desde a Constituição de Weimar ressurgiu o interesse sobre as garantias especiais da Constituição e a demanda para que alguém as viesse proteger e, o Tribunal de Justiça do Reich se afirmou, por meio de seu Presidente, portanto, como o protetor da Constituição do Reich. Mas havia outras posições – como a defendida por Schmitt – sobre quem deveria ser o defensor da Constituição, que em determinadas circunstâncias vinham a se contradizer sobre o preenchimento de lacunas ou a delimitação de conteúdos da Constituição. Apesar da referida pluralidade de guardiões, o consenso se colocava sobre quem, ou o órgão que constituía uma ameaça para a Constituição: o legislativo. Ainda que não se possa limitar a questão a uma perspectiva judicial – era justamente o intento de

Schmitt, suscitar o plano político ocultado pelo discurso liberal do século XIX. Na defesa contra leis e decretos anticonstitucionais pode-se encontrar o primeiro sinal da produção sobre o já instrumentalizado e aplicado abertamente: “controle de constitucionalidade”, de que dispõe as constituições democráticas. (2015, p. 1927)

Partindo de tal entendimento, o guardião não deve se proteger abstrata e simplesmente, mas sim se proteger contra riscos bem definidos e temidos concretamente. No século XIX, conforme Schmitt, se pensava em uma proteção contra o Governo, “mas na atualidade se tem presente a defesa contra a legislação imposta pela maioria parlamentar. Mas se o risco para a Constituição emanar, doravante, da esfera do legislativo, o legislador não pode mais ser o guardião”. (SCHMITT, 2007, p. 38). Por fim, Schmitt conclui que se o protetor não pertence à esfera do poder legislativo nem à do executivo, não restar mais nada a não ser a justiça:

Uma lei não é uma sentença judicial, uma sentença judicial não é uma lei, e, sim, decisão de um “caso” com “base em uma lei”. A posição especial do juiz no Estado de Direito (sua objetividade, por exemplo) baseia-se no fato de que ele decide justamente com base em uma lei e de que sua decisão, em seu conteúdo, é derivada de uma outra decisão de modo mensurável já contida na lei. [...] Uma lei não pode ser guardiã de outra lei. A lei mais fraca não pode garantir ou guardar a mais forte. Mas, inversamente, por exemplo, deve a lei dificilmente emendável guardar a lei ordinária? Com isso, tudo seria transformado em seu oposto, pois se trata da proteção e da guarda da norma constitucional, mas não da lei ordinária, e o problema é exatamente proteger a lei dificilmente emendável contra alterações por uma lei ordinária. (SCHMITT, 2007, p. 56-60).

Schmitt ao criticar a substancial valorização do liberalismo ao controle do poder político, limitando a democracia enquanto decisão popular soberana, apresenta um tema de discussão constante em importantes debates contemporâneos.

De outro lado, a visão da Teoria da Constituição de Loewenstein aproxima-se mais da visão adotada por este trabalho e que se julga mais adequada para pensar a prática constitucional. Em primeiro lugar, Loewenstein compreende que a Constituição escrita representa elementos fundamentais da organização social (fenômeno do ser), mas possui como função também, pelo seu aspecto normativo, alterar a realidade.

No que se refere aos direitos fundamentais, Loewenstein observa adequadamente as diferenças entre direitos individuais e direitos sociais, mas aponta ser equivocada a

afirmação de que os direitos sociais não se constituem em direitos fundamentais.

No entanto, a principal contribuição de relevo da obra de Loewenstein foi organizar uma cratologia. A sua apresentação de uma detalhada teoria do controle político constitui-se em um esforço reflexivo de monta a partir de conhecimentos de política comparada, filosofia política, história, teoria constitucional e direito constitucional comparado.

A exposição dos controles inter-orgânicos entre Executivo, Legislativo e Judiciário, além de promover importantes reflexões sobre pesos e contrapesos institucionais da engenharia constitucional, apresenta minudente análise dessas relações. No que se refere aos controles intra-orgânicos, observa-se como um poder estatal possui seus diversos órgãos controlados internamente.

A partir dos controles verticais, Loewenstein apresenta a relevante discussão das limitações dos poderes dos estados-membros e do poder central (união) em razão da existência de um Estado federal. Ainda, a influência do povo sobre os detentores institucionais do poder (Legislativo, Executivo e Judiciário) é essencial no momento atual, em que o pensamento constitucional democrático defende a construção de uma esfera pública robusta e esclarecida. Se há um Estado Democrático de Direito em que o poder encontra sustentáculo na legitimidade popular, a construção de uma esfera pública é fundamental para canalizar as legítimas e necessárias discussões populares que não só podem como devem influir a tomada das decisões entre os diversos poderes.

Há, por óbvio, ponderações críticas a serem feitas à obra de Loewenstein. Apesar de ser muito perspicaz a reunião das diversas formas de organização social e política nos tipos ideais constitucionalismo e autoritarismo, essa visão é bastante redutora.

Essa classificação toma por base o modelo de Estado de Direito construído principalmente por meio das revoluções burguesas do século XIX e, por consequência, apresenta o autoritarismo como modelo abstrato contrário ao constitucionalismo. Desse modo, essa visão reduz bastante a complexidade dos sistemas políticos se tomado como

esquema para compreender as diversas organizações sociais na história.

De outro lado, apesar da detida análise sobre os controles aplicados ao Executivo e ao Legislativo, a temática dos controles sobre o Poder Judiciário são pouco desenvolvidos. Para Loewenstein, inexistem controles inter-orgânicos aplicados pelo Executivo e pelo Legislativo sobre o Judiciário.

Sobre os controles intra-orgânicos, há pequena reflexão sobre as relações, limites e controles internos no Judiciário. Ainda, a importante e complexa discussão sobre os limites e as possibilidades do povo, por meio da esfera pública, influenciar as decisões do Judiciário não é enfrentada.

Em verdade, toda a discussão sobre o Judiciário é pouco valorizada. Loewenstein ainda possui uma visão, em geral, dos magistrados como aplicadores do direito, não os observando como, em diversos momentos, produtores de normas jurídicas. Essa visão do juiz como um mero aplicador mecânico da lei não se sustenta.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Teoria da Constituição trata-se de saber essencial para análise do direito contemporâneo e, em especial, do brasileiro. A Constituição pátria de 1988 é documento jurídico essencial no sistema jurídico em virtude dos importantes direitos garantidos e pela extensa quantidade de assuntos disciplinados.

De outro lado, qualquer interpretação da carta constitucional não pode desconsiderar a teoria que estrutura os significados desse texto. Essa reflexão foi construída principalmente pelas acumulações realizadas por autores como Carl Schmitt (Camada Clássica) e Loewenstein (Camada Pós-Clássica).

Impossível desconsiderar a consideração que esses autores produziram sobre temas essenciais como, por exemplo, democracia, jurisdição constitucional, garantia dos direitos, controle do poder e federalismo. Apesar da importância desses estudos, duas posturas inadequadas do tratamento sobre a análise da Constituição observam-se no

direito contemporâneo brasileiro.

De um lado, uma perspectiva que desconsidera as contribuições das Camadas Clássica e Pós-Clássica ou, de outra banda, análises constitucionais feitas de maneira no máximo panorâmica, somente apresentando de forma apressada algumas conceitos dos pensadores tradicionais. Desse modo, este trabalho formulou uma interpretação sobre os limites e as possibilidades dos conceitos centrais da Teoria da Constituição, na esperança de auxiliar no estudo mais lúcido e profundo desse campo.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ANABITARTE, Alfredo Gallego. Constitución y política. In: LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. 3. reimp. Barcelona: Ariel, 1983.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BERNAL, Andrés Botero. Matizando o discurso eurocêntrico sobre a interpretação constitucional na América Latina. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Tradução de Francisco Codorniz. Curitiba, n. 49, p. 109-126, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. atual. amp. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Ciência Política**. 16ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. Constitucionalismo e geologia da *good governance*. In: _____. **“Brançosos” e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 325-334.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5. ed. rev. e

atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

FIAROVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la antigüedad a nuestros días. Tradução de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001.

GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. **Democracy and disagreement: why moral conflict cannot be avoided in politics and what should be done about it**. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. I, Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. II, Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 3. ed. Campinas: Editora Russell, 2009.

HESSE, Konrad. **A Força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos: uma história**. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

KELSEN, Hans. **Quién debe ser el defensor de la Constitución?** Tradução de Roberto J. Brie. Madrid: Tecnos, 1995.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. 3. reimp. Barcelona: Ariel, 1983.

MENDES, Gilmar Ferreira. Apresentação. In: SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. ix-xv.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SALGADO, Joaquim Carlos. Carl Schmitt e o Estado Democrático de Direito. In: SCHMITT, Carl. **Legalidade e legitimidade**. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del

Rey, 2007, p. vii-xxx.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Tradução de Francisco Ayala. 1. ed. 1. reimp. Madrid: Alianza Editorial, 1992.

_____. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007a.

_____. **Legalidade e legitimidade**. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007b.

WEILER, J. H. H. The geology of international law – governance, democracy and legitimacy. **Zeitschrift für ausländisches öffentliches recht und Völkerrecht**. Heidelberg, p. 547-562, 2004.

CARL SCHMITT E O DEBATE SOBRE O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO

Flávio Pansieri¹

INTRODUÇÃO

Um dos mais relevantes debates jurídicos do século XX, travado entre os anos 1920 e 1930, ocorreu entre Hans Kelsen e Carl Schmitt quando discutiam qual poder do Estado deveria dispor da competência para proteger a Constituição. São notórias as posições pessoais de cada autor acerca do tema: enquanto Kelsen acreditava que a criação de uma Corte especializada era a melhor saída para proteger o seu texto, Schmitt outorgava esta função ao Chefe de Estado, no caso o Presidente do Reich.

Infelizmente, este grande embate foi eivado pelas preferências políticas de Carl Schmitt ao apoiar o regime nazista de Adolf Hitler: ato contínuo, sua posição de que a Constituição deveria ser protegida pelo Presidente do Reich foi taxada como oportunista e tendenciosa, negligenciando os argumentos do autor. Antes de olvidar sua forte base teórica – a obra de Schmitt vem sendo retomada uma vez que se trata de um dos maiores juristas alemães do século passado –, é necessário compreender a construção lógica de seu raciocínio.

Para o devido tratamento ao tema, será abordada a forma de ser da política em Carl Schmitt e o que ele entende por Constituição. Enunciar estas minúcias de seu pensamento permitem compreender devidamente as razões que o faziam crer na figura do Presidente do Reich como a função hábil para a guarda da Constituição. Em seguida, abordar-se-á o artigo de Hans Kelsen *Quem Deve Ser o Guardião da Constituição?*, em que o jurista austríaco rebate os argumentos schmittianos e defende a manutenção de

¹ Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo. Presidente do Conselho Fundador da Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst. Professor de Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, campus de Curitiba. Advogado. E-mail: pansieri@pansierikozikoski.com.

Tribunais Constitucionais como modelo mais adequado à guarda do texto constitucional.

1. A POLÍTICA E O CRITÉRIO AMIGO-INIMIGO

A concepção tradicional que forjou as instituições políticas ocidentais no pós-guerra reservou espaço significativo à função judiciária, sobretudo após a ascensão da Constituição como documento normativo basilar do Estado. Ato contínuo, a atribuição da “guarda” interpretativa ao Poder Judiciário promoveu o desenvolvimento de uma extensa e progressiva jurisdição constitucional. Assim, é cada vez mais considerável o espaço que os Tribunais Constitucionais vêm adquirindo na resolução dos conflitos normativos cotidianos que não admitem subsunção, o que afasta os critérios tradicionais na resolução das antinomias (critério hierárquico, temporal e especial). Mas, não estaria a Corte atuando politicamente a partir do momento que se estabelecem escolhas para os quais não há uma norma disciplinadora subsumível como ocorre com a colisão de princípios constitucionais?

Este aspecto básico da discussão foi trabalhado por Carl Schmitt ainda antes da discussão específica sobre o guardião da constituição. No livro *O conceito do político*, Schmitt indaga a possibilidade de as Cortes atuarem politicamente na hipótese de resguardo judicial da Constituição. Mas neste caso, o que ele entende por política? Para o autor, o papel da política é fundamental e imprescindível a qualquer análise jurídica, sendo impensável distanciar estes dois universos em virtude de a Constituição ser produto de uma decisão política.

Tal pressuposto é indicado já na primeira frase do livro: “O conceito de Estado pressupõe o conceito de político” (SCHMITT, 2009, p. 19). Não obstante, Schmitt adverte que o objeto de estudo de juristas e cientistas políticos divididos em categorias tradicionais como o Estado, o povo e a soberania, demandam uma análise política inicial para depois se entrelaçar com as noções jurídicas. Neste caso, portanto, a ordem dos fatores altera em o produto final em demasia. Segundo sua crítica, não havia muitos

estudos que buscavam uma definição autônoma do conceito de político e, quando elas existiam, raramente abordavam a temática do modo como ele considerava a mais escoreita.

Considerando o grande debate sobre o guardião da Constituição e seus maiores protagonistas, ou seja, Hans Kelsen e o próprio Carl Schmitt, é impreterível mencionar que há uma diferença elementar em suas teorias sobre o positivismo: Kelsen desenvolvia um positivismo normativista, cujo intuito era estabelecer a ciência jurídica; Schmitt, por outro lado, filiava-se a uma noção sociológica do positivismo, segundo observação de Konrad Hesse, buscando compreender o componente decisório imiscuído no jurídico. Com isto, suas abordagens são antitéticas: Kelsen se afasta do mundo para enunciar o seu sistema jurídico enquanto Schmitt afasta o jurídico do mundo para antes apreender as relações humanas e sociais.

Partindo desta introdução, que tem como condão antecipar ao seu leitor que não há conceitos bem delimitados sobre o tema, Carl Schmitt inicia o processo de elucidação do que considera como *político*. Para ele, a análise mais tautológica desenvolvida ao longo dos séculos pelos pensadores políticos ocorreu sobre a métrica de conceitos antagônicos (política e economia, política e direito, política e governo). Dificilmente, no entanto, estas ambivalências serviriam como um conceito para a análise do político, sendo tão somente critérios para a aferição de algumas de suas condições de desenvolvimento. Nem ele mesmo apresenta uma definição sobre o político: seu intuito é fincar os alicerces de sua compreensão em um solo mais adequado. Em igual medida, Schmitt denuncia que o conceito de político encontrou sentido somente na figura do Estado. Em outras palavras, a discussão política só adquire significado quando sua compreensão se lastreia ao âmbito público, percepção equivocada segundo sua teoria².

Assim, estes dois critérios se tornaram comuns na metodologia analítica do político: conceitos ambivalentes lastreados ao Estado. Como Schmitt não apresenta um conceito sobre o *político*, acreditava que poderia ser compreendido a partir da ideia do

² A discussão sobre o que é o político será levada a cabo ao longo de todo este texto.

não-político (instituições sociais, como a igreja, a escola e a família). Entretanto, o autor admoesta que esta percepção desenvolvida perdeu sua vitalidade quando o Estado democrático do século XX deixou de se guiar pelo liberalismo tradicional, aglutinando as esferas não-políticas. Ao paulatinamente perder este *status*, o não-político passou a incorporar o rol de assuntos nas quais o Estado deveria atuar. Este movimento marca o avanço da constitucionalização ocorrida nestes segmentos, cujo apogeu foi o *Welfare State*. Com isto, quebrantaram-se as sólidas barreiras analíticas liberais, ampliando-se a influência do Estado e, por conseguinte, do seu elemento político inerente.

Se tais noções são todas equivocadas, qual o pressuposto lógico que deve fundamentar ao menos um princípio significativo do político? Nos termos de Carl Schmitt, “político é, em todo caso, sempre o agrupamento que se orienta pelo caso crítico”. Esta resposta enigmática indica, no bojo de sua obra, a relação “amigo-inimigo”. A essência buscada pelo jurista no cotejo destes elementos é a *oposição*. Em outras palavras, Schmitt não quer explicar o fenômeno político a partir do simples estabelecimento de relações antitéticas, mas vislumbrar seu aparecimento sob a forma de uma oposição que envolve pontos de vista distintos. Esta categoria opositiva é o instrumental necessário e basilar para se compreender o político. Em seus termos, “a diferenciação entre amigo e inimigo tem o propósito de caracterizar o extremo grau de intensidade de uma união ou separação, de uma associação ou desassociação” (SCHMITT, 2009, p. 41 e 28).

Extraíndo o aspecto romântico que possa conduzir a falsas interpretações, a noção de inimigo expressa um embate entre pessoas ou grupos, elemento residual da vida em qualquer sociedade pela necessidade de harmonizar os diferentes pontos de vista de cada pessoa. Quando dois pontos de vista se opõem, forma-se imediatamente um “inimigo” uma vez que se constitui uma arena de debate em torno da questão³.

³ E continua o autor: “O inimigo não precisa ser moralmente mau, não precisa ser esteticamente feio; ele não tem de se apresentar como concorrente econômico e, talvez, pode até mesmo parecer vantajoso fazer negócios com ele. Ele é precisamente o *outro*, o desconhecido e, para a sua essência, basta que ele seja em um sentido especialmente intenso, existencialmente algo diferente e desconhecido, de modo que, em caso extremo, sejam possíveis conflitos com ele, os quais não podem ser decididos nem através de uma normalização geral empreendida antecipadamente, nem através da sentença de um terceiro “não envolvido” e, destarte, “imparcial” (SCHMITT, 2009, p. 28). Com isto, Carl Schmitt quer dizer que estes conceitos precisam ser tomados em si, longe de correlações morais, estéticas, sociais

[...] inimigo não é o concorrente ou adversário em geral. Tampouco é inimigo o adversário privado a quem se odeia por sentimentos de antipatia. Inimigo é apenas um conjunto de pessoas em combate ao menos eventualmente, isto é, segundo a possibilidade real e que se defronta com um conjunto idêntico (SCHMITT, 2009, p. 30).

A partir desta ótica elementar, que retira da relação amigo-inimigo todo o seu caráter metafórico, a política existe em função do combate intra e extra-estatal. Em outras palavras, segundo os termos do autor, em um mundo absolutamente pacífico, ou seja, desprovido de embates ou oposições, Carl Schmitt acredita que o fator político restaria inexistente⁴. Lembrando as nuances do pensamento deste jurista, que se filia a uma corrente de pensamento mais afeita ao aspecto sociológico, por detrás de qualquer embate em qualquer cenário da vida humana – como religiosa ou familiar, pública ou econômica –, a política se faz existente somente pelo fato de estarem presentes argumentos suficientes para que pessoas estabeleçam um combate.

Um embate de ideias só faz sentido quando há argumentos consideráveis e a política desponta entre as pessoas quando elas se vinculam a diferentes pontos de vista e lutam para que o seu próprio seja vitorioso. Para tornar mais clara a questão, suponha-se o embate entre religiões. A oposição material de dois grupos religiosos se pauta em elementos de suas teologias próprias. No entanto, para o autor, fundamentalmente há uma relação política quando os argumentos são robustos o bastante para arregimentar pessoas. Portanto, a leitura schmittiana que relaciona política e combate pela ótica do critério amigo-inimigo deve ser tida em seu contexto próprio.

Duas características sobressalentes são indicadas para completar a noção desta noção de política. As representações, palavras e conceitos políticos possuem um sentido *polêmico*, ou seja, em último grau se referem a uma relação *concreta* de amigo-inimigo (por exemplo, quem deve ser vencido, quem deve ser combatido, quais ideais devem ser refutados), sob pena de se perder o significado dos triviais conceitos políticos (como

ou até mesmo econômicas. Assim, uma visão sobre o inimigo não deve estar presa a noções de concorrente ou adversário que comumente foram desenvolvidas com o passar do tempo.

⁴ Schmitt não está falando aqui apenas de combate físico, mas também intelectual. Quando ele aduz para um mundo absolutamente pacífico, também está se referindo a um mundo no qual as pessoas não lutam em prol de seus pontos de vista.

Estado, república, sociedade, classes, soberania, Estado de direito, absolutismo, ditadura, Estado neutro ou total, entre tantos outros possíveis).

Além disto, na polêmica intra-estatal cotidiana, a palavra política incorporada à dinâmica do Estado também teve seu significado relacionado a *político-partidário*. É certo que pode representar parte da ideia de político, uma vez que os partidos incorporam a noção de amigo-inimigo, mas necessariamente não representa o conceito como um todo. Para além da relação amigo-inimigo, Schmitt denunciava, ainda na primeira metade do século passado, a falta do embate existente entre os partidos e o seu interesse maior em preencher cargos e angariar benefícios. Tendo estes propósitos, obviamente, os partidos não estariam perto de serem caracterizados como representantes políticos da população na acepção schmittiana do termo.

Para finalizar esta noção de Carl Schmitt, um adendo se mostra importante: Carl Schmitt foi um crítico voraz das principais teses liberais. Deste modo, a crítica ao sistema representativo-partidário se insere neste contexto, que envolve as transformações sociais perpetradas pelo liberalismo. Em uma das suas muitas críticas ao pensamento liberal, Schmitt argumenta que tendo o seu ideal centrado no individualismo e na propriedade privada, esta corrente de pensamento: i) deliberadamente desconsiderou o Estado; ii) de modo menos evidente, desconsiderou a política ao desnaturar a esfera pública e a sua relação amigo-inimigo⁵. Em suma, os verdadeiros embates foram reduzidos à busca por benefícios pessoais, readequando as instituições políticas a partir desta sistemática burguesa. Foi a vitória do público sobre o privado.

⁵ Ideologicamente, o liberalismo se aliou à ética e a economia, tendo como resultado a conversão das principais noções políticas: “o conceito político de *luta* no pensamento liberal se converte, no lado econômico, em *concorrência*, enquanto no outro lado, o lado “espiritual” se converte em discussão; no lugar de uma clara diferenciação entre ambos os *status* distintos de “guerra” e “paz” surge a dinâmica da eterna concorrência e da eterna discussão. O Estado converte-se em sociedade, e, mais precisamente pelo lado ético-espiritual, em uma concepção ideológico-humanitária da *humanidade*; pelo outro lado, em uma unidade técnico-econômica de um sistema de produção e circulação uniforme. A *vontade*, totalmente natural e existente na situação de combate, de repelir o inimigo se transforma em um *ideal* ou *programa social* racionalmente construído, em uma tendência ou em um cálculo econômico. Do *povo* politicamente unido faz-se, por um lado, o público interessado na cultura; por outro, em parte um *corpo de funcionários* e *trabalhadores de uma empresa*, em parte *massa de consumidores*. O *domínio* e o *poder* vêm-se alterados, no pólo espiritual, em *propaganda* e *sugestão em massa*; no pólo econômico, em *controle* (SCHMITT, 2009, p. 77-78).

2. AS QUATRO ESPÉCIES DE CONSTITUIÇÃO

Consoante se afirmou anteriormente, qualquer apresentação do pensamento de Carl Schmitt demanda uma análise sobre a sua concepção de política não associada diretamente ao Estado. A política se caracteriza como um pluriverso de infindas relações entre amigo-inimigo: a criação do Estado ocorre sobre este mesmo referencial e o conteúdo do texto constitucional expressa esta dinâmica. Em *Teoria da Constituição*, obra não traduzida para a língua portuguesa, Schmitt (1996, p. 29-62) aponta quatro conceitos distintos de Constituição: absoluto, relativo, positivo e ideal. Em todas estas noções, o autor denota algumas nuances de seu pensamento, em especial, ressaltar a vontade política que subjaz ao conceito de Constituição positiva, aspecto que ficou esmaecido no direito constitucional.

Neste sentido, a constituição absoluta possui dois significados gerais: i) guarda relação com a natureza da formação constitutiva de uma ordem jurídica e política, que pode ser a do Estado, ou ainda, ii) representa um sistema de normas na qual a Constituição possui um status distinto de todas as demais. Neste caso, demanda-se que as normas sejam produzidas de acordo com um padrão preestabelecido direcionadas ao texto constitucional, cuja validade é atrelada ao poder constituinte originário, isto é, a vontade popular. Oportuno verificar que no primeiro caso, constituição é o modo de ser do Estado; já no segundo, a Constituição é o próprio Estado, isto é, encarna-o e lhe atribui um início.

O segundo sentido de Constituição é o relativo, cujo foco analítico não parte de um texto unitário, mas de um conjunto de leis constitucionais esparsas e particulares. Schmitt se vale na noção relativa de um conceito constitucional formal, plasmado nas Constituições escritas. O fato de tais normas estarem escritas garante um controle preventivo mais adequado ao evitar modificações indesejadas ou fora do padrão estabelecido. Neste caso, a preocupação de Schmitt é com a forma jurídica que garante o status de norma constitucional a alguma disposições. Por qual motivo as normas constitucionais são superiores aos demais ordenamentos? Este privilégio é alcançado

quando a norma é emanada de uma autoridade específica, além de poder se conjugar todas as normas de igual natureza pelas regras de sua criação e conteúdo. Além disso, é intrínseco a esta noção formal de Constituição que a alteração das normas constitucionais se dêem por um procedimento especial, isto é, mais difícil de modo a aumentar a sua “força legal” pela maior duração e estabilidade do texto.

Ou seja, a criação e alteração da norma constitucional é mais rigorosa do que a legislação ordinária. Deste modo, dada a noção de rigidez da Constituição formal aduzida por Schmitt, formalmente as leis constitucionais inglesas não poderiam ser qualificadas como Constituição. Em síntese (SCHMITT, 1996, p. 41):

La pretendida determinación formal del concepto: Constitución en sentido formal = Constitución escrita, no enuncia hoy otra cosa que: Constitución = una serie de leyes constitucionales escritas. Más allá del concepto de *ley* constitucional, se pierde el concepto de Constitución. Con ello, nada de específico se gana para la determinación del concepto de Constitución. Aquel pretendido concepto formal ha llevado tan sólo a relativizar el concepto de Constitución, es decir, a hacer de la Constitución, entendida como unidad cerrada, una multitud de prescripciones legales externamente caracterizadas, que se designan como ‘leyes constitucionales’. Con esto, surge el problema, más amplio, de la otra característica formal de la ley constitucional: el problema de la mayor dificultad en la reforma.

O terceiro conceito de Constituição é o positivo, o mais expressivo por emanar uma concepção política característica do pensamento de Schmitt, é aquele em que se ressalta o aspecto político. Neste ponto, adquire relevo a distinção clara e necessária entre lei constitucional e Constituição⁶. A Constituição é resultado de um ato o poder constituinte, cujo desiderato constitui a forma e o modo da unidade política *já existente*. Assim, Schmitt rejeita que a Constituição cria do nada uma unidade jurídica, mas se funda sobre um ato constituinte que sempre pode ser demandado. O autor não está tratando de uma Assembleia Constituinte competente para a criação de uma Constituição, mas a fonte de poder na qual se legitima a própria criação da Assembleia, para utilizar do exemplo citado. Assim, a Constituição em sentido positivo contém apenas algumas determinações que

⁶ *Sólo es posible un concepto de Constitución cuando se distinguen Constitución y ley constitucional* (SCHMITT, 1996, p. 45)

estruturam a unidade política, mas que sempre são passíveis de mudança. O fundamental é o ato da vontade constituinte, verdadeiro alicerce da ordem jurídica constitucional e pressuposto da Constituição.

Qual a diferença entre Constituição e leis constitucionais? A essência da Constituição não está contida em nenhuma norma, mas se reveste de uma decisão política fundamental. Nas palavras de Carl Schmitt, *“en el fondo de toda normación reside una decisión política del titular del poder constituyente, es decir, del Pueblo en la Democracia y del Monarca en la Monarquía auténtica”* (SCHMITT, 1996, p. 47). Deste modo, o caráter fundamental da Constituição é político antes de jurídico: constitui-se de uma vontade⁷ (poder constituinte originário) que se expressa por leis constitucionais jurídicas (as normas da Constituição em si).

Para facilitar a compreensão, Schmitt lista algumas diferenças práticas entre a Constituição e as leis constitucionais. De modo geral e sintetizado, reformam-se as leis constitucionais, mas jamais a Constituição como um todo; algumas leis podem ser tangíveis durante o estado de defesa, por exemplo, o que não ocorre com a Constituição de modo geral, sob pena de se quebrantar a ordem jurídica e a decisão política que a legitima; uma eventual traição aos seus preceitos ataca diretamente a Constituição, não a todas as suas normas; os direitos fundamentais são garantias constitucionais em si e somente a sua regulação demanda de leis; um conflito constitucional afeta a Constituição como decisão política fundamental, não a todas as suas leis; e ainda, derogada a Constituição, ela perderá sua validade, ao contrário de algumas normas constitucionais que podem continuar sendo válidas (fenômeno conhecido no direito constitucional como desconstitucionalização). O caráter político de Constituição, portanto, é muito evidente para o autor e o principal fundamento da ordem jurídica.

O quarto e último conceito de Constituição é o ideal. Por ideal, Schmitt considera ser o texto paradigma em prol de alguma luta social, como ocorreu com a burguesia liberal quando buscava o rompimento da ordem monárquica para o estabelecimento do

⁷ Imperioso destacar que não há qualquer relação com a vontade de Constituição, de Konrad Hesse.

Estado moderno. Neste sentido, a Constituição ideal reflete um modelo abstrato presente que tem a função de guia para um projeto futuro. Os exemplos mais notórios de documentos que estabeleceram um padrão a ser seguido são a Constituição dos Estados Unidos de 1787 e a Declaração dos direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Todos os textos constitucionais influenciados pelo liberalismo, de modo geral, possuem germens ideais: Schmitt enumera, ao menos, a defesa dos direitos fundamentais de primeira dimensão (garantia da liberdade burguesa) e a separação de poderes.

Deste modo, Schmitt vislumbra o poder constituinte como o elemento mais forte em um texto constitucional: a parte jurídica é consequência deste ato de vontade inicial. Este elemento é determinante para a análise do guardião da Constituição na qual Schmitt estabeleceu um embate intelectual com Hans Kelsen. A função de proteção da Constituição é jurídica ou política? Por conseguinte, deve ser desempenhada por uma Corte ou pelo Presidente do Reich? Estas são algumas indagações que perpassam a discussão.

3. O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO E A OPOSIÇÃO SCHMITTIANA À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

O argumento fundamental de Carl Schmitt é o de que a guarda da Constituição, cuja função é lhe interpretar e fornecer uma palavra final no caso de um conflito que envolva suas normas, possui natureza eminentemente política, que não pode ser desempenhada por um órgão judicial. Kelsen, ao contrário, acreditava ser mais salutar para o sistema o estabelecimento de um Tribunal especializado em temas constitucionais, em virtude de serem atividades jurídicas a interpretação da Constituição.

Os autores dispunham de ideologias distintas e isto fica claro ao longo de seus debates: segundo Schmitt, o pensamento positivista de Kelsen estava imerso na tese liberal, que visava tão somente a guarda dos ideais de liberdade da burguesia. Contrário ao ideal da liberdade acima de todos os demais, para ele a igualdade é o verdadeiro

princípio regente da ordem democrática.

Neste sentido, o grande paradigma de guardião judicial da Constituição era, na época de Schmitt, e ainda é a Suprema Corte dos Estados Unidos, uma espécie de “mito” para alguns juristas alemães, nas palavras do autor. Segundo sua interpretação, a diferença entre os Estados Unidos e a Alemanha é a de que o primeiro país se caracterizava como um “Estado judicial” baseado no *judicial review*, ou seja, todos os temas que tinham alguma relação com a norma constitucional poderiam ser objeto de controle judicial. Por sua vez, tal artifício na Alemanha possuía importância menos expressiva⁸.

A principal característica da Suprema Corte norte-americana que Carl Schmitt se opunha era a declaração de uma lei como não-aplicável a partir de um fundamento não-legal. Em outras palavras, não existindo a subsunção, a Corte baseava sua decisão em “pontos de vista básicos e princípios gerais, os quais só podem ser abusivamente qualificados de ‘normas’”, o que ele tinha como inadequado (SCHMITT, 2007, p. 21). Na visão do autor, esta é uma questão bastante delicada. Os conflitos que emergem da colisão de normas jurídicas para a resolução de um caso concreto pelo juiz devem se pautar na subsunção correspondente ao tipo do caso concreto, que pode ser calculado e mensurado.

Esta argumentação vem à tona graças a um precedente do Tribunal do Reich (decisão de 4 de novembro de 1925), na qual se consignou que o magistrado poderia negar a aplicação de lei ordinária que violasse preceito constitucional mesmo estando subordinado a decidir segundo a legislação vigente. No entanto, o caráter modesto da revisão judicial na Alemanha conduzia Schmitt a não conferir a competência de abjuração da validade normativa a um juiz, e sim tão somente permitir que ele não

⁸ Segundo observação de Schmitt, “deve-se dizer basicamente que o direito de exame judicial, por si só, apenas torna os tribunais sentenciadores guardiões da Constituição em um Estado judicial que subordina a totalidade da vida pública ao controle dos tribunais ordinários e só quando, por *Constituição*, forem entendidos, sobretudo, os *direitos fundamentais* do Estado de Direito civil, *liberdade pessoal e propriedade privada*, os quais devem ser protegidos contra o Estado pelos tribunais ordinários, isto é, contra a legislação, governo e administração” (SCHMITT, 2007, p. 22).

aplicasse aquela determinada lei ao caso concreto pela impossibilidade de subsunção. Em outras palavras: não havendo norma que contemplasse o caso *sub judice*, o Judiciário não poderia proferir decisão.

Uma consequência importante está inscrita na visão de Carl Schmitt: se o juiz não é independente para julgar quando a norma não dispõe explicitamente de uma solução um caso, certamente o Judiciário não deveria ser o guarda da Constituição. Esta função, na compreensão de Carl Schmitt, é política e não jurídica. A única hipótese em que o autor consigna o Judiciário como guarda da Constituição seria no caso de um deliberado ataque ao conteúdo constitucional que garante a própria independência judicial e as prerrogativas da magistratura. Neste caso, o Judiciário guardaria a Constituição contra violações às suas próprias prerrogativas, uma “autoproteção dos tribunais contra intervenções não-autorizadas dos outros poderes públicos” (SCHMITT, 2007, p. 26).

Schmitt se preocupava com a “magistratura criadora” ou o que ele denominava “decisionismo”, isto é, conferir a competência do exame judicial à magistratura seria estabelecer uma superioridade do juiz perante o legislador. Para ele, a função judicial possui limites objetivos, que a impediriam de assumir a guarda da Constituição.

Sugere o autor que o argumento que mais relacionava o Judiciário a esta competência era pelo critério da exclusão: no século XIX se fortaleceu o Legislativo para impedir o avanço arbitrário do Executivo e agora o Judiciário era instado a frear o Legislativo. No entanto, Schmitt lembra uma clara distinção entre lei e sentença judicial, na qual “uma lei não é uma sentença judicial; uma sentença judicial não é uma lei e, sim, decisão de um ‘caso’ com ‘base em uma lei’ (SCHMITT, 2007, p. 56).

Deste modo, exigir do Judiciário mais do que subsunção entre normas – na hipótese dele ser utilizado para dissipar eventuais obscuridades interpretativas entre as leis – o transformaria em parecerista em favor de alguma parte interessada. Para tanto, fundado em argumentos formais, poder-se-ia confundir qualquer coisa com norma e, ato contínuo, qualquer norma com a própria Constituição, colocando a decisão soberana constituinte em perigo por aqueles que deveriam lhe proteger. Deste modo, Schmitt

acredita que função judicial deve estar circunscrita ao ato de julgar os casos concretos, não atribuir significado e conceito às normas.

Não sendo o Judiciário a instância mais coerente para a guarda da Constituição, e definitivamente não o podendo ser o Parlamento, já que ele é manancial normativo precípua no arranjo político-institucional do Estado, restava o poder Executivo. Nesta hipótese, Schmitt inscreve como dois caminhos como solução: a de um poder político forte – que poderia se tornar senhor soberano da Constituição – ou um órgão de coordenação localizado ao lado das funções do Estado, de modo a representar estrategicamente um poder neutro. Neste caso, fundado em um pensamento de Benjamin Constant⁹, o jurista alemão estabeleceu no chefe de Estado ou monarca a função de guarda da Constituição.

Oportuno lembrar que o presidencialismo norte-americano foi responsável por conjugar as funções de Chefe do Estado e de Governo, o que não ocorre no parlamentarismo, sistema típico na Europa até então. Schmitt não concebia o Chefe de Estado apenas como um instrumento simbólico: ele é o responsável por conferir a ordem e a durabilidade ao Estado:

A função peculiar do terceiro neutro não consiste em atividade contínua de comando e regulamentar, mas, primeiramente, apenas intermediária, defensora e reguladora, e só é ativa em caso de emergência e, ademais, porque ela não deve concorrer com os outros

⁹ Segundo Schmitt, “na história constitucional do século XX surge, com Benjamin Constant, uma teoria especial do *pouvoir neutre, intermédiaire e régulateur* na luta da burguesia francesa por uma Constituição liberal contra bonapartismo e restauração monárquica. Essa teoria faz parte, essencialmente, da teoria constitucional do Estado civil de direito e não influi apenas sobre as duas constituições, nas quais foi adotada de forma bastante literal. A ele remonta, muito mais, o catálogo, típico para todas as constituições do século XIX, de prerrogativas e poderes do chefe de Estado (monarca ou presidente), todos imaginados como meio e possibilidades de atuação do *pouvoir neutre*, como, por exemplo, inviolabilidade ou, pelo menos, posição privilegiada do chefe de Estado, assinatura e promulgação de leis, direito de indulto, nomeação de ministros e funcionários públicos, dissolução da câmara eleita [...]. Tanto do ponto de vista constitucional quanto da teoria do Estado, a teoria é de maior interesse. Ela baseia-se em uma instituição política que reconhece claramente no Estado constitucional a posição do rei ou do presidente de Estado” (SCHMITT, 2007, p. 195-196). Em *Quem deve ser o Guardião da Constituição*, obra que será abordada na seqüência, Hans Kelsen aduz que Schmitt subverte a teoria de Benjamin Constant ao lhe aplicar em uma república democrática, o que seria inadequado: “quando Constant afirma que o monarca seria o detentor de um poder *neutro*, apóia essa tese essencialmente na suposição de que o executivo esteja dividido em dois poderes distintos: um passivo e outro ativo, e que o monarca detenha simplesmente o passivo. Somente enquanto “passivo” é que tal poder seria “neutro”. Fica evidente a ficção de se apresentar como meramente “passivo” o poder de um monarca a quem a Constituição confia a representação do Estado no exterior – sobretudo a assinatura de tratados –, a sanção das leis, o comando supremo do exército e da frota, a nomeação de funcionários e juizes, e de outras coisas, e de contrapô-lo enquanto tal ao executivo restante, visto como um poder ativo (KELSEN, 2007, p. 245).

poderes no sentido de uma expansão do próprio poder e também não tem que normalmente estar, em seu exercício, de acordo com a natureza do assunto, discreta e morosa. Apesar disso, ela existe e é indispensável, pelo menos no sistema do Estado de direito com diferenciação dos poderes (SCHMITT, 2007, p. 200).

Por qual motivo a figura do chefe de Estado é indispensável, segundo Carl Schmitt? No bojo desta discussão, o autor lembra dois conceitos comuns ao direito romano, mas esquecidos pela ciência política: *potestas* e *autoritas*. O primeiro denota o poder de comando em si enquanto o segundo resguarda a autoridade. Em uma conjugação moderna e constitucional, seria a relação de competências do governo e do reino. A autoridade em Roma recaía sobre o Senado, que não dispunha de atribuições de comando, salvo em situações de crise. A figura do chefe de Estado, para Schmitt, é um *locus* representativo na maior parte do tempo, mas que tem um poder de garante do Estado como um todo, para além dos governos. É a estabilidade em detrimento ao movimento fugaz dos governantes e suas administrações. Assim, não estando diretamente envolvido com questões governamentais (legislativas ou de administração), o Presidente do Reich alemão deveria assumir a competência para a guarda da Constituição, já que ela é a manifestação da vontade política do poder constituinte para a manutenção de uma instituição duradoura.

Ao invés de um colegiado de juízes de carreira, o Chefe de Estado, com sua independência e a função estratégica de seu cargo, deveria deter a competência de guarda constitucional. A independência judicial, no caso, é estabelecida para que o magistrado se vincule a lei e julgue os casos concretos com imparcialidade; é uma independência processual, enquanto a Constituição possui natureza política. Por conta disto, o autor duvidava de que o Judiciário seria a instância escoreita em sua defesa.

A independência judicial é tão-somente o outro lado da vinculação judicial à lei e, nesse ponto, apolítica. Mas, de resto, é de grande importância que tanto a independência do funcionário de carreira quanto a independência do deputado parlamentar e, por fim, também a posição do chefe de Estado, protegida por uma difícil revogabilidade e por privilégios especiais, estejam estritamente ligadas com a idéia do *todo da unidade* política. [...] O Presidente do Reich encontra-se no centro de todo um sistema de neutralidade e independência político-partidárias (SCHMITT, 2007, p. 231-232).

Deste modo, o fato de o Presidente do Reich ter sua legitimidade derivada das eleições serve como um reforço, mas não é o determinante na teoria de Carl Schmitt para a escolha do guardião da Constituição. O mais importante é a posição política estratégica de independência e neutralidade que ele exerce no centro da estrutura constitucional: sendo seus poderes políticos perante as instancias legislativas não-vinculativas, mas antes, apelos ao povo, Schmitt considerava que o Presidente seria o vínculo direto, sem mediação, entre o Estado e o poder constituinte, a vontade popular que fundamenta a própria Constituição.

4. QUEM DEVE SER O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO? A RESPOSTA DE HANS KELSEN A CARL SCHMITT

Os apontamentos feitos por Carl Schmitt adquiriram relevância com o julgamento do caso Prússia contra Reich, em outubro de 1925. A Corte do Estado declinou de sua competência em tratar dos limites de atuação dos chefes do Executivo – Presidente do Reich e Chanceler. A elevada conta histórica prova que pautado o Estado democrático pode vir abaixo mesmo se pautando na estrita legalidade e constitucionalidade. O desfecho é bem conhecido: Hitler acende ao poder como Chanceler e se torna Führer quando incorpora a função de Chefe de Estado. Alguns anos depois, anexa a Áustria de Hans Kelsen.

No entanto, entrementes a tais acontecimentos e poucos anos depois da publicação da versão original de *O Guardiã da Constituição*, Hans Kelsen apresenta uma resposta à Schmitt analisando os seus principais argumentos. Kelsen denuncia Schmitt de subverter a legalidade e eficácia constitucionais ao tentar resgatar a ideologia dos *princípios monárquicos*: diante da redução dos poderes da monarquia ante a ascensão do ideal republicano após a Revolução Alemã constituinte da República de Weimar (1919-1933), Schmitt estaria tentando manter vivas as prerrogativas desta tradição. Neste sentido, a teoria de Schmitt, na qual o Presidente do Reich seria uma terceira instância, neutra e independente do antagonismo entre Parlamento e governo, confrontava

diretamente com toda a sistemática do pensamento kelseniano.

Segundo o jurista austríaco, em qualquer monarquia constitucional há uma natural preponderância do governo sobre o Parlamento, o que leva a crer que legar ao Chefe de Estado a guarda da Constituição em detrimento da jurisdição constitucional seria apenas um retorno a um passado de abuso do poder Executivo que se buscou ultrapassar com o constitucionalismo. “Como poderia o monarca”, indaga Kelsen, “detentor de grande parcela ou mesmo todo o poder do Estado, ser instância neutra em relação ao exercício de tal poder, e a única com vocação para o controle de sua constitucionalidade?”.

Assim:

Se algo é indubitável é que nenhuma instância é tão pouco idônea para tal função quanto justamente aquela a quem se confia – na totalidade ou em parte – o exercício do poder e que portanto possui, primordialmente, a oportunidade jurídica e o estímulo político para vulnerá-la (KELSEN, 2007, p. 240).

No afã de se contrapor à jurisdição constitucional, Kelsen denuncia Schmitt de tentar restabelecer um regime monárquico ultrapassado, lembrando que, em seu ponto de vista, os tribunais alemães já figuravam como guardiões da Constituição quando não aplicavam ao caso concreto uma legislação inconstitucional. Isto seria uma aplicação prática da questão, mesmo que não se concedesse a uma Corte o “altissonante título de ‘Guardião da Constituição’”.

Ao longo de sua exposição, Kelsen busca desmistificar a noção de que os Tribunais e os juízes não fazem política. Em outras palavras, de que a atividade jurisdicional é contraditória à função política. Para Kelsen, política é um exercício de poder. Não obstante, o poder está presente em todas as funções estatais. O ato de decidir, presente no dispositivo de uma sentença judicial, é um cristalino ato de poder: quando o magistrado colhe e analisa provas e por fim julga, decidindo pela aplicação de uma lei em detrimento de outra, está fazendo política. Na avaliação do autor, a política judicial é conferida pelo legislativo: o legislador confere poder ao magistrado quando, dentro dos parâmetros preestabelecidos, autoriza-o a avaliar interesses contraditórios entre si e decidir em favor de uma das partes – obviamente não é uma decisão pautada apenas em

sua própria consciência, mas lastreada a provas e à legislação.

Veja que os autores possuem visões distintas no que tange à criação das leis. Para Schmitt a atividade hermenêutica do juiz é restrita ao conteúdo da lei, na medida em que não deve julgar um caso concreto caso não seja possível extrair todos os elementos da própria legislação. Para Kelsen, todavia, a atividade política do juiz consiste exatamente na escolha de qual legislação se adéqua ao caso *sub judice*. Neste sentido, “todo conflito jurídico é na verdade um conflito de interesses ou de poder, e portanto toda controvérsia jurídica é uma controvérsia política” (KELSEN, 2007, p. 251-252). Trata-se, em termos mais claros, de uma função criadora do direito nas mãos dos juízes.

Em sua obra mais conhecida, *A Teoria Pura do Direito*, Kelsen (200b, p. 277-281) aponta muito claramente o aspecto legiferante por parte dos tribunais ao lembrar que o precedente funciona como um guia hermenêutico para casos idênticos ou que são muito próximos entre si. No caso dos Tribunais superiores, os precedentes podem estabelecer inclusive regras gerais para o julgamento de determinadas questões. O autor lembra que a morosidade e a resistência ínsita ao processo legislativo nos regimes democráticos – no caso ele tratava das democracias parlamentares – é a principal causa legitimadora para o reconhecimento da função criadora do direito, dada a grande quantidade de questões a serem decididas pelos Tribunais que estão aquém da legislação.

Kelsen aduz que as tentativas de Schmitt em deslegitimar a jurisdição constitucional o levaram a aceitar teses que já estavam ultrapassadas. O maior exemplo é a da subsunção, na qual a decisão judicial está contida na lei e o juiz deve lhe deduzir em uma operação lógica. Em outras palavras, a leitura da jurisdição como automatismo judicial. Pelo raciocínio schmittiano, se a aferição da constitucionalidade de uma lei não é tarefa da jurisdição, logo não deve ser confiada a juízes e sim ao Presidente do Reich, aquela instância neutra e independente apregoada por Schmitt. Caso confiada aos magistrados, haveria uma transferência de poder do Legislativo ao Judiciário, já que a tarefa de interpretar se confunde com a tarefa de criação do direito.

Além disso, Kelsen ironiza o fato de Schmitt ter extraído a legitimidade do

Presidente do Reich para assumir a função da guarda constitucional pela ficção da representação democrática. Em outras palavras, de que a Constituição foi proclamada em nome do povo alemão, logo este mesmo povo referendaria o Chefe do Executivo a assumir aquela função. Kelsen está aqui criticando o fator de legitimidade eleitoral que Schmitt tentou atrelar ao Presidente do Reich de modo a configurar sua figura como mais “democrática”.

A eleição do Chefe de Estado, que se dá inevitavelmente sob a alta pressão de ações político-partidária, pode ser um método democrático de nomeação, mas não lhe garante particularmente a independência. Concluir – a partir do fato de que o chefe de Estado é eleito pelo povo, isto é, na verdade nomeado por uma maioria, por vezes mesmo por uma minoria do povo em luta com outros grupos – que ele expressará a vontade geral do povo unitário é portanto discutível, não apenas porque tal vontade geral não existe, mas também porque justamente a eleição não representa nenhuma garantia para uma função do chefe de Estado, de equilibrar interesses em conflito. [...] Enxergar na eleição uma garantia de independência, como faz Schmitt, só é mesmo possível se fecharmos os olhos para a realidade (KELSEN, 2007, p. 283).

De modo distinto a Schmitt, portanto, que enxergava no parlamento e no governo os maiores violadores da Constituição, com exceção absoluta do Chefe de Estado, Kelsen nutria profunda preocupação em sua capacidade de guarnecer o Estado constitucional ao lhe confiar tão importante função. A criação de uma Corte conferiria a juridicidade necessária para a guarda do texto constitucional. Em outros termos, para que a interpretação da legislação tivesse por base a Constituição, em sua doutrina do escalonamento de normas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a Segunda Guerra e principalmente os julgamentos do generais nazistas, os juristas renegaram o modelo de Carl Schmitt, e sua obra caiu no esquecimento por várias décadas. Com isto, o modelo kelseniano de guardião judicial da Constituição adquiriu relevância, passando a incorporar a estrutura judiciária da maioria dos países ocidentais, tornando-se regra a jurisdição constitucional.

Embora realmente Carl Schmitt tenha legitimado Adolf Hitler como Führer, trata-se de um dos grandes juristas do século XX cuja obra merece uma atenção especial. No que tange a discussão sobre a guarda da Constituição, parece restar pacificada a questão de que não deve competir ao Chefe de Estado esta função, ainda que a doutrina norte-americana (Jeremy Waldron, Mark Tushnet, Cass Sunstein, entre outros) tenha ressaltado inúmeras críticas ao modelo do judicial review nas últimas décadas.

Por estar relacionado à proteção de direitos fundamentais, em especial de minorias, a discussão sobre os limites da jurisdição constitucional é sempre atual e intensa. Certamente, este debate, iniciado com Schmitt e Kelsen, ainda se revelará profícuo por tempo indeterminado, ao menos enquanto o constitucionalismo democrático mostrar sua vitalidade em face de outros modelos.

REFERÊNCIAS DA FONTES CITADAS

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000b.

SCHMITT, Carl. **O Conceito de Político / Teoria do Partisan**. Belo Horizonte, Del Rey, 2009.

_____, Carl. **O Guardiã da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____, Carl. **Teoría de La Constitución**. Madri: Alianza Editorial, 1996.

O MODELO DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E O NOVO CONSTITUCIONALISMO NA AMÉRICA LATINA

Karen Beltrame Becker Fritz¹

Liton Lanes Pilau Sobrinho²

INTRODUÇÃO

Recentemente, o capitalismo vem provocando modificações de ordem econômica e social que estão levando à reestruturação do padrão de produção e acumulação. Essa nova ordem é atribuída, por alguns autores, a fatores como a crise do pós-Keynesianismo e a emergência de um período liberalizante, e, por outros, aos processos de estruturação histórica e produtiva das nações e suas particularidades. Há, ainda, uma forte tendência de análises que privilegiam a relação entre as políticas impostas pelos países desenvolvidos aos países em desenvolvimento. Independentemente dos instrumentos utilizados para o diagnóstico e a análise da mudança que ocorre, atualmente, vive-se em um sistema conceituado como “*globalizado*” com normas próprias que, muitas vezes, atuam na contramão dos processos democráticos de nações com menor poder político e econômico no cenário mundial.

Nesse contexto, o estudo apresenta o desenvolvimento econômico-financeiro da América Latina, bem como as características das políticas neoliberais³, as imposições e os

¹ Graduada em Ciências Econômicas pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) em 1997 e mestre em Economia Rural pela Ufrgs (2000). Doutora em Desenvolvimento Rural, pelo Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Rural da Faculdade de Ciências Econômicas da UFRGS (2009). Atualmente, é Professora Titular I da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo e faz parte do corpo docente permanente do Programa de Pós-Graduação Mestrado em Direito. Coordenadora da UPF Editora. E-mail: karenfritz@upf.br.

² Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí e professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail: liton@upf.br.

³ Para este estudo o termo “*Políticas Neoliberais*” traduz-se em políticas de cunho econômico efetivadas no final da década de 1970 (iniciando por Thatcher, após Reagan. São políticas como a contração de emissão monetária, o aumento das taxas de juros, a queda de impostos, a retirada de controles financeiros, os programas de privatização),

impactos desse modelo econômico na natureza ao longo do século XX. Para além de concepções utilitaristas e econômicas, como paradigma alternativo, surge o novo constitucionalismo latino-americano, que, sob o impacto da construção de um novo campo do saber, das pesquisas interdisciplinares e do desenvolvimento tecnocientífico acerca do meio ambiente, busca reaproximar o homem e a natureza.

1. O SISTEMA NEOLIBERAL

Inicialmente, apresenta-se a gênese do Neoliberalismo, com base nos esforços de intelectuais no sentido de contestar o sistema vigente, o Keynesianismo, bem como de expor a evolução do sistema neoliberal e suas experiências em diversos países.

Segundo Anderson (1995) o Neoliberalismo nasceu depois da Segunda Guerra Mundial na região da Europa e América do Norte, configurando-se em uma reação contra o sistema do Estado intervencionista e de bem-estar, tendo em Friedrich Hayek seu indutor principal⁴. A partir da década de 1970, após a crise do petróleo, as ideias neoliberais passam, notadamente, a ser consideradas pelas críticas ao sistema sindical e ao movimento operário, o que, na perspectiva do autor, gerou uma combinação entre a queda da taxa de lucro das empresas e a existência de processos inflacionários.

Considera-se que um ponto de partida para o novo sistema, neoliberal, foi dado pela Inglaterra, por intermédio do governo Thatcher, que esteve associado ao governo Reagan nos Estados Unidos, no início da década de 1980 e também ao lado de grande parte dos países do norte da Europa Ocidental⁵.

Nesse ponto, é necessário olhar com cuidado o “receituário” neoliberal colocado em prática, inicialmente, pela Inglaterra em comparação com as formas de inclusão no

que se prolongam até os dias atuais (leia-se a partir do final da década de 1980 com o Consenso de Washington e suas recomendações), apresentando seus impactos na relação entre Estado e Mercados.

⁴ Junto a Hayek estavam Milton Friedman, Karl Popper, Lionel Robbins, Ludwig Von Mises, Walter Eupken, Walter Lipman, Michael Polanyi, Salvador de Madariaga, entre outros e foi fundada a sociedade Mont Pèlerin. Nas palavras do autor: “uma espécie de franco-maçonaria neoliberal, altamente dedicada e organizada, com reuniões internacionais a cada dois anos” (ANDERSON, 1995 p.10).

⁵ Cabe mencionar que o sistema nos Estados Unidos incluía como componente central o anticomunismo (ANDERSON 1995, p.12).

sistema de outras nações. Também se deve discutir se as promessas feitas foram cumpridas. Nas palavras de Anderson:

O modelo Inglês foi, ao mesmo tempo, o pioneiro e o mais puro. Os governos Thatcher contraíram a emissão monetária, elevaram as taxas de juros, baixaram drasticamente os impostos sobre os rendimentos altos, aboliram controles sobre fluxos financeiros, criaram níveis de desemprego massivos, aplastaram greves, impuseram uma nova legislação anti-sindical e cortaram gastos sociais. E finalmente - esta foi uma medida surpreendentemente tardia -, se lançaram num amplo programa de privatização, começando pela habitação pública e passando em seguida a indústrias básicas como o aço, a eletricidade, o petróleo, o gás e a água. Este pacote de medidas é o mais sistemático e ambicioso de todas as experiências neoliberais nesta região do capitalismo avançado (1995, p.12).

Para os Estados Unidos, a vertente principal do neoliberalismo implicou uma corrida armamentista visando à quebra da União Soviética e à aplicação de uma política de redução de impostos, sem apresentar, no entanto, o mínimo respeito à disciplina orçamentária. Na Europa, de modo geral, ocorreu um neoliberalismo mais cauteloso. No Sul, inicialmente, houve certa resistência por parte da França, da Espanha e da Itália, países que, em um segundo momento, viram-se, forçados pelos mercados financeiros, obrigados a realizarem uma política neoliberal. Anderson (1995) é enfático ao tratar de dois pontos. O primeiro diz respeito ao “sucesso” do sistema que foi inegável em relação à queda da inflação, por meio da derrota do movimento sindical, do crescimento das taxas de desemprego e do aumento do grau de desigualdade na economia. Porém o objetivo principal de todas as medidas anteriores, considerado como a “reanimação do capitalismo avançado mundial”, acabou não sendo atingido, ficando em aberta a discussão dos motivos que levaram ao fato de a recuperação dos lucros não ter gerado uma recuperação de investimentos⁶.

Anderson (1995) relata ainda que a América Latina por intermédio do Chile foi uma espécie de piloto para os países do ocidente. No país, foram implementados programas de governo via desregulação, desemprego massivo, repressão sindical, redistribuição de renda em favor dos ricos e privatização de bens públicos associados a um sistema

⁶ O peso do Estado não diminuiu em valores absolutos, e a dívida pública dos países que aderiram ao sistema se ampliou consideravelmente, embora o neoliberalismo tenha tido êxito eleitoral em muitos países e também na queda do comunismo na Europa ocidental e União Soviética, que podem explicar tais fatos (ANDERSON, 1995).

ditatorial e violento a partir do pós-guerra.

Os aspectos apontados demonstram, brevemente, a evolução do sistema neoliberal e os impactos provenientes de sua inserção em diferentes nações. Contudo, considera-se necessário apresentar algumas características do sistema neoliberal, e também a “receita” imposta por Washington aos países da América Latina. Para tanto, o estudo recorre a dois textos. O primeiro texto é “A globalização e seus malefícios” de Joseph Stiglitz (2002) que aborda três pilares do sistema neoliberal: a austeridade fiscal, a privatização e a liberalização de mercados, defendidos pelo autor como as bases das políticas do Consenso de Washington que, por sua vez, será trabalhado na próxima sessão deste estudo. O segundo é a obra “What Washington means by policy reform” de John Williamson (1990). Ainda será exposta a interpretação da crise do estado ou a estratégia social-liberal apresentada por Bresser Pereira. Para o fechamento desta parte é apresentada a visão de Fiori que destaca aspectos “míopes” do novo sistema em relação ao papel do Estado.

1.1 Pilares do neoliberalismo

Stiglitz (2002) inicia seu estudo referenciando políticas de cunho econômico, que visavam a atender aos problemas enfrentados por países da América Latina, notadamente, grandes déficits orçamentários, falta de eficiência governamental, adoção de medidas protecionistas, ineficiência de empresa privadas e inflação descontrolada, apontando que políticas como ajustes fiscais, privatizações e liberdade de comércio, nesses casos, tornavam-se medidas problemáticas por serem políticas com um fim em si mesmas, ao invés de meios de alcance de crescimento sustentável.

O autor destaca, também, que muitas das políticas como a austeridade fiscal exacerbada quando considerada exaustivamente poderia causar recessão e as altas taxas de juros poderiam cercear novos investimentos, ou seja, o FMI, muitas vezes, impunha uma velocidade que tornava os custos demasiadamente altos para os países, os quais

ainda não estavam bem estruturados para suportá-los.

Stiglitz (2002) segmenta sua análise na apresentação de elementos e características pertencentes à privatização, à liberalização, ao papel do investimento estrangeiro e ao sequenciamento e ritmo das reformas. O primeiro elemento tratado, a “privatização”, diz respeito à transformação de indústrias e empresas estatais em empresas privadas, pelo argumento de que as últimas podem desempenhar suas funções com maior eficiência. Nesse sentido, o autor aponta alguns problemas, entre os quais a hipótese de que os mercados se erguem com extrema rapidez para a satisfação de todo o tipo de necessidades, o que não ocorre sempre; o impacto negativo sobre o nível de emprego, ao lado da desconsideração dos custos sociais, normalmente, inexistentes em países em desenvolvimento, nos quais os desempregados não são considerados responsabilidade pública. Além disso, esse teórico aborda a corrupção associada aos processos da privatização, ressaltando a necessidade de um amplo programa que crie novos empregos e estabeleça políticas macroeconômicas, incluindo taxas de juros mais baixas que auxiliam na geração de postos de trabalho.

Outro elemento citado pelo autor é a “liberalização”, definida como: “a remoção da interferência do governo nos mercados financeiros, nos mercados de capitais e nos bancos comerciais” (STIGLITZ, 2002, p.91), o que deveria, supostamente, otimizar a receita de um país. Porém, tais políticas apresentam como impacto imediato a queda de empregos e, muitas vezes, o FMI apresenta programas com altas taxas de juros, de modo que o capital necessário para o crescimento torna-se caro demais. Esse teórico aponta, ainda, outros problemas em relação a esse elemento: a reação de países desenvolvidos, em manterem seus mercados fechados para países em desenvolvimento, os quais abrem seus mercados; a obrigatoriedade de esses países se abrirem diante de sanções ou suspensões de ajuda em tempos de crise; as consequências advindas da recessão e da falta de redes de segurança que amortizem os impactos dessa. O FMI também argumenta a favor da lógica de que os mercados livres, por serem mais eficientes, teriam um crescimento mais rápido.

Um elemento a ser, igualmente, destacado é o papel do investimento estrangeiro, considerado como uma peça fundamental da globalização, pois os outros elementos em conjunto criam um clima para atração de investimentos oriundos do exterior. Como aspectos negativos do investimento estrangeiro, há a destruição dos concorrentes locais, via colocação de produtos a preços mais baixos. Normalmente, ocorre, na ausência de legislação, uma forte destruição da concorrência local e as empresas utilizam poder de monopólio para aumento de preços, ao lado da falta de crescimento, a qual contribui para a ausência de financiamento externo para pequenas e médias empresas. Tais aspectos são somados à pouca sensibilidade dos bancos estrangeiros, aos sinais dos bancos centrais e aos privilégios concedidos pelos governos via falta de geração de crescimento.

Ainda é apresentado o sequenciamento e o ritmo como maior problema do FMI, pela insensibilidade em relação ao contexto social mais amplo, o que força a liberalização antes que redes de segurança sejam instaladas, sem estrutura regulamentar adequada, faltando, muitas vezes, suporte para os países para enfrentarem as mudanças súbitas ligadas ao mercado (STIGLITZ, 2002).

1.2 Instrumentos políticos do Consenso de Washington

A seguir, são expostos os dez princípios do *Consenso de Washington* e uma rápida explicação de cada instrumento, permitindo ao leitor uma visão integral das políticas impostas à América Latina a partir do início da década de 1990 (WILLIAMSON, 1990).

Os princípios apontaram para um conjunto de reformas políticas para os países endividados da América Latina. Alguns interesses estão colocados, dentro dos princípios, como a busca pela inflação baixa, o aumento do crescimento, uma balança favorável de pagamentos e a promoção do bem estar econômico dos países, além de haver um cuidado no que tange a interesses estratégicos e comerciais, a saber:

Déficit Fiscal - Crença na disciplina fiscal e reestabelecimento de orçamentos balanceados.

Prioridade nos gastos públicos – De modo geral, percebe-se no “Consenso” uma preferência pelos gastos com saúde, educação e investimento público. Em casos de subsídios, a preferência é pelo deslocamento destes recursos para as rubricas anteriores.

Reforma tributária – O aumento da tributação se oferece como remédio ao déficit fiscal (embora inferior à redução dos gastos públicos).

Taxa de juros – As taxas de juros devem ser determinadas pelo mercado, a fim de evitarem-se critérios arbitrários, devendo as taxas serem positivas, visando a desencorajar a volatilidade dos capitais, bem como a estimular a poupança.

Taxa de câmbio – Deve ser regulada pelo mercado e sua adequação será julgada com base nos objetivos macroeconômicos, destacando-se, porém, que para o “Consenso”, o importante é que ocorram taxas competitivas.

Política comercial – Liberalização das importações, enquanto a proteção das indústrias domésticas contra a competição externa é considerada como uma distorção nos custos, o que acaba penalizando e empobrecendo a economia doméstica.

Investimento exterior direto – A liberalização para o fluxo de capital não é prioridade, contudo, atitudes que limitem tais entradas são consideradas tolices.

Privatização – Crença de que a empresa privada é superior à pública, o que leva, a partir de 1985, o FMI e o banco mundial a encorajar essa política nos países da América Latina

Desregulamentação – Forma de promover a competição, notadamente, na América latina, devido ao grau de regulação de seus países.

Direitos de propriedade – Percepção de insegurança de direitos de propriedade na América Latina (WILLIAMSON 1990).

1.3. Interpretação da crise do estado

Uma interpretação adicional à crise da América Latina, bem como, a proposta de

um modelo foram estruturadas por Pereira (1995). O autor aponta a crise como oriunda da decisão dos países em persistirem em estratégias de crescimento e em intervenção do Estado, via substituição de importações, ao ponto de tornar-se insustentável, levando tal persistência ao endividamento dos países e à crise fiscal, na medida em que a dívida externa foi, totalmente, estatizada, aumentando o déficit público e reduzindo a poupança pública.

No Consenso de Washington, a crise era definida pela indisciplina fiscal e pela excessiva intervenção estatal e as soluções seriam: o ajuste fiscal e as reformas orientadas para o mercado. Pereira (1995) propõe uma estratégia chamada de interpretação da crise do Estado na qual as reformas seriam direcionadas ou orientadas para o mercado e coordenadas por esse e também pelo Estado. Essa interpretação enxerga que a indisciplina fiscal deverá ser combatida, que o déficit público é o principal problema, mas, também, considera fatores como o excessivo endividamento externo e a poupança pública negativa. A consequência direta disso é a falta de crédito para o Estado, assim, essa proposta reconhece que o estado se tornou muito grande e cabe a esse, após ter sido reformulado, assumir novas e importantes funções de coordenação, devendo as reformas reduzirem-no para um Estado pequeno e forte. Outro apontamento feito pelo autor é a necessidade de haver um Estado sadio e a proposta social-liberal, na óptica desse pensador, deve ser vista como uma alternativa ao Consenso de Washington.

Fiori (1994) em análise da relação do papel do Estado no ambiente neoliberal, ao abordar as novas relações entre Estado e Mercado, alerta para as diferentes dimensões a serem cuidadosamente discutidas, destacando que, atualmente, ocorre um consenso liberal-privativo e antiestatal, o qual vislumbra o mercado como solução para todos os problemas.

Ao mesmo tempo, o autor alerta para a falta de conhecimento das limitações que foram colocadas ao Estado pelo sistema desenvolvimentista, submetendo sua complexidade a um mercado completamente oligopolizado internamente e repartido internacionalmente.

O sistema neoliberal (globalizado) redefiniu a relação entre Estado e Mercado. Fatores como a flexibilidade das plantas industriais produtivas, o capital volátil, e os processos políticos que levaram à descentralização de poderes de Estados⁷, modificaram a lógica produtiva e política dos territórios.

Segundo Bonano et al. (1999), os efeitos negativos do modelo de desenvolvimento econômico proposto para a América Latina revelam o surgimento de cadeias de commodities e a exploração intensiva dos recursos naturais, via convenientes alocações dos fatores de produção. Já a abordagem de Marsden (1993) destaca fatores como o aumento da mobilidade do capital, a maior flexibilidade nos processos de produção e as complexas relações entre tecnologia e meio-ambiente como fontes de incerteza das nações.

Surgem questionamentos e manifestações ecológicas, em nível mundial, que defendem a inclusão dos problemas ambientais na agenda do desenvolvimento das nações e das relações internacionais como um todo. Tais preocupações refletem a percepção de um conflito crescente entre a expansão do modelo de crescimento econômico, de base industrial, e o volume de efeitos desagregadores sobre os ecossistemas naturais. O conjunto de impactos ambientais, até então percebidos como resíduos inevitáveis do progresso e da expansão capitalista, passam a assumir uma nova dimensão e a despertar a atenção, o interesse e novas leituras.

A intensificação de problemas socioambientais, como: os processos de urbanização acelerada; o crescimento e a desigual distribuição demográfica; a expansão descontrolada do uso de energia nuclear, com finalidades bélicas ou pacíficas; o consumo excessivo de recursos não renováveis; os fenômenos crescentes de perda e a desertificação do solo; a contaminação tóxica dos recursos naturais; o desflorestamento; a redução da biodiversidade e da diversidade cultural; a geração do efeito estufa e a redução da camada de ozônio e suas implicações sobre o equilíbrio climático, tem impactado a

⁷ Para ver mais sobre as relações descentralização político-administrativa e Estado Sociedade civil ver Becker (1991), Fiori (1994), Bobbio (1992) e Tourraine (1996).

opinião pública mundial e atraído a atenção para uma realidade, até então pouco observada. Mais recentemente, os analistas da problemática ambiental têm reconhecido que pobreza e ecologia são realidades interdependentes, que precisam ser compreendidas e abordadas de forma integrada, na busca de um equacionamento mais adequado. Isso é necessário porque se a degradação ambiental agrava as condições de vida dos mais pobres e a pobreza desses conduz a uma exploração predatória dos recursos naturais, fechando um ciclo perverso de prejuízos socioambientais.

2. NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

Diante desse paradigma, o novo constitucionalismo latino-americano traz algumas perspectivas de inovação na proteção ambiental. Para Moraes e Coelho, é necessário ouvir e escutar que a

[...] voz dos povos originários permitiu que sua alma se expressasse na Constituição, e pela via democrática, seus sentimentos mais profundos e seu modo de viver ganham forma com a constitucionalização do Bem Viver no Equador (*Sumak Kawsay*) e na Bolívia (*Suma qamaña*), inclusive com o reconhecimento dos direitos de Pachamama (da natureza), marco a partir do qual se inaugura no mundo, no âmbito jurídico, o giro ecocêntrico (MORAES; COELHO, 2008).

Entende-se que há uma necessidade de ouvir as vozes dos povos originários da América Latina, que no entendimento de Leite Garcia, Marquês Júnior e Pilau Sobrinho (2014):

Devido a uma história política infelizmente abundante em exemplos de ditaduras e do que Marcelo Neves chama de constitucionalismo simbólico⁸, os Estados sul-americanos viveram recentes processos constituintes, ou seja, exerceram diretamente o Poder Constituinte ou passaram por importantes reformas constitucionais. Experiências constitucionais vividas relativamente há pouco tempo ou mesmo muito recentemente em

⁸ Seria o Novo Constitucionalismo Democrático Latino Americano uma nova aposta para diminuir o problema de constitucionalização do *faz de conta* dos direitos fundamentais do cidadão sul-americano, problema tão bem explicado por Marcelo Neves na tese do livro *A Constitucionalização simbólica* (São Paulo: Martins Fontes, 2007) e irreverentemente sintetizada como as promessas (a constitucionalização dos direitos fundamentais) do amante (o Estado) à suposta amada (representada pelo povo) na interessante explicação do professor Luís Alberto Warat sobre o exercício da atividade jurisdicional do Estado nacional com relação à aplicação das regras jurídicas relativas aos direitos fundamentais previstos na Constituição: "(...) como promessas de amor, aquelas que os amantes formulam quando sabem que não poderão cumpri-las" (WARAT, 2002. p. 13).

alguns casos. Por isso as constituições dos países sul-americanos são modernos e atuais documentos nos quais já estão previstas a proteção dos novos direitos fundamentais. Os exemplos são as atuais Constituições da Bolívia de 2009, do Equador de 2008, da Venezuela de 1999, do Brasil de 1988, da Colômbia de 1991. Todas as constituições (como é o caso da brasileira) nas quais estão previstas a proteção do meio ambiente, do direito do consumidor, dos povos originários, da criança e do adolescente, da mulher, do convívio pacífico entre os povos, entre outras demandas transnacionais, além da previsão da formação de uma comunidade latino-americana de nações (p.965).

Observa-se, assim, a atualidade da discussão de estudar o Constitucionalismo Latino-americano, que na perspectiva de Leite Garcia, Marquês Júnior e Pilau Sobrinho (2014):

O Novo Constitucionalismo Democrático Latino-Americano é uma corrente complementar do movimento do neoconstitucionalismo do pós-guerra, porém é inovador e voltado para a solução das questões da região. Desta forma, podem-se destacar aqui cinco novidades no Novo Constitucionalismo Democrático Latino-Americano: primeira, nova forma de exercício do Poder Constituinte superando a tradicional de cunho liberal; segunda, nova forma de democracia com ampla participação popular a partir da chamada democracia participativa e da introdução de novos mecanismos políticos de controle do parlamento; terceira, introdução de uma visão pluralista do Direito com a inclusão de outras jurisdições como a indígena; quarta, preocupação com a superação de uma cidadania meramente formal com a introdução de uma verdadeira e substancial democracia social que tem como objetivo diminuir as desigualdades sociais; e por último e em quinto lugar a mudança de paradigma do novo constitucionalismo no que se refere ao tratamento jurídico do meio ambiente no qual também deverá incluir uma jurisdição transnacional.

Segundo o entendimento dos autores supra citados, um novo caminho é possível desde que haja uma interação no entendimento dos interesses da sociedade, que não pode somente ficar à mercê do mercado. A população pode e deve participar do processo de tomada de decisões para que se construa uma sociedade melhor, que respeite os direitos do ambiente, para que a preservação para as gerações presentes e futuras não seja uma mera utopia.

As constituições do Equador e da Bolívia avançaram significativamente na proteção ambiental. Assim, observa-se que a Constituição Boliviana inovou ao trazer a proteção ambiental vinculada aos direitos das nações e povos indígenas campesinos originários, a

viver em um meio ambiente ecologicamente sadio com uso equilibrado. Nesse sentido, também ocorreu o reconhecimento do direito ao meio ambiente nos artigos número 33 e 34 (BOLÍVIA, 2007), cabe ressaltar que os referidos textos legais reconhecem o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não só aos seres humanos, mas aos seres vivos. Outro destaque fundamental para a proteção ambiental nesta Constituição foi a redação do artigo 114 (BOLÍVIA, 2007) que prevê os crimes contra a humanidade e os crimes ambientais como imprescritíveis.

Observa-se que a Constituição do Equador também veio a estabelecer a proteção ambiental em seu texto. De acordo com Martín Pallín:

En la Constitución de 2008, los ecuatorianos dicen: dejemos el pasado atrás. Ése es el lema que está en la carátula del texto constitucional. Hemos dejado el pasado atrás y queremos nunca más volverlo a pisar. Las posibles penurias del camino no deben hacernos desistir porque sabemos que estamos en buen camino. El Estado de derecho constitucional, de la Pachamama, es vital para la convivencia y el respeto a la dignidad de todas las personas (2010, p. 96).

Com as palavras estabelecidas na Carta Constitucional Equatoriana, que estabelece que “deixamos o passado pra trás”, significa arriscar a dizer que a proteção ambiental estabelecida neste texto não deixa saudades do passado, e sim um avanço para o futuro. Percebe-se que a garantia de proteção ao meio ambiente ecologicamente saudável e equilibrado está presente no artigo 14⁹. As Constituições do Brasil, Bolívia e Equador, estabelecem uma proteção jurídico ambiental que garante um meio ambiente ecologicamente equilibrado para a garantia das presentes e futuras gerações. Diante desta segurança, cabe atentar à necessidade do uso adequado da tecnologia em favor da segurança ambiental.

Também se pode reafirmar que o constitucionalismo latino-americano, através das Constituições do Equador e da Bolívia, inovaram em relação ao tratamento dado à proteção do meio ambiente a partir da proteção da *pacha mama*, ou seja, da mãe

⁹ Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantiza la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay*. Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados.

natureza. Esta Constituição protegiu o meio ambiente nos artigos: 30.II; 33; 34; 80.I; 111.17; 114; 138; 198; 254.8; 308. III; 314.5; 317. I; 335; 340; 321; 342. II; 343.2; 345. I, II; 376.I; 383. I; 398. a.¹⁰ Esta Carta inovou na proteção ambiental, estabelecendo como

¹⁰**Artículo 30.**[...] II. Las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los derechos: 10. A vivir en un **medio ambiente** sano, con manejo y aprovechamiento adecuado de los ecosistemas. **Artículo 33.** Las **personas** tienen derecho a un **medio ambiente** saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las **presentes y futuras generaciones**, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente. **Artículo 34.** Sin perjuicio de la obligación de las instituciones públicas de perseguir de oficio los atentados contra el **medio ambiente**, cualquier persona, a título individual o en **representación de una colectividad**, está legitimada para ejercitar las acciones oportunas en defensa de este derecho. **Artículo 80.I.** La **educación** tendrá como objetivo la formación integral de las personas, y el fortalecimiento de la conciencia social crítica en la vida y para la vida. La educación estará orientada a la creación de ciencia, y a la formación individual y colectiva para el desarrollo, conservando y protegiendo el **medio ambiente**, la biodiversidad y el territorio, para el **vivir bien**. **Artículo 111** Son deberes de las bolivianas y los bolivianos: 17. Proteger y defender un **medio ambiente** adecuado para el desarrollo de los seres vivos. **Artículo 114.** Los **delitos de lesa humanidad**, de traición a la patria, de crímenes de guerra y los delitos contra el **medio ambiente** son imprescriptibles. **Artículo 138.** La **Acción Popular** procederá contra todo acto u omisión de las autoridades o de personas individuales o colectivas que violen o amenacen violar derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad pública, el **medio ambiente** y otros de similar naturaleza reconocidos por esta Constitución. **Artículo 194** El Tribunal Agroambiental es el máximo tribunal especializado en materia agroambiental. Se rige en particular por los principios de función social, función económica social, integralidad, inmediatez, **sustentabilidad** e interculturalidad. **Artículo 198.** Son atribuciones del Tribunal Agroambiental, además de las señaladas por la ley: 1. Resolver los recursos de casación y nulidad en las acciones reales; agrarias; forestales; ambientales; de aguas; derechos de uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables, hídricos, forestales y de la biodiversidad; demandas sobre actos que atenten contra la fauna, la flora, el agua y el **medio ambiente**; y demandas sobre prácticas que pongan en peligro el sistema ecológico y la conservación de especies o animales. **Artículo 254.** II. La negociación, suscripción y ratificación de tratados internacionales se regirá por los principios de: 8. Seguridad y soberanía alimentaria para toda la población; prohibición de importación, producción y comercialización de organismos genéticamente modificados y elementos tóxicos que dañen la salud y el **medio ambiente**. **Artículo 308.** III. Todas las formas de **organización económica** tienen la obligación de proteger el **medio ambiente**. **Artículo 314.** 5. Promover prioritariamente la **industrialización de los recursos naturales** renovables y no renovables, en el marco del respeto y protección del **medio ambiente**, para garantizar la generación de empleo, y de insumos económicos y sociales para la población. **Artículo 317.** I. La industrialización de los recursos naturales será prioridad en las políticas económicas, en el marco del respeto y protección del **medio ambiente** y de los derechos de los pueblos y naciones indígena originario campesinos y sus territorios. La articulación de la explotación de los recursos naturales con el aparato productivo interno será prioritaria en las políticas económicas del Estado. **Artículo 335.** I. El turismo se considerará una actividad económica estratégica, que deberá desarrollarse de manera **sustentable**, y tomando en cuenta la riqueza de las culturas y el respeto al **medio ambiente**. **Artículo 340.** Será deber del Estado y de la población conservar, proteger y aprovechar de manera **sustentable** los recursos naturales y la biodiversidad, así como mantener el equilibrio del **medio ambiente**. **Artículo 341.** La población tiene derecho a la participación en la gestión ambiental, y a la consulta previa e informada sobre decisiones que pudieran afectar a la calidad del **medio ambiente**. **Artículo 342.** II. El Estado regulará la internación, producción, comercialización y empleo de técnicas, métodos, insumos y sustancias que afecten a la salud y al **medio ambiente**. **Artículo 343.** Las **políticas de gestión ambiental** se basarán en: 2. La aplicación de los sistemas de evaluación de impacto ambiental, y el control de calidad ambiental, sin excepción y de manera transversal, a toda actividad de producción de bienes y servicios que use, transforme o afecte a los recursos naturales y al **medio ambiente**. 3. La responsabilidad por ejecución de toda actividad que produzca daños medioambientales, y su sanción civil, penal y administrativa por incumplimiento de las normas de protección del **medio ambiente**. **Artículo 345.** I El Estado y la sociedad promoverán la mitigación de los efectos nocivos al **medio ambiente**, y de los pasivos ambientales que afectan al país. Se declara la responsabilidad por los daños ambientales históricos, y la **imprescriptibilidad de los delitos ambientales**. II Quienes realicen actividades de **impacto** sobre el **medio ambiente** deberán, en todas las etapas de la producción, evitar, minimizar, mitigar, remediar, reparar y resarcir los daños que se ocasionen al **medio ambiente** y a la salud de las personas, y establecerán las medidas de seguridad necesarias para neutralizar los efectos posibles de los pasivos ambientales. **Artículo 376.** I. La **energía** y sus fuentes

objetivos: viver em um meio ambiente sadio, garantindo às pessoas a representação coletiva da sociedade e a garantia do bem viver. Também, estabeleceu que as agressões aos meio ambiente são caracterizadas como crimes contra a humanidade, estabelecendo a possibilidade de legitimidade via ação popular.

Outra importante conquista foi a criação de um Tribunal das Causas Agroambientais, para dirimir os conflitos que envolvem as causas sobre o meio ambiente. No âmbito dos tratados internacionais o meio ambiente deve ser protegido; nas questões relativas à regulação econômica também está assegurada a proteção ambiental, bem como na industrialização, com enfoque na produção de produtos recicláveis e sustentáveis. Similarmente, a exploração turística com a meta para o estabelecimento de uma gestão ambiental com uma visão de manejo sustentável. Da mesma forma, foi acolhida a proteção ambiental, a qual visa observar o impacto ambiental na exploração das fontes de geração de energia, desde que ocorra preservação ambiental, com objetivos do estabelecimento de um desenvolvimento sustentável da Amazônia boliviana e a garantia de assentamentos que respeitam os direitos humanos e o meio ambiente. Assim, mostra-se inegável a grande proteção estabelecida ao meio ambiente na Constituição Boliviana.

Outra importante Carta Constitucional na proteção ao meio ambiente foi a Constituição do Equador, que inovou ao estabelecer como princípio fundamental a proteção da Sumak Kawsay – Bien Viver, que está protegido já em seu preâmbulo, artigo 14, 250, 275, 387.2¹¹. Esta Carta veio ampliar a proteção ambiental ao mudar a ideia da

constituyen un recurso estratégico; su acceso es un derecho fundamental y esencial para el desarrollo integral y social del país, y se regirá por los principios de eficiencia, continuidad, adaptabilidad y preservación del **medio ambiente**. **Artículo 383**. I. El Estado priorizará el **desarrollo integral sustentable** de la **amazonía boliviana** a través de una administración integral, participativa, compartida y equitativa de la selva amazónica. La administración estará orientada a la generación de empleo y a mejorar los ingresos para sus habitantes, en el marco de la protección y la **sustentabilidad del medio ambiente**. **Artículo 398**. El Estado tiene la obligación de: a) Fomentar planes de **asentamientos humanos** para alcanzar una racional distribución demográfica y un mejor aprovechamiento de la tierra y los recursos naturales, otorgando a los nuevos asentados facilidades de acceso a la educación, salud, seguridad alimentaria y producción, en el marco del Ordenamiento Territorial del Estado y la conservación del **medio ambiente**. In: BOLÍVIA. **CONSTITUCIÓN POLITICA DEL ESTADO**. APROBADA EN GRANDE SOBRE LA BASE DE INFORMES DE MAYORÍAS MAGNA ASAMBLEA CONSTITUYENTE 24 noviembre 2007.

¹¹ **PREÁMBULO** - NOSOTRAS Y NOSOTROS, el pueblo soberano del Ecuador. RECONOCIENDO nuestras raíces milenarias, forjadas por mujeres y hombres de distintos pueblos, CELEBRANDO a **la naturaleza, la Pacha Mama**, de la que somos

centralidade estabelecida pelo desenvolvimento sustentável, em que o homem estaria em seu centro. Sem embargo, ela veio a celebrar a natureza e a “Pacha Mama *Sumak kawsay*”, para que se obtenha como objetivo primordial a harmonia com a natureza, para alcançar e garantir a sustentabilidade e o “Bom Viver *Sumak Kawsay*”. Essa mudança de centro é fundamental para que haja a sobrevivência no Planeta Terra. No mesmo sentido, pode-se observar o posicionamento de Moraes (2013) que fala:

Encontra-se implícita, na concepção do Bem Viver, e, é uma das conseqüências mais importantes que dela decorre, a atribuição de subjetividade de direitos à natureza (Pachamama). No entanto, no campo jurídico, somente se dá, pela primeira vez, o reconhecimento expresso desses direitos da natureza (Pachamama), nos artigos 71 a 74 da Constituição da República do Equador¹²

parte y que es vital para nuestra existencia, INVOCANDO el nombre de Dios y reconociendo nuestras diversas formas de religiosidad y espiritualidad, APELANDO a la sabiduría de todas las culturas que nos enriquecen como sociedad, COMO HEREDEROS de las luchas sociales de liberación frente a todas las formas de dominación y colonialismo, Y con un profundo compromiso con el presente y el futuro, Decidimos construir Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y **armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el sumak kawsay**; Una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades; Un país democrático, comprometido con la integración latinoamericana – sueño de Bolívar y Alfaro-, la paz y la solidaridad con todos los pueblos de la tierra; y, En ejercicio de nuestra soberanía, en Ciudad Alfaro, Montecristi, provincial de Manabí, nos damos la presente: **Ambiente sano - Art. 14.-** Se reconoce el derecho de la población a **vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, sumak kawsay**. Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados. **Art. 250.-** El territorio de las **provincias amazónicas** forma parte de un ecosistema necesario para el equilibrio ambiental del planeta. Este territorio constituirá una circunscripción territorial especial para la que existirá una planificación integral recogida en una ley que incluirá aspectos sociales, económicos, ambientales y culturales, con un ordenamiento territorial que garantice la conservación y protección de sus ecosistemas y **el principio del sumak kawsay**. **Art. 275.-** El régimen de desarrollo es el conjunto organizado, **sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socio-culturales y ambientales, que garantizan la realización del buen vivir, del sumak kawsay**. El Estado planificará el desarrollo del país para garantizar el ejercicio de los derechos, la consecución de los objetivos del régimen de desarrollo y los principios consagrados en la Constitución. La planificación propiciará la equidad social y territorial, promoverá la concertación, y sera participativa, descentralizada, desconcentrada y transparente. **El buen vivir** requerirá que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades gocen efectivamente de sus derechos, y ejerzan responsabilidades en el marco de la interculturalidad, del respeto a sus diversidades, y de la convivencia armónica con la naturaleza. **Art. 387.-** Será responsabilidad del Estado: 2. Promover la generación y producción de conocimiento, fomentar **la investigación científica y tecnológica, y potenciar los saberes ancestrales, para así contribuir a la realización del buen vivir, al sumak kawsay**.

In: ECUADOR. **CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR**. Asamblea Constituyente. 20 de outubro de 2008.

¹²**Art. 71.- La naturaleza o Pacha Mama**, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de **los derechos de la naturaleza**. Para aplicar e interpretar estos derechos se observaran los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema. **Art. 72.- La naturaleza tiene derecho a la restauración**. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de Indemnizar a los individuos y colectivos que dependen de los sistemas naturales afectados. En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, **el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para**

Observa-se que esta Constituição não somente avançou como veio a reformular a proteção ao meio ambiente, ao estabelecer direitos para sua proteção e também, para que se dê o tempo necessário para seu autorreestabelecimento. No âmbito do desenvolvimento tecnológico, garante-se igual proteção ao patrimônio da biodiversidade contra as mudanças tecnológicas que visam a acabar com as orgânicas. É notável a proteção que se estabeleceu para a proteção ambiental com esta Carta, indo além da Constituição Boliviana e que priorizou o Bem Viver e a Pacha Mama. Nesse sentido, Acosta afirma que:

O Buen Vivir, na realidade, se apresenta como uma oportunidade para construir coletivamente novas formas de vida. O Buen Vivir não é uma originalidade nem uma novidade dos processos políticos do início do século XXI nos países andinos. Nem é uma espécie de superstição ou poção mágica para todos os males do mundo. O Buen Vivir é parte de uma grande busca de alternativas de vida forjadas no calor das lutas da humanidade pela emancipação e pela vida. O que é notável e profundo nestas propostas é que estas surgem de grupos tradicionalmente marginalizados. Elas convidam a arrancar pela raiz vários conceitos considerados indiscutíveis. Questionam a ética do “viver melhor” na medida em que supõem um progresso ilimitado que nos convida a uma competição permanente entre os seres humanos. Este é um caminho seguido até agora, que permitiu a alguns viver “melhor” enquanto milhões de pessoas tiveram e ainda têm que “viver mal”. Para entender o que significa o Buen Vivir, que não pode ser simplesmente associado ao “bem-estar ocidental”, é preciso começar recuperando a cosmovisão dos povos e nacionalidades autóctones. Este reconhecimento, plenamente, não significa negar uma modernização própria da sociedade, incorporando na lógica do Buen Vivir muitos e valiosos avanços tecnológicos. Tampouco se marginalizam contribuições importantes do pensamento da humanidade, que estão em sintonia com a construção de um mundo harmônico, como se deriva da filosofia do Buen Vivir. Por esta razão, uma das tarefas fundamentais reside no diálogo permanente e construtivo de saberes e conhecimentos ancestrais com a parte mais avançada do pensamento universal, em um processo de continua descolonização da sociedade (ACOSTA, 2016, p. 201).

alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas. Art. 73.-El Estado aplicará medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales. **Se prohíbe la introducción de organismos y material orgánico e inorgánico que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional. Art. 74.**-Las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades tendrán derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir. Los servicios ambientales no serán susceptibles de apropiación; su producción, prestación, uso y aprovechamiento serán regulados por el Estado. In: ECUADOR. **CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR.** Asamblea Constituyente. 20 de outubro de 2008.

Outrossim, esta conceituação do Bem Comum (*Sumak Kawsay*), trouxe uma verdadeira revolução no âmbito da proteção ambiental, pois sem a natureza o ser humano não sobrevive. Proteger a natureza e auxiliar a sua autorregeneração é fundamental para a sobrevivência na Terra.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste estudo, foram analisadas as características do neoliberalismo e as imposições formalizadas pelo Consenso de Washington. A dependência de economias de nações como os Estados Unidos é bastante preocupante, uma vez que os financiamentos concedidos são, normalmente, utilizados como moeda de troca para a adoção de estratégias pelos países desenvolvidos, causando, muitas vezes, impactos negativos em nações menos favorecidas. Citam-se, por exemplo, fatores conhecidos de longa data: aumento de problemas sociais, economias cada vez mais dependentes a determinados mercados e uma massa crescente de pessoas sem oportunidades de emprego e sem acesso à educação, à saúde e a condições mínimas de sobrevivência.

O Novo Constitucionalismo Democrático Latino-Americano é voltado para a solução das questões da região, destacando a preocupação com a superação de uma cidadania meramente formal com a introdução de uma verdadeira e substancial democracia social que tem como um dos objetivos diminuir as desigualdades sociais e a mudança de paradigma no que se refere ao tratamento jurídico do meio ambiente. Um novo caminho é possível, desde que haja uma interação no entendimento dos interesses da sociedade, que não pode somente ficar à mercê do mercado. A população pode e deve participar do processo de tomada de decisões para construirmos uma sociedade melhor, que respeite os direitos do ambiente em que vivemos, para que a preservação para as gerações presentes e futuras não seja uma mera utopia.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AGUIAR DE LUQUE, Luis; LOPEZ GUERRA, Luis. **Las Constituciones de Iberoamérica**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2009. p. 125.175.

ANDERSON, P. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, E.; GENTIL, P. (Org.). **Pós-neoliberalismo**. As políticas sociais e o estado democrático. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1995. p.9-23

ACOSTA, Alberto. O Buen Vivir. Uma oportunidade de imaginar outro mundo. In: **Um campeão de Perto. Uma Análise do Desenvolvimento Brasileiro**. Disponível na http://br.boell.org/sites/default/files/downloads/alberto_acosta.pdf. Acessado em 3 abr. 2016.

BELLUZO, L. G. **Ensaio sobre o capitalismo no século XX**. São Paulo: Editora UNESP: Campinas, SP: UNICAMP, Instituto de economia, 2004.

_____. Industria: sinal amarelo. **Carta Capital**, São Paulo, ano XII – Número 371.

BOLÍVIA. **Constitución Política del Estado**, 24 de noviembre de 2007.

BONANO, A. A. A globalização da economia e da sociedade: fordismo e pós-fordismo no setor agroalimentar. In: CAVALCANTI, J. S. B. (Org.). **Globalização, Trabalho e Meio Ambiente**. Mudanças socioeconômicas em regiões frutícolas para exportação. Recife, Ed. UFPE, 1999, p. 47-94.

BONANO, A. A.; MARSDEN, T. ; GRAZIANO DA SILVA, J. Globalização e localização: elementos para entender a reestruturação dos espaços rurais. In: CAVALCANTI, S. (Org.), **Globalização, Trabalho e Meio Ambiente**. Recife: Editora, UFPE, 1999.

CANO, W. América Latina: do desenvolvimento ao neoliberalismo. In: FIORI, J. L. (Org.) **Estado e moeda no desenvolvimento das nações**. Petrópolis, RJ. Vozes, 1999.

CHOSSUDOVSKY, M. **A globalização da Pobreza**: Impactos das reformas do FMI e do Banco Mundial. São Paulo: moderna, 1999.

EQUADOR. **Constitución del Ecuador**.

FIORI, J.L. Globalização econômica e descentralização política: um primeiro balanço. **Ensaio FEE**. Porto Alegre, v.15, n. 2, 1994b, p 295-311.

LEITE GARCIA, Marcos; MARQUES JÚNIOR, Willian Paiva; PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. Constitucionalismo democrático latino-americano e da unasul para os direitos fundamentais: os direitos ambientais como demandas transnacionais e o tratamento prioritário da sustentabilidade. In: **Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica**, v. 19 - n. 3 - set-dez 2014.

MIRANDA, J. C.; TAVARES, M. C. Brasil: estratégias de conglomeração. In: FIORI, J. L. (Org.) **Estado e moeda no desenvolvimento das nações**. Petrópolis, RJ. Vozes, 1999.

MARSDEN, T., et al. **Constructing the Countryside**. Oxford, Westview Press, 1993, p.1-40.

MARSDEN, T. Reestructing Rurality: from order to disorder in agrarian political economy. **Sociologia Ruralis**, Netherlands, v.29, n.3/4, p. 312-317, 1989.

MARTÍN PALLÍN, José Antonio. Neoconstitucionalismo y uso alternativo del derecho. p. 66. In: **Corte Constitucional de Ecuador para el período de transición**. El nuevo constitucionalismo en América Latina. 1 ed. Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2010. p.96.

MORAES, Germana e COELHO, Raquel. O Novo Constitucionalismo Latino-americano e o giro ecocêntrico da Constituição do Equador de 2008: os direitos de Pachamama e o Bem Viver (Sumak Kawsay). IN: WOLKMER, Antônio Carlos; PETTERS MELO, Milena (organizadores). **Tendências Contemporâneas do Constitucionalismo latino americano**. Curitiba, Juruá, 2013.

MORAES. Germana de Oliveira. O Constitucionalismo Ecocêntrico na América Latina, O Bem Viver e a Nova Visão das Águas. In: **Revista da Faculdade de Direito**, Fortaleza, v.34, n1, p.123-155, jan/jun. 2013.

PEREIRA, Luis Carlos Bresser. **Crise Econômica e Reforma do Estado no Brasil**: para uma nova interpretação da América Latina. São Paulo: editora 34, 1996. 257p.

SOUZA, E. de. Onde começa o império. **Ensaio FEE**, Porto Alegre, v. 24, n. 2, p. 403-428, 2003.

STIGLITZ, J. **A globalização e seus malefícios**. A promessa na cumprida de benefícios globais. São Paulo: Futura, 2002.

VICIANO PASTOR, Roberto; MARTINEZ DALMAU, Rubén. Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano. In: VICIANO PASTOR, Roberto. **Estudios sobre el Nuevo Constitucionalismo latinoamericano**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012. p. 22.

WILLIAMSON, J. The Washington Consensus as Policy Prescription for Development. **Séries: Practitioners of Development**, Washington, D.C: Institute for International Economics, 2004.

_____. What Washington means by policy reform. In: **Latin American Adjustment: how much has happened**, Washington, D.C.: The Institute for International Economics, 1990. p. 7-38.

TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS, GOVERNOS E PARLAMENTOS: PARA ALÉM DO ATIVISMO E DA JUDICIALIZAÇÃO, INSTITUIÇÕES NO PROCESSO DECISÓRIO – UM BALANÇO DA LITERATURA¹

Sandro Luís Tomás Ballande Romanelli²

Fabrizio Ricardo de Limas Tomio³

Rodrigo Luis Kanayama⁴

INTRODUÇÃO

Nós não vemos como velhos senhores do judiciário (...) podem ser permitidos sobreporem-se para sempre sobre a vontade do povo, tal qual manifestado por meio de seus representantes eleitos nas legislaturas, congresso e presidente. (1936, Editorial do *New York Daily News*, FRIEDMAN, 2009, p. 5).

O voto do STF foi estritamente jurídico. Leu e entendeu a lei em vigor, sem discuti-la. Em consequência reconheceu legal a expulsão do Padre Vito. Assim procedendo, o Supremo brasileiro demonstrou, mais uma vez, a diferença entre qualquer alta corte em regime democrático e os tribunais superiores em autocracias, onde a supremacia do Poder Executivo não conhece limites. A vontade deste sempre se impõe. (1980, Editorial da *Folha de S. Paulo*, OLIVEIRA, 2004, p. 105).

As frases em epígrafe expressam visões distintas sobre a configuração ideal da relação entre o Poder Judiciário e os detentores de mandato eletivo. Embora manifestadas em contextos diversos⁵, servem para ilustrar que os parâmetros para avaliar

¹ Os autores são pesquisadores do Núcleo de Pesquisa “DIRPOL - Direito e Política” (PPGD/UFPR). A pesquisa que serve de base para o texto conta com o financiamento do CNPq (Edital 14/2014). Projeto de pesquisa: “Instituições políticas, processo legislativo e controle abstrato de constitucionalidade: estudo comparativo das relações Executivo/Legislativo, da Jurisdição Constitucional e da produção legislativa nas unidades subnacionais”.

² Professor do ITFR e Doutor em Direito pela UFPR.

³ Professor Associado da Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Política e Direito da UFPR. Doutor em Ciência Política pela UNICAMP.

⁴ Professor Adjunto do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR. Doutor em Direito pela UFPR.

⁵ A primeira delas foi publicada em um dos maiores tabloides norte-americanos do início do século XX. (FRIEDMAN, 2009). A posição externada pelo jornal era em reação à notícia de que mais uma das medidas do *New Deal*, pacote de medidas de estímulo à economia proposto pelo presidente F. D. Roosevelt para combater a crise de 1929, havia sido declarada inconstitucional pela Suprema Corte norte-americana. A segunda frase foi retirada da extensa pesquisa de Oliveira (2004) sobre a imagem pública do STF em jornais (Folha de SP e O Estado de SP) e reflete a crítica à

a conduta de Cortes Constitucionais, quando estas são chamadas a opinar sobre questões que afetam interesses de governos, são fluidos e tendem a se alterar ao sabor da ocasião.

A delicada relação de forças entre Cortes Constitucionais e governantes eleitos é um assunto sobre o qual há pouco consenso. No ambiente jurídico, questões que remontam ao próprio debate sobre a existência e os poderes das cortes constitucionais⁶ se transformaram em contendas entre defensores do ativismo judicial e os cultores da autocontenção⁷, divergindo sobre o grau de interferência (ou deferência) dos Tribunais nas escolhas feitas pelos titulares de mandato eletivo.

Aqui propomos uma visão panorâmica e uma revisão sobre alguns conceitos da literatura que investiga o papel do Judiciário no controle de constitucionalidade em contextos democráticos, criando, como se propõe, um cenário de tensões e distensões institucionais que merece maiores investigações empíricas e reflexões teóricas.

A construção dos itens a seguir têm como fio condutor os debates em torno do papel do Poder Judiciário em regimes democráticos e servem para a construção do argumento. Defende-se que as categorias encontradas na literatura (ativismo, autocontenção, judicialização) são insuficientes para descrever a relação entre cortes constitucionais e governos, sendo inadequadas para a investigação na fronteira do conhecimento entre o Direito e a Ciência Política. Ou seja, na pesquisa sobre as instituições judiciais (cortes constitucionais) e o processo decisório (Legislativo e jurisdição constitucional) nas democracias contemporâneas.

A primeira categoria abordada - o ativismo judicial - incorpora em sua definição a subjetividade do observador com relação à aprovação ou reprovação do resultado do julgamento da corte. Como se argumenta, talvez por esta razão tenha se tornado praticamente um adjetivo de demérito para manifestar descontentamento com as cortes

passividade do STF com relação aos atos da ditadura militar nos anos 80.

⁶ A própria possibilidade de um tribunal com poderes para declarar a inconstitucionalidade de legislação aprovada pela vontade soberana dos poderes eleitos (legislativo e executivo), sobre existência do controle de constitucionalidade, foi palco do acalorado debate jurídico na Europa dos anos 30 entre o alemão Carl Schmitt e o austríaco Hans Kelsen. (CHUEIRI, 2004; LORENZETTO, 2009; PINTO, 2015).

⁷ Para a recepção dos termos sua utilização em relação ao STF, ver BARROSO (2009) e KOERNER (2013).

após decisões impopulares.

O segundo conceito - a judicialização da política – tem como ponto de partida a constatação do aumento expressivo no número de processos nos tribunais, buscando suas causas e origens. Ao propor explicações para um fenômeno social abrangente, os estudos que abordam a judicialização ainda não convergiram para critérios unificados de sua constatação ou mensuração e tampouco fornecem parâmetros para mensurar a relação entre governos, parlamentos e cortes constitucionais.

Finalmente, no que chamamos de distensões institucionais, apresentamos um conjunto de elementos a serem considerados para descrever o papel cooperativo das cortes constitucionais, governos e maiorias parlamentares em regimes democráticos.

1. ATIVISMO JUDICIAL: CRÍTICA À DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

1.1. Origens: distinguindo entre bons e maus juízes

Todos desprezam o "ativismo" judicial, essa expressão notoriamente escorregadia. Iniciou como a antítese da "restrição judicial", o que também tem sido difícil de definir. Mas, se "restrição" é bom, então "ativismo" deve ser ruim. Quando liberais estão ascendendo à Suprema Corte, conservadores pregam restrição e denunciam ativismo. Isso significa que querem que os ministros liberais sigam as decisões de ontem, ao invés de empreender análises independentes, que podem levar a conclusões distintas. Quando conservadores estão ascendendo à corte, liberais pregam restrição - pelo que significa seguir todas aquelas decisões liberais do ciclo anterior! - e denunciam "ativismo judicial conservador". A expressão "ativismo" assim utilizada é vazia, uma máscara para uma posição substantivam (EASTERBROOK, 2002, p. 1401).

Com estas palavras, o juiz Frank H. Easterbrook introduz a essência de seu argumento. Ao questionar a coerência das críticas aos magistrados em geral, e aos da Suprema Corte em particular, evidencia a inconsistência do uso corrente dos termos "ativismo" e "restrição", por serem dependentes do ponto de vista do observador para adquirirem sentido (EASTERBROOK, 2002, p. 1401).

As expressões "ativismo judicial" (*judicial activism*) e seu oposto, "autocontenção"

("self-restraint"),⁸ foram cunhados por Arthur Schlesinger em um artigo publicado na revista *Fortune* em 1947 (KMIEC, 2004, p. 1445; GREEN, 2009, p. 1200). Nele, Schlesinger descrevia e classificava os ministros da Suprema Corte com relação aos votos manifestados naquele ano, sendo chamados de "ativistas" aqueles que fundamentavam suas decisões de acordo com considerações políticas ou pessoais. Os que, por outro lado, fundamentavam apenas com referências à constituição, legislação ordinária e precedentes, foram nomeados por Schlesinger como "campeões da autocontenção" (GREEN, 2009, p. 1201).

A definição analítica desta classificação inaugurada por Schlesinger não parecia ser sua principal preocupação. Green (2009) acusa a fragilidade dos critérios usados por Schlesinger para categorizar os ministros, destacando que a classificação estaria contaminada com uma parcialidade pueril, registrando o pendor para utilizar critérios pouco acadêmicos.

De fato, as raízes deste contexto, no qual a análise dos julgamentos da Suprema Corte norte-americana distingue os ministros entre "bons" e "maus", podem ser remetidas para alguns casos anteriores, pois o conteúdo das críticas que o termo "ativismo" passou a representar antecede a incorporação do vocábulo ao léxico da crítica judicial.

As decisões da Suprema Corte tomadas na "Era *Lochner*" (1897-1937)⁹ também

⁸ A expressão *self-restraint* também é traduzida na literatura brasileira como "autorrestrrição" (PAIXÃO, 2007; CARVALHO, 2009, 2010; KOERNER, 2013; TOMIO e ROBL, 2013; BRUGGER, 2014), "autolimitação" (CANOTILHO, 2001), "autocomedimento" (TEIXEIRA, 2012) ou ainda utilizando diversas versões como sinônimas (BARBOZA e KOZICKI, 2012). Utiliza-se aqui a tradução "autocontenção", seguindo a tradução mais frequente na literatura consultada (BARROSO, 2008, 2009; GUEDES, 2012; DIMOULIS e LUNARDI, 2011; NOVELINO, 2013; ARGUELHES, 2014).

⁹ O período, inaugurado em 1897 com o julgamento do caso *Allgeyer v. Louisiana* e encerrado em 1937 (após intensos embates entre o governo de Franklin D. Roosevelt com a Suprema Corte), ficou conhecido pelo julgamento do caso *Lochner v. New York*, de 1905, no qual a Suprema Corte norte-americana declarou inconstitucional o *Bakeshop Act*, lei do Estado de Nova Iorque que estabelecia um limite de 10 horas diárias (e 60 semanais) para o trabalho dos padeiros no Estado. (SUNSTEIN, 1987, p. 874-875). Damon Root (2014) cita que, a favor da legislação do Estado de Nova Iorque, havia como precedente o caso *Holden v. Hardy*, em que a Suprema Corte considerara constitucional a legislação do Estado do Utah que limitava o trabalho de mineiros em 8 horas diárias. Entretanto, para o caso *Lochner*, a corte afirmou que o precedente não era aplicável. Delineando os pontos que diferenciavam os casos (técnica conhecida como *distinguishing*), a corte afirmou que, enquanto a legislação do caso *Holden* tratava de proteger a saúde dos mineiros, a lei do Estado de Nova Iorque que limitava o trabalho dos padeiros a 10 horas diárias (*Bakeshop Act*) não podia ser considerada como protetiva da saúde dos trabalhadores. (ROOT, 2014, p. 47). De acordo com Friedman,

foram intensamente criticadas quando sistematicamente invalidaram legislações trabalhistas e sindicais, impondo uma visão de economia liberal que primava pela preservação da distribuição natural de riquezas contra políticas redistributivas (SUNSTEIN, 1987, p. 874-5; ROOT, 2014, p. 47; FRIEDMAN, 1993, p. 623). Em síntese, a "Era *Lochner*" é identificada como um grande equívoco, uma mácula no histórico da Suprema Corte, quando esta se mostrou resistente à legislação estadual e federal que recebiam grande apoio popular.

Enquanto na "Era *Lochner*" as críticas foram com relação ao ativismo de uma corte conservadora, na Corte Warren (período sob a presidência¹⁰ do *Chief Justice* Earl Warren, de 1953-1969), a pecha de "ativismo" da Suprema Corte lhe rendeu frutos positivos. (EASTERBROOK, 2002, p. 1402).

Foi durante a "Corte Warren" que a festejada decisão do caso *Brown v. Board of Education of Topeka* (1954) determinou a inconstitucionalidade da segregação racial nas escolas públicas, rendendo elogios à Suprema Corte por antecipar em mais de uma década¹¹ as alterações legislativas que ampliaram os direitos civis. Entretanto, a decisão também recebeu críticas pelo ativismo da corte, principalmente por parte dos que defendiam que a corte deveria manter princípios neutros para a interpretação constitucional (WECHSLER, 1959).

Finalmente, após os períodos da "Era *Lochner*" e da Corte Warren (ambos

entre 1905 e meados dos anos 30 a Suprema Corte invalidou aproximadamente 200 normas de regulação econômica: (FRIEDMAN, 1993, p. 623).

¹⁰ No sistema norte-americano, a presidência da Suprema Corte é vitalícia. Desta forma, um novo presidente (chamado "*Chief Justice*") é indicado pelo presidente da república quando ocorre a vacância do cargo. Não há ordem de preferências, e o presidente é livre para escolher promover algum membro que já faça parte da corte, ou então escolher um novo integrante, imediatamente para a posição de "*Chief Justice*" (BAUM, 2013, p. 52 e 54). É usual na academia encontrar referências a uma fase da Corte a partir do nome do *Chief Justice*, denominando assim o conjunto dos julgamentos no lapso-temporal em que um determinado ministro tenha presidido a casa.

¹¹ As alterações legislativas resultantes do movimento de Direitos Civis norte-americano ("*Civil Rights Movement*", tendo como um dos protagonistas Martin Luther King) ocorreram a partir de 1964 com uma série de atos normativos cujos mais importantes são o "*Civil Rights Act*", de 1964, que proibiu a discriminação fundada em raça, cor, religião, gênero ou nacionalidade como critério para recrutamento e seleção profissionais e a segregação em escolas, ambiente profissional e serviços públicos; o "*Voting Rights Act*" de 1965, que restaurou e protegeu direitos eleitorais; o "*Immigration and Nationality Services Act*" de 1965, que franqueou a entrada de imigrantes de outras origens étnicas (além das tradicionais norte-européias e germânicas); e finalmente a "*Fair Housing Act*" de 1968, que proibiu a discriminação na venda e aluguel para fins habitacionais.

momentos em que a Suprema Corte foi tida como ativista, embora com orientações políticas antagônicas), Friedman indica que não há mais um consenso sobre o que pode ser considerado ativismo com relação aos períodos recentes da Suprema Corte (FRIEDMAN, 2009, p. 343-346). Friedman explica que a recente Corte Rehnquist (1986-2005) tem sido descrita por seus críticos como a mais "ativista" da história por ter decidido inúmeros casos polêmicos (e.g.: restringindo e depois ampliando direitos à união homoafetiva, alterando o quadro normativo para o aborto, ações afirmativas e finalmente a eleição do presidente Bush v. Gore), embora haja pouca concordância sobre o significado deste ativismo (FRIEDMAN, 2009, p. 323).

Analisando a corte Rehnquist e o "consenso vazio do ativismo judicial", Friedman (2009, p. 343-346) indica que as críticas ao ativismo evoluíram para as acusações da existência de uma supremacia judicial, ou até mesmo uma exclusividade de poder dos "tiranos de toga negra" (FRIEDMAN, 2009, p. 349).

A despeito de uma leitura positiva ser possível, o sentido que parece ter encontrado maior recepção dentro e fora da academia para "ativismo" é o pejorativo. Como sintetizou o ministro da Suprema Corte norte-americana Anthony Kennedy: "*uma corte ativista é uma corte que toma uma decisão da qual você não gosta*" (SEDESKY, 2010).

Neste pêndulo semântico em que a Suprema Corte é taxada de ativista, ora por críticas conservadoras às decisões liberais (e elogio do campo oposto), ora por críticas liberais às decisões que se aproximam da visão conservadora (e aplausos dos que partilham desta visão), Green (2009, p. 1201) realiza um brilhante trabalho de síntese, definindo o ativismo judicial em quatro características: (i) qualquer erro judicial grave; (ii) quaisquer resultados indesejados; (iii) qualquer decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei; ou (iv) um buffet sortido destes e outros fatores. Com tal elasticidade em seus usos e sentidos, conclui, o conceito de ativismo judicial não serve para distinções analíticas sobre o comportamento judicial (GREEN, 2009, p. 1220).

1.2. Ativismo no Brasil – na fronteira entre Direito e Política

No Brasil, o sentido da expressão é ainda mais nebuloso (BRANCO, 2013, p. 387), equilibrando visões negativas (de mesmo fundo argumentativo que as norte-americanas) com defesas elogiosas do "ativismo judicial".

A ideia de ativismo judicial recebe contornos positivos por se associar a uma "participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais" (BARROSO, 2010, p. 9). O ativismo seria uma defesa intransigente da Constituição, como se percebe na fala do decano da corte, ministro Celso de Mello:

Nem se censure eventual ativismo judicial exercido por esta Suprema Corte, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos. (MELLO, 2008, p. 11).

Tal visão é decorrente da compreensão de que a Constituição de 1988 seria dotada de força normativa suficiente para alterar as relações sociais, incorporando normas programáticas com direitos e valores substantivos que concederam um norte inequívoco para a atuação jurisdicional. Nesta leitura, o Poder Judiciário deveria adotar a missão de concretizar, na sociedade, as mudanças preconizadas pelos constituintes.

Em um dos primeiros artigos a tratar da preponderância do STF no balanço dos poderes criados pela Constituição de 1988, Vieira observa que, com a adoção de limites ao poder de reforma constitucional (as Cláusulas Pétreas, previstas no art. 60, §4º da CF/88), “a democracia constitucional brasileira passou a ser mais constitucional que democrática e que o órgão mais poderoso dentro desse sistema constitucional é o Supremo Tribunal Federal” (VIEIRA, 1994, p. 76).

Vieira exemplifica sua conclusão com a liminar¹² proferida pelo STF em 1993

¹² Medida Cautelar na ADI 926/DF, rel. Sydney Sanches, julgada em 01 set. 1993, declarando a suspensão dos efeitos da Emenda Constitucional n. 03/93. Conforme o exposto na ementa do acórdão, ao instituir o IPMF sobre toda e qualquer movimentação financeira no país, a EC 03/93 violaria a imunidade tributária dos Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 150, IV, a, da CF). A Ação foi movida pelos governos estaduais do MT, MS, PR, SC e TO.

suspendendo a cobrança do Imposto Provisório sobre Movimentações Financeiras (IPMF), criado por meio de Emenda à Constituição. Afirma que muito mais relevante que a decisão de caráter tributário sobre o IPMF, ao julgar inconstitucional o conteúdo de uma emenda à Constituição o tribunal teria bloqueado uma decisão “mais do que majoritária dos representantes do povo”, sob o fundamento de que um direito individual havia sido violado. (VIEIRA, 1994, p. 77).

Ecoando no Brasil o sentido encontrado na literatura norte-americana, Soares define o "ativismo" para as ações nas quais o Judiciário (STF e TSE) arbitraram questões legislativas e partidárias, analisando os casos da verticalização de coligações partidárias, da instalação obrigatória de CPIs e da perda de mandatos quando da troca de partidos.¹³ Em sua definição, "ativismo judicial indica que a Corte está deixando de se restringir à atividade interpretativa, para estabelecer novas condutas, criando direito novo" (SOARES, 2010).

No mesmo sentido, Barroso enumera os casos em que teria ocorrido um ativismo indevido por parte do STF, ao arbitrar questões políticas. No primeiro deles, afirma que ao manter¹⁴ a resolução do TSE que determina a perda do mandato de políticos que se desfiliam de seus partidos, o STF teria decidido sem referência ao texto constitucional. Ao caso da fidelidade partidária, Barroso adiciona ainda a Súmula Vinculante que veda o nepotismo, o caso da verticalização das coligações eleitorais (declarando a inconstitucionalidade de uma emenda constitucional) e ainda o da inconstitucionalidade da cláusula de barreira.¹⁵ (BARROSO, 2009, p. 6). Embora sem afirmá-lo diretamente, pode-se perceber que os casos enumerados por Barroso têm em comum a regulação de matérias que envolvem regras da disputa político-partidária. É interessante que o ativismo - aqui criticado - se relaciona tanto a casos em que o STF atuou de forma propositiva

¹³ ADI 3685, ajuizada pelo Partido Social Liberal (PSL) e julgada em 2006; Mandados de Segurança (MS) 24831/DF e 24845 a 24849/DF ajuizados por diversos partidos da oposição e julgados em junho de 2006; ADI 3999 e 4086, ajuizadas pelo Partido Social Cristão (PSC) e pela Procuradoria-Geral da República (PGR).

¹⁴ O STF decidiu por 9 votos a 2 pela improcedência das ADIs 3999 e 4086, ajuizadas pelo Partido Social Cristão (PSC) e pela Procuradoria-Geral da República (PGR) contra a Resolução 22.610/07, do Tribunal Superior Eleitoral (TSE).

¹⁵ Súmula Vinculante n. 13, adotada em 2008; ADIs 1351 e 1354, ajuizadas, respectivamente, pelo Partido Comunista do Brasil (PCdoB) e pelo Partido Socialista Cristão (PSC) e julgadas em 2006.

quanto de forma restritiva.

Novamente aqui, os fundamentos para identificar "ativismo" estão em solo movediço. Afinal, o critério para que o STF evite o "mau" ativismo seria abster-se de decidir em questões políticas? O autor escolhe outro caminho. Sugerindo uma normativa mais ampla, Barroso afirma que a Corte deverá agir com autocontenção quando reconhecer que outro Poder, órgão ou entidade tem a melhor qualificação para decidir. (BARROSO, 2009, p. 13).

Para conciliar as duas afirmações de Barroso – de que a Corte estaria sendo ativista quando arbitra questões político-partidárias e que deveria agir com deferência ao órgão ou Poder com expertise na área debatida – seria necessário assumir o discurso de fundo de que as regras do jogo político são seara especializada, na qual a Corte não teria suficiente expertise. Observações empíricas do comportamento dos ministros do STF com os governos evidenciam que a Corte não pode ser considerada neófito em relação a questões políticas.

Empreendendo extensa revisão da literatura sobre o tema, Koerner situa o ativismo na "fronteira fluída" dos mundos da política e do direito, afirmando que "[a]o ultrapassar essas fronteiras e ingressar num domínio que não lhe é próprio, o agente judicial (...) extrapolaria suas funções, distanciar-se-ia de seus quadros de referência e atuaria sob o efeito de influências indesejáveis, como valores subjetivos, preferências, interesses, programas políticos" (KOERNER, 2013, p. 71-72).

Evidenciando que também há vozes no Brasil em defesa do ativismo - atribuindo-lhe, portanto, sentido positivo -, Koerner apresenta os "defensores das decisões judiciais" como portadores de argumentos elitistas que advogam pela proteção da constituição por juristas, contra indevidos ataques à democracia por parte dos representantes eleitos (KOERNER, 2013, p. 73-74).

Entretanto, evidências empíricas demonstraram que a atuação do STF "não correspondia às potencialidades intervencionistas inferidas da letra do texto

constitucional", tornando-se discutível a caracterização do STF como ativista (KOERNER, 2013, p. 75), pois os próprios ministros teriam mitigado¹⁶ os poderes criados pela Constituição de 1988, ou mesmo evitado¹⁷ exercê-los. (BARROSO, 2001, p. 24; ARGUELHES, 2014, p. 16).

Em artigo sobre o ativismo e suas relações na hermenêutica constitucional, Teixeira conceitua o ativismo como "a deslegitimação da política em relação à sua tarefa essencial de buscar a realização dos valores determinados pela sociedade no cotidiano dessa mesma sociedade" (TEIXEIRA, 2012, p. 38). Para tanto, sugere critérios para diferenciar o "bom ativismo" do "ativismo nocivo". Em síntese, o "bom ativismo" é aquele utilizado para avançar as questões sociais da constituição, como direitos fundamentais e outras garantias constitucionais protetivas¹⁸. Já o ativismo reprovável seria aquele que busca "fazer preponderar um padrão de racionalidade eminentemente político" (TEIXEIRA, 2012, p. 46). Entretanto, embora reconheça um sentido positivo e outro negativo ao ativismo, o último é o que prevalece em sua síntese de que trata-se de "uma patologia constitucional cada vez mais necessária - desde que seja na sua vertente positiva - para a proteção do indivíduo contra omissões ou excessos do Estado" (TEIXEIRA, 2012, p. 52).

Subjacente neste enfoque está a concepção de que, ao exercer atribuição qualificável como ativista, o Poder Judiciário estaria extrapolando suas atribuições no desenho institucional, sendo tal exagero tolerado simplesmente porque estaria atuando de forma ativista por conta da falha dos outros poderes.

Uma nota importante a ser feita é indicar que tal abordagem, comum nos textos jurídicos, diverge de forma diametral ao proposto neste texto, eis que os mecanismos que

¹⁶ Arguelhes (2014, p. 10) demonstra como o STF agiu de forma incisiva em sua jurisprudência (por meio da distinção entre legitimados universais e os "especiais") para restringir o alcance do art. 103 da Constituição de 1988 (que estabeleceu o rol de legitimados para ajuizar as ações de controle abstrato de constitucionalidade).

¹⁷ Barroso indica que a decisão de manter no STF todos os Ministros que haviam sido nomeados durante o regime militar - portanto sem compromisso político com a transformação institucional do País - gerou uma corte que "reeditou burocraticamente parte da jurisprudência anterior, bem como alimentou inequívoca má-vontade para com algumas inovações" (BARROSO, 2001, p. 24).

¹⁸ No mesmo sentido, Barroso (2010) e Mello (2008).

aqui se propõem buscam compreender o contexto das relações institucionais entre Judiciário e Governo tal qual ele ocorre, e buscar elementos que permitam a explicação e problematização do objeto. Neste enfoque, patologias, *malaises*, ou quaisquer tipos de disfunções atribuídas à dinâmica institucional (que partem da premissa de que se estaria fora do ponto de equilíbrio, do ideal a ser alcançado) não contribuem para aclarar o objeto do presente estudo.

Finalmente, um sentido para "ativismo" mais próximo de sua origem política é o utilizado por Engelmann, nomeando de ativismo judicial a atividade de advogados populares, engajados em causas políticas, que ingressam em lides processuais como estratégia política. Neste caso, ativismo não é utilizado para qualificar o comportamento de magistrados, mas sim para descrever o de outros atores que se movimentam no ambiente jurídico (ENGELMANN, 2006, p. 141-143).

Este parece ser o uso mais apropriado para o termo "ativismo", eis que relacionado aos atores que têm ação engajada politicamente, utilizando a arena jurídica como uma das formas de avançar sua agenda ideológica. Entretanto, o termo é impreciso para descrever atuação de magistrados ou para qualificar cortes e órgãos jurisdicionais. Como exposto, grande parte da literatura que trata do ativismo judicial incorpora em sua definição a subjetividade do observador com relação à aprovação ou reprovação do resultado do julgamento da corte. Desta forma, não parece ser uma nomenclatura adequada para estabelecer parâmetros, mensuráveis empiricamente, da relação entre Judiciário e governos.

O debate na literatura sobre o papel do judiciário e das cortes constitucionais na sociedade democrática pode ser observada pelo prisma de outra expressão, também em voga, a "judicialização da política". Como muitas das ondas acadêmicas, esta também trará com suas águas muitas espumas que turvam o olhar, exigindo um observador atento.

2. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: O DESLOCAMENTO DE CONFLITOS POLÍTICOS PARA O JUDICIÁRIO

A expressão "judicialização da política" já foi objeto de mais de 50 estudos acadêmicos brasileiros nas últimas duas décadas¹⁹, se consolidou como uma agenda de pesquisa consistente (AVRITZER e MARONA, 2014), e trata de um fenômeno social abrangente, cuja manifestação mais evidente - mas não única - se percebe no Poder Judiciário. Como se expõe adiante, a expressão não encerra em seu significado detalhes da relação entre governos e cortes constitucionais.

2.1. O sentido clássico: Expansão do Poder Judicial

A "judicialização da política" foi cunhada na coletânea "A expansão global do poder judicial"²⁰ editada por C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder. No sentido que permeia a obra, a expressão teria dois grandes significados: a expansão do poder judicial e a propagação do método jurídico de tomada de decisão em detrimento do método legislativo (TATE e VALLINDER, 1995, p. 5). A "judicialização da política" ocorreria assim em duas frentes: tanto com a resolução de conflitos políticos nos tribunais, quanto na adoção de métodos típicos da decisão judicial na resolução de disputas dentro dos parlamentos.

Conforme sintetizam Maciel e Koerner, a resolução de conflitos políticos nos tribunais:

resultaria da ampliação das áreas de atuação dos tribunais pela via do poder de revisão judicial de ações legislativas e executivas, baseado na constitucionalização de direitos e dos mecanismos de *checks and balances*. O segundo contexto, mais difuso, seria constituído

¹⁹ Algumas referências relevantes: Castro (1997); Vianna, Carvalho, Palácios, Burgos (1997 e 1999); Arantes (1997, 1999 e 2005); Maciel e Koerner (2002); Barroso (2001, 2008, 2009 e 2010); Carvalho (2004, 2007, 2009 e 2010); Oliveira (2005); Couto e Arantes (2006); Engelmann (2006, 2007a, 2007b e 2011); Paixão (2007); Barboza (2007); Vianna, Burgos, Salles (2007); Taylor (2007 e 2008); Taylor e Da Ros (2007 e 2008); Vieira (2008); Da Ros (2008); Veríssimo (2008); Verbicaro (2008); Nobre (2008); Pacheco (2008); Marchetti e Cortez (2009); Carvalho e Leitão (2010 e 2013); Carvalho e Marona (2010); Rodriguez (2010 e 2013); Kapiszewski (2010, 2011 e 2012); Romanelli (2012); Pogrebinski (2012); Barboza e Kozicki (2012); Engelmann e Cunha (2013); Tomio e Robl (2013); Tomio e Carvalho (2013); Marrafon e Liziero (2014); Avritzer e Marona (2014); Brugger (2014); Arguelhes (2014); Carvalho, Barbosa, Gomes Neto (2014); Mello (2015); Vianna (2016).

²⁰ Trata-se de uma coletânea de artigos organizados após o seminário 'The Judicialization of Politics' organizado pela Associação Internacional de Ciência Política (IPSA) em Bolonha, na Itália, em 1992.

pela introdução ou expansão de staff judicial ou de procedimentos judiciais no Executivo (como nos casos de tribunais e/ou juízes administrativos) e no Legislativo (como é o caso das Comissões Parlamentares de Inquérito). Essas duas formas de judicialização são denominadas, respectivamente, *from without* e *from within* (MACIEL e KOERNER, 2002, p. 114-115).

A expansão do método judicial para a resolução de conflitos já era apontada por Shapiro (1981, p. 1) como resultado da expectativa de sociedades em geral de recorrer a um árbitro imparcial, o que chama de “lógica da tríade na resolução de conflitos” (SHAPIRO, 1981, p. 1; STONE SWEET, 2002, p. 12). Isto é, aos contendores, em um conflito que não conseguem resolver, a solução natural seria chamar um terceiro para arbitrar a disputa. Trata-se, ainda segundo Shapiro, da base da legitimidade dos tribunais em qualquer lugar do mundo, explicando a razão das cortes terem-se tornado um fenômeno político (SHAPIRO, 1981, p. 5).

No entanto, desde a formulação original, os sentidos para a expressão judicialização da política se expandiram consideravelmente, alcançando quase uma dezena de usos.²¹ Outro obstáculo para encontrar uma definição conceitual da expressão é a existência de autores que incorporam o ativismo judicial à sua definição de judicialização da política (OLIVEIRA, 2005; POGREBINSCHI, 2012; VIANNA *et al.* 1999; SADEK, 2011).

Uma distinção entre ativismo e judicialização é esclarecida por Barroso, que afirma que a judicialização não seria decorrente da vontade do Judiciário, mas sim do constituinte. Assim, o fator determinante para se diferenciar “ativismo judicial” de “judicialização da política” reside na postura do intérprete da Constituição: no ativismo, haveria um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário (BARROSO, 2008, p.

²¹ Carvalho e Marona enumeram de forma minuciosa os sentidos das definições encontradas na literatura para a judicialização da política: (1) Efeito que a jurisdição constitucional pode exercer sobre políticas públicas, preferências majoritárias e valores sociais; (2) Crescente utilização do Judiciário como meio de resolução de conflitos gerados na arena política; (3) Interferência do Poder Judiciário em questões eminentemente políticas; (4) Expansão do Poder Judiciário; (5) Ampliação do poder de decisão, para executar e criar leis, do sistema judiciário; (6) Adoção, pelo Executivo e Legislativo, de procedimentos típicos da lógica judicial; (7) Capacidade de o Poder Judiciário intervir em políticas públicas; (8) Crescente intervenção do Poder Judiciário nos processos decisórios das democracias contemporâneas; (9) O Judiciário como veículo para o exercício da Cidadania (CARVALHO e MARONA, 2010, p. 11-12).

17).

2.2. A judicialização como consequência da ampliação de direitos

Os estudos sobre a judicialização no Brasil empreenderam grandes esforços na busca de explicações para o fenômeno que era identificado a partir do volume crescente de ações ajuizadas em todos os níveis do Poder Judiciário. Para Werneck Vianna, a judicialização era resultado direto do novo quadro institucional a partir da Constituição de 1988, que permitira maior protagonismo dos tribunais em virtude da ampliação dos instrumentos de proteção judicial. Tais instrumentos e mecanismos teriam sido descobertos no início dos anos 90 e, a partir de então, crescentemente utilizados por minorias parlamentares, governos estaduais, associações civis e profissionais como instrumento de pressão política (VIANNA *et al.* 1999, p. 15-17).

Haveria, segundo Vianna *et al.*, pouco espaço para os parlamentos atuarem, transformando-se em meros homologadores das políticas públicas determinadas pela Administração Pública. Nesta visão, a “judicialização da política” seria uma reação positiva, no sentido de resistência civil contra um Estado em crise, que estaria experimentando um “colapso moral, escandalosa ineficiência e desmoralização do espaço político-parlamentar” (VIANNA *et al.*, 1999, p. 18).

Carvalho e Marona argumentam que a judicialização da Política é fruto da ampliação da constitucionalização dos Direitos Fundamentais e Sociais nos moldes substantivos decorrente da adoção do modelo de Estado de Bem-Estar Social (CARVALHO e MARONA, 2010, p. 7). Couto e Arantes, ao classificar os tipos de dispositivos constitucionais, também chegaram à conclusão que a estrutura constitucional incentivaria minorias políticas a arguir no STF a inconstitucionalidade da legislação com a qual teriam sido vencidas no campo legislativo (COUTO e ARANTES, 2006, p. 52).

2.3. Judicialização como resultado do amplo acesso ao Judiciário

Em conjunto com a constitucionalização de ampla gama de direitos, a expansão do Poder Judiciário é vista como consequência do amplo acesso ao Judiciário,²² normalmente medida pelo número de ações ajuizadas nos Tribunais. Neste tópico, cumpre destacar que são as próprias regras constitucionais que foram responsáveis por esse incremento no número de ações. Ao lado de variadas previsões constitucionais para o acesso popular, houve uma modificação ampla com relação ao controle concentrado (VERÍSSIMO, 2008, p. 409).

Além da ampliação no rol de legitimados (art. 103, Constituição) para ajuizar as ações diretas de inconstitucionalidade, foram criados novos mecanismos, como a ação declaratória de constitucionalidade, o mandado de injunção e a ação de descumprimento de preceito fundamental, eliminando ainda limitações procedimentais para o controle de constitucionalidade difuso. Carvalho destaca que tal volume crescente de Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) fortaleceu a percepção do fenômeno da judicialização, por conta da explosão de processos (CARVALHO, 2004, p. 121).

De acordo com Vieira, o assombroso volume de casos distribuídos ao STF pode ser explicado pela sua competência recursal: de 1988 a 2008, teriam alcançado a corte mais de um milhão de recursos extraordinários e agravos de instrumento apreciados por onze juízes (VIEIRA, 2008, p. 449).

Entretanto, Veríssimo destaca que o efeito desta ampliação teria causado um desequilíbrio nas funções do STF, soterrando a corte debaixo de uma verdadeira avalanche de processos. As estatísticas trazidas para sustentar tal argumento são de que, se em 1987 o STF havia resolvido 20.122 casos em doze meses, vinte anos depois, em 2007, o número de ações e recursos julgados no ano havia se multiplicado por 8, com 159.522 casos (VERÍSSIMO, 2008, p. 410).

²² Sobre o alargamento do número de atores com competência para ajuizar ADI, ver Carvalho (2010). Com um argumento original, demonstrando que o próprio STF atuou durante a Assembleia Constituinte para impedir tal alargamento - e que agiu por meio de sua jurisprudência de modo a diminuir, parcialmente, a abrangência da Constituição neste aspecto -, ver Arguelhes (2014).

Sobre essa enorme produtividade do STF, Veríssimo afirma que “a imensa maioria dos processos resolvidos atualmente pelo STF [88,20%] não são, ao final das contas, levados a julgamento colegiado, quer nas Turmas, quer no Plenário. Ao contrário, são objeto de julgamento monocrático” (VERÍSSIMO, 2008, p. 419). Ainda, no mesmo sentido, em crítica à informação, Vieira afirma que tais dados demonstram que o STF “vem utilizando um alto grau de discricionariedade para decidir o que vai para os distintos colegiados e o que pode ser abatido monocraticamente” (VIEIRA, 2008, p. 450).

Para além do volume de ações ajuizadas, a proporção de sua procedência foi objeto de escrutínio em diversas pesquisas empíricas. Em estudo tido como pioneiro da judicialização da política no Brasil, a equipe liderada por Werneck Vianna (*et. al.*, 1999, p. 120) indicou que a taxa de julgamento do mérito das ADI no período de 1988 a 1998, em um universo de 1.935 ADI teria sido de apenas 13,54%. Do total, 54,36% ainda aguardavam julgamento em 1999. Apesar da baixa taxa de julgamentos de mérito, dados colhidos por Veríssimo indicam que das ações decididas no mérito (em ações de controle abstrato de constitucionalidade), a maior parte (66,46%) foi julgada procedente (VERÍSSIMO, 2008, p. 411).

Entretanto, a importância de tais números foi competentemente questionada por Pogrebinschi. Para relativizar a importância da alta taxa de procedência nas ADI julgadas no mérito, a autora separou, do montante global de ações julgadas,²³ as ações que impugnavam normas Estaduais e Municipais e aquelas que diziam respeito à normas do Legislativo Federal. Nesta distinção, 92,31% das ações julgadas no mérito em sede de controle abstrato pelo STF não tinham por objeto normas do Legislativo Federal (POGREBINSCHI, 2012, p. 49). Assim, contra normas do Congresso Nacional, o STF proferiu no período apenas 67 decisões de procedência (seja integral ou parcial), levando a autora a concluir que a corte é mais parcimoniosa do que a literatura jurídica costuma indicar.

²³ Há uma pequena diferença nos números coletados pelos autores, mas que não influenciam na comparação realizada. Nos dados de Veríssimo (2008, p. 411), teriam sido julgadas no mérito 978 ações de controle concentrado pelo STF de 1988 a 2008. Nos números apresentados por Pogrebinschi (2012, p. 48), teriam sido apenas 871 ações de 1988 a 2009. A diferença pode ser resultado da inclusão, nos dados de Veríssimo, de casos com decisões liminares deferidas, mas ainda pendentes de julgamento, casos excluídos da análise de Pogrebinschi. Para pesquisa empírica com dados mais recentes (de 1988 a 2012), ver Tomio e Robl (2013).

Ainda, a autora relacionou o número efetivo de leis federais declaradas inconstitucionais pelo Supremo com o volume de legislação produzida e promulgada pelas casas legislativas no mesmo período, concluindo que as declarações de inconstitucionalidade por parte do STF atingiram, no período (1988 a 2009), apenas 0,7% do montante global de instrumentos normativos elaborados pelo legislativo federal (POGREBINSCHI, 2012, p. 109). Em síntese, concluiu que os dados não sustentam o senso comum da literatura crítica à judicialização da política, de que o STF estaria substituindo o papel do legislativo federal, ou ainda, que estaria sistematicamente derrubando as leis aprovadas pelos detentores de mandatos eletivos (POGREBINSCHI, 2012, p. 110).

A despeito das competentes investigações empíricas sobre o STF descritas acima, ao centrar esforços em torno da judicialização da política, os estudos não coletaram dados sobre os interesses dos atores políticos na procedência ou improcedência das ações. Tampouco há, no universo de estudos empíricos da judicialização da política, grande preocupação em mensurar a exposição e divulgação midiáticas do caso *sub judice*.

2.4 Judicialização da Política: uma expressão ambígua

A “judicialização da política” é uma expressão polissêmica (ROMANELLI, 2012) que pode ser encontrada na literatura jurídica e de ciência política com variadas formas²⁴ e sentidos,²⁵ ora enfatizando o uso do poder judiciário como arena de disputas políticas – destacando a migração de temas de natureza política que, abandonando a arena legislativa, passam a ser debatidos na arena judiciária –, ora descrevendo o efeito de decisões proferidas pelo STF em temas de grande repercussão social.

Tendo em vista que Werneck Vianna é um dos pioneiros a ter tratado da

²⁴ Um excelente inventário de expressões relacionadas à judicialização pode ser encontrado em Silva, que enumera os termos que povoaram o léxico da relação entre o Poder Judiciário e a política nos clássicos da literatura jurídica, e.g.: judiciarismo, judiocracia e juridicização do fato político (SILVA, 2004, p. 79-80). À lista de expressões colhidas pelo autor, poder-se-ia somar ainda mais algumas, como ‘supremocracia’ (VIEIRA, 2008, p. 441-463), juridificação da política (NOBRE, 2008, p. 82) e politização do judiciário (FEREJOHN, 2002; TAYLOR, 2007, p. 3).

²⁵ Dentre os trabalhos que se dedicaram à análise dos sentidos da Judicialização da Política destacam-se: Maciel e Koerner (2002) e Carvalho e Marona (2010).

judicialização no Brasil (VIANNA *et al.*, 1999), seu artigo evidencia que “temos um problema para conceituar, caracterizar e medir o processo de judicialização da política”, como bem diagnostica Carvalho (2004, p. 122).

Assim como na história norte-americana, a história brasileira também traz várias críticas sobre a ‘interferência’ do Poder Judiciário nas questões de governo. Entretanto, muitas das definições no Brasil confundem causas e efeitos, pois mesmo sem uma justificativa causal para o processo de expansão do poder judicial, a literatura avança a uma suposta caracterização das condições institucionais para a judicialização que mistura resultados e condições em uma mescla de fatores relacionados ao aumento da litigância processual, levando à formação de “um argumento tautológico por trás da definição e caracterização da judicialização da política” (CARVALHO, 2004, p. 122).

No dizer de Carvalho e Marona, haveria duas correntes com pontos de partida bastante distintos, uma sociológica, outra de cunho institucional:

Parece que há duas preocupações distintas a guiar as análises acerca do fenômeno: uma, de cunho mais sociológico, que toma a judicialização como consequência de um processo de modificação social a alterar as relações entre Estado e Sociedade Civil, fazendo do Judiciário um local adequado para promoção da cidadania; outra, de cunho institucional, preocupada em observar as relações interinstitucionais, que toma a judicialização como consequência de um conjunto de ações estratégicas, desenvolvidas no interior do Estado (CARVALHO e MARONA, 2010, p. 14).

Das expressões mencionadas, várias carregam em si uma carga negativa, de crítica à atuação do Poder Judiciário, ora com contornos de ditadura de uma aristocracia togada (governo dos juízes, judiciarismo, judiocracia, supremocracia), ora com nuances menos severas, mas ainda como anomalias na relação entre os Poderes do Estado (expansão e politização do judiciário) (HIRSCHL, 2004, p. 9).

Uma das críticas habituais à judicialização está relacionada ao déficit democrático do Judiciário, eis que, não havendo eleição de seus membros, seria um poder da República não representativo da vontade popular. Tal crítica é ilustrada por Matthew Macleod Taylor, que evidencia a percepção pública de que a atuação política dos tribunais seria indevida: “A crescente judicialização e o conseqüente crescimento do impacto judicial em

quase todo o mundo trouxeram consigo [...] uma crítica muito forte, por parte dos poderes eleitos, aos ‘legisladores não-eleitos’” (TAYLOR, 2007, p. 249).

Novamente, encontra-se aqui a concepção de que haveria disfunções na dinâmica institucionais (patologias, *malaises*, que partem da premissa de que se estaria fora do ponto de equilíbrio, do ideal a ser alcançado). Entretanto, diferente do ativismo – em que o culpado pela enfermidade institucional são os próprios magistrados – a judicialização seria sintoma de uma falha na sociedade, que não consegue encontrar outros mecanismos de solução de conflitos que não o Judiciário.

Castro, em levantamento sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, constata: “A análise dos acórdãos do tribunal revela que também a produção jurisprudencial rotineira do STF tem uma direção marcante na proteção de interesses privados e, portanto, de impacto negativo sobre a implementação de políticas públicas” (CASTRO, 1997, p. 153).

Ao longo das décadas seguintes, a expressão tomou destaque nos estudos comparativos sobre o Poder Judiciário, com a publicação de coletâneas sobre a crescente importância dos magistrados e cortes constitucionais no período de redemocratização do Brasil, demais países latino-americanos e países emergentes²⁶.

Ao propor explicações para um fenômeno social abrangente, mas sem disponibilizar parâmetros para mensurar de forma operacional a relação entre governos²⁷ e cortes constitucionais, a judicialização da política não permite avançar no argumento que se pretende problematizar neste texto.

²⁶ Ver Domingo (2000), sobre o papel da corte constitucional Mexicana, a *Suprema Corte de Justicia de la Nación* (SCJN); Helmke (2002), sobre a *Corte Suprema de Justicia de la Nación* (CSJN) da Argentina; Figueroa e Taylor (2006), em estudo comparativo do STF e a SCJN mexicana; Kapiszewski (2006, 2011 e 2012), em comparativo do STF e da CSJN argentina; Taylor (2008) e Brinks (2011), sobre o STF; Tomio *et al.* (2014), em comparativo de Brasil, México, Alemanha, Espanha e Portugal. Mais recentemente, há um esforço comparativo entre as cortes constitucionais de alguns integrantes dos BRICS, como Brasil, Índia e África do Sul (VIEIRA, BAXI e VILJOEN, 2013) ou, de modo ainda mais amplo, Poder Judiciário em países emergentes (KAPISZEWSKI, SILVERSTEIN, KAGAN, 2013).

²⁷ Como afirma com precisão Marcos Nobre, a expressão “judicialização da política” pode ser considerada equívoca para tratar das relações interinstitucionais porque “ênfatisa unicamente a decisão judicial, quando o essencial (...) está na tradução de demandas em termos jurídicos, de modo que a sua solução é apenas um elemento do processo” (NOBRE, 2008, p. 82).

3. DISTENSÕES INSTITUCIONAIS: COOPERAÇÃO E INTEGRAÇÃO DAS CORTES CONSTITUCIONAIS À POLÍTICA

Não há decisão do STF que não seja aplaudida, contestada, criticada. E um dos pontos centrais do debate é justamente o do estabelecimento dos limites de uma corte constitucional e de seu papel no sistema político em sentido amplo (NOBRE e RODRIGUEZ, 2011, p. 18).

Rotular cortes constitucionais como ativistas, ou ainda mensurar níveis de judicialização da política, acrescenta pouco nos estudos da relação entre governos e cortes constitucionais. Isto porque, ao concentrar suas atenções nos dados dos julgamentos das cortes de forma dissociada do comportamento de outros atores, faltam dados para reconstituir os dados que influíram na tomada de decisões – decisões estas, imbuídas de grande significado político.

O papel das cortes constitucionais em regimes democráticos não parece mensurável de forma autônoma. É necessário contextualizar as cortes, tratando-as como inseridas no regime das forças que disputam o poder político, dentro do jogo democrático. Neste sentido, os conceitos de “ativismo judicial” e “judicialização da política” induzem pontos de vista dicotômicos que não são hábeis para ultrapassar uma concepção rígida de separação de poderes. Neste sentido, Nobre e Rodriguez argumentam que ambas as expressões estão imbuídas de uma concepção de política e democracia restrita ao Poder Legislativo (NOBRE e RODRIGUEZ, 2011, p. 7).

Propõe-se aqui ser possível identificar atos de cooperação das cortes constitucionais em regimes democráticos que levam a uma resignificação do que, visto de forma isolada, é equivocadamente percebido como ativismo ou judicialização. Adicionando elementos de cooperação, pode-se aferir as distensões institucionais existentes nas relações entre cortes constitucionais e os interesses governamentais e de maiorias parlamentares. Dito de outra forma, trata-se de incluir o STF na política, não como demérito ou deslegitimação da sua autoridade jurídica, mas para observar as relações e estratégias que a corte e seus ministros travam com os demais poderes políticos.

A argumentação descrita aqui para problematização do *judicial review* têm como semelhanças a inserção das cortes constitucionais como parte integrante de um ambiente político amplo, na qual a existência e fortalecimento do poder do Judiciário é explicado como consequência do cálculo e vontade das forças políticas envolvidas.

3.1. A dificuldade contramajoritária

Mas o juiz americano é levado, contra sua vontade, no terreno da política [...]. Fechado em seus limites, o poder concedido aos tribunais americanos de se manifestar sobre a inconstitucionalidade das leis forma ainda uma das maiores barreiras que jamais foram erguidas contra a tirania das Assembleias políticas (TOCQUEVILLE, 2002, p. 93).

Na frase em epígrafe, Alexis de Tocqueville descreve, em 1835, uma das principais funções do Poder Judiciário no desenho institucional norte-americano: o de ser uma barreira contra a “tirania” da maioria política. Cumpriria ao Judiciário atuar como “força contramajoritária”, corrigindo e impedindo excessos das majorias e uma legislatura perigosamente radicalizada.

Tal atuação contramajoritária foi expressamente apresentada pelos defensores do desenho constitucional norte-americano como uma das virtudes da Constituição, o papel da Suprema Corte nas engrenagens da máquina governamental foi concebido como um freio aos excessos da democracia (HAMILTON, 1961).

As raízes da concepção da corte constitucional norte-americana como um "freio contramajoritário" são evidenciadas em pesquisas históricas que encontram na gênese do órgão de cúpula do Poder Judiciário uma forte desconfiança com relação à vontade da maioria. Ao abordar o surgimento da Suprema Corte, Carvalho afirma que a fórmula institucional da Constituição norte-americana tratou-a como órgão político, que ao lado do Senado e do aumento do poder de veto do Poder Executivo, “constituíram-se nos mais eficientes mecanismos institucionais de freios e contrapesos ao poder da maioria” (CARVALHO, 2007, p. 164). Tais mecanismos serviam para se contrapor ao poder da maioria (representado nas assembleias estaduais e na câmara dos representantes). Assim,

a Suprema Corte era organizada como uma instituição próxima ao poder central que pudesse mitigar a liberdade das Assembleias Estaduais, fortemente independentes.

A estabilidade institucional (governabilidade) era a grande preocupação de Madison e o crescente temor das decisões tomadas pelas Assembleias estaduais teria intensificado tais preocupações. Como remédio contra tal maioria irracional, a estrutura institucional idealizada nos artigos federalistas aperfeiçoava os ensinamentos de Montesquieu, propondo instrumentos de controle mútuo entre os poderes. A ideia central era que as inovações propostas gerassem uma maior centralização do poder, fortalecendo a “supremacia constitucional em detrimento da supremacia parlamentar que à época reinava.” (CARVALHO, 2007, p. 165). Do ponto de vista prático, a intenção era que as instituições de veto (Tribunal Constitucional, veto presidencial e o Senado) estabelecidas no Congresso de Filadélfia atuassem como barreiras de contenção ao ímpeto do facciosismo e a uma possível ditadura da maioria.

A questão do papel contramajoritário também é formulada em termos de uma dificuldade, na qual a atuação contramajoritária estaria em desconformidade com critérios democráticos (VIOLIN, 2011, p. 68; FRIEDMAN, 2002, p. 75-85; COVER, 1982, p. 5). Friedman defende que a conceituação da Suprema Corte como uma instituição contramajoritária levou a críticas da literatura quanto à legitimidade democrática das decisões da corte, o que é conhecido na doutrina como a dificuldade contramajoritária (BICKEL, 1962; KAHN, 1994; FRIEDMAN, 1993, 1998 e 2002) ou dificuldade não-majoritária (GRABER, 1993).

Nesta óptica, embora o controle de constitucionalidade seja reconhecido como um mecanismo para impedir que mudanças desejadas por uma eventual maioria legislativa subtraia direitos das minorias (como, por exemplo, o direito à propriedade privada), a “dificuldade” reside na falta de legitimidade para que um grupo pequeno de magistrados possa se contrapor a atos elaborados dentro das regras da democracia representativa, por meio de legisladores representantes da vontade da maioria.

A dificuldade contramajoritária, apresentada por Friedman como “o problema

central dos estudos constitucionais” (FRIEDMAN, 1993, p. 577). Para o autor as críticas à corte sobre sua falta de legitimidade democrática (a dificuldade contramajoritária) são fruto de períodos em que há percepção de desequilíbrio entre os poderes, com a supremacia judicial. A questão pode ser sintetizada da seguinte forma: na concepção de regime democrático adotada por Friedman (que exigiria responsividade à vontade popular), como explicar um ramo do governo cujos membros não estão sujeitos ao controle popular, mas ainda assim têm o poder de derrubar decisões populares? (FRIEDMAN, 1998, p. 335-336). Nestes termos, haveria um conflito insolúvel entre Democracia e controle de constitucionalidade.

3.2 O *judicial review* como atividade política

Como indica Friedman, o impasse em torno da dificuldade contramajoritária reside na concepção de democracia como majoritarianismo. Com este modelo, o controle de constitucionalidade equivaleria a uma aberração, uma institucional deslocada e fora do padrão democrático (FRIEDMAN, 1993, p. 587). Para escapar do impasse, Friedman propõe uma mudança na visão de governo democrático, sugerindo que as cortes devem passar a ser vistas como parceiras no processo constitucional norte-americano.

Graber também rebate as críticas com relação à falta de legitimidade do controle de constitucionalidade, mas seu argumento para desconstituir a dificuldade não-majoritária é desenvolvido pela via dos resultados, isto é, observando que, na história constitucional norte-americana, após casos em que a Suprema Corte invalidara legislação aprovada de forma majoritária pelo Legislativo, teriam sido pouco frequentes os episódios de retaliação ou resposta política. Graber defende que a “dificuldade contramajoritária” não se verifica de fato na relação da corte com os detentores de mandato eletivo, pois o Legislativo tende a aceitar - com deferência - as decisões do Judiciário (GRABER, 1993, p. 61).

No campo dos estudos empíricos, Mishler e Sheehan estudaram o impacto da

opinião pública nas decisões da Suprema Corte norte-americana de 1956 a 1989, encontrando evidências, na maior parte do período, de uma relação positiva e recíproca entre tendências de longo prazo na opinião pública e as decisões da Corte, verificando alterações na tendência ideológica da Corte mesmo sem alterações em sua composição. Entretanto, a partir de 1981, as posições da Corte e a opinião pública passaram a estar em direções opostas, indicando um rompimento no balanço ideológico da Corte, possivelmente causado por uma sequência de indicações de membros conservadores a moderados (MISHLER e SHEEHAN, 1993, p. 88).

Em revisão histórica proposta por Kramer, a própria instituição do controle de constitucionalidade (“*judicial review*”) pela Suprema Corte norte-americana, consagrada a partir do caso *Marbury v. Madison*, julgado em 1803, teria sido fruto de um delicado equilíbrio entre a vontade dos ministros (nomeados pelo governo anterior, incluindo o próprio *Chief Justice* Marshall) e a nova coalização de governo formada com a eleição de Thomas Jefferson no ano de 1800 (KRAMER, 2004, p. 7-8).

Como explica Whittington, Marshall estava na delicada situação de que, caso desse procedência à ação (obrigando a nova administração a aceitar Marbury na magistratura federal, exigindo que Madison, o novo secretário de Estado, emitisse a nomeação), a decisão da Suprema Corte poderia ser solenemente ignorada pelo novo governo. Por outro lado, simplesmente negar o pedido de Marbury equivaleria a negar auxílio ao grupo político do qual Marshall fazia parte, mostrando sinais de fraqueza da Corte e subordinação ao novo Governo eleito (WHITTINGTON, 2000, p. 611).

A solução encontrada por Marshall – decidir que Marbury teria direito à nomeação, mas que a Suprema Corte era instância incompetente para julgar a causa – foi absolutamente estratégica e, de certa forma, genial. Para construir o argumento da incompetência da corte, Marshall cuidou de declarar a inconstitucionalidade de parte do *Judiciary Act* de 1789, no trecho em que a nova legislação que havia ampliado a jurisdição da Suprema Corte, afirmando que, como tais poderes ultrapassavam os expressos na Constituição para a Corte, esta deveria declarar a invalidade do ato legislativo. Assim o

fazendo, estabeleceu a autoridade da Corte para realizar o controle de constitucionalidade de atos legislativos, inaugurando assim o *judicial review* (WHITTINGTON, 2000, p. 612; CLINTON, 1994, p. 286).

Além de ter sua origem em uma estratégia política em 1803, o controle de constitucionalidade nasce completamente imerso em um contexto de intensa disputa política e polarização partidária. Se a Suprema Corte não agisse estrategicamente, poderia correr o risco de sofrer graves retaliações por parte dos detentores de mandato eletivo.

Além de origens históricas, Kahn (1994) apresenta estudos de cenários mais recentes, afirmando que nos últimos 50 anos, as cortes *Warren*, *Burger* e *Rehnquist* também atuaram de forma estratégica, decidindo frequentemente em concordância com a maioria governista. Com uma crítica sutil aos estudos sobre o papel contramajoritário da corte (que tratou de acusar como oriundos de erros de percepção), o autor descreve tais períodos como cortes majoritárias (KAHN, 1994, p. 2-4).

Também no Brasil, no STF, estudos empíricos chegaram a conclusões que quando trata de dar procedência às ações de controle abstrato de constitucionalidade, o Tribunal atinge principalmente a legislação estadual, atuando no controle federativo (TOMIO e ROBL, 2013; CAMARGO, 2014; MARRAFON e LIZIERO, 2014); e, ainda, que é escasso o volume de decisões em questões contramajoritárias, como proteção das minorias e de grupos sub-representados no Legislativo (COSTA e BENVINDO, 2010; TOMIO e ROBL, 2013).

Ainda, em pesquisa comparativa entre as cortes constitucionais do Brasil, México, Alemanha, Espanha e Portugal, TOMIO *et al.* (2014) coletaram dados para sustentar que, ao decidir sobre legislação aprovada pela coalizão majoritária naqueles países, os Tribunais tendem a dar suporte às decisões das coalizões de governo.

O papel político do controle de constitucionalidade também pode ser descrita com outro enfoque. Para além das estratégias que as cortes adotam para proferir suas decisões, as Cortes desempenham importante função nas estratégias políticas quando

determinados atores partidários, normalmente da oposição, ingressam em juízo exatamente para impor custos à maioria, contestando publicamente as políticas adotadas.

Tal “uso político do judiciário” foi descrito por Taylor que encontrou, no uso sistemático de processos judiciais pela oposição, uma estratégia para derrotar no campo jurídico o grupo detentor da maioria legislativa. O autor define esse comportamento de busca pelo local institucional mais favorável para contestar as políticas públicas com a expressão *venue seeking* (TAYLOR, 2007, p. 3). Tanto grupos de interesse quanto a oposição acionam o Poder Judiciário em busca de que seus interesses econômicos e sociais sejam atendidos. Em dados coletados por Carvalho (2004, p. 118), das 2.813 ADIs propostas até 26 de junho de 2003, um total de 740 (ou 26,31%) foram requeridas por confederações sindicais ou entidades de classe.

Os dados colhidos por Costa e Benvindo (2010) levaram os autores a concluir que a jurisdição constitucional não tem se mostrado um canal eficiente para a defesa dos direitos fundamentais e sociais (COSTA e BENVINDO, 2010, p. 40-44). A crítica dos autores dirige-se, sobretudo, ao controle concentrado, com base no levantamento de que as ADI costumam apresentar em juízo muito mais questões vinculados aos interesses corporativos de seus demandantes do que às garantias e liberdades individuais ou de interesse comum.

No mesmo sentido, a demonstrar as ações movidas para atender interesses de categorias profissionais, Carvalho, Barbosa e Gomes quantificaram a considerável taxa de sucesso da OAB, demonstrando que a entidade goza de nítido privilégio para ajuizar ações de controle abstrato de constitucionalidade no STF (CARVALHO, BARBOSA e GOMES NETO, 2014, p. 70).

Logo, os dados confirmam uma participação efetiva dos grupos de interesse na utilização das ADI como instrumento de defesa de seus interesses.²⁸ Quanto aos partidos políticos, estes “ocupam a terceira colocação no rol de impetrantes de ADINs,

²⁸ O autor afirma ainda que os sindicatos e entidades de classe ocupam o segundo lugar na quantidade de ADI propostas, só perdendo para os governadores de Estados (CARVALHO, 2004, p.119). No mesmo sentido, ver Tomio e Robl (2013), Camargo (2014) e Marrafon e Liziero (2014).

correspondendo a 590 (ou 20,97%) do total” (CARVALHO, 2004, p. 119).

Por fim, Carvalho aponta o frequente uso das ADIs pela oposição, questionando no STF as políticas públicas nas quais foram vencidos e plenário (CARVALHO, 2004, p. 120). Taylor e Da Ros demonstram que a tática de oposição muitas vezes é apenas o de marcar posição ou tornar visível, ganhando projeção no noticiário. Assim, mover uma ADI vale a pena ainda que seja improcedente, servindo para atrair atenção pública e ampliar a visibilidade de sua contestação política, ainda que a chance de sucesso seja pequena (TAYLOR e DA ROS, 2008, p. 838).

3.3 Cortes como *veto players*

Ultrapassando a dificuldade contramajoritária, uma forma talvez mais precisa de descrever os papéis das cortes constitucionais nas relações políticas seja sua caracterização como um ator com poder de veto ("*veto player*"). O termo foi popularizado pelo livro homônimo de George Tsebelis ("Atores com poder de veto") que desenvolve um instrumento para permitir a comparação entre instituições políticas, levando em conta a relação entre a estabilidade decisória e o número de "atores individuais ou coletivos cujo acordo é necessário para uma mudança do status quo" ²⁹ (TSEBELIS, 2009, p. 41).

Os atores com poder de veto são aqueles necessários à manutenção e alterações no *status quo*, como afirma Tsebelis: "para mudar o *status quo*, um certo número de atores individuais ou coletivos deve concordar com a mudança proposta. Chamo esses atores de *veto players*: atores com poder de veto." (TSEBELIS, 2009, p. 16).

Tsebelis prossegue, explicando que por ser um documento que determina o funcionamento das instituições políticas, é na Constituição e nos resultados do processo eleitoral que podemos identificar os *veto players*:

Os atores com poder de veto são especificados num país pela Constituição (o presidente, a Casa Branca e o Senado, nos Estados Unidos) ou pelo sistema político (os diferentes

²⁹ A estabilidade decisória, para Tsebelis, tem relação direta com a manutenção do *status quo*. Para a análise que segue, as alterações no *status quo* são obtidas por mudanças de rumo nas políticas adotadas (*policies*), principalmente operadas por meio de modificações na legislação. Nesse contexto, a estabilidade decisória é obtida com a manutenção inalterada da legislação.

partidos que são membros de uma coalizão governamental, na Europa oriental). Chamo esses dois diferentes tipos de atores com poder de veto de institucionais e partidários, respectivamente. (TSEBELIS, 2009, p. 17).

Em seu intuito de estabelecer bases e instrumentos de análise para a política comparada, o autor prossegue explicando sua teoria, que utilizaremos para refletir no uso do Poder Judiciário para operar mudanças do "*status quo*" (TSEBELIS, 2009, p. 17).

Embora os atores com poder de veto sejam normalmente os indicados pela Constituição (atores institucionais) e pelas eleições (partidos parlamentares e governos), conforme Tsebelis, o Poder Judiciário pode se transformar em um *veto player* adicional. Dito de outro modo, onde há o exercício da jurisdição constitucional, com a possibilidade de influir na arena política, Tribunais podem ser somados à lista dos atores com poder de veto. Na análise proposta por Tsebelis, a inclusão do Judiciário como mais um ator com poder de veto é decorrência da estabilidade decisória (efeito sistêmico). Isto porque, quanto maior o número de *veto players*, maiores são os obstáculos para efetuar mudanças no *status quo* – por exemplo, mudanças na Constituição e na legislação infraconstitucional – e maiores as chances de que a decisão judicial não seja sobreposta por alterações no *status quo*.

Por outro lado, ao exercer a jurisdição constitucional de forma independente³⁰ – isto é, com opiniões próprias e desvinculadas das dos outros atores envolvidos no processo decisório –, o Judiciário também pode impedir uma mudança legislativa e manter a estabilidade decisória.³¹ Logo, terá mantido o *status quo*.

Fazendo um paralelo com a função contramajoritária atribuída ao controle de constitucionalidade, podemos afirmar que neste modelo idealizado, a jurisdição constitucional opera impedindo alterações ou realizando mudanças incrementais no

³⁰Sobre o problema teórico em torno da adoção do conceito de independência, ver Peter Russel (2001, p. 12)

³¹Entretanto, Tsebelis destaca que é comum que os integrantes das cortes e tribunais constitucionais não marquem opinião destoante do conjunto já estabelecido no embate político, optando por se manter alinhados às opiniões dos atores políticos que os selecionaram. Quando esse fenômeno ocorre, Tsebelis (2009, p. 343) afirma que os efeitos das escolhas manifestadas pelas cortes Constitucionais são mitigados. Dessa forma, podemos entender por que a *judicialização da política* é ora vista com bons olhos, ora vista com horrores. Tsebelis explica que “aqueles a quem o *status quo* desagrade preferirão um sistema político com a capacidade de fazer mudanças rapidamente, enquanto os defensores do *status quo* preferirão um sistema que produz estabilidade decisória.” (TSEBELIS, 2009, p. 23).

status quo, ainda que em oposição à vontade da maioria legislativa, trazendo obstáculos à mudança de rumos e prioridades.

O grande benefício que a abordagem de Tsebelis agrega à compreensão sobre cortes constitucionais é sua inclusão como parte integrante do jogo político, mesmo que como efeito da estabilidade decisória, isto é, como mais uma arena de disputa legítima nas relações político-partidárias inerentes ao regime democrático. Neste aspecto, as decisões servem de cena, em que a decisão com caráter jurídico não pode ser afastada de seus efeitos sobre os outros atores. Testes empíricos, portanto, podem demonstrar que *a)* os atores políticos contam com o STF para solucionar seus problemas, e delegaram de forma ativa no processo constituinte poderes para que o STF possa dirimi-los, e *b)* os ministros do STF sabem desta condição e de fato levam em conta as preferências dos atores políticos para tomar suas decisões, evitando confrontos constante, mas também evitando deferências automáticas (*a maioria automática*, descrita na Argentina por: HELMKE, 2002 e KAPISZEWSKI, 2012).

Decisões nas quais o Poder Judiciário altera ou mantém o *status quo*, podem, muitas vezes, ser resultado de uma delegação voluntária de competências dos outros *veto players* ao Judiciário (TSEBELIS, 2009, p. 312), pois há sérios custos de transação para cada decisão legislativa: pode-se, por exemplo, tomar a iniciativa de apresentar um projeto de lei, formar uma coalizão para apoiá-lo, ou eliminar os opositores que tenham opinião diferente, comprando-os ou consolidando alianças” (TSEBELIS, 2009, p. 314). Neste aspecto, determinadas políticas acabam sendo delegadas ao Poder Judiciário por apresentar altos custos de transação (isto é, custos políticos de se apresentar e votar o projeto de lei).

No Brasil, podemos citar como exemplo a regulamentação da união civil para casais homoafetivos. Embora já tivesse sido objeto de proposta de lei desde 1995 (PLC 1.151/95), a matéria jamais chegou a ser encaminhada ao plenário. Mesmo em 2006, com maioria governista no Congresso e com o tema dos direitos homoafetivos alçado à condição de programa de governo, ainda assim a questão apresentava alto custo de

transação, suficiente para imobilizar o debate da questão no Poder Legislativo³².

Entretanto, por meio do julgamento conjunto da ADI 4277 e da ADPF 132 em 05 de maio de 2011, o STF estendeu à união homoafetiva os mesmos direitos conferidos à união estável entre homem e mulher. Cumpre observar que, à falta de resistência do governo com relação à decisão, houve inclusive parecer favorável do corpo jurídico destinado à defesa dos interesses do governo (Advocacia-Geral da União), demonstrando indícios de que a matéria, envolvendo altos custos de transação para o legislativo, foi convenientemente delegada para ser decidida pelo Poder Judiciário.

3.4 Cortes constitucionais em cooperação com governos

Mas afinal, se as cortes têm poderes institucionais para atuarem como ponto de veto e impedir modificações no *status quo*, por que afinal os detentores de mandatos eletivos cederiam poder para cortes constitucionais?

Robert Dahl, em artigo de 1957, descreveu a relação entre a maioria governista e a Suprema Corte como sendo o de uma função legitimadora:

A maior tarefa da Corte é conferir legitimidade às políticas públicas fundamentais da coalizão vencedora. Há momentos em que a coalizão é instável com relação a certas diretrizes de especial valor; com grande risco para seus próprios poderes de legitimidade, a Corte pode intervir nesses casos e pode inclusive ser vitoriosa no estabelecimento da política pública (DAHL, 1957, p. 294).

Em suas observações sobre o modelo democrático norte-americano, Dahl avança uma concepção de república na qual a Suprema Corte integra a aliança dominante de forma a participar na liderança política. Citando como exemplo os casos da ampliação dos direitos civis aos Negros, Dahl explica como normativas políticas que não detêm apoio suficientemente para garantir maioria legislativa, ainda assim podem ser implementadas pelo Poder Judiciário de forma coerente com os objetivos políticos e, por isso, garantem

³² O programa Brasil sem Homofobia tinha como objetivo de combater a violência e a discriminação contra homossexuais. Embora sem dados para afirmar, podemos especular que o grupo político que era simpático ao projeto percebia no seu eleitorado, ao defender a união homoafetiva, chances maiores de perdas do que de ganhos.

legitimidade à decisão judicial (DAHL, 1957, p. 293-4).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste texto apresentamos uma revisão da literatura sobre as funções atribuídas às cortes constitucionais em estados democráticos, descrevendo as abordagens comumente encontradas sobre as cortes constitucionais com o enfoque do ativismo judicial, da judicialização da política e do papel contramajoritário das cortes, confrontando-as com alguns dos estudos empíricos já realizados sobre o perfil das decisões do STF.

Pretendeu-se demonstrar que, à luz do resultado das decisões elaboradas pela corte, há uma sensível distância entre os rótulos atribuídos ao STF (e demais cortes constitucionais) e sua efetiva atuação. Tais categorias – judicialização, ativismo, autocontenção – são insuficientes para identificar as relações estratégicas que permeiam o exercício do controle de constitucionalidade. Sugere-se que é mais adequado compreender as cortes constitucionais como parte integrante do sistema político, integrado tanto nos usos que atores políticos fazem das ações de controle concentrado de constitucionalidade, quanto na função legitimadora de suporte que a corte pode fornecer aos governos que demandarem apoio. É deste ponto que se formula o problema na busca de uma teoria abrangente, que possa descrever de forma consistente o comportamento do STF e colocá-lo à prova em estudos empíricos.

A proposta para estudos empíricos sobre o STF e cortes constitucionais (comparativamente) pode descrever os mecanismos das relações entre os Tribunais, governos e parlamentos. Para tanto, discutir criticamente os papéis que a literatura atribui às cortes constitucionais em estados democráticos faz parte de estudos empíricos e teóricos sobre o controle de constitucionalidade. Neste sentido, conceitos como ativismo judicial, autocontenção e judicialização da política pouco ou nada contribuem para descrever de forma consistente o comportamento das cortes constitucionais (e do STF, em particular) com relação aos governos e parlamentos nacionais.

Como argumento final, para uma agenda de pesquisa, propomos que o STF e Tribunais constitucionais podem ser melhor compreendidos como um mecanismo de estabilização política, manobrando de forma habilidosa entre ondas governistas e oposicionistas com vistas a manter seu status de ator imparcial, mantendo ou alterando a estabilidade decisória (*status quo*).

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ARANTES, Rogério Bastos. **Judiciário e Política no Brasil**. São Paulo. Editora Sumaré/FAPESP/EDUC, 1997.

ARANTES, Rogério Bastos. Direito e Política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 14, n. 39, p. 83-102, fev. 1999.

ARANTES, Rogério Bastos. **Ministério Público e política no Brasil**. São Paulo. Editora Sumaré, 2002.

ARANTES, Rogério Bastos. Constitutionalism, the expansion of Justice and the Judicialization of Politics in Brazil. In: SIEDER, Rachel; SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan. (org.). **The judicialization of politics in Latin America**. New York: Palgrave Macmillan, 2005.

ARGUELHES, Diego Werneck. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização. **Universitas Jus**, v. 25, n. 1, 2014.

AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie Corrêa. Judicialização da política no Brasil: ver além do constitucionalismo liberal para ver melhor. **Rev. Bras. Ciênc. Polít.**, v. 15, p. 69-94, Dec. 2014.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 59-85, jun. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Doze Anos da Constituição Brasileira de 1988 (Uma breve e

acidentada história de Sucesso) In: _____. **Temas de Direito Constitucional**. v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008 - Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Instituto Brasileiro de Direito Público**, n. 18, abr/jun 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (REDE)**. n. 23, set/nov. 2010.

BAUM, Lawrence. **The Supreme Court**. 11 ed. Washington: CQ Press, 2013.

BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics**. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986 [1962].

BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio: o ativismo judicial. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo. **As novas faces do ativismo judicial**. 2. tir. Salvador: JusPodivm, 2013.

BRINKS, Daniel M. "Faithful Servants of the Regime": The Brazilian Constitutional Court's Role under the 1988 Constitution. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (ed.). **Courts in Latin America**. New York: Cambridge University Press, 2011.

BRUGGER, Andrey da Silva. **Devido processo legislativo e o Supremo Tribunal Federal como "veto player"**: análise crítica sobre o cenário institucional brasileiro e a busca por parâmetros de atuação do Judiciário em relação aos atos do Poder Legislativo. Trabalho apresentado no 5º Seminário Nacional de Sociologia e Política. Curitiba, UFPR, 2014.

CAMARGO, Fernando Santos de. **Judiciário e Federalismo: O Supremo Tribunal Federal nos conflitos entre União e Estados**. 102f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas**. 2. ed.

Coimbra: Coimbra Ed., 2001.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: Apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia Política**, Curitiba, 23, p. 115-126. Nov. 2004.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Revisão Judicial e Judicialização da Política no direito ocidental: Aspectos relevantes de sua gênese e desenvolvimento. **Revista de Sociologia Política**, Curitiba, 28, p. 161-179. Nov. 2007.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Judicialização da política no Brasil: controle de constitucionalidade e racionalidade política. **Análise Social**, v. 44, p. 315-335.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Trajetória da revisão judicial no desenho constitucional brasileiro: tutela, autonomia e judicialização. **Sociologias**, Porto Alegre, n. 23, p. 176-207. jan/abr. 2010.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de; BARBOSA, Luis Felipe Andrade; GOMES NETO, José Mário Wanderley. OAB e as prerrogativas atípicas na arena política da revisão judicial. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 69-98, Jun. 2014.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de; LEITÃO, Natália. O novo desenho institucional do Ministério Público e o processo de judicialização da política. **Rev. direito GV**. 2010, v. 6, n. 2, p. 399-422.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de; LEITÃO, Natália. O poder dos juízes: Supremo Tribunal Federal e o desenho institucional do Conselho Nacional de Justiça. **Revista de Sociologia e Política**, v. 21, n. 45, p. 13-27.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de; MARONA, Marjorie Corrêa. **Por um conceito operacional de judicialização da política**. 7º Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política: Recife, Pernambuco, 04 a 07 de agosto de 2010.

CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 12, n. 34, jul.1997.

CHUEIRI, Vera Karam de. Nas Trilhas de Carl Schmitt (ou nas Teias de Kafka): Soberania, Poder Constituinte e Democracia Radical. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **Repensando a Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

CLINTON, Robert Lowry. Game Theory, Legal History and the Origins of Judicial Review: A Revisionist Analysis of Marbury v. Madison. **American Journal of Political Science**, n. 38, v. 2, 1994, p. 285-302.

COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano Zaiden; ALVES, André Gomes; MEDEIROS FILHO João Telésforo N. de. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? Um perfil das decisões de procedência em ADIs. **Anais do 7º. Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política**, Recife, 2010.

COUTO, Cláudio Gonçalves; ARANTES, Rogério Bastos. Constituição, governo e democracia no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 21, n. 61, p. 41-62. Jan. 2006.

COVER, Robert M. **The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities**. Faculty Scholarship Series. Paper 2704, 1982. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2704>. Acesso em: 20 fev. 2016.

DA ROS, Luciano. **Decretos presidenciais no banco dos réus: análise do controle abstrato de constitucionalidade de medidas provisórias pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil (1988-2007)**. Dissertação (Mestrado em Ciência Política). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2008.

DAHL, Robert. Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker. **Journal of Public Law**, v. 6, 1957.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo. **As novas faces do ativismo judicial**. 2. tir. Salvador: JusPodivm, 2013.

EASTERBROOK, Frank H. Do Liberals and Conservatives Differ in Judicial Activism? **University of Colorado Law Review**, v. 73, 2002, p. 1403-1416.

ENGELMANN, Fabiano. Internacionalização e ativismo judicial: as causas coletivas. **Lua Nova**, São Paulo, n. 69, p. 123-146, 2006.

ENGELMANN, Fabiano. Internacionalização e ativismo judicial: causas políticas e causas jurídicas nas décadas de 1990 e 2000. **Contexto internacional**, v. 29, n. 1, p. 39-62, jun. 2007.

ENGELMANN, Fabiano. Tradition and diversification in the uses and definitions of the law: a proposed analysis. **Brazilian Political Science Review**, v. 1, n. 1, p. 53-70, 2007.

ENGELMANN, Fabiano; CUNHA FILHO, Márcio Camargo. Ações judiciais, conteúdos políticos: uma proposta de análise para o caso brasileiro. **Revista de Sociologia Política**, v. 21, n. 45, p. 57-72, mar. 2013.

FEREJOHN, John. Judicializing Politics Politicizing Law. **Law and Contemporary Problems**, v. 65, n. 3, p. 41-68, jul/ago. 2002.

FRIEDMAN, Barry E. Dialogue and Judicial Review. **Michigan Law Review**, v. 91, fev. 1993, p. 577-682.

FRIEDMAN, Barry E. The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy. **New York University Law Review**, v. 73, n. 2, maio 1998.

FRIEDMAN, Barry E. The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five. **Yale Law Journal**, v. 112, n. 2, 2002, p. 153-259.

FRIEDMAN, Barry E. **The Will of the People: How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution**. New York: Farrar, Strauss and Giroux, 2009.

FRIEDMAN, Barry E.; BURBANK, Stephen B. Reconsidering Judicial Independence In: FRIEDMAN, Barry E.; BURBANK, Stephen B. (ed.) **Judicial independence at the crossroads an interdisciplinary approach**. Thousand Oaks: Sage, 2002.

GRABER, Mark A. The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary. **Studies in American Political Development**. v. 7, n. 35, 1993.

GREEN, Craig. An Intellectual History of Judicial Activism. **Emory Law Journal**, v. 58, n. 5, 2009, p. 1195-1263.

GUEDES, Néviton. O juiz entre o ativismo judicial e a autocontenção. **Consultor Jurídico**, 23 jul. 2012.

HAMILTON, Alexander. Federalist No. 78. **The Federalist Papers**, 1961, [1797].

HELMKE, Gretchen. The Logic of Strategic Defection: Court-Executive Relations in Argentina under Dictatorship and Democracy. **American Political Science Review** vol. 96, nº 2, p. 291-303, 2002.

HIRSCHL, Ran. 'Juristocracy': Political, not Juridical. **The Good Society**, v. 13, n. 3, 2004, p. 6-11.

KAGAN, Robert A. A consequential Court: The U.S. Supreme Court in the Twentieth Century. In: KAPISZEWSKI, Diana; SILVERSTEIN, Gordon; KAGAN, Robert. **Consequential Courts: Judicial Roles in Global Perspective**. New York: Cambridge University Press, 2013.

KAHN, Ronald. Supreme Court as a (Counter) Majoritarian Institution: Misperceptions of the Warren, Burger, and Rehnquist Courts. **The Detroit College of Law Review**, n. 1, 1994, p. 1-60.

KAPISZEWSKI, Diana. La Corte Suprema y la Política Constitucional en la Argentina Post-Menem. **Revista Jurídica de la Universidad de Palermo**, ano 7, n. 1, jul. 2006.

KAPISZEWSKI, Diana. How Courts Work: Institutions, Culture, and the Brazilian Supremo Tribunal Federal. In: COUSO, Javier A. et al. (org). **Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America**. New York: Cambridge University Press, 2010.

KAPISZEWSKI, Diana. Tactical Balancing: High Court Decision Making on Politically Crucial Cases. **Law and Society Review**. v. 45, n. 2, 471–506, jun. 2011.

KAPISZEWSKI, Diana. **High courts and economic governance in Argentina and Brazil**. New York: Cambridge University Press, 2012.

KMIEC, Keenan. The origin and current meanings of "judicial activism". **California Law**

Review, v. 92, n. 5, p. 1441-1477, 2004.

KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial?: Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. **Novos estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 96, p. 69-85, Jul. 2013.

KRAMER, Larry D. **The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review**. Oxford: Oxford University Press, 2004

LOBO, Judá Leão; PEREIRA, Luís Fernando Lopes. A imprensa do Segundo Reinado no processo político-constitucional: força moral e opinião pública. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, vol. 59, n. 1, p. 179-206, 2014.

LORENZETTO, Bruno Meneses; KOZICKI, Katya. Constituindo a constituição: entre paradoxos, razões e resultados. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 11, n. 2, Dez. 2015.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova**, n. 57, p. 113-133.

MARCHETTI, Vítor; CORTEZ, Rafael. A judicialização da competição política: o TSE e as coligações eleitorais. **Opinião Pública**, Campinas, v. 15, n. 2, p.422-450. Nov. 2009.

MARRAFON, Marco Aurélio; LIZIERO, Leonam Baesso da Silva. Competências constitucionais da União e Supremo Tribunal Federal: fiadores da centralização no federalismo brasileiro. In: Octavio Campos Fischer; Scheila Barbosa dos Santos. (org.). **Federalismo fiscal e democracia**. 1 ed.Curitiba: Instituto Memória, 2014.

MELLO, Celso de. **Discurso proferido, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes, na Presidência do STF**, em 23 abr. 2008.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MISHLER, William; SHEEHAN, Reginald S. The Supreme Court as a Countermajoritarian Institution? the Impact of Public Opinion on Supreme Court Decisions. **American Political Science Review**, v. 87, n. 1, 1993, p. 87–101.

NOBRE, Marcos. Indeterminação e estabilidade: os 20 anos da Constituição Federal e as

tarefas da pesquisa em direito. **Novos Estudos CEBRAP**, n. 82, p. 97-106, nov. 2008.

NOBRE, Marcos; RODRIGUEZ, José Rodrigo. "Judicialização da política": déficits explicativos e bloqueios normativistas. **Novos estudos CEBRAP**, n. 91, p. 05-20, Nov. 2011.

NOVELINO, Marcelo. A Influência da Opinião Pública no Comportamento Judicial dos Membros do STF. In: FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (org.). **Constitucionalismo e Democracia**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 265-328.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. O Supremo Tribunal Federal no processo de transição Democrática: Uma análise de conteúdo dos jornais Folha de S. Paulo e O Estado de S. Paulo. **Rev. Sociol. Pol.**, n. 22, jun. 2004, p. 101-118.

OLIVEIRA, Vanessa Elias de. Judiciário e privatizações no Brasil: existe uma judicialização da política? **Dados**, v. 48, n. 3, p. 559-587, Set. 2005.

PACHECO, Cristina C. Os estudos sobre judiciário e política no Brasil pós 1988: uma revisão da literatura. **Pensar**, Fortaleza, v. 13, n. 1, p. 75-86, jan./jun. 2008.

PAIXÃO, Leonardo A. **A função política do Supremo Tribunal Federal**. 258f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

PINTO, Roberto Bueno. Carl Schmitt x Hans Kelsen: defensor ou senhor da constituição? **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 60, n. 3, set./dez. 2015, p.103-136.

POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação? Política, direito e democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes: para uma crítica do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

ROMANELLI, Sandro Luís Tomás Ballande. **A Judicialização da política como meio de participação democrática** – Uma abordagem teórica para a legitimidade da jurisdição constitucional brasileira. 128f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

ROOT, Damon. Overruled: **The long war for control of the US Supreme Court**. New York:

Palgrave Macmillan, 2014.

RUSSEL, Peter H. Toward a General Theory of Judicial Independence. In: _____; O'BRIEN, David M. (ed.) **Judicial Independence in the Age of Democracy**: Critical Perspectives around the world. Charlottesville: University of Virginia Press, 2001.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário e Arena Pública: Um olhar a partir da Ciência Política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (org.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. SEDENSKY, Matt. Justice questions way court nominees are grilled. Hosted news, Associated Press. 14 maio 2010.

SHAPIRO, Martin. **Courts**: a comparative and political analysis. Chicago: The University of Chicago Press, 1981.

SHAPIRO, Martin; STONE SWEET, Alec. **On Law, Politics and Judicialization**. Oxford: Oxford University Press, 2002.

SILVA, Carlos Augusto. **O processo Civil como estratégia de poder**: reflexo da judicialização da política no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SOARES, José de Ribamar Barreiros. **Ativismo Judicial no Brasil**: O Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política. Tese (Doutorado em Direito). Rio de Janeiro; Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010.

SUNSTEIN, Cass R. Lochner's Legacy. **Columbia Law Review**, v. 87, n. 5, 1987, p. 873–919.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. (org.). **The global expansion of Judicial Power**. Nova York: New York University Press, 1995.

TAYLOR, Matthew Macleod. O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. **Dados**, v. 50, n. 2, p. 229–257, jan. 2007.

TAYLOR, Matthew Macleod. **Judging Policy**: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil. Stanford: Stanford University Press, 2008.

TAYLOR, Matthew Macleod; DA ROS, Luciano. O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. **Dados**, v. 50, n. 2, p. 229–257, jan. 2007.

TAYLOR, Matthew Macleod; DA ROS, Luciano. Os partidos dentro e fora do poder: a judicialização como resultado contingente da estratégia política. **Dados**. v. 51, n. 4, p. 825-864. ago. 2008.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 37-57, jun. 2012.

TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; CARVALHO Neto, Ernani. Dossiê política, direito e judiciário: uma introdução. **Rev. Sociol. Polit.**, Curitiba, v. 21, n. 45, p. 7-11, Mar. 2013.

TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL Filho, Ilton Norberto. Empirical legal research: teoria e metodologia para a abordagem do processo decisório de controle de constitucionalidade no STF. In: SIQUEIRA, Gustavo Silveira; VESTENA, Carolina Alves. (org.) **Direito e experiências jurídicas: debates práticos**, v. 2. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

TOMIO, Fabricio Ricardo de Limas; ROMANELLI, Sandro Luís Tomás Ballande; ORTOLAN, Marcelo Augusto Biehl; CAMARGO, Fernando Santos de. **Os Tribunais Constitucionais no processo decisório/legislativo: o controle abstrato/concentrado de constitucionalidade comparado (Brasil, México, Alemanha, Espanha e Portugal)**. Trabalho apresentado no IX Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política (ABCP), Brasília, 2014.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; PALÁCIOS, Manuel; BURGOS, Marcelo Baumann. **Corpo e alma da magistratura brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; PALÁCIOS, Manuel; BURGOS, Marcelo Baumann. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. **Tempo social**, São Paulo, v. 19, n. 2, p. 39-85, Nov. 2007.

VIANNA, Luís Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte. Editora UFMG, 2002.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Império da lei ou da corte? **Revista USP**, n. 21, p. 70-77, maio 1994.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Rev. direito GV**. v. 4, n. 2, p. 441-463, 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena; BAXI, Upendra; VILJOEN, Frans. (org.) **Transformative constitutionalism: comparing the apex courts of Brasil, India and South Africa**. Pretoria: Pretoria University Law Press, 2013.

VIOLIN, Jordão. **Processo Coletivo e Protagonismo Judiciário: O controle de decisões políticas mediante ações coletivas**. Dissertação (Mestrado em Direito), 196f. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

WECHSLER, Herbert. Toward Neutral Principles of Constitutional Law. **Harvard Law Review**, n. 73, v. 1, 1959, p. 1–35.

A CONCEPÇÃO DE DECISÃO JUDICIAL À LUZ DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DA DEMOCRACIA

William Soares Pugliese¹

INTRODUÇÃO

Há um mérito intrínseco àqueles que reconhecem o tema de Jurisdição Constitucional e Democracia como um dos mais caros ao Direito neste início de Século XXI. Na medida em que as possibilidades interpretativas no cenário jurídico foram, por bem ou por mal, ampliadas pela introdução de conceitos abertos como o de princípios, os poderes e as competências da função jurisdicional tomaram proporções até então não conhecidas pelo Estado Moderno.² Abre-se, assim, um novo espaço de reflexão e crítica voltada para os resultados decorrentes dessa virada metodológica e prática, o qual se reflete majoritariamente nas discussões constitucionais. A doutrina passa a questionar os aspectos dessa nova jurisdição, desde sua legitimidade e limites de sua atuação, até questões procedimentais como a necessidade de um processo que contemple as peculiaridades dos temas analisados e a relevância das decisões tomadas.

Neste cenário, portanto, destaca-se a iniciativa do Prof. Dr. Ilton Norberto Robl Filho em organizar a presente obra. Trata-se de verdadeira contribuição ao Direito e aos estudiosos da Jurisdição Constitucional e da Democracia. Mais do que os cumprimentos ao organizador e aos colegas, este autor agradece o gentil convite para a participação no livro.

Tendo em vista o alcance do assunto, é imprescindível que se apresente o recorte aqui

¹ Doutor e Mestre em Direito pelo PPGD/UFPR. Professor Substituto de Direito Constitucional e Teoria do Estado da UFPR. Coordenador da Pós-graduação em Direito Processual Civil da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Membro das Comissões de Estudos Constitucionais e de Educação Jurídica da OAB/PR. Advogado. william@lxp.adv.br

² Em certa medida, o cenário atual pode ser comparado com outros períodos históricos, como o Direito Romano. Para uma análise com esta proposta de abordagem, ver SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição, Direito Material e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

proposto. A questão que justifica este trabalho é relativamente simples: a principal via de manifestação da Jurisdição Constitucional é a das decisões judiciais, sejam elas monocráticas ou acórdãos. É pelo ato de decisão que as Cortes decidem e justificam seus posicionamentos. Ocorre que o conceito de decisão judicial consolidado no Brasil foi desenvolvido pela doutrina com um olhar para os processos judiciais individuais, não para os temas e os conteúdos enfrentados na jurisdição constitucional. Assim, a concepção que se tem sobre o instituto da “decisão judicial” deve ser atualizada levando-se em consideração as inovações metodológicas do Direito. É esta a proposta do presente trabalho.

Para tanto, o item 1 apresentará um conceito sintético e objetivo de decisão, sobre o qual se podem desenvolver diferentes concepções. Já o item 2 investiga a transição do conceito tradicional de decisão judicial de modo a refletir seus aspectos mais atuais, especialmente o fato de que a decisão carrega consigo a fundamentação que tende a produzir efeitos sobre o próprio Judiciário e o jurisdicionado em casos futuros. O item 3 destaca a repercussão dessa concepção atualizada sobre outros aspectos da Jurisdição Constitucional, ao mesmo tempo em que apresenta as considerações finais do trabalho. Feita essa breve introdução, passa-se à análise do conceito de decisão judicial.

1. CONCEITO E CONCEPÇÕES DE DECISÃO JUDICIAL

Para que haja uma compreensão exata do que aqui se pretende expor, será utilizado como recurso metodológico a distinção entre conceito e concepção, como empregada por inúmeros filósofos como John Rawls e Ronald Dworkin, ao longo de sua obra, e que é bem delimitada por Stephen Guest com a seguinte comparação: "as pessoas podem ter concepções diferentes de algumas coisas e podem discutir umas com as outras, e muitas vezes discutem, sobre qual concepção é melhor".³ As "coisas", para Guest, são os conceitos, enquanto as opiniões de cada pessoa sobre as coisas são "concepções". Assim, o conceito tem um nível de abstração sobre o qual há uma concordância "quanto a um

³ GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. São Paulo: Elsevier, 2010. p.39.

conjunto distinto de ideias, e que é empregada em todas as interpretações".⁴ As concepções variam de acordo com as interpretações de cada um.

Neste primeiro item procura-se estabelecer o conceito de uma decisão judicial. Não se pretende, porém, apresentar uma definição calcada apenas no direito processual: isto seria um erro, uma vez que essa noção tem apenas uma de suas vertentes no processo, sendo que a outra decorre da Teoria do Direito.

A grande questão que gira em torno da noção da decisão judicial é que, já há muito tempo, a tradição jurídica continental europeia, também chamada de *Civil Law*, legou ao direito processual a tarefa de estudá-la e defini-la. Não é por acaso, portanto, que o conceito legal de decisão é dado pela legislação processual, ao tratar da sentença.⁵ Assim, pode-se defini-la como uma "declaração judicial que determina uma consequência jurídica".⁶ Trata-se, portanto, de um ato privativo da magistratura ("declaração judicial") pelo qual uma consequência jurídica qualquer – material ou processual – é determinada ou estabelecida. Este conceito abrange toda sorte de decisões, desde as terminativas, de conteúdo exclusivamente processual, que extinguem um processo sem julgamento de mérito, até sentenças com conteúdo constitutivo, que podem criar relações jurídicas materiais. Observe-se, portanto, que o objetivo do conceito é atingido: trata-se de uma definição sintética que permite o tratamento do tema sem que se gerem dúvidas sobre aquilo que se discute.

Sobre este conceito, evidentemente, pode-se conceber uma série de elementos e requisitos, como a necessidade de relatório e fundamentação,⁷ o estilo como a decisão é tomada⁸ e os efeitos que a decisão produz.⁹ Estas opções variam de Estado para Estado,

⁴ GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. São Paulo: Elsevier, 2010. p.39.

⁵ De qualquer modo, a noção de decisão vai além da sentença, sendo empregada para acórdãos, decisões monocráticas e mesmo para decisões interlocutórias.

⁶ JAUERNIG, Othmar. **Direito processual civil**. Coimbra: Almedina, 2002. p.301.

⁷ No direito alemão, por exemplo, há decisões que dispensam fundamentação. Ver: JAUERNIG, Othmar. **Direito processual civil**. Coimbra: Almedina, 2002. p.302.

⁸ Neste sentido, ver a análise do *stylus curiae* dos sistemas de *civil Law* e *common Law* em: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012. p.16-92.

⁹ Por exemplo, as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de

de acordo com previsões constitucionais ou legais. De todo modo, não é pela existência de uma fundamentação pouco extensa que uma sentença proferida por um magistrado francês deixa de ser uma decisão judicial. É isto que permite, inclusive, uma eventual pesquisa de direito comparado sobre qualquer assunto: é possível examinar conceitos de diferentes países e considerar as semelhanças e diferenças de concepção dos institutos.

O ponto deste trabalho, porém, é outro. Deve-se destacar que decidir é a função essencial da jurisdição, de modo que não há caso levado ao Poder Judiciário que possa se encerrar sem um ato decisório do juiz. Em outras palavras, se há jurisdição, há decisão. Esta afirmação vale tanto para casos individuais, como um pedido de indenização por danos materiais aforado por A em face de B; como também vale para casos de repercussão nacional, como a ação direta de inconstitucionalidade que pretende autorizar o aborto de fetos com microcefalia provocada pelo vírus da zika.

Ocorre, porém, que a decisão que julga um pedido de indenização individual, para responder aos interesses das partes, costuma se voltar para o exame dos fatos relatados no processo. O objetivo da decisão do caso individual é, essencialmente, a de servir como uma resposta definitiva para a situação que envolvia as partes, atribuindo a cada uma as consequências jurídicas pertinentes. A decisão de situações com grande repercussão, como o aborto de fetos microcêfalos, assumem uma função diversa. Ao contrário dos casos individuais, as Cortes devem decidir para todo o jurisdicionado, de modo que a fundamentação assume, ou deve assumir, outros contornos. É justamente esta particularidade que enseja o item a seguir.

3. DA DECISÃO JUDICIAL COMO TÉCNICA PROCESSUAL A VETOR DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Como decisão judicial, apresentou-se o conceito de "declaração judicial que

inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade possuem efeitos vinculantes e *erga omnes*, nos termos do art. 102, § 2.º, da Constituição.

determina uma consequência jurídica".¹⁰ Constitui, portanto, o núcleo do conceito a ideia de que a decisão é um ato tomado por um juiz e que ela estabelece um efeito jurídico.¹¹ No Brasil, estes atos judiciais devem ser praticados em um processo, pelo que é seguro incorporar essa terceira qualidade ao conceito em análise.

Uma forma de compreender este conceito é como técnica processual, pela qual o magistrado conduz o processo, definindo as consequências jurídicas relacionadas ao andamento do procedimento, ou pela qual se põe um fim ao caso em análise e ao próprio processo. Por técnica processual, compreende-se todo modo pelo qual o direito processual se predica, especialmente com o objetivo de tutelar direitos.¹² Nessa ótica, a decisão judicial é objeto típico do processo, pois é o principal meio pelo qual os feitos judiciais têm andamento.

Seguindo essa linha, a técnica processual que se revela como a decisão judicial por excelência¹³, no Brasil, é a sentença, pois é ela que encerra o processo e estabelece as consequências jurídicas materiais discutidas pelas partes.¹⁴ Assim, as sentenças "são técnicas que permitem a prestação da tutela jurisdicional dos direitos".¹⁵ Por conta disso, é relevante analisar a definição legal de sentença para se conhecer os elementos da decisão judicial.

Na redação original do Código de Processo Civil de 1973, sentença era definida como o "ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa",

¹⁰ JAUERNIG, Othmar. **Direito processual civil**. Coimbra: Almedina, 2002. p.301.

¹¹ Neste sentido, Galeno Lacerda afirmava que o despacho saneador é uma decisão que "possui conteúdo declaratório e volitivo", pela qual o juiz "nega ou admite a continuação do processo ou da ação, dispondo, se necessário, sobre a correção de vícios sanáveis". Na tentativa de diferenciar um mero despacho de um despacho saneador, ou seja, de uma decisão interlocutória, o professor observava, portanto, a característica de determinação judicial de efeitos jurídicos. (LACERDA, Galeno. **Despacho saneador**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1985. p.7-8).

¹² A noção de técnica processual foi bastante explorada por MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

¹³ Neste sentido, é de Liebman a expressão de que a sentença é o ato jurisdicional por Excelência. (LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile**. 4.ed. Milano: Giuffrè, 1980. p.217).

¹⁴ "A sentença, na definição do Código, é o ato pelo qual o juiz põe fim ao processo, decidindo ou não o mérito da causa." (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Sentença: direito processual civil ao vivo**. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p.21).

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.114.

nos termos do artigo 162, §1.¹⁶ A consequência jurídica por excelência da sentença, no direito processual civil brasileiro, é o potencial para se encerrar o processo¹⁷. Mas apenas essa afirmação não é suficiente para o exame mais aprofundado que se deseja realizar – nem o era para o Código de Processo Civil de 1973.

Após conceituar a sentença, o Código exigia, no artigo 458,¹⁸ que essa decisão tivesse relatório, fundamentação e dispositivo. Nas palavras de Ovídio Baptista da Silva, esses três requisitos representam os "elementos estruturais básicos" da sentença, pelo que ela não existe sem que o juiz produza sua decisão nesses termos.¹⁹ Para o professor gaúcho, esses elementos estruturais básicos permitem ao magistrado demonstrar o juízo de concreção ou de subsunção da norma legal ao caso concreto.²⁰ A sentença pode ser assim compreendida como um silogismo: "a premissa maior seria a lei, os fatos e circunstâncias do caso concreto e a premissa menor, sendo a conclusão do silogismo representada pelo denominado dispositivo da sentença"²¹.

Dos elementos essenciais da sentença, o relatório é aquele pelo qual o juiz "dá conta dos principais acontecimentos do processo"²². A fundamentação, por sua vez, é o espaço no qual o magistrado analisa as "questões de fato e de direito". O dispositivo, por fim, "encerra o comando jurídico que disciplinará a vida das partes"²³, ou seja, é o elemento da sentença que determina a consequência jurídica.

Estas conclusões são reforçadas pela disciplina do instituto da coisa julgada,

¹⁶ Conforme a redação da Lei n.º 5.869/1973, anterior à alteração realizada pela Lei n.º 11.232/2005.

¹⁷ Diz-se o potencial para se por fim ao processo porque das sentenças cabe recurso de apelação.

¹⁸ Art. 458. São requisitos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.

¹⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v.1. p.401.

²⁰ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v.1. p.401.

²¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v.1. p.404.

²² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. São Paulo: Atlas, 2012. v.2. p.144.

²³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. São Paulo: Atlas, 2012. v.2. p.147.

especialmente no que diz respeito aos seguintes artigos 468 e 469, do Código de Processo Civil de 1973²⁴. O artigo 468 estabelece "força de lei" nos limites da lide, ou seja, entre as partes e sobre a questão envolvida. Já o artigo 469 dispõe que não fazem coisa julgada os motivos da decisão, "ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença", nem a verdade dos fatos ou as questões prejudiciais.

A decisão que transita em julgado e pela qual o mérito da causa foi resolvido sujeita-se à eficácia denominada de coisa julgada material, pelo que esta decisão se torna indiscutível para as partes que integraram o processo. Além disso, essas partes deverão se submeter ao disposto na decisão, cumprindo seus termos ou sujeitando-se ao procedimento de execução forçada.²⁵

As reformas do Código de Processo Civil de 1973, promovidas por um conjunto de leis ordinárias nas décadas de 1990 e 2000²⁶, não modificaram substancialmente a definição de sentença. Houve, sim, alteração do artigo 162, § 1.º, que passou a admitir a existência de sentenças que não extinguem o processo. No entanto, o objetivo dessa alteração era admitir a existência de uma nova fase processual, qual seja, o cumprimento de sentença. A decisão judicial por excelência, portanto, não foi substancialmente alterada, mas passou a ser o ato judicial que extingue o processo ou que "encerra a fase de conhecimento"²⁷. A sentença, para existir e ser válida, continuava na dependência de relatório, fundamentação e dispositivo.

Ao longo da vigência do Código de Processo Civil de 1973, uma lição sobre a sentença que foi bem delimitada é a extensão de seus efeitos. O artigo 459 dispõe que o

²⁴ Art. 468. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas. Art. 469. Não fazem coisa julgada: I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

²⁵ O trabalho não desconhece a discussão sobre as chamadas decisões estruturais. No entanto, estas formas de decisão não são típicas, embora não sejam ilícitas. Por conta disso, a explicação aqui adotada concentra os esforços na técnica processual de decisão dos casos individuais. Sobre as decisões estruturais, v. ARENHART, Sérgio Cruz. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*. **Revista de Processo**, v.225, p.389-410, 2013.

²⁶ Sobre as reformas do Código, ver, dentre outros, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2007; NEVES, Daniel Amorim Assumpção et al. **Reforma do CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.v.2. p.404.

juiz "proferirá a sentença, acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor"²⁸, o que restringe os limites da decisão. Vê-se, pelos requisitos da sentença, que a decisão judicial é um ato destinado a produzir efeitos única e exclusivamente às partes, que são mencionadas expressamente pela legislação. Nessa ótica, a sentença é uma resposta às partes, pois decide uma questão de fato e de direito e que produz efeitos apenas sobre aqueles que participaram regularmente da relação jurídica processual.

O objetivo pragmático da decisão judicial também se reflete no artigo 469, I, que afirma que os motivos apresentados pelo magistrado (a fundamentação) não fazem coisa julgada²⁹; do mesmo modo, não transita em julgado a verdade dos fatos nem as questões prejudiciais. Vale dizer, em síntese, que a decisão judicial, seja ela uma sentença ou um acórdão, tem valor apenas sobre o caso e sobre as partes que discutiram determinada questão³⁰. Não há, na gênese da noção de sentença brasileira, ou da expressão mais geral de decisão judicial, qualquer preocupação com a repercussão deste caso para além da relação jurídica processual.

O novo Código de Processo Civil, em primeira análise, aponta para a preservação do entendimento de que decisão judicial é simples técnica processual. Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira sustentam que as disposições gerais do novo Código, presentes nos artigos 485 a 495, não se referem apenas à sentença, mas a qualquer decisão judicial³¹. Neste sentido, sentença "é gênero".³² A sentença como espécie é prevista no artigo 203, § 1.º. A sistematização do tema assim empreendida é consonante com o conceito de decisão judicial adotado acima, pois para os autores citados as decisões

²⁸ Art. 459. O juiz proferirá a sentença, acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor. Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, o juiz decidirá em forma concisa.

Parágrafo único. Quando o autor tiver formulado pedido certo, é vedado ao juiz proferir sentença ilíquida.

²⁹ Sobre o tema da coisa julgada, ver: TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

³⁰ Não se discute, neste momento, os efeitos das decisões em controle de constitucionalidade concentrado, pela via principal, em que os efeitos da decisão são bastante distintos.

³¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. Salvador: Juspodivm, 2015. v.2. p.303.

³² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. Salvador: Juspodivm, 2015. v.2. p.303.

judiciais examinam uma questão e a resolvem, ou seja, estabelecem consequências jurídicas. À primeira vista, os elementos estruturais básicos da decisão e da sentença continuam intactos, uma vez que o artigo 489 dispõe serem essenciais o relatório, a fundamentação e o dispositivo.

No entanto, o exame pormenorizado do novo Código e sua compreensão como sistema indicam uma conclusão contrária que rompe com a tradição do processualismo clássico.

Não se quer dizer, com isso, que a perspectiva da decisão como técnica processual foi abandonada. Ela existe e está presente não só no novo Código, mas em toda a doutrina e no funcionamento dos tribunais brasileiros. O que ocorre é que essa técnica pode ser vista, hoje, como um elemento do processo que vai mais além da mera atribuição de consequências jurídicas às partes. A doutrina tem notado parte dessa alteração e produzido algumas obras que procuram explicar as novas funcionalidades da decisão judicial, o que faz como parte da análise da fundamentação da sentença. Cabe investigar, por conta disso, o motivo pelo qual a fundamentação das decisões assumiu papel tão relevante na ciência jurídica contemporânea.

São inúmeras as obras, coletivas ou individuais, em que autores voltam as atenções para as novas particularidades da fundamentação da decisão judicial.³³ Evidentemente, parte da justificativa é um interesse na interpretação do direito positivo, especialmente do § 1.º do artigo 489, do novo Código de Processo Civil, que define normativamente o que deve ser uma decisão judicial fundamentada. Em outras palavras, o referido dispositivo desdobra o elemento estrutural básico da fundamentação e o desvela em outros requisitos parciais. Assim, não se considera fundamentada a decisão que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

³³ Ver, por exemplo, RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. **O dever de motivação das decisões judiciais**. Salvador: Juspodivm, 2015; VASCONCELLOS, Fernando Andreoni; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (Orgs.). **O dever de fundamentação no novo CPC: análises em torno do artigo 489**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Ao exigir que o magistrado fundamente sua decisão, o Código reconhece que ela é o espaço por excelência da "experiência normativa", mas também "da subjetividade do magistrado"³⁴. Justamente para compor essas duas faces é que se exige, em primeiro lugar, que o juiz explique a relação de um ato normativo com a questão decidida. Trata-se da demonstração do silogismo, ou melhor, da justificação por dedução descrita acima, cabível para casos fáceis. Mas o Código não se limita a essa exigência. Esse inciso pode ser aplicado para outras situações: em um problema de pertinência, por exemplo, deverá a decisão ser justificada de modo que o ato normativo se revele compatível com a situação jurídica apreciada pelo Judiciário. O mesmo vale para problemas de prova e de classificação³⁵.

Diz o artigo 489, § 1.º, que o magistrado também deve explicar o motivo concreto da incidência de conceitos jurídicos indeterminados, ao mesmo tempo em que não deve invocar motivos que se prestariam a justificar outra decisão. Como exposto, os conceitos jurídicos indeterminados acabam por configurar um problema de interpretação e devem ser justificados na fundamentação da decisão pela demonstração de sua incidência no caso

³⁴ ROMAN BORGES, Guilherme. Aspectos filosóficos por trás do dever de fundamentação. In: VASCONCELLOS, Fernando Andreoni; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (Orgs.). **O dever de fundamentação no novo CPC: análises em torno do artigo 489**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p.19.

³⁵ Uma análise de como as provas podem ser trabalhadas na sentença pelo novo CPC pode ser verificado em GIOTTI, Daniel. O dever de motivação em questões de fato e de direito como garantia do jurisdicionado no Novo CPC: breves notas sobre os aportes da teoria do direito para a constitucionalização do processo civil. In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. **Novo CPC doutrina selecionada: processo de conhecimento e disposições finais e transitórias**. Salvador: Juspodivm, 2015. v.2. p.373-386.

concreto.

Os incisos V e VI acrescentam uma nova exigência para a fundamentação das decisões: deverão os juízes considerar as decisões passadas, seja na forma de súmulas, seja na de precedentes ou de jurisprudência, embora a explicação do sentido desses artigos deva ser postergada para outro momento do trabalho. Fato é que a análise de decisões passa a constituir pressuposto para a existência de uma decisão jurídica fundamentada.

O que se deve questionar, neste item, é a razão de ser desta regra. Em um primeiro momento, a resposta parece ser simplesmente a de que se trata de um desdobramento da exigência constitucional da fundamentação das decisões, prevista no artigo 93, IX, da Constituição.³⁶ Tamanha é a preocupação da doutrina com esta relação que se afirma, inclusive, ser a fundamentação essencial para toda decisão, e não apenas para a sentença³⁷. Esta é, de fato, uma das faces dessa exigência, mas não esgota a explicação sistemática do Código.

A outra face da exigência tem relação com a proposta de atribuição de efeitos, vinculantes ou persuasivos, às decisões judiciais, em especial aquelas tomadas pelos Tribunais Superiores. Para tanto, a legislação procura instituir a figura dos precedentes e também faz menção à jurisprudência, mas esses dois institutos não são novas técnicas processuais, ou seja, o Código não criou um novo tipo de ato judicial chamado de "precedente". Na verdade, o Código se utiliza da mesma técnica processual da decisão judicial e sobre ela faz incidir novos efeitos. É por esta razão que a decisão é um elemento essencial para a compreensão dos demais institutos do chamado "direito jurisprudencial".

³⁶ Neste sentido, "o novo CPC impõe o cumprimento do que já estava contido no art. 93, IX, da CRFB 1988, no seu art. 489, uma vez que ao analisar o modo como as decisões são (mal) fundamentadas tornou-se imperativa uma perspectiva adequada para a referida cláusula constitucional, inclusive com o respaldo dessa (nova) legislação que promova com efetividade a expansividade e perfectibilidade típicas do modelo constitucional de processo brasileiro." (THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. 2.ed. Forense: Rio de Janeiro, 2015. p.301-302).

³⁷ "Fique claro que a garantia não só se dirige à sentença, mas a todo ato decisório do Poder Judiciário, culminando com a própria Constituição, resultando na pecha de nulidade ao seu desrespeito." (SILVA, Beclate Oliveira. Contornos da fundamentação no Novo CPC. In: MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. **Novo CPC doutrina selecionada: processo de conhecimento e disposições finais e transitórias**. Salvador: Juspodivm, 2015. v.2. p.360).

As exigências objetivas de fundamentação, sob este aspecto, não encontram relação com o dever constitucional de fundamentação previsto pela Constituição. Na verdade, a fundamentação que contemple a resposta aos seis incisos previstos no artigo 489, § 1.º, do novo Código, procura estabelecer critérios objetivos pelos quais os magistrados desenvolvam a argumentação jurídica e explicitem os critérios de interpretação que pautaram suas decisões. Assim, a exigência de fundamentação está ligada ao exercício da adjudicação e ao reconhecimento da atividade jurisdicional como parte do próprio Direito.

Deste modo, a decisão judicial segue como técnica processual para a decisão de questões incidentais ou finais de um processo. Mas, por outro lado, ela se torna produto e vetor da argumentação jurídica dos tribunais, carregada de efeitos decorrentes da proposta de transformação destas em precedentes. Vale destacar, ainda, que a fundamentação é o elemento essencial pelo qual a argumentação se desenvolve, mas o relatório³⁸ e o dispositivo³⁹ também receberam alterações, diretas ou não, com relação aos efeitos que produzem.

Vistas desse modo, as decisões judiciais, há muito conhecidas pelo direito brasileiro, são a porta de entrada para o estudo da figura dos precedentes e da jurisprudência. O que se altera, porém, é o ângulo pelo qual elas são elaboradas pelo Judiciário e examinadas pelo jurisdicionado. As decisões, em conceito, ainda são declarações judiciais que determinam consequências jurídicas, mas a concepção brasileira lhes confere muitos acréscimos para permitir sua utilização como produtos do Poder Judiciário dotados de certa autoridade. Para tanto, porém, precisam conter uma argumentação sólida que as

³⁸ Ao combinar o conhecimento clássico do relatório com um enfoque contemporâneo, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero sustentam que o relatório "é fundamental para fins de cotejo entre os casos decididos e as respectivas soluções dadas pela jurisdição. Bem se compreende, portanto, o destacado papel que tem nos sistemas de *Common Law*. Nessa mesma linha, é fácil perceber igualmente a crescente importância que vem recebendo nos países de tradição romano-canônica realmente preocupados com a segurança jurídica e com a igualdade de todos perante o Direito. Um relatório bem redigido permite a compreensão analógica dos casos, o que é fundamental para adequada aplicação de precedentes e redação de recursos extraordinários e especiais fundados em divergência jurisprudencial." (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Processo de conhecimento**. São Paulo: Atlas, 2012. p.144).

³⁹ Nos casos de controle concentrado de constitucionalidade, o dispositivo possui efeito vinculante, como decorre da interpretação do artigo 102, § 2.º, da Constituição: "As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal."

legítima e justificada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo do presente artigo foi o de apresentar uma ideia: a decisão judicial assumiu uma nova roupagem, muito por conta das inovações do Direito e da Jurisdição Constitucional. Esse instituto, tradicionalmente concebido como um ato judicial que visa resolver um caso individual, não pode manter suas mesmas características quando se verifica que as Cortes devem decidir casos de grande repercussão nos quais a solução proposta pela jurisdição produzirá efeitos sobre toda a população.

Esta alteração já foi compreendida pelo legislativo, que editou o art. 489, do Código de Processo Civil de 2015, com exigências de fundamentação que pretendem extrair da decisão sua racionalidade normativa. Mais do que explicar apenas para as partes porque uma delas teve seu pedido julgado procedente, a decisão que pretende se firmar como precedente depende de bons argumentos para ser considerada, no futuro, pelo próprio Poder Judiciário.

Retome-se, em conclusão, um caso mencionado no início do artigo: se o Supremo Tribunal Federal considerar constitucional o aborto de fetos com microcefalia, deverá apresentar os motivos que levou os ministros a decidir desta forma. Isto será feito, sem qualquer dúvida, por uma decisão judicial. No entanto, essa decisão não produzirá apenas um efeito jurídico material para uma das partes. Ao contrário, ao enfrentar o tema do aborto, a Corte deverá explicar a razão e os fundamentos pelos quais admite a interrupção da gestação para toda a sociedade. A fundamentação dessa decisão certamente passará a integrar o conjunto de valores fundamentais da sociedade brasileira no que diz respeito ao direito à vida.

Decidir na Jurisdição Constitucional, portanto, não é um simples ato de resolver um caso concreto. Tomar uma decisão judicial pode significar, hoje, definir normativamente os caminhos do Estado e os fundamentos pelos quais o jurisdicionado conduzirá suas

ações.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. São Paulo: Atlas, 2012. v.2.

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, v.225, p.389-410, 2013.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v.1.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. Salvador: Juspodivm, 2015. v.2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

GIOTTI, Daniel. O dever de motivação em questões de fato e de direito como garantia do jurisdicionado no Novo CPC: breves notas sobre os aportes da teoria do direito para a constitucionalização do processo civil. In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. **Novo CPC doutrina selecionada: processo de conhecimento e disposições finais e transitórias**. Salvador: Juspodivm, 2015. v.2. p.373-386.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. São Paulo: Elsevier, 2010.

JAUERNIG, Othmar. **Direito processual civil**. Coimbra: Almedina, 2002.

LACERDA, Galeno. **Despacho saneador**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1985.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile**. 4.ed. Milano: Giuffrè, 1980.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.v.2.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção et al. **Reforma do CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. **O dever de motivação das decisões judiciais**. Salvador: Juspodivm, 2015.

ROMAN BORGES, Guilherme. Aspectos filosóficos por trás do dever de fundamentação. In: VASCONCELLOS, Fernando Andreoni; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (Orgs.). **O dever de fundamentação no novo CPC: análises em torno do artigo 489**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 5-25.

SILVA, Beclate Oliveira. Contornos da fundamentação no Novo CPC. In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. **Novo CPC doutrina selecionada: processo de conhecimento e disposições finais e transitórias**. Salvador: Juspodivm, 2015. v.2, p. 357-371.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição, Direito Material e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. 2.ed. Forense: Rio de Janeiro, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Sentença: direito processual civil ao vivo**. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (Orgs.). **O dever de fundamentação no novo CPC: análises em torno do artigo 489**. Rio de Janeiro: Lumen

Juris, 2015.

O SISTEMA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO: ENTRE A TUTELA DE DIREITOS E A TUTELA DO ORDENAMENTO

Alexandre Walmott Borges¹

Fabiana Angélica Pinheiro Câmara²

Ivette Esis Villaroel³

INTRODUÇÃO

O tema tratado neste artigo é o do desenvolvimento do controle de constitucionalidade no sistema constitucional brasileiro. O tema foi problematizado a partir da classificação de que os sistemas de controle de constitucionalidade podem apresentar distintas prioridades de funcionamento. Podem ser sistemas de tutelas de direitos fundamentais, ou sistemas de tutela do ordenamento objetivo. Esta problematização foi realizada de maneira a classificar as 7 constituições nacionais num, ou noutro, sistema de controle.

A abordagem realizada permite a compreensão da história do controle de constitucionalidade brasileiro a partir das teleologias destes sistemas em cada etapa constitucional. Outro elemento de relevo da pesquisa é a verificação do sistema de

¹ Doutor em Direito - UFSC. Doutorando em História - UFU. Professor Associado da Universidade Federal de Uberlândia - UFU. Participantes dos programas de pós-graduação em direito da UFU e da UNESP (visitante), e biocombustíveis UFU. Pesquisador líder do Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparados - LAECC. Este artigo faz parte do projeto financiado pela FAPEMIG, demanda universal.

² Doutoranda em História Social - UFU. Mestra em Comércio Internacional - Reading, Reino Unido. Pesquisadora associada do Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparados - LAECC.

³ Cursante do Programa de Pós-Doutorado em Direito, mestrado em direito, Universidade Federal de Uberlândia (UFU) - PNPd-CAPES. Doutora em Direito Internacional (Universidad de València, Espanha); Diploma em Estudos Avançados (DEA, Universidad de València, Espanha); Mestrado em Direito Internacional Privado e Comparado (Universidad Central de Venezuela, Venezuela); Especialização em Direito Bancário (Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela) e Graduação em Direito (La Universidad del Zulia, Venezuela). Coordenadora do subgrupo de pesquisas sobre International Centre for Dispute Settlement of Investment Disputes & Corte Permanente de Arbitragem (ICSID/CPA), do Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais (NETI), Universidade de São Paulo (USP). Pesquisadora estrangeira do Laboratório Americano de estudos constitucionais comparados - LAECC.

controle de constitucionalidade como sistema processual de tutela dos direitos fundamentais ou, de maneira diferenciada, um sistema de controle de constitucionalidade voltada ao controle global das normas infraconstitucionais em relação à constituição.

Os objetivos do texto são os de analisar a natureza do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro como sistema de controle de tutela de direitos fundamentais ou sistema de controle geral do ordenamento. Os objetivos específicos são os de analisar esta natureza do sistema em cada período do constitucionalismo, de 1824 a 1988.

A abordagem do problema foi realizada com a utilização da classificação geral entre dois tipos de sistemas: (1) sistemas de tutela geral do ordenamento, normalmente sistemas de controle objetivo de constitucionalidade; (2) sistemas de tutela de situações subjetivas de direitos fundamentais, normalmente sistemas de controle subjetivo de constitucionalidade. Desta classificação, verificou-se qual a natureza do sistema de controle de constitucionalidade em cada período constitucional nacional. Incluiu-se, inclusive, o constitucionalismo de 1824, a despeito de não apresentar um sistema judicial de controle. A contextualização de cada um dos períodos constitucionais permitiu verificar que os modelos nacionais de constituição alternaram modelos de ascendências dos direitos fundamentais, com períodos de ascendência das razões do estado. Os resultados mostraram que os períodos de ascendência das razões do estado são aqueles de surgimento do controle objetivo; os períodos de ascendência dos direitos fundamentais são aqueles de surgimento do controle subjetivo de constitucionalidade. A conclusão é de que o sistema de 46-88 (vigente), é modelo híbrido com tendências à modelação no controle objetivo.

A estrutura do texto é de 4 tópicos: um, inicial, sobre a teoria de base para a abordagem do tema; um segundo, sobre o modelo constitucional brasileiros das constituições de 1824 e de 1891; o terceiro, sobre o constitucionalismo de 34, 37 e 67; o quarto, sobre o modelo constitucional de 46 e de 88.

1. A BASE TEÓRICA PARA A INTERPRETAÇÃO: ESTADOS DE DIREITOS E ESTADOS DE LEIS

Gustavo Zagrebelsky diferencia os ordenamentos constitucionais de acordo com o objetivo principal da tutela do controle de constitucionalidade destes sistemas. Assim, existem ordenamentos constitucionais que têm sistemas de controle de constitucionalidade para a tutela de direitos constitucionais subjetivos (especialmente direitos fundamentais), e outros sistemas de controle de constitucionalidade têm por objetivo a tutela da ordem jurídico-constitucional em confronto objetivo com as normas legais (portanto, normas infraconstitucionais). A classificação de Zagrebelsky toma como partida de abordagem a divisão entre sistemas de controle difuso, com formação no sistema dos EUA, e sistemas de controle objetivo, com formação na Europa continental. A correlação que se estabelece entre estes dois modelos históricos de instituições de controle é que os sistemas de controle subjetivo tem a modelação a partir de ideia de antecedência e ascendência dos direitos - fundamentais - sobre a ação de legislador e do administrador; os sistemas de controle objetivo tem a modelação a partir de ideia de potência do legislador para a conformação da ordem jurídica em geral, inclusive da constituição, e, por isso, somente em períodos posteriores - século XX - desenvolveram sistemas judiciais de controle de constitucionalidade (ZAGREBELSKY, 2008; BUNDESVERFASSUNGSGERICHT, 2016; ENGDAHL, 2000; USA SUPREME COURT, 2016).

Os sistemas de controle de tutela primordial de direitos subjetivos, ou individuais, são aqueles que optaram por formas de controle difuso, incidental, no caso concreto. Os sistemas de controle de tutela objetiva entre normas, são aqueles que optaram por controle concentrado, por ação, de análise abstrata. Além da diferença de formas, o sistema abstrato tem o desenvolvimento tardio, se comparado ao sistema difuso (ZAGREBELSKY, 2008; REPUBBLICA ITALIANA - CORTE COSTITUZIONALE, 2012; USA SUPREME COURT, 2016; FRANCE - CONSEIL CONSTITUTIONNEL, 2016).

A diferença entre os 2 sistemas é de origem, ou seja, de acordo com as formas como estes sistemas se estruturaram no momento de ordenação dos Estados nacionais (séculos XVIII e XIX). Hoje as diferenças são menos acentuadas ocorrendo, em muitos

Estados, a formação de sistemas híbridos ou mistos. Este hibridismo é facilmente observável nos sistemas que conciliam formas de controle de constitucionalidade sincréticas entre o controle concentrado e o sistema difuso (ZAGREBELSKY, 2008; BRASIL STF, 2016).

A origem das diferenças entre os sistemas pode ser detectada com duas linhas que correm, uma, do *rule of law*, do sistema inglês aos EUA, o outro, da Europa continental e do Estado de direito da Europa. O sistema anglo-estadunidense tem por nascedouro a ideia de direito como algo a ser aperfeiçoado, e não criado por obra de um legislador. O direito é tomado como algo inacabado a ser descoberto (portanto preexistente) e construído no caso concreto, numa dialética na qual há indistinção na produção do direito entre os tribunais e o parlamento. Nos EUA a existência da constituição escrita e orgânica reforçou o caráter dos direitos fundamentais como direitos que não podem sofrer restrições ou limitações - *higher law*. De maneira diferente, o sistema europeu continental deu ao legislador a potência para conformar os direitos na lei: os direitos fundamentais são aquilo que a lei diz que são. Ao longo de todo o século XIX o Estado constitucional europeu continental foi o estado constitucional legal, sequer existindo um sistema judicial de controle de constitucionalidade (ZAGREBELSKY, 2008; FIORAVANTI, 2012).

Os sistemas de controle de constitucionalidade que apresentam como objetivo central a tutela de direitos constitucionais subjetivos, ou individuais, têm uma linhagem que inicia com a concepção de direito e de constituição do sistema inglês e encontra a sua forma de maior consagração no constitucionalismo dos EUA⁴. O funcionamento de sistemas de controle com a teleologia de tutela de direitos constitucionais subjetivos, ou individuais, é decorrência de concepções de que os direitos fundamentais são preexistentes à atividade do legislador, ou mesmo do judiciário (ZAGREBELSKY, 2008).

De outro lado, os sistemas de controle de constitucionalidade objetivos, que fazem análises objetivas de conflitos antinômicos entre o texto constitucional e o texto legal, ou infraconstitucional são típicos dos Estados europeus. Os sistemas deste tipo tiveram o

⁴ O caso paradigma é o muitas vezes mencionado *Marbury x Madison*, de 1804 (US SUPREME COURT, 1803).

desenvolvimento no século XX, portanto são desenvolvimentos posteriores aos sistemas de controle de direitos subjetivos constitucionais que têm o início no século XIX (ou, se considerado o constitucionalismo material inglês, desde o século XVIII⁵). A razão fundamental destes sistemas objetivos reside na origem diferenciada quando comparados ao sistema de direitos subjetivos: nos sistemas de controle objetivo houve a predominância da ideia de soberania do legislador, ao contrário dos sistemas de tutela de direitos subjetivos que limitam a atividade do legislador pela prioridade e anterioridade - lógica e material - dos direitos sobre o que pode ser produzido pelo legislador (ZAGREBELSKY, 2008; JUDT, 2007).

Nos sistemas de controle objetivo durante o século XIX não houve a estruturação de uma forma processual-judicial de controle. Como mencionado acima, a forma dominante foi aquela de soberania do legislador, fosse este legislador o monarca ou o legislativo. Durante o século XX, com a mudança em relação ao século XIX, este sistema funcionou dentro da lógica de que a constituição era o parâmetro de vinculação não só da administração, do julgador, mas também do legislador. Diferente dos sistemas de controle à moda dos EUA, o sistema de controle tornou-se um controle objetivo global de toda a ordem normativa, *vis-à-vis* com a constituição. Nesta lógica, a tutela dos direitos fundamentais pelo controle de constitucionalidade dilui-se no controle global (no sistema dos EUA a lógica é da primazia dos direitos fundamentais no controle) (ZAGREBELSKY, 2008).

Com base nesta dupla classificação pode-se analisar a história constitucional brasileira, nos 7 períodos constitucionais, determinando se os sistemas constitucionais de cada uma destas épocas filiou-se à tradição de primazia dos direitos ou, ao revés, à

⁵ A diferença entre o sistema inglês e o dos EUA é que no último um verdadeiro sistema de controle de constitucionalidade existe em função da constituição legislada e orgânica. No sistema inglês há um sistema multifacetado, de fontes diversas, com a ideia de uma anterioridade e prioridade dos direitos. No sistema inglês a soberania do parlamento não é sinônimo de soberania do legislador mas sim de proeminência do parlamento no governo, ou mesmo como órgão judicial. A concepção do direito inglês é refratária à ideia de criação original do direito. O direito é descoberto e revelado pelos juizes, pelo parlamento, sem que se lhes empreste o rótulo de criadores do direito. Nesta linha, a constituição orgânica escrita e legislada é desnecessária (ZAGREBELSKY, 2008).

tradição do controle como limitador da ordem objetiva legislada⁶.

2. O ESTADO E A CONSTITUIÇÃO NO PERÍODO LIBERAL: A IMPERIAL DE 1824 E REPUBLICANA DE 1891

O Estado nacional imperial de 1824 adotou na constituição a fórmula geral do Estado liberal e do constitucionalismo liberal: uma autoridade condicionada pela constituição, e esta autoridade estava condicionada à constituição para que não houvesse mácula à liberdade da sociedade. Em linhas ideais, a constituição deveria limitar o poder do Estado e circunscrever os direitos individuais fundamentais. Isto estava representado pelo caráter semirrígido da constituição imperial. Os direitos e a organização do estado eram protegidos por rigidez constitucional, outras partes da constituição, não. Na constituição estavam consagrados os direitos em lista longa do artigo 79. O sistema era representativo eleitoral com o papel destacado do monarca soberano, em variadas relações de ascendência sobre os órgãos eletivos. Havia a separação de poderes com a quadripartição funcional (BRASIL CONSTITUIÇÃO DO IMPÉRIO DO BRAZIL, 1824).

Dois aspectos foram destacáveis nesta constituição imperial: o papel do Monarca soberano e a proteção material e formal dos direitos. Estes dois aspectos podem ser compreendidos pela influência das obras de Benjamin Constant sobre o texto produzido. Constant desenhou um projeto institucional que buscou uma supremacia dos direitos individuais e a limitação da soberania parlamentar. O pensamento de Constant era conservador no que toca aos assuntos da soberania parlamentar em reação ao que ele descreve como os abusos da soberania parlamentar nos anos posteriores à revolução. O autor foi bastante crítico nas formas de democracia direta ou de assembleia lembrando que estas formas eram incompatíveis com 'a liberdade dos modernos' (CONSTANT, 1815; CONSTANT, 2003)'.

Constant foi buscar no modelo da constituição material inglesa a limitação da

⁶ No texto, não se adota a contagem da EC n° 01, de 1969, como constituição.

soberania parlamentar e da supremacia intangível das 'liberdades modernas'. O desenho que apresentou foi aquele de um poder moderador, representado pelo monarca e que fosse capaz de frenagem das vontades parlamentares, ou de invocação da soberania popular para a direção política do Estado. Os poderes encontravam-se fundamentados na nação - e não no povo - e o monarca era o legítimo representante da nação ao lado da Assembleia geral (mas com a prerrogativa sobranceira do moderador em relação a esta última). Para o jovem estado brasileiro esta unidade e coordenação repousando no imperador foi a fórmula ideal para a prevenção de ritmos frenéticos das assembleias, ou dos poderes locais/regionais. Isto num sistema que buscou desde o início a prevenção contra fragmentações territoriais, e dedicou-se à concertação entre o local e o nacional. O sistema constitucional de 1824 alçava os direitos à posição de quintessência do sistema político, em sincronia com a limitação e proteção imperial do moderador (CONSTANT, 1815; CONSTANT, 2003; VIANNA, 1993)⁷.

Estes direitos tinham a realização material restrita por série de critérios interpretativos, de aplicação e da cultura jurídica que os limitaram, tornaram-nos seletivos e excludentes. De outro lado, a unidade moderador/monarca com a nação, e inclusive com a unidade religiosa, reforçaram a estratégia constitucional *territorialista*. O territorialismo envolveu o processo chave de manutenção do território íntegro, afastando movimentos centrífugos/centrípetos desagregadores, ou secessionistas (SCHWARTZMAN, 2007; VIANNA, 1993; FERRAJOLI, 2001)⁸.

⁷ A sequência dos artigos é bastante explicativa desta fórmula: Art. 9. A Divisão, e harmonia dos Poderes Politicos é o principio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer effectivas as garantias, que a Constituição offerece. Art. 10. Os Poderes Politicos reconhecidos pela Constituição do Imperio do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial. Art. 11. Os Representantes da Nação Brasileira são o Imperador, e a Assembléa Geral. Art. 12. Todos estes Poderes no Imperio do Brazil são delegações da Nação. Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independencia, equilibrio, e harmonia dos mais Poderes Politicos. Art. 178. E' só Constitucional o que diz respeito aos limites, e attribuições respectivas dos Poderes Politicos, e aos Direitos Politicos, e individuaes dos Cidadãos. Tudo, o que não é Constitucional, póde ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinarias. Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte (BRASIL CONSTITUIÇÃO DO IMPÉRIO DO BRAZIL, 1824).

⁸ As estratégias constitucionais podem ser melhor analisadas na obra de Philip Bobbitt. O Autor sustenta que os Estados realizam-se por estratégias constitucionais e estas podem visar finalidades variadas (BOBBITT, 2003). O fato de evitar a secessão não pode ser tomado como sinônimo de vedação à descentralização. A descentralização foi realidade no

Não houve uma fórmula de sistema de controle de constitucionalidade judicial, e mesmo as possíveis inconstitucionalidades do processo legislativo deviam ser controladas especificamente pela Assembleia Geral (com suspensão e controle das leis), ou de maneira genérica pelo moderador. Embora distante de uma fórmula de proteção individual dos direitos por controle processual, o sistema constitucional de 1824 apresentou, de maneira inédita, mas com baixo grau de objetividade, as garantias em paridade e simultaneidade com os direitos (GROFF, 2008).

Embora a proclamação da república e o advento da constituição de 1891 tenha mudado a forma e sistema de governo, e a forma de estado, o modelo republicano manteve a moldagem do constitucionalismo liberal. O texto de 1891 teve o conteúdo programático de superação do antigo regime imperial embora mantivesse o modelo liberal clássico da constituição do Estado de direito: representação eletiva, direitos dos cidadãos, e separação dos poderes. A exclusão do moderador foi realização de primeira hora da nova constituição. O modelo de Constant e as influências residuais do modelo inglês, e do *rule of law*, cederam ao então novo modelo constitucional estadunidense (CONSTANT, 1815; ZAGREBELSKY, 2008).

A consequência mais imediata foi a adoção do modelo de controle de constitucionalidade, judicial e por vias difusas. Assim, o sistema nacional brasileiro adotou o sistema no qual os direitos constitucionais podiam ser objeto de defesa judicial, nas situações concretas de direitos subjetivos de interesse do cidadão. Rui Barbosa acentuou esta tarefa ao dizer que o controle brasileiro, então no início, era um controle de hermenêutica, e não um poder de legislação (MAMEDE, 2012)⁹.

período imperial, variando os graus de realização como ocorreu entre o antes e o depois de 1834 (ARRETICHE, 2001). Durante o período imperial os direitos políticos constituíam muito mais uma forma de legitimação eletiva do que propriamente um processo de competição entre propostas divergentes. Some-se a isto as limitações dos titulares dos direitos políticos, com voto masculino e censitário.

⁹ A instituição se deu com o Decreto nº 848, de 1890. Art. 1º A Justiça Federal será exercida por um Supremo Tribunal Federal e por juizes inferiores intitulados - Juizes de Secção. Art. 2º Os juizes federaes serão vitalicios e inamoviveis e não poderão ser privados dos seus cargos sinão em virtude de sentença proferida em juizo competente e passada em julgado. Paragrapho unico. Poderão, entretanto, os juizes inferiores, si o requererem, ser removidos de uma para outra secção. **Art. 3º Na guarda e applicação da Constituição e das leis nacionaes a magistratura federal só intervirá em especie e por provocação de parte.** Art. 9º Compete ao Tribunal:[...] Paragrapho unico. Haverá tambem recurso para o Supremo Tribunal Federal das sentenças definitivas proferidas pelos tribunaes e juizes dos

A trajetória do constitucionalismo no período republicano de 1889-30 foi marcado pelos episódios da ascensão do ideário positivista e alguma insistência dos estados excepcionais. O Estado de sítio e alguma arbitrariedade na intervenção federal foram as características do primeiro período republicano. No próprio processo de elaboração da constituição de 1891 já houve a presença de propostas dos positivistas que configuravam a inversão dos direitos como fundamento do Estado, para um estado de direitos do Estado. O positivismo consagrava a razão do Estado como o elemento base da ordem jurídica, e foi bastante ativo no processo constituinte e no funcionamento legislativo dos anos seguintes à edição da constituição (CÂMARA DOS DEPUTADOS - BRASIL, 2009; BOSI, 1992; JELLINEK, 2002; FIORAVANTI, 2012).

Por isto, o sistema constitucional republicano acabou assimilando algumas características típicas do modelo da soberania do legislador. Esta afirmação pode ser comprovada pelo papel maiúsculo que o código civil veio a representar na república velha. As omissões constitucionais sobre vários conteúdos da organização de direitos, que iam da família aos direitos sociais e econômicos, foram legislados pelo código. Na academia, o positivismo legalista também ganhou maior participação (ALMEIDA Fº, 2005; FIGUEIREDO, 1972).

A aplicação excludente, seletiva e de baixa inclusão na proteção humanitária dos direitos prosseguiram na república, à moda do período imperial. Na verdade, os direitos políticos sofreram retrocessos em relação ao período imperial. Em leitura idealizada do texto, o sistema de direitos políticos de 1891 instituiu o voto universal para todos os cargos do legislativo e do executivo. Na prática, o processo eleitoral ficou efetivamente amarrado aos cabrestos e eleições fraudulentas (CÂMARA DOS DEPUTADOS BRASIL, 2010;

Estados: a) quando a decisão houver sido contrária á validade de um tratado ou convenção, á applicabilidade de uma lei do Congresso Federal, finalmente, á legitimidade do exercicio de qualquer autoridade que haja obrado em nome da União - qualquer que seja a alçada; b) quando a validade de uma lei ou acto de qualquer Estado seja posta em questão como contrario á Constituição, aos tratados e ás leis federaes e a decisão tenha sido em favor da validade da lei ou acto; c) quando a interpretação de um preceito constitucional ou de lei federal, ou da clausula de um tratado ou convenção, seja posta em questão, e a decisão final tenha sido contrária, á validade do titulo, direito e privilegio ou isenção, derivado do preceito ou clausula (BRASIL - DECRETO N° 848, 1890).

FERRAJOLI, 2009; FERRAJOLI, 2001)¹⁰.

Outro problema não resolvido satisfatoriamente com a implantação do controle de constitucionalidade difuso, no caso concreto, pelo sistema brasileiro, foi a distância de estruturas indispensáveis ao controle como o fator precedencial de vinculação das decisões do STF. Sem a necessária vinculação com efeitos gerais os julgados no caso concreto acabavam virando casos concretos casuísticos (MENDES, 2012; MAMEDE, 2012; MENDES, 1995).

A reforma constitucional de 1926, ao mesmo tempo que buscou a atualização institucional para as novas realidades, apontou para os itens que levaram ao esgotamento do modelo constitucional: a necessidade de determinações de nova política econômica constitucional, direitos sociais, forma federativa e controle de constitucionalidade (BRASIL - EMENDA CONSTITUCIONAL DE 3 DE SETEMBRO DE 1926, 1926).

De 1822 a 1889 houve a proeminência dos direitos numa ordem estruturada sobre o moderador. De 1889 a 1930 adotou-se mais uma vez um modelo de proeminência dos direitos sobre o legislado, com a ascendência do modelo constitucional dos EUA, e a inserção do controle de constitucionalidade dos direitos individuais do cidadão. Porém, as duas ordens constitucionais não gozaram de políticas universais de tutela destes direitos e materialmente a fruição dos direitos era excludente e seletiva. No período republicano as concepções do positivismo insinuaram a nova concepção que veio a se afirmar no constitucionalismo brasileiro após 1930.

3. O CONSTITUCIONALISMO SOCIAL AUTORITÁRIO OU O CONSTITUCIONALISMO DAS RAZÕES DO ESTADO

A ruptura constitucional de 30-34 representou algo além do que a inserção da

¹⁰ Algumas das limitações vinham já do final do império como, por exemplo, a proibição do voto do analfabeto, produzida pela 'Lei Saraiva'. O Decreto nº 510, de junho de 1890 estampava desta maneira o projeto político da futura constituição: Considerando na suprema urgencia de accelerar a organização definitiva da Republica, e entregar no mais breve prazo possivel á Nação o governo de si mesma, resolveu formular sob as mais amplas **bases democraticas e liberaes**, de accordo com as lições da experiencia, as nossas necessidades e os principios que inspiraram a revolução a 15 de novembro, origem actual de todo o nosso direito publico, [...] (SENADO FEDERAL, DECRETO Nº 510, 1890).

ordem social e econômica no constitucionalismo brasileiro. A constituição de 1934 foi carregada de visão ideológica de solução coletiva/estatal, e de direção estatal sobre a sociedade, e com a previsão de ascendência do legislador sobre direitos. A ordem econômica e social da constituição de 1934 é muito mais a indicação de política econômica estatal do que um rol de direitos sociais fundamentais. A ascendência da visão moral do positivismo para a ordem constitucional foi mais forte com o texto de 1937. O coletivismo/estatalismo do positivismo foi além da direção material de organização, entendendo que a direção estatal corresponde à exigência de um projeto moral de Estado (RODRÍGUEZ, 2000; FGV CPDOC, 2015)¹¹.

Os sistemas constitucionais de 34 e 37 receberam influências dos projetos de direita autoritária então vigentes, e com discutível a natureza de estado de direito destes projetos, inclusive o de 34. As duas constituições embutiram projetos do primado absoluto do estado, sempre vinculados pela supremacia do legislador (em alguns casos legislador representado pelo Executivo). Os projetos constitucionais destes textos trouxeram como conteúdos a ideia de regulação estatal da esfera pública e da esfera privada, e que esta regulação era representativa do estado de direito como o estado da redução da arbitrariedade das duas esferas. Esta limitação diferenciou-se daquela imaginada pelo constitucionalismo liberal ao não dar crédito às forças naturais da sociedade já que, como visto, o eixo estatal era o responsável pela direção moral da sociedade. Ao Estado competiria a direção pública e privada. O estado constitucional de 34-37 era o estado autoritário de direito (ZAGREBELSKY, 2008; RODRÍGUEZ, 2000; SCHMITT, 1985; SCHMITT, 1996)¹².

Nos dois textos abandonou-se a forma representativa com a inserção de representações classistas ou, no extremo, a cessação das atividades do legislativo. A soberania legisladora foi encarnada pelo executivo. No período do constitucionalismo das

¹¹ Um projeto de direção coletiva não deve ser confundido com um projeto constitucional de direitos coletivos. Uma ordem constitucional de direitos coletivos fará prevalecer direitos sobre a conformação política do legislador. As ordens de 34 e 37 acentuaram projetos coletivos sobre direitos, individuais e coletivos. Num projeto coletivo os aspectos funcionais do Estado prevalecem sobre os aspectos materiais dos direitos fundamentais.

¹² Embora a constituição de 34 tenha sido produzida por constituinte eleita, o conteúdo era francamente dirigente estatal.

constituições de 34 e 37 as estruturas administrativas do executivo ganharam densidade e fortalecimento. Como dito, não que as estruturas administrativas representassem a expansão do estado social (e dos direitos sociais e econômicos), propriamente dito, mas a expansão da política econômica do estado, fundamentada, em última instância, na ordem econômica e social das constituições (CANO, 1999; FIORI, 2003)¹³.

O sistema de controle de constitucionalidade sofreu modificações significativas. A promoção de decisões de inconstitucionalidade com força vinculante geral foi assumida pelo Senado Federal. Implantou-se a maioria qualificada como exigência na declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais. A inserção do sistema de controle de constitucionalidade na representação interventiva buscou exercer controle objetivo sobre os conflitos federativos. A constituição de 1937 trouxe a inovadora fórmula de confirmação da norma declarada inconstitucional, havendo confirmação por 2/3 do legislativo. O texto de 1937 colocou o poder judiciário em situação de menoridade no controle, ante o legislativo e o executivo (BRASIL CONSTITUIÇÃO DOS EUB , 1934; BRASIL - CONSTITUIÇÃO DOS EUB , 1937; MENDES, 1995)¹⁴.

O modelo de feições autoritárias teve a continuidade, após a interrupção do período constitucional democrático de 46, com o constitucionalismo de 1967 (ou 67, 69). Neste modelo constitucional, a ordem do poder constituinte autoritário pairou acima dos direitos e da constituição. Esta ordem de supremacia do soberano foi encarnada nos atos institucionais, na grande emenda de 1969, e nos momentos de suspensão do funcionamento congressual (BRASIL, 1964-1969; BRASIL CONSTITUIÇÃO COM A REDAÇÃO

¹³ A constituição de 34 trazia o artigo de limitação da revisibilidade dos atos do executivo e do legislativo, pelo judiciário: Art 68 - É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas (BRASIL CONSTITUIÇÃO DOS EUB , 1934).

¹⁴ Art 12 - A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo: [...] V - para assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados nas letras *a* a *h* , do art. 7º, nº I, e a execução das leis federais; [...]. VII - para a execução de ordens e decisões dos Juízes e Tribunais federais. [...] § 2º - Ocorrendo o primeiro caso do nº V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade. [...] § 4º - A intervenção não suspende senão a lei do Estado que a tenha motivado, e só temporariamente interrompe o exercício das autoridades que lhe deram causa e cuja responsabilidade será promovida. § 5º - Na espécie do nº VII, e também para garantir o livre exercício do Poder Judiciário local, a intervenção será requisitada ao Presidente da República pela Corte Suprema ou pelo Tribunal de Justiça Eleitoral, conforme o caso, podendo o requisitante comissionar o Juiz que torne efetiva ou fiscalize a execução da ordem ou decisão (BRASIL CONSTITUIÇÃO DOS EUB , 1934).

DADA PELA EC N° 01, 1969).

A inserção do controle abstrato de normas, embora introduzida por EC no tempo de vigência da constituição de 1946, se aninhou na órbita autoritária da ditadura militar, no leque dos atos pré-constituintes de 67. Interessa notar que a lógica de inserção do controle abstrato, com a alteração da antiga representação interventiva, não pugnou por tutela de direitos mas sim o controle centralizado das leis, em toda a federação, fazendo o controle global do ordenamento de acordo com a ordem normativa central. A inserção do sistema de controle normativo abstrato coincide com o advento e as reformas do período autoritário. Nítido, portanto, que o controle não tinha a previsão alvissareira de tutela de direitos mas a preservação do - novo - ordenamento autoritário (BRASIL EMENDA CONSTITUCIONAL N° 16, 1965; MAMEDE, 2012; MENDES, 1995)¹⁵.

O sistema estruturou-se, a partir da EC n° 16, de 1965, com a dupla feição de controle difuso, pela via recursal ou como incidente surgido em casos concretos, e com a crescente participação da ação direta de inconstitucionalidade no controle abstrato e por ação. A representação interventiva foi perdendo o espaço no controle abstrato em favor da ação direta de inconstitucionalidade.

4. AS CONSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS DE 1946 E DE 1988

As constituições de 1946 e 1988 foram aquelas que na história constitucional brasileira representaram (ou ainda representa, no caso do texto de 1988) a estrutura de estado de direito democrático. Nas duas houve/há a combinação de direitos individuais, direitos políticos de participação ampla e direitos sociais e econômicos. Nas duas o funcionamento do sistema representativo se dá/deu com competição partidária e

¹⁵ A nova redação foi dada ao artigo 95, inciso I: k) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República;[...] (BRASIL EMENDA CONSTITUCIONAL N° 16, 1965). O caso emblemático é o do julgamento da constitucionalidade do Decreto-lei n° 1077, de 1970. O julgamento resultou no afastamento de Ministro do STF por não concordar com os termos da decisão proferida nos autos da Reclamação n° 849, de 1971.

universalidade dos eleitores, com eleições transparentes e regulares¹⁶.

A constituição de 1946 manteve algumas estruturas do sistema de controle gestado em 34 e em 37 com aperfeiçoamentos. Houve a melhor disciplina de quais os princípios federativos podiam dar azo à representação interventiva, tornando esta ação a única, até 1965, do sistema de controle concentrado no direito brasileiro. A iniciativa de tal ação era exclusiva do Procurador geral da República. No controle difuso, perseverou a ideia anterior de participação do Senado para a disciplina de produção de efeitos gerais das decisões do caso concreto. A via recursal do recurso extraordinário, com a devolução da matéria constitucional, foi mantida nas linhas gerais que vinham desde a constituição de 1891 (MENDES, 1995; MENDES, 2012; MAMEDE, 2012).

Com a constituição de 1988 os sistemas difuso e concentrado sofreram as maiores alterações na história do controle de constitucionalidade, desde o seu surgimento. Parte das alterações surgidas com a edição do texto original, outras com as emendas constitucionais. Houve a inserção de novas ações e modulação diferenciada do controle difuso.

De forma geral, após 88, houve o robustecimento do controle abstrato e concentrado. Primeiro, pelo surgimento de novas ações como a ADC e a ADPF. O sistema abstrato ficou municiado com a ação direta, a ação declaratória e a arguição de descumprimento de preceito fundamental, todas capazes de realizar o controle geral de normas com a constituição. A representação interventiva manteve-se com a inserção de novos princípios sensíveis capazes de despertar o peticionamento do PGR. Segundo, o recurso extraordinário foi acompanhado da possibilidade de súmula com efeitos vinculantes e a estipulação do filtro de repercussão geral para a admissibilidade.

A representação interventiva teve expansão de conteúdo com a constituição de 88. O texto foi além dos princípios tradicionais de respeito às estruturas representativas, às boas práticas financeiras, direcionando a proteção também aos direitos da pessoa humana. Com isto, a representação passou de ação de controle de ilícitos na federação,

¹⁶ Embora o voto do analfabeto tenha ocorrido somente após 1985.

de conflitos entre os entes federados, para ação de controle dos entes federados quando estes violam disposições de direitos fundamentais. A análise concreta dos julgados do STF, no período, mostra efetivamente que a possibilidade de intervenção federal por violação dos direitos da pessoa é hipótese remota, vez que há 'a excepcionalidade da medida interventiva' (STF - IF N° 114, 1991; BRASIL - LEI N° 12.562, 2011)¹⁷.

A constituição de 1988 inseriu o novo instrumento de efetivação de direitos fundamentais que foi o mandado de injunção. O instrumento é de manejo e propositura pelo sujeito - individual ou coletivo - que tem/tinha frustrado o direito fundamental constitucional por falta de norma regulamentadora. A trajetória do entendimento sobre a natureza e a trajetória desta ação mostrou que somente na década de 2000 alcançou melhores contornos, e a lei regulamentando a utilização somente surgiu em 2016 (STF - NOTÍCIAS, 2007; BRASIL - LEI N° 13.300, 2016).

A omissão legislativa de não produção de normas infraconstitucionais de efetivação de direitos constitucionais foi amparada pela novel - em 88 - ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Ao contrário do mandado de injunção, ação de tutela individual ou coletiva, de direitos subjetivos, a ação omissiva abstrata direcionou-se à tutela geral do ordenamento, de maneira objetiva. A lei processual regulamentadora surgiu somente em 2009. A aplicação da ação foi marcada por hesitações sobre o alcance das decisões e, inclusive, hesitações sobre o meridiano a separar a determinação do comando judicial, do extravasar e interferência em outro poder (BRASIL - LEI N° 12.063, 2009; BRASIL - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N° 3.682, 2007).

Após a inserção de emenda constitucional e a produção de lei processual regulamentadora, o sistema de controle abstrato ficou moldado com duas ações centrais de constitucionalidade: a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de

¹⁷ Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:[...] VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal; d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta; e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde (BRASIL - CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

constitucionalidade. Esta última serviu à configuração do STF como um tribunal de confirmação ou sanção de normas em vigor. Em todas as situações nas quais houver controvérsia judicial sobre a constitucionalidade de normas, a propositura da ação no STF permite que este órgão produza decisão sobre a constitucionalidade - ou inconstitucionalidade - da norma, resolvendo as disputas individuais e concretas. Em suma, é ação de controle objetivo das normas com o sistema, e não ação moldada à tutela de direitos. Na maioria das ações propostas o objeto de litígio foi o de normas tributárias e administrativas do poder público, confirmando-se, ou não, a constitucionalidade das disposições (BRASIL - LEI N° 9.868, 1999; ATALIBA, 1994).

Como a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade apresentam semelhanças processuais, o histórico da ação direta em muito se aproximou àquele da ação declaratória, em muitos aspectos. Também na ação direta de inconstitucionalidade notou-se o uso do instrumento como modalidade de direção política do ordenamento pelo judiciário, muito mais do que instrumento de tutela de direitos (especialmente de direitos fundamentais). A abertura do leque de legitimados à propositura das ações transforma o judiciário em arena de debates sobre a discricionariedade do legislador em conformar a legislação à constituição, sob a determinação e os contornos do judiciário. O controle objetivo torna/ou o judiciário - STF - o sobrelegislador, confirmador e direcionador da soberania legislativa. O judiciário é tornado/foi tornado controlador objetivo do sistema normativo e não um dedicado centro de tutela jusfundamental (BRASIL - LEI N° 9.868, 1999; ABBOUD, 2012).

A ampliação do leque de legitimados nas ações do controle abstrato no âmbito da vigência da constituição de 1988 mostra/ou a disposição à organização do sistema como sistema de controle do ordenamento, objetivo, e com limitações à tutela subjetiva. No desenho da ADPF, na Lei n° 9.882, houve o veto à disposição que permitia a qualquer pessoa o acesso direto ao STF. O mesmo aconteceu com as previsões contidas na Lei n° 9.868, vetadas, que permitiam amplo acesso dos demais legitimados à ação proposta por qualquer outro legitimado. O paradoxo desta última afirmação é que a jurisprudência do

STF engendrou a necessidade de que muitos legitimados devam mostrar pertinência temática para a propositura de ações de controle abstrato. O paradoxo está no fato de que com isto elimina-se a fiscalização ampla, inclusive de conteúdos jusfundamentais, e a vedação de fiscalização ampla não se deu sob o argumento de que a fiscalização devia ser conduzida às situações subjetivas, mas sim para evitar a prodigalização do acesso ao tribunal (BRASIL - MENSAGEM N° 1.674, 1999; BRASIL - MENSAGEM N° 1807, 1999; STF - ADI 4462 - MC, 2011).

Numa situação pouco usual, o costume contra a constituição determinado pela prática do STF, retirou a eficácia do texto constitucional naquilo que exigia a participação do Senado na retirada de eficácia geral das normas inconstitucionais. A maneira como se formou a jurisprudência do STF na interpretação das leis processuais do controle fez com que a decisão dotada de efeitos perante todos, e vinculante, não tenha qualquer participação do legislativo. O STF é/foi o sobrelegislador com atuações negativas (na declaração da invalidade da norma), ou sobrelegislador com atuações positivas (na decisão com a produção de interpretação conforme à constituição ou sem redução de texto) (FAUSTINO e BASTOS, 2008; BRASIL - LEI N° 9.868, 1999).

Em 1999, com a produção de lei, houve a inserção de nova, residual e complementar ação de controle abstrato: a arguição de descumprimento de preceito fundamental. As linhas gerais desta criação legislativa são de controle abstrato para todas as normas não suficientemente observadas pelos demais controles. Embora o nome da ação sugira a proteção de preceitos fundamentais como expressão compreensiva de direitos fundamentais, a modelagem dada pelo legislador transformou a ação em cobertura residual do controle objetivo do sistema. Assim, a ADPF serve/iu ao controle de normas não cobertas pelas ADI e ADC, como é o caso das normas produzidas antes da edição da constituição (com isto, até o fenômeno de recepção torna-se objeto de controle abstrato/objetivo) (BRASIL - LEI N° 9.882, 1999; ABBOUD, 2012).

A ADPF e a IF têm um componente interessante que é a possibilidade do judiciário exercer controle de constitucionalidade sobre atos, e não sobre normas. É correto afirmar

que violações aos direitos fundamentais não são produzidas exclusivamente por normas, e que muitos ilícitos violadores são ações ou omissões que merecem proteção judicial. Todavia a via processual por controle de constitucionalidade por ADPF e IF reforça a sobretutela do judiciário sobre a margem política, não só do legislador, como da direção política e da administração em geral. Assim, na IF e na ADPF, o conteúdo da possível conformação da constituição pelos órgãos políticos ou pelo administrador é revisado, num segundo grau, pelo judiciário. Este papel de revisão não se fez/az por definições de antinomias norma x norma, mas por análise de conduta adequada x conduta inadequada à constituição, por parâmetros objetivos. A possibilidade de tutela subjetiva de direitos fundamentais é remota já que não há a possibilidade de sujeitos individuais proporem a ação devido à limitação de legitimidade para a propositura. Portanto, também na ADPF e na IF a afirmação ocorrida no sistema da constituição de 1988 foi/é de controle objetivo de ato em relação ao ordenamento (BRASIL - LEI N° 12.562, 2011).

As reformas por emenda à constituição e a produção de normas processuais infraconstitucionais, nas décadas de 90 e 2000, produziram o fenômeno que se denominou 'abstrativização do controle difuso'. No recurso extraordinário, houve a inserção do ônus de admissibilidade que é a demonstração de que a matéria recursal tem relevância ou repercussão à coletividade. De outro lado, a jurisprudência consolidada em matéria constitucional do controle difuso pode ser sumulada em súmula de efeitos vinculantes. As duas alterações foram justificadas por razões de uniformização jurisprudencial e segurança nas decisões. É certo que a baixa vinculação das decisões de controle de constitucionalidade, e a prodigalização de recursos com suposto fundamento constitucional, representam/vam um problema no sistema de controle de constitucionalidade nacional. Todavia, o ônus de demonstração de repercussão geral, e a súmula vinculante, ao invés de tomarem por prioridade a realização satisfatória do direito à segurança, são transformações do controle de situações subjetivas em controle objetivo, pela massificação e ordenação massiva de processos (BRASIL - LEI N° 11.417, 2006; STF - DEBATE DE APROVAÇÃO SÚMULA VINCULANTE N° 01, 2007).

As características do sistema com a prodigalização das vias de controle abstrato mostram/ram que o papel do judiciário é/foi o de controlador global das ações do legislador e do poder político. O sistema de controle objetivo transforma/ou o judiciário em árbitro último da produção legislativa e da direção administrativa e política do estado, determinando a conformidade geral de normas e atos à constitucionalidade ou inconstitucionalidade. A tutela dos direitos fundamentais diluiu-se nesta predominância do controle global do sistema pelo judiciário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema nacional de controle de constitucionalidade atravessou 3 fases: o período de controle das constituições liberais, 1824, 1891; o período de controle das constituições autoritárias, 1934, 1937, 1967; o período das constituições democráticas, 1946, 1988. Em cada uma das fases o controle migrou de sistema de tutela subjetiva para sistema de tutela objetiva, com variações sobre o domínio de um, ou de outro sistema. Em alguns períodos houve a formação de sistemas mistos, como parece ser a tendência mundial, porém com a predominância dos aspectos institucionais e processuais de um, ou de outro.

O constitucionalismo de 1824 apontou para a predominância de um sistema de destaque dos direitos sobre a atividade do legislador. Todavia, tal sistema não contemplou formas processuais e judiciais de tutela dos direitos individuais/subjetivos, restando ao diluído controle do moderador a preservação dos direitos ante a produção inconstitucional do legislador. Com a república, houve a assimilação integral do sistema do controle difuso de constitucionalidade, ao menos no início, indicando a supremacia dos direitos sobre a atividade do legislador com a também assimilação potente das formas de controle tutelando situações individuais/subjetivas. Durante o período republicano foram se afirmando formas de minoração da ascendência dos direitos sobre a atividade do legislador, com clara preferência pela predominância das razões soberanas do Estado, da vontade do legislador sobre os direitos, e ao legislador foi-se definindo a tarefa

abrangente de cumprir a conformação geral da constituição.

A ascendência das razões do Estado e da predominância do legislador, sobre os direitos, afirma/ou-se nos períodos das constituições de 34, 37 e 67. As constituições inseriram os sistemas de controle objetivo com a finalidade de controle sobre o ordenamento, globalmente, via controle abstrato, e foi diluída a preocupação com a tutela dos direitos fundamentais. As razões do Estado neste período foram encarnadas em razões do executivo. O judiciário atravessou períodos sem autonomia e limitação das possibilidades de controle. Assim, o controle objetivo, na história constitucional brasileira, tem o nascedouro nos períodos autoritários, centralizadores, e com o claro objetivo de tutela central/global do ordenamento, e não o objetivo de controle para o controle supremo dos direitos fundamentais constitucionais.

As constituições de 46 e 88 mostraram/mostram a tendência à conciliação de controle difuso e abstrato, típicas de sistemas mistos, tanto de controle global do ordenamento - via controle objetivo e abstrato, como de controle de direitos individuais e subjetivos - via controle concreto e difuso. Na vigência da constituição de 88 há a prodigalização das vias de controle, sobretudo no controle concentrado e abstrato. As vias tradicionais do controle difuso foram se diluindo em formas cada vez mais impressionadas pelo controle objetivo: a ADC, a necessidade de demonstração de repercussão geral no REXT, e a possibilidade da súmula de efeitos vinculantes. O sistema atual aponta para que o papel do judiciário passe a ser o de controlador global do ordenamento a partir da constituição, conformando a atuação do legislador e a direção política e administrativa geral do estado, diluindo a suposta teleologia do controle como tutela dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABBOUD, G. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Rt, 2012.

ALMEIDA Fº, J. C. D. A. **O ensino jurídico, a elite dos bacharéis e a maçonaria do século**

XIX. UGF. Rio de Janeiro, p. 1-180. 2005.

ARRETCHE, M. Federalismo e democracia no Brasil. A visão da ciência política norte-americana. **Federalismo e democracia no Brasil. A visão da ciência política norte-americana**, 2001. Disponível em: <<http://empreende.org.br/pdf/Democracia%20e%20Participa%C3%A7%C3%A3o/Federalismo%20e%20democracia%20no%20Brasil.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

ATALIBA, G. Ação declaratória de constitucionalidade. **Revista de informação legislativa**, Brasília, jan.-mar. 1994. 33-34.

BOBBITT, P. **A guerra e a paz na história moderna. O impacto dos grandes conflitos e da política na formação das nações**. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

BOSI, A. **Dialética da colonização**. São Paulo: Companhia das letras, 1992.

BRASIL - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 3.682. Ação Direta de inconstitucionalidade nº 3.682 - Diário da Justiça - 06/09/2007. **STF**, 2007. Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=184819&modo=cms>. Acesso em: 03 set. 2016.

BRASIL - CONSTITUIÇÃO DOS EUB. CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 10 DE NOVEMBRO DE 1937). **Planalto legislação**, 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 3 set. 2016.

BRASIL - CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. **Planalto legislação**, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 03 set. 2016.

BRASIL - DECRETO Nº 848. DECRETO Nº 848, DE 11 DE OUTUBRO DE 1890. **Planalto legislação**, 1890. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D848impressao.htm>. Acesso em: 22 ago. 2016.

BRASIL - EMENDA CONSTITUCIONAL DE 3 DE SETEMBRO DE 1926. EMENDA CONSTITUCIONAL DE 3 DE SETEMBRO DE 1926. **Planalto legislação**, 1926. Disponível em: <EMENDA CONSTITUCIONAL DE 3 DE SETEMBRO DE 1926>. Acesso em: 08 set. 2016.

BRASIL - LEI Nº 11.417. LEI Nº 11.417, DE 19 DE DEZEMBRO DE 2006. **Planalto legislação**, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11417.htm>. Acesso em: 08 set. 2016.

BRASIL - LEI Nº 12.063. LEI Nº 12.063, DE 27 DE OUTUBRO DE 2009. **Planalto legislação**, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12063.htm#art1>. Acesso em: 03 set. 2016.

BRASIL - LEI Nº 12.562. LEI Nº 12.562, DE 23 DE DEZEMBRO DE 2011. **Planalto legislação**, 2011. Disponível em: <LEI Nº 12.562, DE 23 DE DEZEMBRO DE 2011.>. Acesso em: 03 set. 2016.

BRASIL - LEI Nº 13.300. LEI Nº 13.300, DE 23 DE JUNHO DE 2016. **Planalto legislação**, 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13300.htm>. Acesso em: 03 set. 2016.

BRASIL - LEI Nº 9.868. LEI Nº 9.868, DE 10 DE NOVEMBRO DE 1999. **Planalto legislação**, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 07 set. 2016.

BRASIL - LEI Nº 9.882. LEI Nº 9.882, DE 3 DE DEZEMBRO DE 1999. **Planalto legislação**, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm>. Acesso em: 07 set. 2016.

BRASIL - MENSAGEM Nº 1.674. MENSAGEM Nº 1.674, DE 10 DE NOVEMBRO DE 1999. **Planalto legislação**, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/1999/Mv1674-99.htm>. Acesso em: 03 set. 2016.

BRASIL - MENSAGEM Nº 1807. MENSAGEM Nº 1.807, DE 3 DE DEZEMBRO DE 1999. **Planalto legislação**, 1999. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/1999/Mv1807-99.htm>.

Acesso em: 03 set. 2016.

BRASIL. Atos institucionais. **Planalto legislação**, 1964-1969. Disponível em:

<[http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-historica/atos-](http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-historica/atos-institucionais#content)

[institucionais#content](http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-historica/atos-institucionais#content)>. Acesso em: 29 ago. 2016.

BRASIL CONSTITUIÇÃO COM A REDAÇÃO DADA PELA EC N° 01. Constituição de 1967 com a Emenda n° 01. **Planalto legislação**, 1969. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm>. Acesso

em: 28 ago. 2016.

BRASIL CONSTITUIÇÃO DO IMPÉRIO DO BRAZIL. Constituição do Império do Brasil de 25 de março de 1824. **Planalto legislação**, Brasília, 1824. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 02

abr. 2016.

BRASIL CONSTITUIÇÃO DOS EUB. Constituição dos EUB de 16 de julho de 1934. **Planalto legislação - Presidência da República**, 1934. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 2

jun. 2016.

BRASIL EMENDA CONSTITUCIONAL N° 16. EMENDA CONSTITUCIONAL N° 16, DE 26 DE NOVEMBRO DE 1965. **Planalto legislação**, 1965. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc16-](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc16-65.htm)

[65.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc16-65.htm)>. Acesso em: 29 ago. 2016.

BRASIL STF. STF Institucional. **STF**, 2016. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfInstitucional>

>. Acesso em: 28 ago. 2016.

BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. Bundesverfassungsgericht. **The Federal Constitutional Court**, 2016. Disponível em:

<http://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Homepage/homepage_node.html>.

Acesso em: 14 jun. 2016.

CÂMARA DOS DEPUTADOS - BRASIL. A História da Câmara dos Deputados. 1ª República. **Câmara dos Deputados**, 2009. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/a-camara/conheca/historia/historia/a1republica.html>>. Acesso em: 01 set. 2016.

CÂMARA DOS DEPUTADOS BRASIL. Conheça a história do voto no Brasil. **Câmara Notícias**, 2010. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/93439-CONHECA-A-HISTORIA-DO-VOTO-NO-BRASIL.html>>. Acesso em: 23 ago. 2016.

CANO, W. América Latina: do desenvolvimento ao neoliberalismo. In: FIORI, J. L. **Estados e moedas no desenvolvimento das nações**. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 287-326.

CONSTANT, B. **Principes de politique - applicable a tous les gouvernements représentatifs**. Paris: Chez Alexy Eymery, 1815.

CONSTANT, B. **Principles of politics applicable to all government**. Indianapolis: Liberty fund, 2003.

ENGDAHL, J. John Marshall's 'Jeffersonian' concept of judicial review. In: HALL, K. L. **Judicial review and judicial power in the supreme court**. Nova Iorque; Londres: Garland, 2000. p. 89-150.

FAUSTINO, A.; BASTOS, M. O art. 52, X, da Constituição Federal: eficácia e efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal na via do controle difuso e o papel do Senado Federal. **RBDC**, jul.-dez 2008. 142-155.

FERRAJOLI, L. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madri: Trotta, 2001.

FERRAJOLI, L. Derechos Fundamentales. In: AL., L. F. E. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madri: Trotta, 2009.

FGV CPDOC. A Era Vargas: dos anos 20 a 1945. **FGV CPDOC**, 2015. Disponível em: <<http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas1/anos30-37/Constituicao1934>>. Acesso em: 02 set. 2016.

FIGUEIREDO, S. R. D. Aspectos de transplante inadequado à realidade brasileira na

constituição de 1891. **Revista de informação legislativa**, Brasília, abr.-jun. 1972. 155-164.

FIORAVANTI, M. As doutrinas da constituição em sentido material. **Revista de estudos constitucionais, hermenêutica e teoria do direito**, São Leopoldo, jul.-dez 2012. 103-109.

FIORI, J. L. Estado do Bem-Estar Social: padrões e crises. **Revista do IEA-USP**, Set. 2003. 1-17.

FRANCE - CONSEIL CONSTITUTIONNEL. **À la découverte du Conseil Constitutionnel**. Conseil Constitutionnel. Paris, p. 1-4. 2016.

GROFF, P. V. Direitos fundamentais nas constituições brasileiras. **Revista de informação legislativa**, Brasília, abr.-jun. 2008. 105-129.

JELLINEK, G. **Teoría general del Estado**. 2. reimpressão. ed. México: Fondo de cultura económica, 2002.

JUDT, T. **Passado imperfeito. Um olhar crítico sobre a intelectualidade francesa no pós-guerra**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2007.

MAMEDE, M. L. Evolução histórica do controle de constitucionalidade no direito brasileiro e o direito comparado. **E-gov UFSC**, 2012. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/conteudo/evolu%C3%A7%C3%A3o-hist%C3%B3rica-do-controle-de-constitucionalidade-no-direito-brasileiro-e-o-direito-com>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

MENDES, G. F. A evolução do direito constitucional brasileiro e o controle de constitucionalidade da lei. **Revista de informação legislativa**, Brasília, abr.-jun. 1995. 15-27.

MENDES, G. F. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

REPUBBLICA ITALIANA - CORTE COSTITUZIONALE. CHE COSA È LA CORTE COSTITUZIONALE. **Corte costituzionale**, 2012. Disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/Cc_Checosa_2012.pdf>.

Acesso em: 14 jun. 2016.

RODRÍGUEZ, R. V. **Castilhismo, uma filosofia da república**. Brasília: Senado federal, 2000.

SCHMITT, C. **Political theology. Four chapters of the concept of sovereignty**. Cambridge: MIT, 1985.

SCHMITT, C. **Teoría de la constitución**. Madri: Alianza Editorial, 1996.

SCHWARTZMAN, S. **Bases do autoritarismo nacional**. Rio de Janeiro: Publis, 2007.

SENADO FEDERAL, DECRETO N° 510. DECRETO N. 510 - DE 22 DE JUNHO DE 1890. **Senado Federal. Secretaria de informação legislativa**, 1890. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=510&tipo_norma=DEC&data=18900622&link=s>. Acesso em: 01 set. 2016.

STF - ADI 4462 - MC. A constituição e o Stf. **STF**, 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627113>>. Acesso em: 02 set. 2016.

STF - DEBATE DE APROVAÇÃO SÚMULA VINCULANTE N° 01. Súmulas vinculantes. **STF**, 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_01_02_03_Debates.pdf>. Acesso em: 06 set. 2016.

STF - IF N° 114. A Constituição e o Supremo. **STF**, 1991. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=474>>. Acesso em: 03 set. 2016.

STF - NOTÍCIAS. Supremo determina aplicação da lei de greve dos trabalhadores privados aos servidores públicos. **STF - Notícias**, 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=75355>>. Acesso em: 03 set. 2016.

US SUPREME COURT. Marbury v. Madison 5 U.S. 137 (1803). **Justia. US Supreme Court. Marbury x Madison**, 1803. Disponível em:

<<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

USA SUPREME COURT. The Court and Constitutional Interpretation. **US SUPREME COURT**, 2016. Disponível em: <<https://www.supremecourt.gov/about/constitutional.aspx>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

VIANNA, L. W. Caminhos e Descaminhos da Revolução Passiva à Brasileira. **Dados**, Rio de Janeiro, 39, 1993.

ZAGREBELSKY, G. **El derecho dúctil**. 8. ed. ed. Madri: Trotta, 2008.

OS PODERES PARALEGISLATIVOS E PARACONSTITUINTES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: TÉCNICAS DE DECISÃO DOS ÓRGÃOS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA CONTEMPORANEIDADE E A PRODUÇÃO NORMATIVA ESTATAL

Luís Fernando Sgarbossa¹

Geziela Iensue²

INTRODUÇÃO

O panorama teórico-conceitual proporcionado pela Teoria Constitucional desenvolvida após o surgimento do Estado democrático de direito tende a conceber a produção do direito a partir de um processo em que se distinguem duas fases básicas, uma (precipuamente) legislativa e outra (precipuamente) executiva.

É intuitivo que o tipo de reflexão e argumentação admitidos em cada uma dessas fases é distinto do admitido na outra (RAZ, 1986; MACCORMICK, 2006), em face da maior margem de conformação – ainda que constitucionalmente limitada em termos negativos e positivos – do legislador e na menor margem de conformação – ainda que seja impossível a eliminação radical de toda e qualquer discricionariedade – do administrador e do julgador (KELSEN, 2003).

É evidente, ainda, que em termos de organização estatal tal concepção é encarnada na conhecida doutrina ou teoria da separação dos poderes ou funções do Estado, em alguma de suas variantes historicamente conhecidas.

¹ Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS. Professor permanente do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS

² Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Professora voluntária da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS. Pesquisadora Bolsista DCR do CNPq – Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico e Fundação para o Desenvolvimento da Educação, Ciência e Tecnologia do Estado de Mato Grosso do Sul – FUNDECT

A despeito de a Teoria do Direito já ter incorporado há tempos a noção de que todo ato de aplicação do direito corresponde, em certa medida, a um ato de criação do direito, excetuadas situações extremas de mera criação ou aplicação, como se denota do pensamento de Hans Kelsen (KELSEN, 2003), fato é que a ideia de monopólio ou quase-monopólio da produção do direito por parte dos órgãos formalmente legislativos ainda é um lugar comum do ideário jurídico-político contemporâneo.

Ainda, a despeito de a Teoria Política e Constitucional já terem incorporado há tempos as transformações na distribuição da competência normativa entre órgãos formalmente legislativos e órgãos formalmente executivos (HORTA, 1994) – o que se evidencia, por exemplo, na noção de funções materialmente executivas e materialmente legislativas, por exemplo, bem como na distinção entre legislação em sentido formal e em sentido material – há desenvolvimentos recentes na dinâmica de produção de direito pelos órgãos do Estado contemporâneo que merecem análise mais detida.

Nesse sentido, parece merecer especial atenção a crescente assunção de competências normativas importantes pelos diversos órgãos que, em diferentes sistemas, exercem – monopolisticamente ou não – a jurisdição constitucional, notadamente tribunais ou cortes constitucionais e supremas cortes³.

Desse modo, faz-se necessário refletir sobre a produção jurídica no Estado contemporâneo, em face das alterações produzidas na distribuição de competências normativas pelo advento do controle judicial de constitucionalidade, em um primeiro momento, e pela crescente sofisticação das técnicas decisórias utilizadas pelos órgãos da jurisdição constitucional, mais recentemente.

³ Consideram-se, portanto, aqui, especialmente tais órgãos, compreendendo-se como tribunais ou cortes constitucionais os órgãos integrantes do poder judiciário que monopolizam o controle de constitucionalidade das leis e normalmente são especializados em matéria constitucional, distintos, portanto, das supremas cortes, órgãos de cúpula que, embora possam deter a última palavra em matéria de constitucionalidade das leis, não monopolizam o controle e tampouco têm competência circunscrita apenas a matéria constitucional. A ambos se fará referência no presente estudo pela expressão genérica órgãos da jurisdição constitucional. Não se abordarão, por outro lado, outros órgãos que exercem função materialmente equivalente à da jurisdição constitucional, como órgãos políticos, nos moldes do Conselho Constitucional francês, por exemplo. Não se abordará, por outro lado, a atuação de órgãos das jurisdições inferiores que exerçam a jurisdição constitucional das liberdades, enfocando o presente trabalho a jurisdição constitucional na dimensão correspondente ao controle de constitucionalidade das leis ou controle de normas.

Resta investigar, portanto, se há sentido em se afirmar que atualmente tais órgãos exerceriam uma função paralegislativa ou mesmo paraconstituente, no sentido de que se revelariam atualmente capazes de introduzir normas gerais e abstratas no sistema jurídico equivalentes às leis ordinárias e constitucionais (emendas) aprovadas pelo parlamento – ou seja, se seriam capazes de introduzir modificações normativas não apenas em âmbito infraconstitucional, como também em âmbito constitucional.

Para examinar tal temática, o presente artigo revisitará a concepção da produção do direito sob a égide da concepção do Estado democrático de direito para, em seguida, examinar o impacto produzido sobre tal concepção pelo advento da jurisdição constitucional, na vertente do controle de normas.

Examinará, após, a superação das teses do legislador negativo (KELSEN, 2003; KELSEN, 2001) não apenas por conta das concepções contemporâneas sobre o caráter criativo da jurisdição, mas especialmente em função das transformações sofridas pelos diversos sistemas constitucionais e pela jurisdição constitucional, notadamente em termos de sofisticação das técnicas decisórias, seja em virtude de imperativos pragmáticos, seja por força de novas exigências postas pelas cartas constitucionais típicas do pós segunda guerra mundial.

Ao final examinará as competências paralegislativas e paraconstituintes dos órgãos da jurisdição constitucional, evidenciando a plausibilidade de seu reconhecimento na atualidade.

1. A IMAGEM DA PRODUÇÃO JURÍDICA SOB O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O advento do Estado, forma de sociedade politicamente organizada peculiar à modernidade, ocorrido por volta do século XVI na Europa, alterou a concepção até então geralmente difundida sobre a produção do direito na sociedade.

A concepção prevalente até a Idade Moderna fora a de uma criação do direito partilhada entre órgãos políticos e sociedade (GROSSI, 2010), como comprovam o

pluralismo jurídico medieval e a importância do costume como fonte do direito durante a maior parte da história.

O Estado moderno se arroga o monopólio da produção do direito, fenômeno este cujo ponto culminante em termos simbólicos ao menos deve ter sido, provavelmente, o fenômeno da codificação ocorrida nos sistemas romanistas especialmente a partir do século XIX.

A partir da visão propugnada pela nova forma de organização política da sociedade, difundiu-se uma visão estatista e oficialista do direito, recusando-se, a um tempo, concepções jusnaturalistas (BOBBIO, 2006) e outras formas de produção social do direito (ROMANO, 2008).

Paulatinamente tal visão torna-se hegemônica, significando tanto a pretensão de monopólio estatal do direito quanto a relegação de fontes sociais não-estatais do direito até então existentes a um plano secundário e subordinado (BOBBIO, 2006), de modo que a sociedade passa progressivamente a identificar direito com a legislação estatal.

O Estado moderno apresenta-se primeiramente na forma dos Estados absolutistas, como é sabido, sendo a produção do direito claramente autocrática, produzida pelo príncipe e tendo como fundamento de validade sua vontade e sua autoridade. O mesmo modo autocrático de produção do direito se verificara anteriormente em outros contextos, como sob as sociedades políticas despóticas pré-modernas, e se verificará posteriormente, sob as sociedades políticas autocráticas modernas, como os Estados autoritários e totalitários, embora de formas diferentes.

Após as revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII e as significativas transformações que as mesmas impingiram ao Estado e à organização de seus órgãos, afirma-se a doutrina da separação dos órgãos, poderes ou funções estatais, calcada em uma ideologia liberal amplamente conhecida.

Tal visão se torna hegemônica, sendo uma imagem admitida por amplos círculos sociais, transformando em parte a concepção derivada do advento do Estado moderno já

referido.

Não há ruptura entre a visão anterior e a posterior às revoluções liberais quanto à pretensão de exclusividade ou monopólio estatal da produção do direito já aludidos, elemento que se perpetuará sob o Estado liberal e sob as formas posteriores assumidas pelo Estado moderno.

Há transformação na dita concepção oficialista do direito, por outro lado, na medida em que a referida doutrina da separação dos poderes propugna o monopólio da função de produção do direito pelos órgãos integrantes do poder legislativo, os quais devem, ademais, ser democraticamente eleitos e democraticamente responsáveis.

Aqui surgem diversos elementos legitimantes do Estado e do direito, notadamente a ideia de legitimidade da investidura no poder – que se dá notadamente por meio de eleições periódicas – e de legitimidade no exercício do poder – que se dá notadamente pela observância de limites jurídicos ao mesmo.

Tal imagem perdura nos séculos posteriores à configuração do Estado de direito – posteriormente Estado democrático de direito –, sendo um lugar comum no discurso político-jurídico a noção de uma distinção entre instâncias produtoras e aplicadoras do direito e de contenção do poder por meio de tal arranjo institucional, associado a outras técnicas típicas do constitucionalismo moderno.

A noção de monopólio do direito pelo legislativo se desfaz paulatinamente ao longo dos séculos XIX e, principalmente, XX (HORTA, 1990; 1994). Torna-se cada vez mais evidente a existência – e, para alguns, a inevitabilidade – de funções normativas exercidas por órgãos não-legislativos, nesse caso, nomeadamente, por órgãos executivos – fenômeno da denominada legislação governamental.

Especialmente a partir do início do século XX começa a se desenhar um quadro em que o exercício de competências materialmente legislativas pelo executivo se evidencia com clareza (HORTA, 1994), quadro este que toma contornos cada vez mais evidentes ao longo daquela centúria, por meio de variados fenômenos, que vão desde a legislação

delegada e a legislação de emergência ou exceção até as medidas provisórias⁴.

De todo modo, a despeito de tais fenômenos, ainda continua a ser afirmada em grande medida, como dogma, a idéia de monopólio da produção do direito pelo legislativo e, ainda, a identificação entre lei e direito, ressalvadas situações verdadeiramente excepcionais⁵.

A ideia de divisão de poderes demonstra, portanto, grande vitalidade e evidencia, ao que parece, o papel de concepção ideal reguladora, ainda que as vicissitudes da história jurídico-política evidenciem a existência de situações contrárias àquela concepção ideal, como a crescente atividade normativa do executivo.

O advento dos institutos de controle judicial de constitucionalidade, por sua vez, se revelará impactantes em termos de definição dos órgãos estatais capazes de influir de maneira importante sobre a conformação da ordem jurídica, como se verá no tópico sucessivo, esvaziando ainda mais a concepção ideal de separação de poderes formada sob o Estado democrático de direito.

2. O CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE E A TESE DO LEGISLADOR NEGATIVO

Nos tópicos anteriores rememoraram-se o nascimento da identificação moderna entre legislação e direito e das noções de monopólio estatal da produção jurídica e de monopólio da legislação pelos órgãos do poder legislativo, a despeito da competência normativa ser faticamente partilhada entre estes e os órgãos do poder executivo, por força dos processos ocorridos notadamente no século passado.

⁴ Nesse período verifica-se, aliás, um esmaçamento da distinção até então considerada clara entre funções legislativas e funções executivas, ilustrada por fenômenos como leis em sentido formal – atos administrativos com forma legal – de um lado e como delegação legislativa – leis aprovadas por procedimentos não-parlamentares. HORTA, R. M. Poder legislativo e o monopólio da lei no mundo contemporâneo. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 123, jul./set. 1994, pp. 149-158.

⁵ Como, por exemplo, a célebre decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão proferida em 1968 no caso da desnacionalização dos judeus emigrados, que reconheceu a vigência de direito suprapositivo e a irredutibilidade do direito à legislação – BVerfGE 23, 98 (106). ALEXY, R. *Conceito e Validade do Direito*. Trad. Gercélia B. de O. Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, pp. 6 e ss.

Uma análise acurada do panorama contemporâneo evidencia, no entanto, que quando se examina a produção do direito nos sistemas jurídicos atuais não parece adequado focar exclusivamente os processos de produção por meios formalmente legislativos, merecendo ser contemplados também processos extralegislativos influentes na conformação da ordem jurídica, o que justifica a incursão na temática deste tópico.

Inicialmente cabe observar que uma atividade político-jurídica que pode se revelar tão importante quanto à de determinar qual o teor material direito vigente em um sistema jurídico concreto, conformando seu conteúdo substantivo, é a de determinar aquilo que não pode ser considerado como direito por alegados defeitos de forma ou de conteúdo – inconstitucionalidade formal e material.⁶

Para considerar o panorama da produção do direito nos Estados contemporâneos faz-se necessário, portanto, levar em conta o advento dos diversos mecanismos, instituições e sistemas de controle de constitucionalidade que surgiram ao longo da história recente, nomeadamente a partir do início do século XIX, mas que passaram por intensas transformações e grande sofisticação desde então.

Desde o final do século XVIII, pelo menos, já surgiam concepções que denotavam a possibilidade e mesmo a necessidade de se realizar alguma espécie de controle sobre as normas legais com o intuito de garantir sua conformidade para com os preceitos constitucionais, bem como se verificavam algumas situações históricas que serviriam de precursoras dos eventos seguintes⁷.

É a partir do início do século XIX, contudo, que se estabelece de forma inequívoca a prática do controle de constitucionalidade pelos órgãos integrantes do poder judiciário federal e estadual estadunidenses, reconhecida pela Suprema Corte norte-americana,

⁶ Trata-se da situação que, na visão da Teoria Política clássica seria estabelecida com base na dicotomia entre poder de estatuir e poder de impedir ou, na teoria contemporânea, no papel desempenhado pelos atores com poder de veto, ou *veto players*. BONAVIDES, P. **Ciência Política**. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. TSEBELIS, G. **Veto Players: how political institutions work**. Princeton: Princeton University Press, 2002.

⁷ A cadeia de ideias e de fatos é longa, bastando pensar na afirmação da limitação do legislador pelo *Common Law* feita por Coke ainda no século XVII, ou nas ponderações de Hamilton, Madison e Jay nos *Federalist Papers*, no século XVIII, bem como na invalidação de legislação colonial desconforme às cartas coloniais feita pelos tribunais britânicos, e, ainda, em decisões judiciais estaduais anteriores a *Marbury v. Madison*, proferida pela Suprema Corte norte-americana no início do século XIX, no mesmo sentido desta.

como é sabido (CANOTILHO, 2003)⁸.

Tal competência ou poder-dever tinha como fundamento político a noção de que o cidadão não seria obrigado a cumprir legislação inconstitucional, podendo a ela se opor, e a noção correlata de que os poderes do Estado não deveriam prestar concurso à aplicação de legislação inconstitucional (CAPPELLETTI, 1999).

Do ponto de vista lógico – embora a inconstitucionalidade em si não seja uma categoria lógica, mas normativa (MIRANDA, 2008) –, por outro lado, um fundamento elementar é o da distinção conceitual entre poder constituinte e poderes constituídos, pressuposto que constitui uma espécie de *conditio sine qua non* de admissão da possibilidade do referido controle⁹.

Ainda do ponto de vista lógico, a ideia de que os órgãos encarregados da jurisdição a exerceriam aplicando o direito aos casos concretos, sendo inerente às suas funções, portanto, uma avaliação prejudicial acerca da constitucionalidade das normas infraconstitucionais aplicáveis a cada caso – a célebre argumentação de Hamilton no *Federalista*, reproduzida por Marshall em 1803 – é fundamental para justificar o controle judicial bem como seu caráter difuso, que decorre do referido caráter ínsito do controle à atividade jurisdicional.

A possibilidade revolucionária de controle judicial de constitucionalidade inaugurada pela matriz constitucional norte-americana produziu efeitos por todo o mundo, como se sabe, influenciando a criação de inúmeros sistemas de controle de constitucionalidade hoje já consolidados, sob diferentes formas, em diferentes países.

A solução europeia, excetuando-se países infensos ao controle judicial – como o Reino Unido e a França – tem tendido, como se sabe, para modelo distinto do americano, baseado sobretudo em uma separação entre jurisdição ordinária e jurisdição

⁸ *Marbury v. Madison*, 5 US, 137 (1803).

⁹ Tanto que um dos fundamentos doutrinários da ausência de tal controle no direito inglês é exatamente a concepção de soberania do parlamento, fundamento do princípio segundo o qual é defeso a uma legislatura tentar vincular legislaturas futuras. HART, H. L. A. **Conceito de Direito**, o. Trad. Antonio de O. Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

constitucional, com monopólio da última por um órgão especializado – Corte ou Tribunal Constitucional (MIRANDA, 2008).

De todo modo, apesar de uma notável similitude estrutural entre os diversos sistemas de controle judicial de constitucionalidade da Europa continental, há diversas variações importantes em aspectos como a teoria da invalidade das normas inconstitucionais que os embasa – com impacto importante sobre os efeitos do controle – ou, ainda, os modos de efetivação do controle incidental de constitucionalidade, como demonstrou proficientemente estudo clássico sobre o tema (CAPPELLETTI, 1999).

Tais sistemas rivais – norte-americano e europeu – difundiram sua influência ao redor de todo o globo, tendo originado diversos sistemas locais de controle judicial de constitucionalidade, como se sabe. Na América Latina, por exemplo, preponderaram os sistemas híbridos ou mistos de controle, sistemas estes cuja característica notável é a de incorporarem institutos de controle abstrato – notadamente as ações diretas de tipo europeu – a uma base de controle difuso, de inspiração norte-americana, como ocorre em países como o Brasil.

Independentemente de qualquer formulação de um quadro geral dos diversos sistemas de controle judicial de constitucionalidade, de resto razoavelmente conhecidos, é importante notar que o advento desses institutos propiciou um protagonismo sem precedentes do poder judiciário na conformação da ordem jurídica.

De um poder anteriormente concebido como estritamente subserviente à lei, em visões como as propugnadas na França pela Escola da Exegese (MARINONI, 2013), passou gradualmente a ser concebido como um poder ao qual incumbia não apenas a importante competência de resolução de conflitos com base na legalidade, mas também a grave tarefa de fiscalizar a constitucionalidade das leis, recusando aplicação àquelas reputadas inconstitucionais por seus órgãos reconhecidos competentes para tanto.

Observe-se que independentemente do sistema de controle judicial consagrado – seja ele difuso ou concentrado, em alguma de suas variantes – a possibilidade de tal

atividade fiscalizatória pelo judiciário implicou na possibilidade de uma espécie de veto de normas por parte do mesmo, veto este não raro terminativo – ou seja, muito mais forte do que o veto executivo, normalmente relativo e, portanto, superável –, e dotado de eficácia aproximada ou equivalente à da própria lei – ou seja, revelando-se materialmente uma verdadeira norma jurídica geral¹⁰.

No sistema difuso norte-americano isso se dá quanto às decisões de inconstitucionalidade proferidas pelas instâncias superiores do judiciário estadual ou federal, sabidamente capazes de impedir a aplicação da norma declarada inconstitucional pelas instâncias inferiores em todo o território sobre o qual tal órgão exerce jurisdição após a declaração de inconstitucionalidade por força do *stare decisis* – precedente vinculante¹¹.

No sistema concentrado, o caráter normativo das decisões é ainda mais evidente, na medida em que, seja por provocação da jurisdição constitucional mediante ação direta, seja por provocação mediante o expediente das decisões de reenvio (CAPPELLETTI, 1999), as decisões de inconstitucionalidade ostentavam eficácia geral e vinculante, atingindo, assim, particulares e poderes públicos, dotadas, portanto, de “força de lei”.

A introdução de tal mecanismo atingiu fortemente, por óbvio, o dogma da separação de poderes e, notadamente, o dogma da submissão do judiciário à lei e da não-intromissão daquele poder na esfera de competência do legislativo.

Em uma tentativa de salvaguardar o postulado da separação dos poderes em contexto tão adverso, adaptando-o à nova realidade superveniente, surgiram posições como a traduzida pela célebre tese kelseniana do judiciário como legislador negativo (KELSEN, 2003).

¹⁰ Não é preciso esforço para constatar que uma decisão de inconstitucionalidade de uma lei proferida por uma corte constitucional europeia, por exemplo, equivale em termos de eficácia a uma lei que revoga outra no sistema jurídico, se irretroativa, e supera mesmo os efeitos de uma lei revogatória típica, quando dotada de efeitos retroativos.

¹¹ Em sistemas difusos inseridos em ordenamentos jurídicos de tipo romanista a questão é mais complexa, como se sabe, tendo sido necessária a utilização de institutos complementares, como, por exemplo, a resolução suspensiva do Senado Federal brasileiro, atualmente prevista no art. 52, X, da Constituição vigente e introduzida em nosso sistema constitucional pela Constituição de 1934 (art. 91, IV) como expediente para conferir caráter geral às decisões definitivas declaratórias de inconstitucionalidade inicialmente privadas de efeito geral, notadamente as proferidas incidentalmente.

Independente de qualquer consideração de maior profundidade sobre tal aspecto, de resto já muito debatido e rechaçado, há que se observar que a função quase-legislativa do judiciário acaba sendo reconhecida, ainda que na tímida versão negativa representada por tal visão.

Efetivamente a possibilidade de controle judicial de constitucionalidade das leis introduz, pelo menos quanto aos principais órgãos incumbidos da jurisdição constitucional – supremas cortes e cortes constitucionais – uma espécie de poder ou competência paralegislativa – no sentido de quase-legislativa – e mesmo paraconstituente, como se verá, poder este que irá se desenvolver e amplificar conforme as questões concretas apreciadas e conforme o contexto normativo jurídico-constitucional se tornam mais complexos, como se verá no tópico sucessivo.

3. A SOFISTICAÇÃO DAS TÉCNICAS DE DECISÃO DOS ÓRGÃOS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A SUPERAÇÃO DEFINITIVA DA TESE DO LEGISLADOR NEGATIVO

Dois fenômenos principais parecem ter influenciado na sofisticação das técnicas de decisão dos órgãos da jurisdição constitucional que, ao longo de mais de duzentos anos de existência, fizeram com que seus poderes paralegislativos se ampliassem e evidenciassem mesmo seus poderes paraconstituintes.

Um desses fenômenos foram as situações complexas que passaram a ser objeto de julgamento por parte de tais órgãos, evidenciando ser insustentável a visão simplista do controle de constitucionalidade que acompanhou referida atividade em seu início.

O outro fenômeno foi uma alteração no tipo de constituições e na espécie de normas que as mesmas passaram a incorporar, de modo a exigir novas dimensões do controle de constitucionalidade, anteriormente inexistentes ou ainda não percebidas.

O primeiro fenômeno redundou na imposição de limites ao controle de constitucionalidade em termos da amplitude ou alcance de seus efeitos com base em considerações pragmáticas (MARINONI, 2013; MENDES, 2014); o segundo resultou na

expansão do controle para além de sua concepção tradicional, adicionando novas dimensões ao mesmo em função de transformações sofridas pelo constitucionalismo ao longo do século XX, especialmente em sua segunda metade (MIRANDA, 2008).

De um lado se percebeu a inexorável existência de limites às possibilidades de controle da inconstitucionalidade por ação, relativizando-se certas concepções absolutas sobre esta matéria calcadas no postulado na nulidade da lei inconstitucional. Como ensina CAPPELLETTI (1999), nas origens norte-americanas do controle de constitucionalidade encontrava-se à base do controle de constitucionalidade a noção da inconstitucionalidade como absoluta invalidade jurídica, tendo como consequência lógica a noção de desfazimento de tudo quanto fora feito com base na norma inconstitucional, vez que inválida de *pleno iure* desde suas origens, por constituir verdadeiro ato *ultra vires*, e inservível à produção de efeitos válidos.

Tal concepção simplista da inconstitucionalidade, baseada em uma exigência dogmática forte de constitucionalidade, acabava por postular decisões declaratórias dotadas de eficácia retroativa e que implicavam a nulidade da norma inconstitucional e de todos os seus atos de aplicação concreta, fosse por parte de particulares, fosse por poderes públicos (CAPPELLETTI, 1999).

Cedo já se sentiu a inconveniência de tal visão diante de situações de inconstitucionalidade consolidadas irreversíveis ou de difícil ou indesejável reversão, como aquelas situações em que a declaração de inconstitucionalidade com nulidade da norma e eficácia retroativa se revelava capaz de atingir terceiros de boa-fé, situações jurídicas consolidadas, e situações análogas em geral, com comprometimento da segurança jurídica ou de outros bens ou interesses constitucionalmente tutelados.¹²

Já em 1920 a constituição austríaca, fruto de anteprojeto elaborado por Kelsen, não apenas não endossava a doutrina da nulidade da lei inconstitucional – adotando a

¹² Há um paralelo interessante, mas que aqui não se pode explorar, entre o instituto do *overruling* do *Common Law* – revogação de um precedente, com ou sem eficácia retroativa – e o instituto do controle de constitucionalidade em termos de impacto sobre a segurança jurídica e inclusive sobre a confiança no sistema jurídico e sua legitimidade. O tema é próximo de outros clássicos temas de Teoria do Direito, como o da possibilidade e dos limites da legislação retroativa.

teoria de seu idealizador, no sentido da anulabilidade da norma inconstitucional, com ou sem eficácia retroativa (KELSEN, 2001) – como ainda previa o instituto da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade com a possibilidade de decisões com efeitos apenas futuros (CAPPELLETTI, 1999).

Mesmo na pátria da doutrina da nulidade da lei inconstitucional, os EUA, fez-se necessário relativizar os rigores da mesma (MARINONI, 2013; MENDES, 2014), o que a Suprema Corte fez já a partir da década de 1940, por meio de precedentes como o proferidos em *Chicott County Drainage District v. Baxter State Bank* (1940)¹³ e *Linkletter v. Walker* (1965)¹⁴, possibilitando decisões de inconstitucionalidade com ou sem eficácia retroativa e com ou sem declaração de nulidade, em um sistema semelhante, mas não idêntico, ao da modulação dos efeitos austríaca.

Em suma, a apreciação de questões complexas consubstanciadas especialmente em situações de fato irreversíveis ou de difícil ou inconveniente reversibilidade, levaram, portanto, os diversos sistemas de controle de constitucionalidade, por considerações de cunho pragmático, a abrirem mão de doutrinas extremamente lógicas em sua formulação – como a da nulidade pura e simples da lei inconstitucional e de suas consequências – mas impraticáveis em termos concretos.¹⁵

O segundo fenômeno referido consistiu no amplamente conhecido advento das novas constituições, notadamente após o final da segunda guerra mundial, constituições estas geralmente denominadas de programáticas, por incluírem não apenas normas negativas, no sentido de exigirem abstenções estatais, mas também positivas, no sentido de exigirem atuação estatal, como atividade legislativa ou administrativa e, inclusive, implementação de políticas públicas (CANOTILHO, 2003).

Tais constituições sofisticaram a realidade normativa constitucional, ao

¹³ 308 U.S. 371 (1940).

¹⁴ 381 U.S. 618 (1965).

¹⁵ Parece plausível considerar que atualmente identifica-se uma aproximação entre diferentes sistemas de controle de constitucionalidade quanto à doutrina da invalidade da lei inconstitucional, tendendo os diversos sistemas a abranger tanto situações em que a inconstitucionalidade redunde em nulidade quanto situações em que redunde em anulabilidade, combinadamente, ora com preponderância de uma, ora de outra, e mesmo outras situações distintas do binômio, como se verá.

introduzirem ou intensificarem o recurso às normas outrora ditas programáticas, atualmente denominadas normas-tarefa ou normas-meta (CANOTILHO, 2003), exigentes, como dito, de atuação estatal, e não mais de mera omissão estatal, como ocorrera preponderantemente no modelo constitucional até então vigente.

Com efeito, é o advento das constituições “programáticas” com suas normas-meta ou normas-tarefa que enseja o nascimento da noção mais recente de inconstitucionalidade, ao lado da inconstitucionalidade por ação, evidentemente, a noção de inconstitucionalidade por omissão.

Tal nova concepção – ou modalidade de inconstitucionalidade – evidentemente não poderia ser enfrentada satisfatoriamente pelos mesmos meios técnicos concebidos e utilizados ao longo de mais de um século para a tutela de situações de inconstitucionalidade por ação.

Se para as últimas o recurso a técnicas como a declaração de nulidade com efeitos retroativos ou a anulação com efeitos retroativos, irretroativos ou mesmo futuros constituíam expedientes tecnicamente aptos à solução dos problemas de constitucionalidade, com relação à inconstitucionalidade por omissão restam evidentemente ineficazes, no sentido de inaptos tecnicamente falando.

Aqui ressurgem, ademais, dificuldades enfrentadas pelo controle de constitucionalidade em seus albores, quando não raro se considerava o dogma da separação dos poderes, por exemplo, como óbice à legitimidade do controle judicial de constitucionalidade. Entende-se por longo tempo, portanto, que falece competência ao judiciário para substituir-se ao legislador ou ao administrador na implementação de preceitos constitucionais que obrigam aqueles poderes a fazer algo, e não a abster-se.

Paulatinamente tais visões vão sendo superadas, no entanto, conforme o estado da arte das técnicas de controle de constitucionalidade utilizadas notadamente por alguns tribunais europeus – em franca superação à doutrina do legislador negativo – permitem entrever, conforme se examinará a seguir.

O que importa, no momento, é frisar que tanto as transformações devidas às questões pragmáticas já referidas, quanto as transformações sofridas pelo constitucionalismo ao longo do século XX em função do advento das normas-meta e das obrigações estatais positivas que estas implicam levaram a uma sofisticação sem precedentes das técnicas de decisão adotadas por diversos órgãos exercentes da jurisdição constitucional¹⁶.

A título de exemplo, para se ilustrar o que se afirma, pode-se socorrer a diversos sistemas europeus de controle de constitucionalidade, como o português e o italiano, cujas técnicas mais inovadoras de controle de constitucionalidade passam a repercutir em outros sistemas constitucionais.

No sistema português, por exemplo, quanto à teoria da invalidade, superou-se o binômio simplista constitucional-inconstitucional, assim como a simples associação do binômio simplista nulidade-anulabilidade aos atos inconstitucionais (MIRANDA, 2008).

Desse modo, não só se registram casos de nulidade ou anulabilidade decorrentes de inconstitucionalidade, como também casos de inexistência ou mera irregularidade, todos com consequências jurídicas distintas (MIRANDA, 2008).

Além disso, de maneira correlata, não só são possíveis decisões de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade no direito português, como também decisões de não-inconstitucionalidade, além das denominadas decisões intermédias, as quais, como o próprio nome deixa entrever, não são decisões nem no sentido da pura inconstitucionalidade e tampouco da pura constitucionalidade.

O mais impressionante no quadro de tal pluralismo técnico da jurisdição constitucional portuguesa não é constituído apenas pelas decisões intermédias interpretativas – equivalentes às declarações parciais de inconstitucionalidade sem

¹⁶ Há uma diferença de sentido importante, no entanto: enquanto as questões pragmáticas tenderam a operar relativizando a inconstitucionalidade, ao restringir os efeitos das decisões no sentido da inconstitucionalidade, as questões decorrentes das obrigações constitucionais positivas e da correlata noção de inconstitucionalidade por omissão ampliaram a noção de inconstitucionalidade e, conseqüentemente, as possibilidades de intervenção judicial. Ambas implicarão sofisticação das técnicas de controle de constitucionalidade.

redução de texto obtidas por interpretação conforme à constituição no direito brasileiro – ou pelas decisões intermédias limitativas – equivalentes aproximadas às decisões de inconstitucionalidade com modulação de efeitos.

O aspecto mais relevante de tais inovações consiste especificamente nas denominadas decisões intermédias aditivas ou modificativas, cujo conteúdo concreto pode ser o de substituir a disciplina legal de uma hipótese qualquer, considerada inconstitucional, por outra, estabelecida pela jurisdição ou, ainda, para suprir inconstitucionalidade por omissão parcial (MIRANDA, 2008) – problema para o qual o Direito Processual Constitucional brasileiro ainda não possui uma solução satisfatória, limitando-se às decisões meramente exortativas – apelo ao legislador (MENDES, 2014).

Tais técnicas, longe de serem completamente isoladas, encontram paralelos em outros sistemas, como no direito constitucional italiano, que comporta na categoria das decisões manipulatórias – correspondente, aproximadamente à categoria lusitana das decisões intermédias –, abrangendo subespécies como as decisões manipulatórias de efeitos aditivos ou modificativos, de características semelhantes (MENDES, 2014).¹⁷

É evidente que a utilização de interpretação vinculante – como ocorre por meio da interpretação conforme em decisões interpretativas – é expediente técnico capaz de introduzir importantes alterações no sistema jurídico, sobretudo na concepção contemporânea da norma jurídica, inconfundível com seu texto.

Mais evidente ainda é a alteração normativa promovida pelo poder judiciário, como verdadeiro legislador positivo, quando as técnicas admitidas no exercício da função jurisdicional lhe permitem substituir um regime jurídico previsto para uma situação qualquer por outro que lhe pareça mais consentâneo para com a ordem constitucional, ou estender um regime jurídico para outras situações não abrangidas por ele originalmente.¹⁸

¹⁷ Sobre técnicas similares no Direito Processual Constitucional mexicano, consulte-se o primeiro capítulo da obra de FERRER MAC-GREGOR, E. *Efectos y contenidos de las sentencias em acción de inconstitucionalidad: análisis teórico referido al caso "ley de medios"*. Cidade do México: UNAM, 2009.

¹⁸ Note-se que tais técnicas são equivalentes aproximadas à "posição concretista" no que se refere ao mandado de injunção no Brasil, mas referem-se também ao controle abstrato, e não apenas ao controle concreto.

O aspecto que aqui interessa no particular reside superação definitiva da tese do legislador negativo, restando clara não apenas a relativa discricionariedade do julgador no complexo processo de interpretação e aplicação do direito, mas inclusive a possibilidade – excepcional, certamente – de atuação dos órgãos da jurisdição constitucional, pelo menos, como verdadeiros legisladores positivos em situações em que a pura e simples declaração de inconstitucionalidade com redução de texto e com declaração de nulidade poderia resultar em “vácuo legislativo”, agravando a situação de inconstitucionalidade já existente, entre outras.

Técnicas como as que redundam nas decisões manipulatórias modificativas ou aditivas italianas ou nas decisões intermédias modificativas ou aditivas portuguesas, que evidenciam a existência de uma verdadeira função paralegislativa e quiçá paraconstituente dos órgãos da jurisdição constitucional, entre outros fenômenos a serem explorados no tópico seguinte.

4. A (RE)DISTRIBUIÇÃO DAS COMPETÊNCIAS NORMATIVAS DO ESTADO E O RECONHECIMENTO TEÓRICO DAS FUNÇÕES PARALEGISLATIVAS/PARACONSTITUINTES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Como visto nos itens precedentes do presente estudo, a capacidade de produção do direito foi redistribuída entre os poderes ou órgãos do Estado ao longo do século XX e no início do século XXI, surgindo mais recentemente um papel importante dos órgãos incumbidos do controle de constitucionalidade nessa matéria, nomeadamente as supremas cortes e os tribunais constitucionais.

Assim tais órgãos adquiriram uma competência de conformação do ordenamento, inicialmente negativa e posteriormente inclusive positiva, notadamente em sistemas que admitem a técnica das decisões interpretativas – como o brasileiro e inúmeros outros – e em sistemas que admitem, excepcionalmente, decisões judiciais que efetivamente criam normas gerais e abstratas para substituir legislação inconstitucional ou para combater o

fenômeno da inconstitucionalidade parcial por omissão - como o português ou o italiano.

As transformações e os deslocamentos extra-legislativo da competência normativa evidentemente transformam o panorama dos órgãos estatais capazes de, positiva ou negativamente, conformarem o sistema jurídico, introduzindo novas normas, modificando as existentes ou impedindo/excluindo modificações (HORTA, 1994).

Não parece haver dúvida de que o controle de constitucionalidade, tanto em sistemas de *Common Law* quanto em sistemas romanistas, cria a possibilidade do poder judiciário introduzir normas dotadas de eficácia geral no sistema jurídico, observadas as especificidades que distinguem uma decisão proferida nos primeiros, cujo efeito transcendente decorre do princípio do precedente vinculante, das proferidas em ações diretas no segundo, dotadas de eficácia geral e vinculante.

A partir dos tópicos abordados anteriormente foi possível evidenciar o recente crescimento das funções normativas do poder judiciário, que passou a exercer, em diversos sistemas, um protagonismo importante, não apenas ao vetar a permanência de determinadas normas no sistema jurídico, mas, inclusive, ao construir normas a partir de técnicas amplamente difundidas, como a interpretação conforme à constituição vinculante (ou as decisões intermédias ou manipulatórias interpretativas).

Esta nova realidade institucional evidencia ser plausível falar, hoje, para além das funções tipicamente jurisdicionais do poder judiciário, no âmbito das funções atípicas de tal poder, em uma função que poderia se denominar paralegislativa.

Trata-se, como a expressão pretende evidenciar, uma função quase-legislativa, na medida em que, ainda que em circunstâncias excepcionais e devidamente justificadas – por um quadro de omissão inconstitucional, por exemplo –, permite inserir no sistema jurídico normas gerais e abstratas, e não apenas impedir sua inserção ou manutenção no mesmo.

Tal fenômeno não estaria circunscrito aos modelos mais arrojados de controle, como o sistema lusitano e italiano mencionados, que permitem, como se viu, decisões

com conteúdo fortemente construtivo e criativo para modificar ou substituir disciplina legal reputada inconstitucional ou mesmo criar disciplina legal em situação de omissão inconstitucional.

Basta recordar que as decisões interpretativas, como aquelas decorrentes da utilização da interpretação conforme à constituição no Brasil, são hoje comuns nos mais variados sistemas constitucionais e que, considerando-se sua característica de interpretação autêntica (KELSEN, 2003), constituem verdadeiras normas gerais e abstratas, de caráter inegavelmente vinculante quando proferidas em sede de controle abstrato.

Além disso, há que se recordar que, de fato, os órgãos de cúpula do poder judiciário parecem contar, do ponto de vista de uma Teoria do Direito realista, com tais funções paralegislativas e até mesmo funções paraconstituintes, na medida em que profiram decisões que podem introduzir ou alterar normas de natureza constitucional.

Com efeito, as decisões judiciais encontram-se em regra sujeitas a diversos tipos de controle de regularidade (KELSEN, 2001), sejam controle de legalidade – como as realizadas por cortes de cassação, como ocorre na Itália e na França, seja por outros órgãos equivalentes em outros países –, sejam de controle de constitucionalidade.

Contudo o controle da regularidade da produção jurídica tem como pressuposto técnico de operabilidade a existência de instâncias de controle. Ou seja, para que seja possível o controle de legalidade ou constitucionalidade das decisões de órgãos administrativos ou jurisdicionais revela-se imprescindível a existência de instâncias superiores de controle, capazes de substituir a decisão por força de um recurso de apelação ou de, ao menos, cassá-la, determinando que outra seja proferida.

Diante da impossibilidade de instâncias infinitas de controle, naturalmente os órgãos de cúpula do judiciário – como as Supremas Cortes – ou órgãos judiciais especiais não sujeitos a uma instância revisora – como as Cortes Constitucionais – não possuem instâncias superiores de revisão, julgando questões de regularidade em única ou última

instância.

Daí decorre que tais instâncias possuam, de fato, uma capacidade de alteração anômala da ordem jurídica (KELSEN, 2001; 2003, RAZ, 1986). Desse modo, na hipótese – não rara – de uma lei manifestamente inconstitucional ser considerada constitucional pelo órgão que detém a última palavra em tal matéria e cujas decisões são obrigatórias, embora de um ponto de vista ideal possa-se sustentar uma violação da ordem jurídica, de um ponto de vista realista, diante da força vinculante da decisão, o que parece ocorrer é uma modificação – ainda que anômala – da ordem jurídica.

Com efeito, uma lei ordinária inconstitucional¹⁹ que seja declarada constitucional pela única instância capaz de julgar sua constitucionalidade de maneira autorizada – uma corte ou tribunal constitucional, por exemplo – acaba por vigorar plenamente naquele ordenamento jurídico, e opera mesmo como uma espécie de emenda anômala à constituição, na medida em que suspende ou revoga a norma constitucional contrária²⁰.

Deste modo, por mais que tal constatação ofenda uma ideologia constitucional e uma afirmação dogmática da supremacia da constituição, de fato, uma decisão judicial juridicamente inatacável – uma decisão de última ou única instância – que declare uma lei constitucional, ainda que esta seja francamente inconstitucional, tem o condão prático de convalidar²¹ referida inconstitucionalidade e de provocar uma alteração anômala no sistema constitucional (CAPPELLETTI, 1999). A lei inconstitucional em conjunto com a decisão que refuta sua inconstitucionalidade, equivale a uma emenda à constituição, aprovada por procedimento anômalo, de tal ponto de vista²².

A situação é evidentemente inconveniente, mas ocorre de fato e pode ocorrer não

¹⁹ Imagine-se aqui inconstitucionalidade manifesta, literal, para não se adentrar no mérito da textura aberta, da relativa indeterminação semântica, da dúvida interpretativa razoável, que tornam o problema mais complexo.

²⁰ O mesmo ocorre, por exemplo, em um sistema político de controle, como o francês, tanto em casos de normas sujeitas a controle necessário pelo Conselho Constitucional quanto por normas sujeitas a controle provocado, caso no exercício do controle aquele órgão negue a inconstitucionalidade ou não haja provocação do controle. Nesses casos reconhece-se que a lei inconstitucional opera, na prática, como emenda anômala à constituição, dada a ausência de mecanismos jurídicos aptos a expurgar o sistema jurídico da mesma.

²¹ Aliás, não se trata do único caso de convalidação de inconstitucionalidades, dada a presença, em diversos sistemas jurídicos, de institutos como a modulação dos efeitos ou as decisões intermédias limitativas.

²² A mesma constatação vale, feitas as devidas adaptações, para atos ilegais dos poderes públicos, desde que a decisão convalidadora seja proferida pela instância máxima ou única competente para julgar a legalidade dos mesmos.

apenas em sistemas de controle político, como o francês, ou de controle judicial concentrado de iniciativa restrita, como o austríaco, mas em qualquer sistema que adote controle de constitucionalidade ou legalidade, pelo simples fato da impossibilidade prática de instâncias infinitas de controle.

Nesses casos, pode-se reconhecer não apenas uma competência paralegislativa, mas inclusive paraconstituente, na medida em que, como demonstrado, o ato inconstitucional convalidado por decisão dotada de efeitos vinculantes proferida em única ou última instância e inatacável corresponderá, na prática, à alteração do sistema jurídico-constitucional – uma quase-emenda ou quase-revisão constitucional.²³

Para os realistas esta será apenas e tão-somente uma situação de alteração, ainda que anômala, da ordem jurídica, tal como ocorre por força de processos de mutação constitucional, por exemplo (JELLINEK, 1991). Para os idealistas, se tratará de uma violação à constitucionalidade ou legalidade, embora não haja remédio jurídico para saná-la.

Indagando-se sobre a possibilidade de controle de tais situações de ilegalidade ou inconstitucionalidade, para quem assim as considere, não se vislumbra remédio jurídico, pressupondo-se o caráter terminativo e vinculante da decisão que declara ou julga constitucional a norma inconstitucional e pressupondo-se que seja guarnecida de meios adequados de compulsão à observância – tais como normas disciplinares e institutos que permitam a cassação ou anulação de atos que a inobservem –, condição esta ligada à operabilidade técnico-jurídica efetiva.

As possíveis soluções para tais problemas, incrustados nos limites da juridicidade, parecem ser necessariamente extrajurídicas, como o recurso ao quase esquecido “controle de constitucionalidade direto” – por expedientes como o controverso direito de

²³ O mesmo parece ocorrer em situações próximas, embora distintas, como no caso de um costume constitucional *contra legem* que redunde, eventualmente, em *desuetudo* de uma ou mais normas constitucionais. Sobre o tema veja-se RAZ, J. **Concepto de Sistema Jurídico, el.** Trad. Rolando Tamayo y Salmorán. Cidade do México: Universidade Autônoma do México, 1986; OROZCO HENRÍQUEZ, José de Jesús. **Derecho Constitucional Consuetudinario, el.** Cidade do México: Universidade Nacional Autônoma do México, 1993. O mesmo raciocínio parece válido para decisões *contra legem* que acabem por prevalecer, importando em alteração anormal do sistema jurídico.

resistência e conceitos correlatos, como a desobediência civil (GARGARELLA, 2007) – ou, ainda, na esfera política, por meio da atuação do legislador ou por meio da utilização de institutos de democracia semidireta, onde existam, como a iniciativa popular no sentido da revogação da norma anormalmente introduzida.

Independentemente de tais discussões, que fogem ao objetivo imediato do presente estudo, resta claro que em qualquer sistema jurídico em que haja institutos de controle de legalidade e de constitucionalidade e em qualquer sistema jurídico em que haja instâncias finitas de controle – ou seja, todos – há a possibilidade de se reconhecer uma excepcional função paralegislativa e até mesmo paraconstituente do poder judiciário, que oferece importante campo de investigação teórica, ainda em boa medida por se explorar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, a despeito da imagem ideal formada a partir da noção de Estado democrático de direito, as funções legislativas – entendidas como capacidade de produção de direito e, especialmente, como introdução de normas gerais e abstratas no sistema jurídico – têm sido distribuídas de diversas formas entre os três poderes.

Ao lado do surgimento de funções normativas extralegislativo em favor do executivo, notadamente ao longo do século XX, têm surgido, no final daquele século e início do atual, crescentes competências normativas extralegislativo em favor do judiciário.

Da concepção mais elementar do controle judicial de constitucionalidade, baseada nos binômios constitucional-inconstitucional e válido-inválido, avançou-se a um contexto muito mais complexo, como visto.

Seja por força dos limites pragmáticos do controle da inconstitucionalidade por ação, que redundou na necessidade de reconhecimento de situações inconstitucionais como fatos consumados inalteráveis, seja por força dos novos desafios postos à jurisdição

constitucional pelas normas-meta ou normas tarefa e pela figura correlata da inconstitucionalidade por omissão, um novo e sofisticado quadro de valores ligados à inconstitucionalidade e de técnicas de decisão surgiu no âmbito da jurisdição constitucional.

Os valores associados à inconstitucionalidade passaram a ser muito mais complexos do que se concebia, indo desde os extremos da inexistência e da nulidade até situações mais amenas, como a anulabilidade e a mera irregularidade (MIRANDA, 2008).

De maneira consentânea, os diferentes sistemas constitucionais passaram a compreender desde decisões limitativas da declaração de inconstitucionalidade – como a modulação de efeitos – até decisões fortemente criativas – como as decisões intermédias modificadoras ou substitutivas –, passando por decisões interpretativas – como as calcadas em interpretação conforme à constituição –, de modo que a jurisdição constitucional ostenta atualmente, em qualquer sistema jurídico que a contemple, um papel que exorbita em muito a antiga tese do legislador negativo.

Esse panorama ressalta o papel do judiciário na conformação da ordem jurídica – i.e., na produção das normas do sistema jurídico, seja como ator com poder de veto seja como criador positivo de normas – e permite falar em funções paralegislativas e paraconstituintes do referido poder.

Tais funções consistiriam, como se depreende do texto, em alterações na ordem jurídica nos níveis infraconstitucional e constitucional, respectivamente, podendo consistir na produção de normas gerais, abstratas e vinculantes seja por meio da declaração de nulidade ou anulação, seja pela criação positiva de normas por meio de técnicas como a interpretação conforme, a modulação dos efeitos ou as vanguardistas técnicas modificativas e aditivas admitidas em sistemas jurídicos estrangeiros, como visto.

Mesmo na ausência de tais expedientes pode-se reconhecer na Teoria do Direito e na Teoria Constitucional contemporâneas tais funções paralegislativas ou paraconstituintes em qualquer sistema jurídico que adote algum mecanismo de controle

de regularidade da produção do direito – i.e., controle de constitucionalidade e/ou controle de legalidade – e que não conte com instância de revisão infinitas.

Nestes casos fica claro que a convalidação de um ato irregular – lei inconstitucional, notadamente – pelo órgão competente em caráter definitivo para julgar sua regularidade jurídica corresponde a uma modificação anômala do sistema jurídico, o que demonstra a atividade de produção do direito pela instância judicial de controle.

Tais possibilidades, como visto, encontram-se nos confins entre o jurídico e o extrajurídico, não encontrando solução possível no campo do direito, mas no campo da política, por meio de controle de constitucionalidade direto (GARGARELLA, 2007) ou de eventual modificação legislativa da norma introduzida no sistema jurídico de forma anômala.

De todo modo, tanto tal possibilidade quanto a decorrente das modernas técnicas de decisão adotadas amplamente pela jurisdição constitucional contemporânea – como a interpretação conforme – evidenciam a existência de funções ou poderes paralegislativos ou paraconstituintes do poder judiciário nos sistemas jurídicos atuais.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. Trad. Gercélia B. de O. Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Positivismo Jurídico, o**: lições de filosofia do Direito. Trad. Márcio Pugliesi; Edson Bini; Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

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

CAPPELLETTI, Mauro. **Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. Trad. Aroldo P. Gonçalves. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor,

1999.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. **Efectos y contenidos de las sentencias em acción de inconstitucionalidad**: análisis teórico referido al caso "ley de medios". Cidade do México: UNAM, 2009.

GARGARELLA, Roberto. El derecho de resistência en situaciones de carencia extrema. **Astrolabio Revista internacional de filosofia**, ano 2007, n. 4, pp. 1-28.

GROSSI, Paolo. **Direito entre poder e ordenamento**, o. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **Conceito de Direito**, o. Trad. Antonio de O. Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HORTA, Raul Machado. Medidas Provisórias. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 107, jul./set. 1990, pp. 05-18.

_____. Poder legislativo e o monopólio da lei no mundo contemporâneo. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 123, jul./set. 1994, pp. 149-158.

JELLINEK, Georg. **Reforma y mutación de la Constitución**. Trad. Christian Förster. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

KELSEN, Hans. **La garantía jurisdiccional de la Constitución**. Trad. Rolando Tamayo y Salmorán. Cidade do Mexico: UNAM, 2001.

_____. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo VI. 3 ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra, 2008.

OROZCO HENRÍQUEZ, José de Jesús. **Derecho Constitucional Consuetudinario**, *el*. Cidade do México: Universidade Nacional Autônoma do México, 1993.

RAZ, Joseph. **Concepto de Sistema Jurídico**, *el*. Trad. Rolando Tamayo y Salmorán. Cidade do México: Universidade Autônoma do México, 1986.

ROMANO, Santi. **Ordenamento jurídico**, o. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

TSEBELIS, George. **Veto Players: how political institutions work**. Princeton: Princeton University Press, 2002.

O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NA AMÉRICA LATINA: INFLUÊNCIAS DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

Patrícia Grazziotin Noschang¹

INTRODUÇÃO

O controle de convencionalidade é um mecanismo que visa compatibilizar as leis internas dos Estados com os tratados de direitos humanos que foram e serão ratificados por esses.

O Sistema Americano de Proteção aos Direitos Humanos o controle de convencionalidade externo é realizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos que ao emitir pareceres consultivos e proferir sentenças zela pela aplicação adequada dos tratados de direitos humanos celebrados e em vigor no âmbito regional que estão sob sua guarda e jurisdição.

O termo controle de convencionalidade surgiu, em 2006, na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos com o julgamento do *Caso Alcocinad Arellano e outros Vs. Chile*, instruindo que os Estados façam a revisão de suas normas internas e que amoldem seus ordenamentos jurídicos internos à Convenção Americana de Direitos Humanos e, à interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos relativa aos tratados de direitos humanos.

Após a decisão do *Caso Alcocinad Arellano e outros Vs. Chile*, considerado o *leading case* na jurisprudência da Corte Interamericana sobre o controle de convencionalidade, houverem mais três casos importantes referendando o termo e aprofundando a temática: *Caso dos Trabalhadores Demitidos do Congresso Vs. Peru*; *Caso*

¹ Doutora e Mestre em Direito pelo PPGD/UFSC. Professora de Direito Internacional e Direitos Humanos da Faculdade de Direito, e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo - RS.

Gomes Lund e outros Vs. Brasil e Caso Cabrera García e Montiel Flores Vs. México. Essas decisões foram importantes para que os Estados Partes da Convenção Americana de Direitos Humanos iniciassem o controle de convencionalidade interno verificando se suas leis estavam em conformidade com o referido tratado. A Corte também determinou que a sua jurisprudência deve ser aplicada pelos tribunais internos dos Estados Partes da Convenção.

Neste sentido, este artigo tem como escopo apresentar a evolução do termo “controle de convencionalidade” e a sua aplicação pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e demonstrar de que maneira essas decisões refletiram no ordenamento jurídico interno de alguns Estados Partes da Convenção.

1. O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

O Sistema Interamericano Proteção aos Direitos Humanos está sob tutela da Organização dos Estados Americanos. Essa organização regional surgiu com a Carta de Bogotá, em 1948, com objetivo de manter a paz e segurança em âmbito regional considerando que a solidariedade e a boa vizinhança americana não podem ter outro sentido senão “[...] o de consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime liberdade individual e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do Homem.”. A carta também estabeleceu a criação de seus órgãos no artigo 53, e entre eles está a Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Juntamente com esse tratado, foi assinada a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, com o objetivo de dar proteção regional aos direitos humanos aos países americanos. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2016)

A Resolução VIII da V Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores, em 1959, implementou um novo órgão de proteção aos Direitos Humanos: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Os trabalhos da CIDH começaram no ano seguinte, e tinham como função promover os direitos estabelecidos tanto na Carta de

Bogotá como na Declaração de Direitos e Deveres do Homem. (NOSCHANG, 2013)

No entanto, o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos torna-se efetivo com a elaboração da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em 1969, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, a qual entrou em vigor apenas em 1978, após obter o número mínimo de ratificações necessárias. Esse tratado, também, instituiu a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com sede em São José na Costa Rica que possui competência da Corte é tanto jurisdicional como consultiva. Soma-se aos instrumentos acima referidos o Protocolo de San Salvador de 1988, relativo aos direitos sociais e econômicos. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2016)

Assim os tratados que formam o *corpus iure* do Sistema Americano de Proteção aos Direitos Humanos são: a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), a Carta da Organização dos Estados Americanos (1948), a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) e também o Protocolo de San Salvador, assinado em 1988, relativo aos direitos sociais e econômicos².

Conforme André Carvalho Ramos o principal diploma de proteção aos direitos humanos neste sistema é a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) pelos seguintes motivos:

- 1) pela abrangência geográfica, uma vez que conta com 24 Estados signatários; 2) pelo catálogo de direitos civis e políticos e 3) pela estruturação de um sistema de supervisão e controle das obrigações assumidas pelos Estados, que conta inclusive com uma Corte de Direitos Humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com sede em San José da Costa Rica. (2009, p.248)

De acordo com a Convenção Americana de Direitos Humanos, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos são competentes para conhecer o cumprimento de normas pelos Estados em matéria de direitos humanos que fazem parte do referido tratado. A Comissão tem como papel a conciliação entre as partes tentando resolver os fatos de maneira amistosa. Caso não seja

² Existem outros tratados que foram ratificados posteriormente em matéria de direitos humanos no plano regional em temas específicos como: a proteção contra violência de gênero; extinção da pena de morte; contra a tortura, entre outros.

possível, redigirá um relatório com suas conclusões, determinando as recomendações e o prazo para os Estados tomarem as medidas cabíveis. A Corte pode ser provocada somente pela Comissão ou pelos Estados Partes. (BRASIL, 2016)

O procedimento jurisdicional no sistema interamericano inicia com a apresentação de uma reclamação do indivíduo contra o Estado à CIDH, que atua nesta fase representando o indivíduo reclamante. Ao Estado réu é concedido o direito do contraditório e, nada obsta que haja uma conciliação amigável. A CIDH decide com base nos fatos e nas alegações das partes se o expediente deverá ser arquivado ou levado adiante. No caso de seguir adiante, a CIDH realiza uma investigação minuciosa dos fatos ocorridos e faz recomendações às partes envolvidas para resolver o caso no prazo de três meses. Caso isso não ocorra, a CIDH poderá emitir sua própria opinião e conclusão, ou ainda, nesse prazo submeter à Corte o relatório de mérito. (PIOVESAN, 2006)

O procedimento na Corte inicia com o envio, pela CIDH, do relatório à Corte. O Juiz Presidente fará o exame preliminar da demanda, e o secretário notificará os juizes, a(s) vítima(s) e o Estado que terá um prazo de 04 meses para apresentar a contestação. Após é realizada a audiência entre as partes seguindo da decisão final. Conforme previsto no art. 67 da Convenção a sentença é será definitiva e inapelável. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2016)

Importante ressaltar que os Estados tem o dever de cumprir integralmente a sentença da Corte conforme preceitua o artigo 68,1. da Convenção, e o artigo 63.1 que determina o dever do Estado restaurar o gozo do direito ou liberdade violado. Soma-se a esses dispositivos o artigo 2 da Convenção que determina que [...] os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos[...]” os direitos e liberdades previstos neste documento. (BRASIL, 2016)

Desta forma, os Estados membros da OEA, incluindo o Brasil, ao se tornarem signatários da Convenção Americana de Direitos Humanos, assumem o compromisso de

adequar a legislação e a jurisdição interna em consonância com as normas e jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. (GUERRA, 2013)

De acordo com a doutrina do controle de convencionalidade, quando o direito local for contrário as disposição da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, segundo a interpretação que a Corte Interamericana de Direitos Humanos faz, a norma mesmo que constitucional deverá ser inaplicada. Assim, os juízes internos deverão além de controlar a constitucionalidade controlar a convencionalidade das leis considerando a interpretação que a Corte realiza a respeito da Convenção. (MARX, 2014)

O exercício do controle de convencionalidade sempre foi utilizado pela Corte Interamericana, mas somente a partir de 2006 é que este termo foi utilizado em seus julgados. Também foi a partir desse ano que a Corte posicionou-se pelo entendimento de que os juízes e tribunais têm obrigação de compatibilizar as normas internas com a Convenção Americana de Direitos Humanos, e com a interpretação que a Corte dela faz.

2. NOÇÕES GERAIS SOBRE O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

A expressão “controle de convencionalidade” teve origem na França em um julgamento do Conselho Constitucional francês em 1975. Na Decisão nº 74-54 DC, o Conselho se declarou incompetente para analisar se uma lei interna era compatível com um tratado, no caso, a Convenção Europeia de Direitos Humanos. Conselho entendeu que era competente apenas para fazer o controle de constitucionalidade, ou seja, a compatibilidade da lei com a constituição francesa e não um “controle de convencionalidade”. A partir desta decisão o Conselho reconheceu que uma norma interna deve passar por “dois crivos” de compatibilidade, para que seja considerada válida e eficaz: a constituição e, os tratados ratificados e em vigor no país. (MAZZUOLI, 2013, p. 88)

A denominação “controle de convencionalidade” na América Latina foi utilizada pela primeira vez na sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no *Caso*

Almonacid Arellano e outros v. Chile em 2006. Nesta decisão a Corte mencionou que “[...] o Poder Judicial deve exercer uma espécie de ‘controle de convencionalidade’ entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos a Convenção Americana de Direitos Humanos.” e, ainda, ao realizar esta tarefa deverá considerar também a interpretação da Corte em relação a referida Convenção. (CORTE, *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*, 2016, para. 124)

Entende-se que o termo “convencionalidade” vem da terminologia utilizada pelos tratados que ao serem elaborados prevejam normas gerais sobre algum tema específico e são denominados de “convenções”. Contudo, o controle de convencionalidade não é realizado apenas para os tratados que tem a terminologia de convenção, mas sim para todos os tratados de direitos humanos tanto do sistema universal de proteção aos direitos humanos (originários da Organização das Nações Unidas) quanto dos sistemas regionais de proteção aos direitos humanos (Organização dos Estados Americanos no caso do Brasil e demais países das Américas). Logicamente que o controle de convencionalidade somente poderá ser aplicado aos Estados signatários de tais compromissos internacionais.

De acordo com Mazzuoli³ a doutrina chama de

[...] ‘controle de convencionalidade’ o exercício de compatibilidade normativa realizado pelas instâncias *internacionais* de proteção dos direitos humanos, ou as medidas *legislativas* de compatibilização das leis *em elaboração* com os tratados internacionais, não comparando tal controle com o ‘controle de constitucionalidade’ existente no plano do nosso direito interno. (2013, p.767)

Neste sentido pode-se afirmar que o controle de convencionalidade é realizado pelos juízes ao analisar o caso concreto quando verificam se um tratado, no caso de direitos humanos, está sendo aplicado devidamente no âmbito internacional ou interno. Desta forma, entende-se que o controle de convencionalidade será externo (quando realizado no plano internacional pelas cortes internacionais competentes) e interno (quando realizado pelos tribunais e juízes internos dos Estados que ratificaram tal

³ A tese que o autor se propõe a apresentar se refere ao estudo do controle jurisdicional da convencionalidade das leis no Brasil. O autor busca explicar “como funciona” o controle de convencionalidade no Brasil e quais são os meios de se exercer essa advocacia a ele voltada. (MAZZUOLI, 2013).

compromisso internacional).

Assim segundo grande parte da doutrina fala-se em um controle de convencionalidade externo (internacional) e interno (nacional). Alguns também conceituam como controle de convencionalidade autêntico, e outros como difuso e concentrado.

O controle de convencionalidade poderá ser exercido internamente frente aos tratados internacionais de direitos humanos que deverão ser observados quando da produção normativa infraconstitucional e quando isso não ocorrer poderá as leis e atos sofrer o controle de convencionalidade internacional, quando referente à Convenção Americana será perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. No último caso, é como se fosse um controle concentrado de convencionalidade, pois se dará através de um caso específico e seus efeitos irão gerar as modificações impostas perante todos, visando benefícios para a pessoa humana. (GUERRA, 2013, p.181; MAZZUOLI, 2009, p. 94)

Segundo Valério Mazzuoli o controle de convencionalidade poderá ser difuso quando um tratado for analisado por qualquer juiz ou tribunal, da mesma forma que ocorre com o controle de constitucionalidade. E, será concentrado quando realizado pelo STF “[...] na hipótese dos tratados de direitos humanos (e somente destes) [...]”. (2013, p.765-766.)

O controle de convencionalidade autêntico é o que se realiza pelos juízes e tribunais internos em primeiro plano adequando a normatividade segundo os tratados internacionais e a interpretação da Corte. Caberá a manifestação dos tribunais internacionais quando os Estados não realizarem o controle de convencionalidade frente a estes tratados e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. (ALVES, 2013, p. 326)

A lógica é a mesma do controle de constitucionalidade que ocorre no âmbito interno ao verificar a compatibilidade das normas constitucionais com a demais normas internas infraconstitucionais. Neste patamar o controle de constitucionalidade ocorre de

maneira concentrada (realizado pelas altas cortes constitucionais) e difusa (realizado pelos demais juízes e/ou tribunais).

Importante ressaltar que o controle de convencionalidade não deve ser realizado apenas no âmbito jurisdicional. Cabe também ao Poder Legislativo ao analisar um projeto de lei, assim como está atento a constitucionalidade do diploma legal proposto, deverá também observar se a norma é compatível com os tratados ratificados pelo Estado. E, também, ao Poder Executivo que deverá vetar lei *inconvencional* (que contrarie tratados já ratificados).

Neste sentido leciona Ingo Sarlet, que o controle de convencionalidade não é um controle de exclusividade do judiciário pois,

[...] O Poder Legislativo, quando da apreciação de algum projeto de lei, assim como deveria sempre atentar para a compatibilidade da legislação com a CF, também deveria assumir como parâmetro os tratados internacionais, o que, de resto, não se aplica apenas aos tratados de direitos humanos, mas deveria ser levado ainda mais a sério nesses casos.[...] Da mesma forma, o Chefe do Executivo deveria vetar lei aprovada pelo Legislativo quando detectar violação de tratado internacional, ainda que não se cuide aqui de um veto justificado pela eventual inconstitucionalidade da lei [...]. (2013, p.112)

Assim, conforme já referido, os tratados de direitos humanos normalmente compõe o Sistema Universal de Proteção aos Direitos Humanos, no âmbito das Nações Unidas e os Sistemas Regionais de Proteção aos Direitos Humanos no âmbito da Organização dos Estados Americano (Américas), União Africana (África) e Conselho da Europa (Europa). Importa neste estudo entender de que maneira o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos trabalha com o controle de convencionalidade e a influência das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos nos seu Estados Partes.

3. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NA AMÉRICA LATINA: REFLEXOS DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

As decisões que se posicionaram em relação ao controle de convencionalidade

externo (realizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos) , e controle de convencionalidade interno (realizado por juízes e tribunais dos Estados Partes da Convenção), foram os seguintes: *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*; *Caso dos Trabalhadores Demitidos do Congresso Vs. Peru*; *Caso Cabrera García e Montiel Flores Vs. México* e o *Caso Gomes Lund e outros Vs. Brasil* (MAZZUOLI, 2013, p. 95-111)

Além da jurisprudência contenciosa a Corte também se manifestou a respeito do tema no Parecer Consultivo OC 21/14 de 19 de agosto de 2014, solicitado pela Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai sobre os Direitos e Garantias de Crianças no Contexto da Migração e/ou em Necessidade de Proteção Internacional. Neste parecer a Corte considerou necessário recordar que, de acordo com o Direito Internacional,

31. [...] quando um Estado é parte de um tratado internacional, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, este tratado obriga todos os seus órgãos, incluindo os poderes judicial e legislativo, de maneira que a violação por parte de algum destes órgãos gera responsabilidade internacional para o Estado. É por essa razão que a Corte considera necessário que os diversos órgãos do Estado realizem o correspondente controle de convencionalidade, também em relação ao que se indique no exercício de sua competência não contenciosa ou consultiva, a qual, inegavelmente, compartilha com sua competência contenciosa o propósito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos de “proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos”. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Opinião Consultiva OC -21/14, 2016)

A primeira sentença da Corte que mencionou a expressão “controle de convencionalidade” foi o *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*, julgado em 26 de setembro de 2006. Quando inaugurou seu posicionamento sobre o controle de convencionalidade das leis. O caso dizia respeito ao homicídio de Almonacid Arellano pelo regime militar chileno em 1976, em razão da denegação de justiça por lei que anistiou as Forças Armadas do país. (CORTE, *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*, 2016) Nas palavras da Corte:

124. [...] En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha

hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.⁴ (CORTE, Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile, 2016)

Em 24 de novembro de 2006, a Corte volta a referir-se ao controle de convencionalidade no *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*, reforçando seu entendimento e especificando que os órgãos do Poder Judiciário devem exercer o controle de convencionalidade no ordenamento interno. (CORTE, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*, 2016)

A sentença da Corte lembrou novamente que quando um Estado ratifica um tratado como a Convenção Americana de Direitos Humanos, submete também a aplicação desse documento aos seus juízes no plano interno que estão obrigados a zelar pela sua aplicação. Segundo a Corte o Poder Judiciário dos Estados deve exercer não apenas um controle de constitucionalidade mas também um controle de convencionalidade, *ex officio* entre as normas internas e a Convenção⁵. (CORTE, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*, 2016)

Vale ressaltar os votos em separado dos Juízes Sérgio García Ramírez e Antônio A. Cançado Trindade, nesta decisão. De acordo com Ramírez o controle de convencionalidade deve ser realizado pelos Estados considerando todo o *corpus juris* convencional em matéria de direitos humanos que o Estado seja parte, como o Protocolo de San Salvador, Protocolo relativo a Abolição da Pena de Morte, Convenção para Prevenir e Sancionar a Tortura, Convenção de Belém do Pará para Erradicação da

⁴ Em outras palavras o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas que se aplicam aos casos concretos e a Convenção Americana de Direitos Humanos. Nesta tarefa o Poder Judiciário deve considerar não somente o tratado mas também a interpretação dada a este pela Corte Interamericana, intérprete em última instância da Convenção Americana. (Tradução nossa).

⁵ 128. *Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.* (CORTE, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*, 2016, para 128)

Violência contra Mulher, entre outras. Da mesma forma que os tribunais internacionais também realizaram o controle de convencionalidade ao analisar os casos de violação dos direitos previstos nos tratados que podem gerar uma responsabilidade internacional para os Estados signatários destes tratados. (CORTE, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*, 2016)

Cançado Trindade ressalta que o Poder Judiciário de cada Estado Parte da Convenção devem aplicar tanto o Direito Constitucional quanto o Direito Internacional dos Direitos Humanos realizando um controle de constitucionalidade como de convencionalidade *ex officio*, pois os ordenamentos jurídicos interno e internacional estão em constante interação ao considerar a proteção a pessoa humana. (CORTE, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*, 2016)

Em 2010, o Estado brasileiro foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em virtude de não ter exercido o controle de convencionalidade em face da Convenção Americana de Direitos Humanos no *Caso Gomes Lund e outros Vs. Brasil*, caso conhecido como “Guerrilha do Araguaia”, sendo a sentença proferida em 24 de novembro de 2010. O julgamento promoveu o debate quanto à eficácia que detém os tratados internacionais no ordenamento jurídico interno brasileiro. (CORTE, *Caso Gomes Lund e outros Vs. Brasil*, 2016)

Na sentença a Corte reafirmou que o Poder Judiciário dos Estados estão obrigados a exercer um controle de convencionalidade *ex officio* entre as normas internas e a Convenção e, que a jurisprudência da Corte já estabeleceu que as autoridades internas estão obrigadas a aplicar internamente as disposições prevista na Convenção e nos julgados desta Corte.

Neste caso a Corte observou que o STF não realizou o controle de convencionalidade ao declarar válida a Lei de Anistia sem considerar as obrigações internacionais contraídas pelo Estado brasileiro, e que são regidas pelos princípios da boa-fé e da *pacta sunt servanda*. O descumprimento destas regras e princípios acarretam, segundo o direito internacional, a responsabilidade internacional dos Estados. De acordo

com a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, no artigo 27, nenhum Estado pode se escusar do cumprimento de um tratado com base no seu ordenamento jurídico interno. (CORTE, *Caso Gomes Lund e outros Vs. Brasil*, 2016)

No voto em separado do juiz brasileiro Roberto de Figueiredo Caldas, que atuou como Juiz Ad Hoc no caso, mencionou que a Convenção Americana de Direitos Humanos equivale a uma Constituição supranacional referente aos Direitos Humanos para todos os Estados americanos que adotaram livremente esse tratado. Assim todos os poderes públicos, esferas nacionais, bem como as legislações federais, estaduais e municipais destes Estados Partes da Convenção estão obrigados a se adequar e respeitá-la. (CORTE, *Caso Gomes Lund e outros Vs. Brasil*, 2016)

Na sentença de 26 de novembro de 2010, no *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* que a Corte definiu sua doutrina jurisprudencial sobre o controle de convencionalidade. A partir desse julgamento, a Corte por unanimidade fixou o entendimento de que os juízes e tribunais internos devem aplicar a Convenção Americana de Direitos Humanos e a interpretação que a Corte Interamericana de Direitos Humanos faz dela. (CORTE, *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, 2016) Segundo a Corte:

Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (CORTE, *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, 2016)

Essa sentença por fim apresenta uma série de decisões das altas Cortes nacionais dos Estados Partes da Convenção que já sentem o efeito do controle de convencionalidade proposto pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos

Humanos.

Os reflexos da aplicação do controle de convencionalidade nos Estados Partes da Convenção Americana de Direitos Humanos foram evidenciados pela Corte na sentença do caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* ao demonstrar que alguns tribunais “da mais alta hierarquia da região” já estavam se referindo e aplicando o controle de convencionalidade considerando as interpretações realizadas pela Corte. Entre os tribunais citados estão: a Sala Constitucional da Suprema Corte de Justiça da Costa Rica, o Tribunal Constitucional da Bolívia, a Suprema Corte de Justiça da República Dominicana, a Corte Constitucional da Colômbia, Tribunal Constitucional do Peru e a Suprema Corte Constitucional da Argentina.

O Tribunal Constitucional do Peru, por exemplo, vêm respeitando a jurisprudência da Corte e cumprindo com o controle de convencionalidade principalmente no que se refere as demandas relacionadas a lei de anistia. Vale lembrar que o Peru passou um período ditatorial longo com o regime do ex Presidente Alberto Fujimori que chegou a apresentar uma proposta de denúncia da competência contenciosa da Corte em 1999. Em 2003, após o colapso do governo fujimorista, o Peru depositou um documento reconhecendo a competência contenciosa da Corte. (BELAUNDE;MANCHEGO, 2013).

Conforme o Tribunal Constitucional do Peru:

La vinculatoriedad de las sentencias de la C[orte Interamericana] no se agota en su parte resolutive (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o ratio decidendi, con el agregado de que, por imperio de la [Cuarta Disposición Final y Transitoria (CDFT)] de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del [Código Procesal Constitucional], en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la C[orte Interamericana], reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal. (CORTE, *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, 2016, para. 227)

No Chile, segundo Alcalá, o Tribunal Constitucional “presta poca atención” a

jurisprudência da Corte Interamericana nos seus julgados, porém o tribunal chileno efetua o controle para resolver os casos que impliquem o reconhecimento dos direitos fundamentais. Segundo o autor, o tribunal chileno em dois casos relevantes, julgados em 2008, sobre o direito de recurso proferiu decisões contrárias aos artigos 1.1, 2 e 8.2 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Nesses casos, o tribunal assumiu o risco de o Estado chileno ser demandado na Corte Interamericana bem como ser condenado pelo descumprimento do tratado. (ALCALÁ, 2013)

No México o controle de convencionalidade é exercido tanto pela *Suprema Corte de Justicia de la Nación* (de forma concentrada) quanto pelos juízes dentro da sua competência (de forma difusa). De acordo com Eduardo Ferrer Mac-Gregor, o México está “obrigado” a realizar o controle difuso de convencionalidade devido a cinco fatores: 1) as quatro sentenças condenatórias contra o México proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos entre 2009 e 2010, que determinaram expressamente o dever por parte dos juízes e órgãos vinculados a administração da justiça por todos os níveis; 2) as determinações dos artigos 1º (obrigação de respeitar os direitos); 2º. (dever de adotar as disposições no direito interno) e 29 (normas de interpretação mais favorável) da Convenção Americana de Direitos Humanos – ratificada pelo México em 1981; 3) o disposto nos artigos 26 (*Pacta sunt servanda*); 27 (invocação do direito interno como descumprimento de um tratado) da Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados de 1969 – ratificada em 1980; 4) a reforma constitucional em matéria de direitos humanos – artigo 1º. - vigente desde 11 de julho de 2011; e 5) a aceitação “expressa” deste controle de convencionalidade pela *Suprema Corte de Justicia de la Nación* como parte importante do cumprimento da sentença do *Caso Radilla Pacheco v. México*. (MAC-GREGOR, 2013)

O controle difuso de convencionalidade mexicano é, desta forma, realizado pelos juízes locais, que tem a possibilidade de não aplicar uma norma tanto inconstitucional como inconvencional no caso concreto, permitindo realizar de ofício o controle de convencionalidade com “uma intensidade forte”. (MAC-GREGOR, 2013, p.554)

Assim, essa nova competência do juiz local exige uma intensa capacitação e

atualização desses magistrados nos conteúdos de direito internacional e nos tratados ratificados pelo México em matéria de direitos humanos, além do entendimento da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A obrigação dos juízes é de harmonizar as normas internas como as normas previstas em tratados e como resultado aplicar sempre o princípio *pro homine*, o que Mac-Gregor denomina de *pro persona*. De acordo com o autor os princípios da harmonização e *pro persona* devem ser seguidos para evitar, também, uma fragmentação na aplicação do direito internacional. (MAC-GREGOR, 2013)

A Argentina é o Estado pioneiro no exercício do controle de convencionalidade. Em 1992, no caso *Ekmekdijan v. Sofovich*, a *Corte Suprema de Justicia de la Nación* adotou a chamada “doctrina del seguimiento”, determinando que os juízes argentinos deveria ter como guia as diretrizes determinadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em suas decisões. Já em 1994, a reforma constitucional argentina elevou os tratados de direitos humanos ao nível das normas constitucionais. (SANGÜÉS, 2013) (PIZZOLO, 2013)

Até o ano de 2009 a Corte Suprema de Justiça da Argentina já havia proferido 42 decisões conferindo aplicação interna aos tratados de direitos humanos, aplicando a jurisprudência da Corte em prol do controle de convencionalidade. Reconhecendo a Suprema Corte argentina a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos como um guia de interpretação convencional. (PIOVESAN, 2013, p. 136)

Reconhecendo a Suprema Corte argentina a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos como um guia de interpretação convencional. (PIOVESAN, 2013, p. 136)

Segundo Néstor Pedro Sangüés, pouco tempo depois já no caso *Bramajo* a Suprema Corte argentina determinou que os juízes locais deveriam também seguir os ditames da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Contudo, essa determinação gerou polêmica uma vez que as recomendações e informes originários da Comissão não são considerados coisa julgada e não se trata de um órgão jurisdicional. (SANGÜÉS, 2013)

A doutrina argentina está bem avançada na interpretação e análise da aplicação do controle de convencionalidade, apontando questões contra – abandono de soberania em ordem judicial – e questões favoráveis que consideram o respeito aos tratados firmados pelo Estado argentino. (PIZZOLO, 2013)

Pode-se afirmar que o Brasil inicia o controle de convencionalidade quando, a Emenda Constitucional n.45 de 2004, insere o parágrafo 3º no artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Essa alteração trouxe novas demandas sobre o conflito entre a norma interna e os tratados ratificados pelo Brasil à análise dos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) obrigando-os a rever a jurisprudência sobre em relação aos tratados de direitos humanos. Ressalta-se que parágrafo 3º no artigo 5º determina que os tratados de direitos humanos de que passarem pelo *quorum* diferenciado de dois terços dos votos do Congresso Nacional, em dois turnos terão equivalência às emendas constitucionais.

A jurisprudência do STF ao analisar o conflito entre uma lei ordinária e um tratado se utilizava do critério cronológico (lei posterior revoga lei anterior) ou do critério da especialidade (lei especial revoga a geral no que a contrariar). Esse passou a ser o entendimento jurisprudencial desde o julgamento do Recurso Extraordinário 80.004 em 1977. (NOSCHANG, 2009)

A efetivação do controle de convencionalidade no direito brasileiro foi amplamente discutida no julgamento do Supremo Tribunal Federal (STF) que analisou a compatibilidade da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) com a Constituição Federal/88 no que diz respeito a prisão do depositário fiel, em 2008. Neste caso (RE 466.343), o STF determinou que os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil anteriores a EC 45/04 teriam *status* supralegal,. Já os tratados ratificados pelo quórum determinado pelo parágrafo 3º seriam, conforme dispõe a constituição, equivalentes a emendas constitucionais. (BRASIL, STF, 2016)

Na decisão referida apenas o Ministro Celso de Mello se refere ao termo “controle de convencionalidade”, ao responder a pergunta do Ministro Cezar Peluso: “se tivermos um tratado que tutele determinado direito tido por "humano" e ao qual o Brasil adere, o

que devemos fazer?”. Responde o Ministro Celso de Mello que dever-se-á interpretar a convenção e, “[...] promover, se for o caso, o *controle de convencionalidade* dos atos estatais internos [...], em ordem a impedir que a legislação nacional transgrida as cláusulas inscritas em tratados internacionais de direitos humanos.”. (BRASIL, STF, 2016).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O controle de convencionalidade mostra-se como um efetivo instrumento de proteção aos direitos humanos que são reconhecidos na esfera internacional por todos os Estados. Em um cenário de constantes transgressões aos direitos dos seres humanos é de suma importância que os Estados se unam para assegurar os direitos essenciais aos indivíduos, dessa forma, ao controlar a convencionalidade das leis os Estados buscam fortalecer seus compromissos com os seres humanos os colocando como centro dos ordenamentos jurídicos.

É notável que as decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos influenciaram na reforma de alguns ordenamentos jurídicos bem como nas decisões de muitas cortes supremas dos países da América Latina que reconhecem a competência contenciosa da Corte.

Quanto ao estudo do controle de convencionalidade pode-se afirmar que a doutrina argentina e mexicana são as mais avançadas no estudo dos efeitos positivos e negativos do controle que o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos vem exercendo na jurisdição interna e no ordenamento jurídico dos seus Estados Partes.

No que se refere ao Brasil, ainda há muito para debater, refletir e escrever sobre o controle de convencionalidade.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los Desafíos del Control de Convencionalidad del Corpus

luris Interamericano para los Tribunales Nacionales, y su Diferenciación con el Control de Constitucionalidad. In: PIZZOLO, Calogero [et.al]. **Controle de Convencionalidade**: um panorama latino-americano: Brasil/ Argentina/ Chile/México/Peru/Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p.465-545.

ALVES, Waldir. Controle de Convencionalidade da normas internas em face dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos equivalentes às Emendas Constitucionais. In: PIZZOLO, Calogero [et.al]. **Controle de Convencionalidade**: um panorama latino-americano: Brasil/ Argentina/ Chile/México/Peru/Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p.309-341.

BELAUNDE, Domingos García; MANCHEGO, José Felix Palomino. El Controle de Convencionalidad en el Perú. In: PIZZOLO, Calogero [et.al]. **Controle de Convencionalidade**: um panorama latino-americano: Brasil/ Argentina/ Chile/México/Peru/Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p.659-685.

BRASIL. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Dec. 678 de 06/11/1992. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 12 dez 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 6 fev. 2015

_____. **RE 466343**. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 14 set 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=192&lang=es>. Acesso em: 10 mai. 2016.

_____. **Cabrera García y Montiel Flores vs. México**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=343&lang=es>

>. Acesso em: 10 mai. 2016

_____. **Caso Almicinad Arellano e outros Vs. Chile.** Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2016.

_____. **Caso Gomes Lund (“Guerrilha do Araguaia”) e outros Vs. Brasil.** 2010. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_pro.pdf>. Acesso em: 21 de novembro de 2016.

_____. **Parecer Consultivo OC – 21/14.** Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_por.pdf>. Acesso em: 07 set 2016.

GUERRA, Sidney. **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Controle de Convencionalidade.** São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad el Nuevo Paradigma para el Juez Mexicano. In: PIZZOLO, Calogero [et.al]. **Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil/ Argentina/ Chile/México/Peru/Uruguai.** Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p.547-657.

MARX, Ivan Cláudio. **Justiça de Transição Necessidade e Factibilidade da Punição aos Crimes da Ditadura.** Rio de Janrio: Lumens Juris, 2014.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis.** 1ª Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria Geral do controle de convencionalidade no Direito Brasileiro. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales. **Direitos Humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p.744-778.

NOSCHANG, Patricia Grazziotin. **A TEORIA DE TRIEPEL E O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 80.004.** Ius Gentium (Florianópolis), v. 2, p. 97-114, 2009.

NOSCHANG, Patricia Grazziotin. Os Sistemas de Proteção aos Direitos Humanos e o Brasil:

da participação no sistema global ao (des)cumprimento na esfera regional. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, v. 1, p. 250-280, 2013.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Carta de Bogotá**. Disponível em: <<http://www.oas.org>>. Acesso em: 29 abr. 2016.

PIOVESAN, Flávia. Controle de Convencionalidade Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições. In: PIZZOLO, Calogero [et.al]. **Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil/ Argentina/ Chile/México/Peru/Uruguai**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p.117-145.

PIZZOLO, Calogero. Control de Convencionalidad y su Recepción por la Corte Suprema de Justicia en Argentina. In: PIZZOLO, Calogero [et.al]. **Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil/ Argentina/ Chile/México/Peru/Uruguai**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p.427-449.

RAMOS, André de Carvalho. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: levando a sério os tratados de Direitos Humanos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 104. jan./dez. 2009. p. 241 – 286.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. El Control de Convencionalidad en Argentina. In: PIZZOLO, Calogero [et.al]. **Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil/ Argentina/ Chile/México/Peru/Uruguai**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p.343-357.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre as relações entre a Constituição Federal de 1988 e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos na perspectiva do assim chamado Controle de Convencionalidade. In: PIZZOLO, Calogero [et.al]. **Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil/ Argentina/ Chile/México/Peru/Uruguai**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p.87-114.

DECIFRA-ME OU DEVORO-TE: JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E IMPASSES DA DEMOCRACIA BRASILEIRA NA AC 4.070/DF

Germana Parente Neiva Belchior¹

Italo Holanda da Costa²

INTRODUÇÃO

O ano de 2016 se demonstra repleto de inovações quanto às matérias constitucionais, principalmente por parte do Supremo Tribunal Federal, importando em verdadeira (re)escritura do Direito Constitucional brasileiro. Teses historicamente sedimentadas foram abandonadas e, nesse ambiente de rupturas radicais, as incertezas se manifestam agudas.

As dúvidas que se apresentam são várias, dentre as quais se destacam a legitimidade da Corte Suprema para atuar como legislador positivo, o receio de a jurisdição constitucional paradoxalmente contribuir para a erosão do Estado Democrático de Direito e, talvez, a de maior dificuldade em apresentar uma resposta conclusiva: quais são os limites à interpretação jurídica, em especial, à interpretação realizada pelo STF? A Constituição Federal de 1988 admite e/ou possibilita uma atividade proativa por parte do Judiciário? Quais foram os fundamentos adotados pelo STF na decisão cautelar AC 4.070/DF, que afastou Eduardo Cunha? Essas posturas importam riscos aos regimes democráticos? A decisão na AC 4.070 desrespeitou a ordem constitucional brasileira? Essas são algumas questões que serão abordadas neste artigo, que se lança em uma ousada digressão por mares revoltos, buscando antes potencializar a problematização das

¹ Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Professora do curso de graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito da FA7/CE. E-mail: germana_belchior@yahoo.com.br.

² Italo Holanda da Costa. Bacharelado em Direito pela FA7/CE. E-mail: italoholanda.ihc@gmail.com.

temáticas do que encerrá-las.

O objetivo geral deste trabalho é, portanto, investigar se a decisão cautelar AC 4.070/DF do STF está em consonância com a ordem constitucional brasileira. A pesquisa é teórica e bibliográfica, pois pretende refletir sobre como as mudanças paradigmáticas ocorridas nos Estados contemporâneos a partir do ideal compromissório das Constituições e da normatização dos princípios possibilitam um maior ambiente de atuação ao intérprete, manifestando-se também no ativismo judicial e na judicialização da política. Percebe-se, pois, que a abordagem tocará em matérias relativas à Teoria Geral do Direito, à Teoria da Constituição, à Teoria da Democracia e à Hermenêutica Jurídica, como também apresentará um nítido viés sociológico, mais especificamente, um viés condizente com a Sociologia da Constituição.

Em seguida, adotar-se-á o método indutivo para fazer um estudo de caso da decisão cautelar na AC 4.070/DF, avaliando se referido julgado da Corte Suprema está em consonância com a Constituição brasileira, por meio do enfoque teórico inicialmente abordado.

1. PANORAMA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA CONTEMPORANEIDADE

Inicialmente, é necessário determinar o que é jurisdição, um conceito lógico-jurídico desenvolvido no âmbito da Teoria Geral do Processo, para depois se conceituar jurisdição constitucional.

Tome-se por referência o conceito elaborado por Didier (2015), reconhecendo a massificação de sua obra no mundo acadêmico brasileiro:

A jurisdição é a função atribuída a terceiro imparcial (a) a realizar o Direito de modo imperativo (b) e criativo (reconstrutivo) (c), reconhecendo/efetivando/protegendo situações jurídicas (d) concretamente deduzidas (e), em decisão insuscetível de controle externo e com aptidão para tornar-se indiscutível (g). (DIDIER, 2015, p. 153)

Da passagem, extrai-se que jurisdição é uma “técnica de solução de conflitos por heterocomposição”; porém, divergindo da doutrina clássica, Didier compreende como

ínsito à jurisdição um papel também “criativo (reconstrutivo)” na realização do Direito. Justifica tal perspectiva com base nas mudanças pelas quais passou o Estado no último século, enfatizando “o reconhecimento da força normativa da Constituição, principalmente das normas-princípios”, “o desenvolvimento da teoria jurídica dos direitos fundamentais” e “a alteração da técnica legislativa: o legislador contemporâneo tem-se valido da técnica das cláusulas gerais, deixando o sistema normativo mais aberto, transferindo expressamente ao órgão jurisdicional a tarefa de completar a criação da norma jurídica do caso concreto”. (DIDIER, 2015, p. 153-154)

Seria esse conceito suficiente para compreender a jurisdição constitucional? Sobre o tema, importa fazer algumas observações realizadas por Gilberto Bercovici, para quem “[...] as questões constitucionais essenciais são políticas, não podem ser decididas nos tribunais.”: De acordo com o autor,

A Constituição é a declaração de vontade política de um povo, é um ato de soberania, um ato constituinte. Fruto do conflito de forças político-sociais, cuja resolução vem pela superação, não pelo escamoteamento, a constituição precisa ser desmistificada, sob o risco de se tornar “um instrumento de dominação ideológica. (BERCOVICI, 2013, p.14)

Bercovici (2013) expõe significativamente a necessidade de desmistificar o ideário constitucionalista liberal, muitas vezes tomado aprioristicamente, como uma realidade empiricamente objetiva, natural dos fenômenos, ou como fundamentado em uma racionalização pura, tecnocrática, negando-lhe o caráter eminentemente político. O autor vai além e profana as ficções heurísticas:

O direito constitucional não é meramente técnico, mas é político, pois deve tratar da difícil relação da constituição com a política. A constituição não pode ser compreendida de forma isolada da realidade, pois é direito político, isto é, a constituição está situada no processo político. A normatização unilateral da constituição gerou sua dessubstancialização, ignorando este seu caráter político. O entendimento da constituição exclusivamente como norma jurídica provocou a ampliação das questões versando sobre interpretação e aplicação do direito constitucional, hoje no centro do debate constitucional. A jurisdição constitucional, assim, assumiu, a pretensão de reduzir e concentrar nela toda a problemática da teoria da constituição, abandonando questões centrais, como a da democracia. (BERCOVICI, 2013, p.14-15)

Do exposto, percebe-se que, a exemplo do positivismo “purificado”, sustentado na

tese da separação³, que dissocia do Direito qualquer valoração ético-moral, a tentativa de pasteurização do direito constitucional, negando-lhe o caráter eminentemente político, falha teórica e conceitualmente.

Retomando o conceito de Didier (2015), para compreender o que é a jurisdição constitucional, faz-se necessário especificá-lo, dotando-o de seu devido e evidente caráter político. Ronald Dworkin (2016) já apontara o caráter político das decisões jurídicas, embora em sentido mais estreito e diverso do que aqui se expõe e se sustentará com relação às decisões do Supremo Tribunal Federal. Eis o nó, nó esse que se não for muito bem desatado poderá tornar a disfuncionalidade do regime democrático incontrolável, transformando a estabilidade aparente do sistema jurídico em um ambiente caótico e incerto, correndo-se o risco de erosão do Estado de Direito. Em outras palavras, se a noção e os limites da jurisdição constitucional não forem muito bem delineados, o Estado de Direito pode ser devorado, em pura autofagia.

A compreensão sobre jurisdição constitucional e seus limites não pode ficar restrita aos paradigmas da modernidade, enraizados no ideário liberal clássico, importando compreendê-los a partir da transformação imposta pelas novas compreensões de Estado e das teorias dos direitos fundamentais. Confirmando essa compreensão, sustenta Streck (2014):

[...] não é possível tratar do assunto sem levar em contas respectivas rupturas paradigmáticas ocorridas no século XX: do modelo de constituição formal, no interior da qual o direito assumia um papel de ordenação, passa-se à revalorização deste, que agora possui um papel de transformação da sociedade, superando, inclusive, o modelo de Estado Social. (STRECK, 2014, p.38)

A hodierna compreensão do Estado fundamenta-se essencialmente no ideário pós-positivista, que encontra no Brasil uma vasta quantidade de defensores, conforma aponta Belchior (2011). O pensamento pós-positivista compreende o reconhecimento da força normativa da Constituição, o giro linguístico (reviravolta linguístico-pragmática), a hermenêutica filosófica (STRECK, 2014, p. 280) e a normatização dos princípios, o levou à

3 O positivismo jurídico exclusivo possui como tese principal a separação entre Direito e Moral, ou seja, o Direito para ser válido prescinde de uma avaliação moral.

potencialização do espaço de atuação do intérprete, primeiro por demover o cinismo alicerçado na ideia oitocentista da Escola da Exegese francesa de que o juiz era mera *bouche de la loi*, fazendo senão aplicar a lei sem concorrer no processo interpretativo em atividade criativa, pela realização concomitante dos eventos interpretação e aplicação. Nos dizeres de Grau (2016), o Direito é arte alográfica, pois “A *completude* do texto somente é realizada quando o *sentido por ele expressado* é produzido como *nova forma de expressão*, pelo intérprete.” (destaque no original)

Ferrajoli (2009), embora positivista, por exemplo, defende que se vivencia um Estado Constitucional, uma evolução do Estado Democrático de Direito.

O Estado Constitucional fundamenta-se na ideia da dimensão objetiva dos direitos fundamentais (ALEXY, 2015), ressignificando sobremaneira a compreensão de sistema jurídico e projetando o alcance da jurisdição constitucional para situações muito mais vastas do que as inicialmente pensadas pelas teorias do controle de constitucionalidade.

Seria essa ressignificação uma tentativa de solucionar os impasses do paradoxo da relação entre constitucionalismo e democracia, tão bem demonstrado por Bonavides (2013, p.53)? Tema árido e de extrema relevância, mas que foge ao escopo deste trabalho. Bonavides (2006) aponta, ainda, uma distinção importante de ser compreendida: crise constituinte e crise constitucional. O Brasil, em razão das vicissitudes históricas que o forjam, vindo alguns autores a falar em país de modernidade tardia (STRECK, 2014, p.23) apresentaria uma crise constituinte, pois é ela um processo constante de manifestação sólida das estruturas político-institucionais anacrônicas dentro de um novo modelo de organização sociopolítica. Ocorre que o novo nunca chega, pois está perenemente emasculado pelo velho. Eis por que uma das mais relevantes razões para uma compreensão outra sobre a jurisdição constitucional.

Em clássico artigo, Dieter Grimm (2006) discorreu sobre a questão da jurisdição constitucional e o risco democrático. Inicialmente, demonstrou que não há uma necessidade intrínseca entre controle judicial de constitucionalidade e democracia, como também não há entre eles uma contradição sistêmica, sendo a decisão pela existência ou

não de mecanismos de jurisdição constitucional motivada por razões meramente pragmáticas, vinculadas à ordem política.

No século XX, após a tragédia do nazifascismo e das experiências ditatoriais na América Latina, a ideia de jurisdição constitucional passou a ganhar força no mundo Ocidental. Na lição de Grimm (2006, p. 15), “foi preciso a experiência vivida no século XX através de ditaduras que desdenharam os direitos humanos de tal forma para que fossem superadas as antigas reservas ao controle judicial de constitucionalidade e as portas de abrissem para ele”.

A motriz da ideia de constitucionalização do direito, de a Constituição servir como condição de possibilidade interpretativa e de validade para outros textos normativos, no entanto, começou bem antes nos Estados Unidos da América com a decisão do caso *Marbury vs. Madison*. Embora o artigo de Grimm (2006) enfatize mais a ideia de controle de constitucionalidade de atos normativos elaborados pelo Executivo e pelo Legislativo, atos esses que não se adequam à Constituição, é possível extrair a partir de inferências e de passagens esparsas no texto que há necessidade de compreender a Constituição, como limite intrassistêmico do ordenamento jurídico (NEVES, 2016), tanto no sentido material, como formal, tanto no sentido daquilo que pode adentrar ao sistema jurídico, como também das condutas possíveis, dotadas de legitimidade por parte das autoridades político-administrativas.

Diante disso, não poderá a Constituição admitir que um representante político, temporariamente investido em cargo eletivo, atue para subverter a ordem democrática, o Estado de Direito, convergindo para a erosão - no caso em tela - dos princípios fundamentais e estruturantes da Constituição Federal de 1988. Seria um agudo ilogicismo. Negaria todas as decisões tomadas pelo constituinte originário, faria da soberania popular uma mera “lembrança na parede da memória”, resgatando a máxima contra a qual o ideário constitucionalista se ergueu: *princeps legibus solutus*.

Sobre o tema, expõe Grimm:

Na constituição, o povo estabelece os princípios e regras pelos quais a autoridade política deve ser exercida. Para atingir tal fim, a constituição é dotada de força normativa e – considerando que ela regula o processo legislativo e a atividade a ser desenvolvida pelos entes estatais – ela é uma lei superior às demais. Ademais, a constituição funciona como uma moldura ou uma base para o exercício do poder. (GRIMM, 2006, p.7)

Assim, percebe-se que a força normativa da Constituição não inclui dentro das possibilidades para o exercício do poder quaisquer ações que concorram direta e evidentemente para a subversão da ordem constitucional. É possível, diante disso, realizar uma aproximação metafórica com a ideia de Schauer (1991), cuja tese enfoca as normas-regra, sustentando a necessidade de compreender previamente a “razão justificativa da regra” para poder a ela colmatar o programa normativo correto, vencendo a limitação linguística e excluindo os exageros que resultariam em absurdos, como o clássico exemplo da proibição de entrada de animais em determinados ambientes por meio de uma placa que possui como referente simbólico animais - a figura de um cão.

Se se levasse em conta apenas o desenho na placa, permitir-se-ia a entrada de um elefante, de um rinoceronte, ou negar-se-ia a utilização de um cão-guia por um deficiente visual?! A resposta só pode ser negativa. A conclusão é completamente válida para a questão enfrentada neste artigo, mesmo em se tratando de princípios, pois como aceitar que os princípios democrático, republicano e do devido processo legal admitiriam sua própria negação? Inimaginável.

Naturalizar atos de autoridades investidas em cargos públicos, mesmo que eletivos, que contrariem a substância axiológica da Constituição, é admitir a supremacia da política frente à Constituição, é reconhecer, portanto, a tese de Carl Schmitt e tornar a Lei Fundamental uma mera decisão política fundamental. Isso é a mortificação da Constituição.

2. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL E A AC 4.070/DF: UMA ANÁLISE ARGUMENTATIVA

O Supremo Tribunal Federal, com o advento da Constituição de 1988, teve seu

papel ampliado, ganhando, por decisão do desenho institucional idealizado pelo constituinte originário, competências várias, maximizando, assim, a atuação jurisdicional da Suprema Corte.

As mudanças paradigmáticas do constitucionalismo contemporâneo, associadas a essa carga de competências, potencializou ainda mais a proeminência do STF no cotidiano da sociedade brasileira. A isso Vieira (2008) chamou “Supremocracia”.

Esse papel destacado da atuação jurisdicional do STF não é necessariamente algo ruim; porém, como muito bem percebido pela astúcia (quase) profética de Marques de Lima (2009), o “estado de coisas” (inconstitucionais?) como se tem manifestado no Brasil revela uma grave e preocupante crise institucional brasileira, exigindo da comunidade jurídica um amplo engajamento na colaboração para solucioná-la e para superá-la.

Na AC 4.070, cujo julgamento ocorreu no dia 5 de maio de 2016, coube ao STF decidir sobre o afastamento concomitante de um parlamentar do cargo de Presidente da Câmara dos Deputados e de Deputado Federal pelo Estado do Rio de Janeiro em razão de atuação ilícita no exercício das funções com fins de locupletar-se, de realizar chantagens a inimigos políticos, de coagir empresários a pagar-lhe propina, de evitar o transcurso de processo contra si que acontecia na Casa e de obstar o devido andamento da atividade jurisdicional por crimes de diversas espécies, dentre os quais um sofisticado esquema lavagem de dinheiro, com envio de vultosas quantias de dinheiro oriundas de esquemas de corrupção para o exterior.

Não é – definitivamente – uma decisão fácil. Trata-se de manifesto controle de um Poder sobre uma atuação atípica de outro Poder. E mais, trata-se de alguém na linha sucessória da Presidência da República. Faz-se necessário, portanto, uma fundamentação severamente construída, com extremo rigor argumentativo, sem que se vislumbrem incertezas que possibilitem um precedente de insegurança jurídica e institucional.

Durante o desenvolvimento da fundamentação da decisão, seguindo a linha do pedido realizado pelo Procurador-Geral da República, o Ministro Teori Zavasck pautou-se

por manter sua linha argumentativa ressaltando tratar-se de uma manifestação de jurisdição penal. *Permissa vênia*, não se segue tal entendimento por compreender que, para a tomada de decisão sobre os artigos 319, inciso VI e 282, incisos I e II do Código de Processo Penal, foi necessário antes “dizer a Constituição”, para tomá-la como condição de possibilidade de interpretação/aplicação dos dispositivos dos CPP.

Enfrentando ainda essa linha argumentativa, e observando as oposições suscitadas ao uso dos artigos do Código de Processo Penal, cuja ausência expressa da conduta do Presidente da Câmara implicaria em impossibilidade de aplicação da norma, vale observar advertência de Humberto Ávila (2006), baseado em Schauer: “Como os dispositivos hipoteticamente construídos são resultado de generalizações feitas pelo legislador, mesmo a mais precisa formulação é potencialmente imprecisa, na medida em que podem surgir situações não previstas”. (ÁVILA, 2006, p. 50)

Existe um âmbito do programa normativo que não é alcançado por uma interpretação isolada do sistema jurídico, motivo pelo qual se faz necessário, para bem compreendê-la, interpretá-la sistematicamente, e no caso dos princípios, potencializa ainda mais a abertura semântica, em razão de sua estrutura, da maior plasticidade de que são dotados. E, por essas razões, a decisão do STF não é de jurisdição penal, mas eminentemente de jurisdição constitucional, pois a Constituição necessita ser interpretada previamente, para que só então, como “condição de possibilidade interpretativa”, possa incidir sobre as normas processuais penais constitucionalmente filtradas, revelando o sentido construído à luz dos princípios fundamentais da ordem constitucional.

O grau de maior dificuldade na AC 4070/DF se dá em razão de a decisão precisar basear-se em princípios, não em regras objetivamente auferidas pela simples leitura do texto constitucional, e também à evidente conotação política envolvida na decisão, pois, além de ser o destinatário dessa o Presidente da Câmara dos Deputados, a instabilidade político-institucional por qual atravessa o Brasil potencializa sobremaneira os riscos advindos da posição adotada pela Suprema Corte, dentre esses riscos o “efeito Backlash”,

conforme retratado por George Lima (2016, *online*). Dentro dessa perspectiva, Grimm (2006) percebe a dificuldade ínsita à atividade jurisdicional de fazer valer a ordem constitucional frente aos interesses políticos:

Como toda norma legal, a lei constitucional obriga todos aqueles aos quais ela é dirigida. [...] A ameaça do descumprimento é particularmente séria no campo do Direito Constitucional. Diferentemente da legislação infraconstitucional, que obriga os cidadãos e é aplicada pelo Estado, os destinatários da lei constitucional são os órgãos mais elevados da hierarquia estatal, assim não há autoridade mais elevada para aplicar a constituição contra eles. (GRIMM, 2006, p.7)

Aqui importa lembrar Hesse (1991), que, ao diferenciar “vontade de poder” de “vontade de constituição”, evidencia a importância para a estabilidade constitucional e harmonia sociopolítica de que - principalmente - as disputas políticas, as atividades de exercício de poder, ocorram dentro dos ditames constitucionais:

[...] a força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assente na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converte-se à em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*). (HESSE, 1991, p.19)

Do exposto, percebe-se que o afastamento cautelar do Presidente da Câmara dos Deputados dessa função, como também de Deputado Federal, é algo plenamente possível à ordem constitucional e, diversamente do que a compreensão jurídica hegemônica sedimentou, não há ofensa ao artigo 55 da CF/88, muito menos adoção da tese da derrotabilidade (*defesability*), por derrotar uma norma em razão de exceções intrínsecas à própria norma, conforme as lições de Fernando Vasconcelos (2010). Ao revés, há máxima efetivação da Constituição, há reforço da Constituição, há “vontade de Constituição” naquilo que ela possui de mais importante, seus princípios fundamentais e estruturantes,

dentre os quais o princípio democrático e o princípio republicano, como também a efetivação dos direitos fundamentais. Se contrário fosse, a Suprema Corte estaria concorrendo para validar e reproduzir sistematicamente a diferenciação entre sobrecidadãos e subcidadãos (NEVES, 2016), que não encontra sede constitucional, pois tornaria o Presidente da Câmara alguém não à margem do sistema jurídico, mas acima dele, em que suas decisões inovariam a ordem constitucional sem respeitarem o devido processo legislativo quanto ao aspecto formal, como também fulminaria a substância da Lei Fundamental. A normalidade constitucional defendida por Heller (1942) estaria eivada.

Muito menos há que se falar que o Supremo Tribunal atuou neste caso como superego da sociedade (MAUSS, 2010), pois compete a ele, enquanto guardião da Constituição, proteger a Carta Magna e concorrer positivamente para efetivá-la. Algo poderia ser questionado nesse sentido quanto ao silêncio da Casa Legislativa em permitir a reprodução sistêmica dos atos atentatórios à ordem constitucional por parte do Presidente da Câmara dos Deputados, de não conseguirem solucionar internamente essa questão; seria, no entanto, ingenuidade supor que não se deve existir uma instância outra a que recorrer em situações tais. A não existência de uma instituição encarregada de controlar tais atos seria uma permissão para o Estado de Direito sucumbir.

Dito isso e a partir da fundamentação construída pela decisão exarada pelo Ministro Teori Zavascki, é possível admitir que o erro da decisão não foi o afastamento do então Presidente da Câmara dos Deputados, algo plenamente possível ante uma interpretação sistêmica da Constituição, mas a fragilidade argumentativa da decisão, ou seja, sua fundamentação, pois ampliou o horizonte de incertezas e a insegurança jurídica, haja vista que o argumento principal demonstrado na peça decisória é a “excepcionalidade”, seu caráter de anormalidade, conforme aponta Lenio Streck (2016, *online*):

[...] o Supremo Tribunal Federal errou ao tirar Eduardo Cunha desse modo e nessa hora. O Supremo Tribunal errou duas vezes: primeiro, por não ter retirado Cunha no momento apropriado; segundo, porque fundamentou na excepcionalidade, suspendendo a lei e a Constituição.

Portanto, cuidado. O que hoje parece “bonito”, amanhã pode ser “feio”, porque pode ser contra você. (STRECK, 2016, *online*)

E mais, arremata Streck:

No modo como foi fundamentada, a decisão do STF viola a integridade do Direito na medida em que não é capaz de reconhecer expressamente que há princípios jurídicos que justificam, mesmo de suposta ausência de hipótese literalmente prevista, de que o afastamento de um parlamentar que usa da sua função e do seu mandato, prerrogativas e imunidades, contra o próprio Parlamento. (STRECK, 2016, *online*)

Atente-se para o silêncio da decisão sobre uma das principais teses sustentadas pelo Procurador Geral da República no pedido de afastamento: princípio da proteção deficiente (STRECK; 2016, *online*; SARLET, 2016, *online*). A ideia de compreensão sistêmica da Constituição, a garantia dos princípios democráticos e republicanos, absolutamente vilipendiados pelo Presidente da Câmara dos Deputados, e a sustentação do princípio da proteção deficiente como asseguradores da normalidade constitucional, impossibilitando o abuso de direito, foram talvez muito pouco explorados na decisão ora discutida. Frise-se que, ao realizar uma interpretação sistêmica da Constituição e do ordenamento jurídico, não se há de reproduzir o comum equívoco no cotidiano jurisdicional brasileiro, equívoco esse apontado e nomeado por Silva (2007) de sincretismo metodológico, ou ainda, ratificador da crítica realizada por Neves (2016) da recepção acrítica de teorias desenvolvidas em realidades sociojurídicas muito diversas das brasileiras. Dessa fragilidade e em tempos de Novo Código de Processo Civil, a pergunta que fica é: qual a *ratio decidendi* da decisão? O precedente foi aberto, mas a gravidade e os riscos advêm da fragilidade da fundamentação, construída basicamente sobre a ideia de respeito ao princípio da separação dos poderes e de excepcionalidade, como se o caso *in concreto* estivesse fora do ordenamento jurídico, aquilo que Atienza (2014) chama de “casos trágicos”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ruptura com o receio por parte das instituições superiores do Judiciário de enfrentar verdadeiramente os crimes de colarinho branco, de alocar os “sobrecidadãos” na abrangência do ordenamento jurídico, efetivando a Constituição, aparentemente aconteceu na decisão do STF. Não se pode ainda dizer que houve uma mudança paradigmática ou uma mudança estrutural, mas foram germinadas. Na verdade, vêm sendo germinadas desde a redemocratização do país.

Isso, contudo, como toda fase de transição, vem criando um sentimento agudo de incerteza e insegurança jurídicas. Essas se manifestam não necessariamente pela postura mais combativa e corajosa das instituições jurídicas, o que por certo encontraria amplo apoio, tanto acadêmico como popular, mas pela incapacidade dos órgãos julgadores de estabelecerem um padrão teórico e metodológico minimamente razoável que possibilitem maiores chances de previsão das expectativas de futuras decisões. Esse problema já fora denunciado por Virgílio Afonso da Silva e Marcelo Neves ao tratarem da adoção acrítica realizada no Brasil de teorias estrangeiras muitas vezes incompatíveis entre si, gerando um sincretismo metodológico insustentável e indefensável.

A evidência desse ambiente gris, que Streck nomeia de crise do Direito, precisa ser utilizada como pulsão para o desenvolvimento de uma Teoria da Decisão, reconhecendo os avanços da hermenêutica contemporânea, sem enclausurar o intérprete à literalidade dos dispositivos normativos; porém estabelecendo critérios objetivos para a fundamentação das decisões jurídicas, a fim de não permitir que a tênue linha entre discricionariedade e arbítrio seja ultrapassada.

O objetivo principal traçado nas premissas iniciais do trabalho foi alcançado. A partir da demonstração de possibilidade intrassistêmica de legalidade e de legitimidade no afastamento do, agora, ex-Presidente da Câmara dos Deputados e ex-Deputado Federal, urge a necessidade de convergir para uma significativa consistência jurisprudencial no Brasil, compreendendo como imperativo o desenvolvimento e o controle racional da argumentação jurídica.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático. In ATIENZA, Manuel (org.). **As razões do direito: Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Princípios e regras e a segurança jurídica. **Revista de Direito de Estado**, Ano 1, n.1, p. 189-206, jan./mar. 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista de Direito de Estado**, Ano 4, n.16, p. 3-42, out./dez. 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Do estado liberal ao estado social**. São Paulo: Malheiros, 2013.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e constituição: para uma crítica do constitucionalismo**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

BELCHIOR, Germana Parente Neiva. **Hermenêutica Jurídica Ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y Futuro del Estado de derecho. In CARBONELL, Miguel (org.) **Neoconstitucionalismo(s)**. 4.ed. Madrid: Trotta, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo de juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. São Paulo: Malheiros, 2016.

GRIMM, Dieter. Jurisdição constitucional e democracia. **Revista de Direito do Estado**, Ano 1, n. 4, p. 3-22, out./dez. 2006.

HELLER, Hermann. **Teoria del Estado**. México D.F: Fondo de Cultura Econômica, 1942.

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

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **O STF na crise institucional brasileira**. São Paulo: Malheiros, 2009.

LIMA, George Marmelstein. Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional. **Blog de Direitos Fundamentais**. Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/2015/09/05/efeito-backlash-da-jurisdicao-constitucional-reacoes-politicas-a-atuacao-judicial/>. Acesso em 10 set. 2016.

MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como superego da sociedade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2010,

MENDES, Gilmar Ferreira. **Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional**. Disponível em: <http://georgemlima.xpg.uol.com.br/mendes.pdf>. Acesso em 5 de set. 2016.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

_____. **Entre Hidra e Hércules**. São Paulo: Martins Fontes,

SARLET, Ingo. **Constituição e proporcionalidade**. Disponível em: <http://grupoddp.com.br/resources/Constitui%C3%A7%C3%A3o%20e%20Proporcionalidade%20-%20Ingo%20Sarlet.pdf>. Acesso em 10 set. 2016.

SCHAUER, Frederick. Playing by the Rules. **A Philosophical Examination of Rule-Based Decision Making Law and in Life**. Oxford: Claredon Press, 1991.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação Constitucional e sincretismo metodológico. In

SILVA, Virgílio Afonso da. (org.) **Interpretação Constitucional**. São Paulo, Malheiros: 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. **Bem jurídico e Constituição**: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penas inconstitucionais. Disponível em: <https://ensaiosjuridicos.files.wordpress.com/2013/04/bem-jurc3addico-e-constituic3a7c3a3o-da-proibic3a7c3a3o-de-excesso-lenio.pdf>. Acesso em 5 de set. 2016.

_____. Supremo poderia usar fundamento da “excepcionalidade” para julgar Cunha? **Conjur**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mai-08/streck-supremo-usar-excepcionalidade-julgar-cunha>. Acesso em 5 de set. 2016.

_____. Jurisdição Constitucional e as possibilidades hermenêuticas de efetivação da Constituição: um balanço crítico nos quinze anos da Constituição. **Revista da Emerj**. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_66.pdf. Acesso em 5 de set. 2016.

VASCONCELOS, Fernando Andreoni. **Hermenêutica jurídica e derrotabilidade**. Curitiba: Juruá, 2010.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista de Direito de Estado**, Ano 3, n.12, p. 55-75, out./nov. 2008.

ACESSO À JUSTIÇA E AS DIMENSÕES MATERIAIS DA EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO AMBIENTAL

Zenildo Bodnar ¹

Paulo Márcio Cruz²

INTRODUÇÃO

Na atual quadratura da história, os cuidados especiais que o lar comum ou terra de todos necessita exigem contribuições qualificadas de todos os campos do saber humano e, em especial, daqueles que possam influenciar e melhorar as atitudes das pessoas em relação ao seu entorno.

O Direito enquanto não apenas técnica de controle, mas principalmente como instrumento de fomento e promoção de valores e de articulação global da solidariedade, deve participar ativamente desse grande desafio que é a sobrevivência da raça humana e sua demonstração de que pode conviver sustentavelmente com os outros seres vivos.

A melhora contínua dos comportamentos e atitudes humanas em relação ao meio ambiente, no contexto da atual sociedade de risco, depende de boas leis, instituições consolidadas e atuantes e intensa participação e controle social. Na perspectiva do campo do saber jurídico, há necessidade da produção de um bom Direito, materializado por

¹ Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa, Mestrado em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí, Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Pós-Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e Pós-Doutorado em Direito pela Universidad de Alicante - Espanha. Professor nos programas de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. Coordenador do Projeto de Pesquisa CNJ Acadêmico sobre "Juizados Especiais, turmas recursais e turmas de uniformização da Justiça Federal". Pesquisador CNPq. Juiz Federal. E-mail: zenildo@univali.br.

² Realizou Estágio Sênior e Pós-Doutor em Direito do Estado pela Universidade de Alicante, na Espanha, com Bolsa CAPES (2005 e 2011, respectivamente). É Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina e Mestre em Instituições Jurídico-Políticas também pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Coordenador e professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI em seus programas de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica. Foi Secretário de Estado em Santa Catarina e Vice-reitor da UNIVALI. É professor visitante nas universidades de Alicante, na Espanha, e de Perugia, na Itália. E-mail: pcruz@univali.br.

intermédio de leis e decisões, e do aperfeiçoamento e qualificação das instituições, em especial do Poder Judiciário dos países em geral.

A crise ecológica é multidimensional, diz respeito não apenas à progressiva diminuição de bens e serviços ambientais, mas principalmente retrata uma crise de valores e de vínculos entre as pessoas e a natureza. Falta uma sensação geral de pertencimento e dependência mútua, bem como uma sensibilização profunda no sentido de que todos podem cooperar ativamente e fazer a diferença na melhora contínua das condições gerais de vida no planeta.

O desenvolvimento global e qualitativo, aliado à proteção efetiva do meio ambiente, constitui um dos grandes desafios para as sociedades contemporâneas. Estabelecer as diretrizes sustentáveis para um futuro com mais prudência ambiental e com a gestão adequada dos riscos é uma das principais tarefas do Direito Ambiental e, por consequência, da jurisdição ambiental.

Os obstáculos para o acesso pleno e efetivo à Justiça Ambiental apresentam-se com múltiplas dimensões e com uma ordem de complexidade peculiar. E por isso constata-se também uma crise geral e profunda tanto no acesso à justiça como na efetividade da jurisdição ambiental. Crise esta que decorre principalmente da falta de uma racionalidade jurídica e de uma hermenêutica dotada de especial sensibilidade ecológica; operacionalmente versátil para a outorga de um adequado tratamento aos conflitos envolvendo relações jurídicas amplas e complexas, nas quais estão envolvidos não apenas seres humanos, mas também toda a comunidade de vida e as futuras gerações.

A partir dessas preocupações é que estas reflexões são desenvolvidas, tendo como foco ou linha condutora central, a jurisdição ambiental e sua atuação num cenário desafiante de complexidade e risco. O objetivo geral foi o de abordar questão do acesso à justiça e seus fundamentos materiais que possam efetivamente contribuir qualitativamente com o desenvolvimento da prestação jurisdicional voltada à tutela do bem ambiental.

Procurou-se realizar reflexões críticas sobre o acesso à justiça ambiental priorizando-se, além do senso comum teórico que trata do acesso ao Poder Judiciário, aspectos diretamente relacionados com a efetividade de uma ordem jurídica ambiental justa e apta a fornecer respostas mais eficazes para as complexas questões do ambiente mundial globalizado.

Os princípios estruturantes da solidariedade e da sustentabilidade foram eleitos como as principais dimensões materiais que mais repercutem e contribuem na efetivação da jurisdição. Também são abordadas as necessidades de reflexões críticas quanto a uma hermenêutica judiciária ambiental, especialmente apta para a adequada imputação de responsabilidade por danos ao ambiente, gestão do risco e controle dos comportamentos da Administração Pública.

1. O ACESSO À JUSTIÇA NA ATUAL SOCIEDADE DE RISCO

A sociedade de risco apresenta importantes desafios para a jurisdição, principalmente por demandar uma nova racionalidade³ jurídica já que denuncia as limitações da dogmática tradicional e do saber isolado ou pertencente a um único campo do conhecimento humano.

O que infelizmente se constata na atual sociedade de risco⁴ é que o equilíbrio

³ Muitos teóricos apresentaram contribuições históricas significativas para o desenvolvimento da teoria do conhecimento. Além das ponderações importantes de Emanuel Kant, na sua crítica a razão prática, merece destaque a racionalidade: a) “objetivo-científica” (Husserl); b) “conforme resultado” (Weber); c) “técnico-estratégica” (Habermas), dentre outras contribuições. Todavia, a intensa evolução da sociedade, o aumento da sua complexidade e a multiplicação dos conflitos, requer novas formas de cognição e de gerenciamento científico dos problemas típicos da sociedade de risco. Em síntese: a sociedade de risco demanda o desenvolvimento de novos paradigmas de racionalidade que, sem excluir uma base axiológica consistente, possibilitem um conhecimento holístico e sistêmico das novas realidades e a construção de caminhos mais sólidos e seguros para o futuro.

⁴ A partir dos relevantes contribuições de Ulrich Beck pode-se caracterizar a sociedade de risco como “[...] uma fase no desenvolvimento da sociedade moderna, em que os riscos sociais, políticos, econômicos e individuais tendem cada vez mais a escapar das instituições para o controle e a proteção da sociedade industrial”. BECK, Ulrich. *A reinvenção da Política: rumo a uma teoria da Modernização Reflexiva*. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. Trad. Magda Lopes. São Paulo: UNESP, 1997, p. 15. Apesar de serem reconhecidos os grandes méritos da teorização de Ulrich Beck, acerca da caracterização da sociedade de risco, deve-se advertir que a mesma apresenta limitações para a completa compreensão da relação entre os sistemas: natural e humano, pois as interações com o entorno (ambiente) dependem de um seria de fatores que envolvem fatores demográficos, capacidades e necessidades naturais e artificiais.

ecológico não será o mesmo, pois o mundo já atingiu os limites mais críticos e ameaçadores da sua trajetória. Estas ameaças decorrem do esgotamento dos recursos naturais não renováveis, da falta de distribuição equitativa dos bens ambientais, da configuração do crescimento exponencial da população, da pobreza em grande escala, do surgimento de novos processos tecnológicos excludentes alimentados pelo modelo capitalista. Todos estes fatores, portanto, resultam da consolidação de uma ética individualista e desinteressada no outro, no distante, nas futuras gerações, num desenvolvimento justo e duradouro.

Vive-se em tempos de mudanças profundas e em diversas perspectivas humanas: no ser, no pensar e no viver. O projeto de modernidade, baseado na razão kantiana, na liberdade, na igualdade formal e na infalibilidade da ciência, não só fracassou como também deixou para a atual geração um passivo importante de desigualdade material, insegurança e incerteza quanto ao futuro. É possível concluir, sem exageros fatalistas, que hoje se vive no mundo da exclusão social e na *sociedade da explosão do risco*⁵.

A sociedade de risco é a consequência ou o resultado do modelo de produção e consumo industrial baseado na maximização do lucro e no desenvolvimento a qualquer preço. Trata-se da consolidação de uma sociedade em situação periclitante de risco pluridimensional, onde a insegurança e a imprevisibilidade consubstanciam o componente básico e a única certeza decorrente das condutas humanas na atualidade.

O novo cenário é movediço, inspira cautela, requer atuação estratégica e antecipada. Porém, não é compatível com o imobilismo, ou seja, com a omissão. A convivência com situações de risco será uma constante no futuro da humanidade, gera um ambiente notabilizado pela insegurança e pela imprevisibilidade que requer um esforço também sinérgico e cumulativo de todos na sua gestão e controle a níveis de tolerabilidade. Deve ser entendido como alavanca propulsora ou chave que aciona a inteligência coletiva para atuar cooperativamente na definição dos destinos da humanidade.

⁵ Conforme defendido por GOLDBALTT, Dadid. **Teoria Social do Ambiente**. Lisboa: Piaget, 1996, p. 12 e ss.

Esse quadro desafiante gera um clamor generalizado por mais justiça ambiental, pois a distribuição dos bens e principalmente dos riscos e malefícios do desenvolvimento insustentável não mais acontece de maneira equitativa⁶.

O acesso efetivo à Justiça Ambiental é um assunto que deve estar no centro das reflexões pela sua importância direta no que tange à consolidação de novos comportamentos e atitudes no que concerne ao ambiente. A plena garantia do acesso à Justiça Ambiental não diz respeito apenas ao aspecto procedimental, como conjunto de garantias e medidas para a facilitação do ingresso em juízo, mas também ao conteúdo dos provimentos jurisdicionais para a efetiva consecução da justiça na perspectiva social e ecológica, ou seja, ao acesso a uma ordem pública ambiental justa nas perspectivas difusa, transgeracional e global.

Um dos documentos internacionais muito importantes na temática do acesso à justiça é a Convenção de Aarhus⁷. Esta convenção influenciou decisivamente a legislação de acesso à informação na União Européia e possui instrumentos valiosos para a melhora da eficácia dos sistemas de justiça, especialmente por estar fundamentada no tríplice enfoque: informação, participação e acesso à justiça.

O qualificativo ambiental que se agrega ao princípio do acesso à justiça significa um redimensionamento no conteúdo e na abrangência deste postulado fundamental, exatamente em função do compromisso que deve assumir em prol da tutela efetiva do meio ambiente, inclusive com forte viés preventivo⁸.

⁶ Esteve Pardo destaca a posição central do risco no âmbito das decisões políticas com repercussões intensas no Direito Público e no próprio papel do Estado e caracteriza como sociedade de risco o modelo pós-industrial da sociedade marcada pelo risco gerado pelo desenvolvimento tecnológico. ESTEVE PARDO, José. **Técnica, riesgo e Derecho: tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho Ambiental**. Barcelona: Ariel, 1999, p. 20 e ss.

⁷ A Convenção da UNECE sobre Acesso à Informação, Participação do Público no Processo de Tomada de Decisão e Acesso à Justiça em Matéria de Ambiente (Convenção de Aarhus) foi adotada em 25 de Junho de 1998, na cidade dinamarquesa de Aarhus, durante a 4ª Conferência Ministerial "Ambiente para a Europa". Entrou em vigor em 30 de Outubro de 2001.

⁸ Fernanda Salles Cavedon, afirma que "acesso à Justiça pode, assim, ser identificado como acesso à prevenção e resolução de conflitos tendo como parâmetro o ideal de Justiça, correspondendo ao acesso à decisão justa e à garantia do exercício dos direitos ambientais inerentes à cidadania ambiental". In: CAVEDON, Fernanda Salles. *Renovação do sistema jurídico-ambiental e realização do acesso à Justiça Ambiental pela atividade criadora no âmbito da decisão judicial dos conflitos jurídico-ambientais*. Tese de Doutorado defendida junto à Universidade do Vale do Itajaí, 2006. p. 36.

O acesso à justiça ambiental também torna concreto o escopo político da jurisdição na medida que significa uma forma de exercício substancial de democracia e que permite ao cidadão o questionamento jurisdicional dos atos e omissões da Administração Pública, mediante o ajuizamento de Ações Populares Ambientais ou Ações Públicas por intermédio de associações e em benefício de toda a coletividade.

Ao fazer referência à segunda onda ou segundo grande movimento para melhorar o acesso à Justiça, Cappelletti e Garth⁹ destacam que este movimento teve como objeto o problema da representação dos direitos difusos que, na concepção tradicional de processo civil, não possuíam espaço para proteção. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares. Assim, buscou-se instrumentalizar o processo para assegurar também a tutela do meio ambiente. A terceira onda que os autores chamam de enfoque do acesso à Justiça apresenta uma perspectiva mais abrangente para o acesso à justiça, pois envolve o conjunto de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo para prevenir disputas nas sociedades modernas.

Na mesma linha que defende Herman Benjamin¹⁰, o acesso à Justiça Ambiental, como direito fundamental do Estado Democrático, deve necessariamente contemplar as seguintes garantias: a) igualdade material, b) proteção efetiva dos riscos ilegítimos, inclusive potenciais; prevenção de litígios; educação ambiental (aspecto pedagógico); ampla participação dos cidadãos.

A partir desses importantes aportes doutrinários, constata-se que o acesso à Justiça Ambiental possui ampla significação e notável relevância. Trata-se de um mandamento geral cujo conteúdo centraliza um objetivo claro que pode ser traduzido na busca pela melhora contínua das relações dos seres humanos com a natureza.

⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: SAFE, 1988, p. 67

¹⁰ BENJAMIN, Antônio Herman. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico – apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: MILARÉ, Édís (Org.). **Ação Civil Pública**: Lei 7.347/85 reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 71-72

A atual dimensão da crise ecológica requer um esforço global solidário e uma atuação exemplar dos Estados na consecução da verdadeira Justiça Ambiental. Nesse contexto, a garantia plena do acesso à justiça ambiental poderá desencadear um sentimento de clamor geral por justiça e uma exortação para que todos estejam engajados nesta causa que é da humanidade.

As constituições democráticas estabelecem um conjunto de garantias para assegurar formalmente amplo acesso à justiça ambiental. No Brasil, além da cláusula da inafastabilidade do controle jurisdicional em relação a qualquer ameaça ou lesão a direitos, a Constituição garante: a) a assistência judicial integral e gratuita aos necessitados; b) remédios constitucionais como: mandado de segurança coletivo, mandado de injunção coletivo, ação popular, amplos poderes e atribuição ao Ministério Público para atuar na defesa judicial e extrajudicial do meio ambiente, principalmente com a propositura da ação civil pública; c) um conjunto de princípios para o resguardo do devido processo legal substancial: isonomia entre as partes, contraditório, ampla defesa, duração razoável do processo, dentre outros.

Com isso as constituições em geral já estabelecem um sistema de garantias para assegurar o amplo acesso à Justiça Ambiental. Porém, o maior desafio é conferir efetividade social e concreta aos direitos fundamentais que justificaram o estabelecimento desse instrumental de garantias. Hoje, o maior desafio para o alcance da efetividade não está mais relacionado apenas com o aspecto superficial do acesso a justiça¹¹ (custas e morosidade do processo, falta de tempo para os legitimados, barreiras psicológicas e culturais), mas sim com o acesso substancial à verdadeira Justiça. No aspecto substancial merecem destaque as dimensões materiais da efetividade.

A justiça ambiental não é algo pronto e acabado e que pode ser distribuído facilmente a todos. Trata-se de uma idealidade, de um horizonte de sentido dotado de uma utopia mobilizadora. Assim, não é correto falar-se em Justiça, mas sim em fazer-se

¹¹ Este aspecto diz até mais respeito ao acesso ao Poder Judiciário do que ao acesso à efetiva Justiça Ambiental. Embora qualificado como circunstância superficial também requer medidas para adequadas e não pode ser desconsiderado para uma prestação jurisdicional de excelência.

Justiça como algo em permanente e contínua construção e que mobiliza a todos para essa luta.

Essa noção preliminar de justiça ambiental contempla uma força promocional dinâmica e exige o engajamento de todos na sua concretização, em especial do Poder Judiciário como guardião dos valores democráticos e dos bens intangíveis da coletividade global. Afinal, o Poder Judiciário que pode dar sentido concreto aos mandamentos normativos constitucionais e internacionais que tutelam o ambiente.

A realização de reformas legislativas pontuais ou a adoção singela de medidas isoladas pouco ajudará na efetividade da jurisdição ambiental, especialmente considerando que muitos países, como o Brasil, já possuem ordenamentos jurídicos ambientais bastante. É fundamental também que os parlamentos possam ter ampla compreensão do significado e alcance deste novo paradigma¹², assim como uma sensibilização geral dos operadores jurídicos para este novo desafio.

2. DIMENSÕES MATERIAIS DA JURISDIÇÃO AMBIENTAL

A efetividade não está apenas na ampla acessibilidade aos mecanismos oficiais de resolução e tratamento dos conflitos, mas também na consecução plena das aspirações legítimas da coletividade por justiça, ou seja, no conteúdo material e na efetividade das decisões e medidas adotadas.

Como dimensões materiais que fundamentam e mais repercutem na efetividade da jurisdição, elegem-se os princípios estruturantes da solidariedade e da sustentabilidade. Também serão realizadas reflexões críticas sobre a necessidade de uma hermenêutica judiciária ambiental mais adequada para a imputação de responsabilidade por danos ao ambiente, gestão do risco e controle dos comportamentos da Administração Pública.

¹² CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **O novo paradigma de Direito na pós-modernidade** - Porto Alegre - RECHTD/UNISINOS. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, v. 3, p. 75-83, 2011.

2.1 Princípios estruturantes da jurisdição ambiental: solidariedade e sustentabilidade

A crise atual não é apenas ecológica, é também uma crise de valores e de vínculos, reflexo da desvinculação progressiva de uma racionalidade axiológica em direção à razão técnica que muitas vezes distancia e desvincula os seres humanos da natureza na busca obstinada do desenvolvimento a qualquer custo. Este quadro de patologia social deve ser apreendido e compreendido na atividade construtiva e transformadora da jurisdição ambiental.

É nesse contexto que surge a preocupação científica com o desenvolvimento teórico dos princípios fundamentais que devem inspirar, orientar e promover todo o impulso construtivo e pedagógico a ser protagonizado pela jurisdição ambiental.

Na atual sociedade de risco, a imprescindível atividade político-jurídica da jurisdição somente produzirá resultados efetivamente consequentes se estiver fundamentada nos princípios da solidariedade e da sustentabilidade.

Importante tratar, inicialmente, da solidariedade, em suas múltiplas dimensões, como um dos princípios que funcionam, atualmente, como elementos para a construção de ordenamentos jurídicos transnacionais. O princípio da solidariedade possibilita ampla juridicização, principalmente por intermédio da doutrina e das decisões dos Poderes Judiciários¹³.

Um dos desafios da jurisdição, enquanto tarefa pública estratégica é o de contribuir para que a tutela do meio ambiente encontre o seu adequado fundamento a partir da aplicação do princípio da solidariedade, o que poderá ser decisivo para a construção de uma teia da vida global.

A proteção do ambiente é um dever fundamental imposto não apenas aos estados, mas também a todos os cidadãos. Este dever fundamental exige de todos um agir

¹³ Martín Mateo destaca que a solidariedade é um condicionamento, não só de elementares considerações morais, mas condição para o desenvolvimento sustentável, sob pena de os nossos descendentes terem dificuldades progressivas para assimilar o legado ambiental e os riscos sociais que lhes transmitiremos. MARTÍN MATEO, Ramón. La revolución ambiental pendiente. In: PIÑAR MAÑAS, José Luis. **Desarrollo Sostenible y protección del medio ambiente**. Civitas: Madrid, 2002. p. 57.

solidário em prol da proteção da natureza, implica também o ônus imposto a todos de participar ativamente das decisões e encaminhamentos relacionados ao interesse geral de um ambiente sadio e equilibrado.

Parte essencial dessa nova revolução é a emergência e consolidação de um novo conceito de cidadania: aquela cujo referente não é, como o foi até agora, o Estado Constitucional Moderno, mas sim o planeta como território e a humanidade como sociedade solidária¹⁴.

A solidariedade, enquanto princípio jurídico estruturante pode ser o marco referencial axiológico para a consolidação de uma nova ética para o homem tecnológico insensível. Trata-se do fundamento basilar dos deveres fundamentais, especialmente os deveres ecológicos. A solidariedade constitui uma importante estratégia para o estabelecimento de vínculos consistentes com o futuro e assegurar a proteção das futuras gerações.

A solidariedade contempla um substrato ético, enquanto valor fundamental para a organização e para a harmonia das relações entre os seres humanos, o entorno e o porvir. A eticidade não compreende só leis, instituições e conceitos éticos, mas também concepções, princípios ou ideais de vida que dão sustentáculo às leis, instituições e conceitos e que se vinculam a uma cultura¹⁵.

Em julgamento histórico o Supremo Tribunal Federal do Brasil reconheceu a importância do dever de solidariedade, enquanto valor estruturante dos direitos de terceira dimensão, mais especificamente do ambiente. Nesta decisão o Ministro Celso de Melo foi enfático ao afirmar que o meio ambiente é direito de todos e especial obrigação do Estado e da coletividade e que o adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a

¹⁴ REAL FERRER, Gabriel. **El derecho ambiental y los derechos de la tierra**. Madrid: Revista Temas (www.sistemadigital.es/pubs/magazine.aspx?ID=3), febrero de 2011, número 195, p. 45.

¹⁵ COLL, Amengual Gabriel. **La moral como derecho**: Estudio sobre la moralidad en la Filosofía del Derecho de Hegel. Madrid: Trotta, 2001, p. 05 e ss.

todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral¹⁶.

A partir da solidariedade surge também o princípio da sustentabilidade como princípio decorrente, interligado e complementar e que completa a sólida estrutura fundacional da jurisdição na dimensão material garantista. A sustentabilidade é aqui também analisada enquanto princípio jurídico e compreendida a partir de suas dimensões ecológica, social, econômica e tecnológica e como um imperativo ético tridimensional, implementado em solidariedade sincrônica com a geração atual, diacrônica com as futuras gerações¹⁷, e em solidária sintonia com natureza, ou seja, em benefício de toda a comunidade de vida e com os elementos abióticos que lhe dão sustentação.

A nota qualitativa da sustentabilidade, preconizada também como intento motivador da (Eco-92), ainda não foi viabilizada na sua integralidade, pois o paradigma de desenvolvimento vigente em escala global está pautado muito mais na lógica da maximização dos lucros e da “liberdade” de mercado do que na preocupação ética de distribuição geral e equitativa dos benefícios gerados pelo desenvolvimento.

Esse quadro desafiante impõe a necessidade não apenas de ações locais e isoladas, mas de uma especial sensibilização também globalizada, que contribua com a internalização de novas práticas e atitudes, principalmente nas ações dos Estados no plano mundial. São necessárias novas estratégias de governança transnacional ambiental¹⁸ para que seja possível a construção um compromisso solidário e global em

¹⁶ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3540. Relator Ministro Celso de Melo. Disponível em: <www.stf.gov.br >. Acesso em 18 jun. 2011.

¹⁷ Edith B. Weiss, explica que o compromisso assumido no Rio para um desenvolvimento sustentável foi inerentemente intergeracional e defende a tese de que *cada geração recebe um legado natural e cultural como fideicomiso das gerações anteriores, para que por sua vez seja transmitida às futuras gerações*. Esta relação impõe obrigações planetárias para cada geração e também brinda certas gerações com direitos também planetários. In: WEISS, Edith Brown. **Un mundo Justo para las Futuras Generaciones**: Derecho Internacional, Patrimonio Común y Equidad Intergeracional. Trad. Máximo E. Gowland. Madrid: United Nations, Mundi-Prensa, 1999. p. 37, 39 e 40.

¹⁸ Sobre este tema ver: BODNAR, Zenildo e CRUZ, Paulo Márcio. Pensar globalmente y actuar localmente: El Estado transnacional ambiental em Ulrich Bech. **Revista Aranzadi de Derecho Ambiental**, v. 1, n. 1, p. 51-59, 2008; e BODNAR, Zenildo; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; CRUZ, Paulo Márcio. O estado transnacional ambiental em Ulrich Beck e suas implicações com o estado constitucional e a Administração Pública. **Revista do IASP**, n. 22, 2008. Nestes trabalhos, propõe-se a consolidação de um ‘Estado Transnacional’ de proteção do meio ambiente, estruturado como uma grande teia de proteção do planeta, regido por princípios ecológicos e que assegure alternativas e oportunidades democráticas mais inclusivas, participativas e emancipatórias e tenha como preocupação garantir um mundo melhor para as futuras gerações.

prol do ambiente para assegurar, inclusive de maneira preventiva e precautória, a melhora contínua das relações entre os seres humanos e a natureza.

A preocupação da geração atual não deve ser a de apenas garantir às futuras gerações a mesma quantidade de bens e recursos ambientais. A insuficiência deste objetivo é manifesta. Isso porque a irresponsabilidade do ser humano gerou um desenvolvimento historicamente insustentável e já levou a atual geração à beira do colapso pela manifesta limitação de muitos bens primordiais para a vida plena. Assim, é fundamental que toda a inteligência coletiva e que todo o conhecimento científico acumulado estejam também a serviço da melhora das condições de toda a comunidade de vida futura e não apenas a serviço do ser humano.

Na obra jurídica mais completa da atualidade sobre o princípio da sustentabilidade, Klaus Bosselmann¹⁹, defende enfaticamente a necessidade da sua aplicação enquanto princípio jurídico basilar da ordem jurídica local e internacional. Argumenta que o princípio da sustentabilidade deve contribuir com a *ecologização* dos demais princípios e, desde que devidamente impulsionado pela força real da sociedade civil, servirá também como caminho para uma governança com sustentabilidade ecológica e social.

Na sociedade hipercomplexa, globalizada e altamente influenciada pela racionalidade econômica, a sustentabilidade não é um dado, algo pronto, perfeito e plenamente conquistado. Trata-se de uma categoria ainda em fase de emancipação e consolidação e que necessita um agir construtivo e sinérgico de vários campos do saber humano.

Neste processo, destaca-se o papel da jurisdição ambiental no sistema jurídico, pois este deve assumir um protagonismo de liderança, no intuito de imprimir força jurídica, densificar com juridicidade posições discursivas que às vezes são meramente retóricas e ideológicas e outorgar a condição de um autêntico princípio jurídico fundamente para garantir a construção de um projeto revolucionário de civilização

¹⁹ BOSSELMANN, Klaus. **The principle of sustainability**: Transforming law and Governance. New Zealand: ASHAGATE, 2008. p. 79 e ss.

realmente mais justa, solidária e promissora.

Estes princípios estruturantes (solidariedade e sustentabilidade) requerem, por parte da jurisdição, base cognitiva holística e sistêmica. Holística pela necessidade da consideração de todas as variáveis (direitos e valores) envolvidos direta e indiretamente nos conflitos e sistêmica pela necessidade de identificação da função de cada uma das variáveis e da maneira e intensidade pela qual interagem para uma adequada valoração reflexiva. Em síntese: uma hermenêutica judiciária especializada.

2.2 Caminhos para nova hermenêutica judiciária ambiental

A maioria das constituições ocidentais do pós segunda grande guerra, inclusive a brasileira de 1988, impõem ao Estado e à sociedade o dever de preservar e proteger o ambiente enquanto direito e dever fundamental. Ingo Sarlet²⁰ enfatiza a perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais e sua função como imperativos de tutela ou deveres de proteção do Estado. O Poder Judiciário, enquanto um dos poderes do Estado é também destinatário deste dever fundamental²¹.

Assim cabe aos magistrados, enquanto peças chaves para o aprimoramento da democracia, protagonizar em cada ato a transformação da sociedade, cada vez mais plural e diversificada no novo milênio. O magistrado idealista precisa acreditar que pode contribuir na mudança do mundo para melhor, abandonar a ética egoísta e disseminar ética solidária e ambientalmente adequada²².

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. **Revista da AJURIS**, v. 35, n. 109, mar. 2008, p. 142-143. Este autor, oferece consistentes subsídios doutrinários para a defesa da atuação do Poder Judiciário numa perspectiva substancial. Defender que mesmo considerando os limites fáticos é possível exercer o controle jurisdicional de políticas públicas principalmente para a plena efetividade da dignidade da pessoa humana.

²¹ Conforme destaca Freitas, o juiz possui papel relevante por exercer um dos poderes da República “em nome do povo e tem por obrigação defender e preservar o meio ambiente para presentes e futuras gerações. FREITAS, Vladimir Passos de (Org.) **Direito ambiental em evolução**. Curitiba: Juruá, 1998, p. 29-30.

²² Conforme destaca José Luis Serrano, à luz da ecologia política, um projeto ecoinTEGRADOR pressupõe uma forte atribuição de responsabilidade ao Poder Judicial. SERRANO, José Luis. **Principios de Derecho Ambiental e Ecología Jurídica**. Madrid: Trotta, 2007. p. 88. A importância da sensibilidade social do julgador é destacada por Faria²², ao afirmar na resolução de conflitos sociais o juiz deve atuar como um ‘arquiteto social’, modificando as concepções discriminatórias da ordem jurídica vigente, valendo-se de suas sentenças como instrumentos, que auxiliem os grupos

A jurisdição ambiental concentra um caráter pedagógico substancial, pois deverá servir como forma de educação. Confirme conclui Nalini “*o julgamento contém, subsidiariamente à solução da controvérsia à solução da controvérsia, um ensinamento*”²³.

Entretanto, como regra, a jurisdição é ainda exercida partindo-se de uma base de pensamento lógico-formal-dedutivista, da hierarquização de ideias e construída com argumentos piramidais de autoridade. Na escolha da norma ao caso, utilizam-se singelos critérios de generalidade e especialidade. Há uma clara carência significativa do desenvolvimento da capacidade crítico-reflexiva para compreender o funcionamento também de outros sistemas e como estes interferem no mundo do direito.

A interpretação que é necessariamente histórica, contextual e criativa, não pode ser - e de fato não é - um “labor descompromissado”, no qual se resolve a vida das pessoas apenas com trocadilhos de palavras. Também não poder representar um ato de rebeldia contra os poderes públicos como se estes fossem os únicos responsáveis por todas as mazelas existentes na sociedade.

Na construção da decisão adequada para o caso concreto o desafio hermenêutico da jurisdição não pode ser mais um singelo exercício de subsunção do fato à norma, mas sim uma intensa atividade de construção e ponderação, participativa e dialética, que considera os imprescindíveis aportes cognitivos transdisciplinares e que projeta cautelosamente os efeitos e as consequências da decisão numa perspectiva de futuro²⁴.

Não há mais certeza ou segurança quanto à validade das premissas e muito menos, numa projeção futura, dos dados e variáveis que integram todo e qualquer processo de tomada de decisão envolvendo risco. Conforme destacam Morato Leite e Patrick Ayala²⁵

e as classes subalternas a se constituírem efetivamente como ‘sujeitos coletivos de direito’ In: FARIA, José Eduardo. **Justiça e Conflito. Os juizes em face dos novos movimentos sociais.** 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 112.

²³ NALINI, José Renato. **O futuro das profissões jurídicas.** São Paulo: Oliveira Medes, 1998, p. 11

²⁴ Marcelo Varella destaca que na decisão de risco as alternativas não estão *mais entre o seguro e o inseguro, mas entre opções, com vantagens e desvantagens entre si.* VARELLA, Marcelo Dias. A Dinâmica e a Percepção Pública de Riscos e a Resposta do Direito Internacional Econômico. In: VARELLA, Marcelo Dias (Org.). **Governo dos Riscos.** UNICEUB, Brasília, 2005.

²⁵ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito Ambiental na Sociedade de Risco.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 12 e ss.

os riscos insustentáveis que decorrem de processos gerados em espaços institucionais com acentuados déficits democráticos e com potencial lesivo em uma escala espacial e temporal de difícil determinação.

Esse tipo de constatação ajuda a mostrar o esgotamento do modelo racionalista moderno que colocou a ciência no ápice do pedestal do saber, apta a dar respostas a todos os questionamentos humanos. Hoje, também a partir das teorias Freudianas da psicanálise, deve-se agir incluindo a sensibilidade numa parceria construtiva com a razão.

Luiz Alberto Warat²⁶ é enfático ao afirmar que os senhores invisíveis da globalização sabem que para conservar seu poder tem de construir a torre do pensamento único, globalizar ideias que não admitem a diversidade que seria a última versão do universalismo, a nova forma de assegurar a continuidade da razão abstrata. Essa homogeneidade destrutiva é a igualdade como um modelo artificial, o que impede qualquer tipo de sensibilidade ou empatia global que torne a convivência humana mais civilizada.

Na via da globalização, a política foi claramente ultrapassada pelos outros sistemas sociais, como escreve Gunther Teubner²⁷. A razão decisiva para que atualmente a produção normativa esteja se distanciando cada vez mais da política reside no fato de que o acoplamento do sistema político e do sistema jurídico por meio de constituições não conta com uma instância correspondente no plano da sociedade mundial. E, como se sabe, a economia produz a riqueza e a política trata de distribuí-la. Sem uma política transnacional será impossível distribuir a riqueza transnacional. Torná-la instrumento de desenvolvimento social efetivo.

A ideia historicamente consolidada de um Direito baseado na completude, coerência e não contradição, já não é mais suficiente para a gestão do risco. A crise contemporânea do Estado de direito e da justiça requer também a reformulação do

²⁶ WARAT, Luis Aberto. **A rua grita Dionísio!** Direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 09.

²⁷ TEUBNER, Gunther. **A Bukowina Global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional.** Piracicaba: Revista de Ciências Sociais e Humanas, 2013, p. 13.

pensamento jurídico com a superação dialética do paradigma moderno²⁸. E deve-se anotar que não pode haver, a partir do novo paradigma pós-moderno, espaços para a miserabilidade consentida ou imposta²⁹.

Conforme destacam Bodnar e Cruz³⁰ o compromisso do Direito não mais se resume a garantir âmbitos de liberdade e a equacionar a igualdade formal entre os seres humanos. Não há mais previsibilidade nas ações e comportamentos e nem certezas quanto aos fatos e variáveis intervenientes nos processos de tomada de decisão, ou seja, necessita-se do imprescindível aporte de outros saberes para bem compreender os problemas e para gerir de forma consequente o futuro. Afinal, A finalidade da norma, tanto a editada pelo legislador como a criada para o caso concreto pela jurisdição, ainda tem sido predominantemente a imposição coercitiva de comportamentos, os quais também produzem alterações no entorno e novas situações de risco sistemático e sinérgico. Isso tanto na perspectiva ecológica como também cultural. Nesse agir comunicacional reflexo, e também considerando a dinâmica dos fatos e a velocidade dos acontecimentos, haverá provavelmente uma defasagem contínua da norma idealizada quer seja pelo legislador ou pelo julgador.

Nesse contexto, incumbe ao Direito e, por consequência a jurisdição, a tarefa de qualificar axiologicamente o agir humano não apenas na perspectiva do comportamento responsável intersubjetivo e comunitário, mas também enquanto um compromisso ético alargado, exercido a longo prazo, tanto em benefício e atenção das futuras gerações como também de toda a comunidade de vida.

O campo de atuação da hermenêutica judiciária ambiental caracteriza-se, não apenas pela intensidade das colisões, mas pela quantidade de direitos fundamentais

²⁸ ARNAUD, André-Jean. **Entre modernité et mondialisation**: Leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État. 2. ed. Paris: L.G.D.J, 2004. p. 238 e ss. Este autor também apresenta um interessante quadro apontando os contrastes entre o direito da modernidade e o da pós modernidade: 1. abstração x pragmatismo; 2. subjetivismo x descentralização do sujeito; 3. Universalismo x relativismo; 4. unidade da razão x pluralidade das razões; 5. Axiomatização x lógicas variadas e ecléticas; 6. Simplicidade x complexidade; 7. separação entre Estado e sociedade civil x retorno à sociedade civil; 8. Segurança x risco.

²⁹ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 56.

³⁰ BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. A possibilidade da justiça transnacional na globalização democrática. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 15, n. 3, p. 432-446, 2010.

implicados, circunstâncias estas que também exigem especialização, ou seja, o desenvolvimento de uma hermenêutica própria.

Na perspectiva ou dimensão material a construção da justiça para o caso concreto, exigirá critérios de ponderação abrangentes, ancoragem constitucional e sensibilidade para os bens com ampla repercussão planetária e de suporte da vida. Todas as variáveis intervenientes devem ser criteriosamente sopesadas e avaliadas, o instrumental técnico do Direito não pode prescindir do aporte de outros campos do saber e nem do forte substrato ético subjacente aos litígios³¹.

O aspecto subjetivo, ou seja, a quantidade de interessados e as conseqüências de longo prazo de qualquer atividade interpretativa exigem especial consideração do julgador. Não se trata de não levar a sério o indivíduo, como reivindica Alexy³², mas sim de não esquecer a sociedade no seu conjunto, as futuras gerações e toda a comunidade de vida e, por conseqüência, garantir ao próprio indivíduo as melhores condições de vida presente e futura.

Um dos direitos fundamentais de feição predominantemente individualista que mais entra em rota de colisão com o ambiente é o direito de propriedade. Na colisão

³¹ Nos casos que envolvem colisões entre interesse ambiental e outros direitos fundamentais, a jurisprudência italiana, especialmente nas decisões da Corte Constitucional, o balanceamento é feito na tentativa de conciliar os diversos interesses envolvidos, por intermédio de uma mediação que busca estabilizar a ação dos poderes públicos ou integrar o dissenso no sistema político ou então através de um procedimento lógico que avalia a escolha legislativa à luz dos valores constitucionais envolvidos". CORDINI, Giovanni. **Diritto Ambientale Comparato**. Padova: CEDAM, 1997, p. 86 e 87. Michel Prieur defende também que o Juiz deve aplicar o princípio da proporcionalidade considerando *a importância ou proporção da obra ou da importância 'a priori' da obra para o ambiente*. PRIEUR, Michel. O Direito do Ambiente na França. In AMARAL, Diogo Freitas; ALMEIDA, Márcia Tavares (Coords.). **Direito do Ambiente**. Lisboa: INA Instituto Nacional de Administração. 1994. p. 282. Quanto não é possível encontrar um ponto de equilíbrio, o Tribunal Constitucional Espanhol, tem utilizado: a) Juízo de razoabilidade – aferição da existência de um fim constitucionalmente legítimo para a administração restringir a atividade particular; b) Princípio da proporcionalidade – relação entre as medidas adotadas e os fins perseguidos. In: CUTANDA LOZANO, Blanca. **Derecho Ambiental Administrativo**. 7. ed. atual. Madrid: Dykinson, 2006. p. 93-94.

³² Ao contrário de Dworkin, que no caso de colisão frente a direitos coletivos, atribui caráter essencialmente definitivo aos direitos, Alexy explica que os direitos apresentam caráter de mandados de otimização, assim não são direitos definitivos, senão direitos *prima facie* que, quando entram em colisão com bens coletivos ou direitos de outros podem ser restringidos. Alexy sustenta inclusive a precedência *prima facie* dos direitos individuais na relação com bens coletivos, porém reconhece importantes objeções que são opostas a essa concepção individualista, a qual evidentemente não é minimamente satisfatória para uma análise de colisão entre os direitos de solidariedade ou de terceira dimensão com os interesses de feição individualista. A teoria da argumentação desenvolvida por Alexy, dentre outros, apresenta inegáveis contribuições para a ponderação de direitos no caso concreto. Todavia, foi concebida e estruturada ainda muito mais voltada para colisões entre direitos e interesse de mesma dimensão subjetiva. In: ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 185 e ss.

entre o direito de propriedade e o ambiente, é importante o julgador fazer opções conscientes, responsáveis e criativas que, sem aniquilar o núcleo essencial da propriedade, preservem a intangibilidade do ambiente. Não se trata de estabelecer uma tirania apriorística de valores em prol do ambiente, mas de uma opção consciente que deve necessariamente prestigiar um bem de toda a comunidade de vida atual e futura. Afinal, enquanto os bens patrimoniais podem ser renovados/reconquistados/vendidos e não geram direitos imediatos para as futuras gerações (herdeiros), os bens ambientais pertencem a toda comunidade de vida, atual e futura.

Essa análise é necessária quando o tema envolve a adequada atribuição de responsabilidade por danos ao ambiente, pois esta é uma das dimensões materiais mais significativas da jurisdição ambiental que requer constante aperfeiçoamento para o alcance da necessária efetividade.

Na atividade de cognição, a ser exercida pelo magistrado no momento da avaliação dos danos, deverão ser analisados criteriosamente não apenas os danos, mas principalmente o comportamento lesivo. A realização substancial da justiça, na perspectiva preventiva e com propósitos de uma justiça que transcendem ao caso concreto, deve objetivar exatamente a melhora contínua do comportamento humano em relação à natureza numa perspectiva de futuro e não apenas numa focalização da análise dos danos já consumados e muitas vezes irreversíveis, ou seja, deve-se julgar com os olhos voltados para o futuro e não apenas para o histórico de fracasso do passado³³.

A adequada gestão do risco, bem como a imputação de responsabilidade sem dano (dano futuro, provável), somente será possível com a atuação focada no comportamento. Com este novo enfoque, aumenta-se a efetividade da tutela preventiva e possibilita-se até mesmo a responsabilização ambiental quando o mero comportamento já enseja riscos graves e intoleráveis ao ambiente. O julgamento que valoriza a análise da conduta lesiva também não está sujeito à erosão de efetividade ocasionada pela natural dificuldade e

³³ Qualquer ação que objetiva a reparar danos já consumados é, de certo modo, uma história de fracasso, pois indica a falta ou insuficiência de educação, conduta ética, medidas preventivas, dentre outras políticas públicas que poderiam ter evitado o advento da lesão ao ambiente.

complexidade, no campo probatório, da demonstração dos nexos de causalidade entre o fato e o dano.

Além da imputação adequada e suficiente de responsabilidade e da gestão do risco, um dos desafios qualificados para a jurisdição ambiental é o controle dos atos dos poderes públicos, comissivos ou omissivos.

A importante missão de completar e reconhecer novos direitos, ampliando os espaços de cidadania, caracteriza o fenômeno da judicialização da vida social. O Poder Judiciário, enquanto poder político desempenha um papel proeminente na salvaguarda de direitos e garantias fundamentais e de socorro aos mais fragilizados.

Na perspectiva da jurisdição ambiental, a incumbência constitucional atribuída aos Estados para a defesa e proteção do meio ambiente, já há vinte anos, ainda não foi atendida sequer minimamente. São inúmeras as omissões do Poder Público que acontecem nas mais diversas políticas públicas, políticas estas que deveriam ser implementadas para a garantia da qualidade do meio ambiente. Ainda falta saneamento básico, educação ambiental, estrutura para os órgãos de fiscalização e licenciamento dentre outras carências. Este quadro contribui decisivamente com a crise ecológica generalizada e exige uma intervenção mais enérgica e eficaz por parte do Poder Judiciário. Justifica essa intervenção.

Considerando a amplitude dos deveres ecológicos estatuídos em âmbitos nacional e transnacional, os quais devem ser prestados em conjunto com uma imensa quantidade de outras prestações sociais, não é possível impor imediatamente aos poderes públicos a execução ideal e simultânea de todas estas políticas públicas: saneamento básico, educação ambiental, criação e gestão de áreas protegidas, implementação dos tratados internacionais, exercício efetivo de poder de polícia ambiental, dentre outras. Até mesmo pelas naturais limitações fáticas e econômicas.

Porém as limitações fáticas e orçamentárias não podem ser postas como justificativa geral para a inércia na implementação das políticas públicas ambientais

previstas de forma completa na Constituição. Por isso, é fundamental a análise criteriosa dos dados empíricos do caso concreto para a justificação das decisões implementadoras de direitos fundamentais prestacionais. A intervenção jurisdicional na condução política das opções do Estado em prol do ambiente alcançará legitimidade quando estiver lastreada na riqueza de dados concretos do caso analisado.

A imposição de medidas positivas pelo Poder Judiciário à administração está plenamente legitimada até mesmo pelas razões que justificaram historicamente a separação entre os poderes. Merece destaque ainda que a vinculação do administrador aos preceitos normativos constitucionais que não apenas limitam as escolhas e opções do administrador como também o obrigam a agir.

A separação das funções estatais ou dos poderes encontra como fundamento ético e jurídico exatamente a contenção do arbítrio ou abuso estatal em detrimento dos direitos humanos. Assim, quando o Poder Judiciário impõe condutas à Administração Pública exatamente para que a omissão não lese direitos humanos fundamentais, como é o caso da proteção ao meio ambiente, não há qualquer ilegitimidade nesta intervenção. Ao contrário, o controle das omissões injurídicas está respaldada nas razões legitimantes da separação dos poderes estatais.

Para a legitimidade da decisão em matéria de controle das políticas públicas ambientais, não é suficiente o esforço argumentativo e retórico no plano abstrato da norma, isso, aliás, é muito mais incumbência do legislador infraconstitucional. A justificação retórica, generalista e abstrata, aliás, não demanda maiores esforços argumentativos. Ninguém questiona que é dever do Estado promover a defesa e a proteção do meio ambiente e que este bem supremo garante, em última análise, a própria vida, assegura a dignidade humana. O que é realmente imprescindível para a legitimidade da sindicabilidade dos atos e das omissões do Estado em matéria ambiental é a compreensão e a justificação adequada da norma contexto, ou seja, da norma fundamental construída para o caso concreto de acordo com o contexto fático da demanda, da riqueza de dados do caso concreto, da realidade atualizada dos programas

estatais e do *status* de desenvolvimento econômico e social dos entes federativos envolvidos diretamente na política pública analisada.

A realização de audiências judiciais mais democráticas e participativas é uma das principais estratégias que deverão ser implementadas para legitimar a intervenção forte do Poder Judiciário no âmbito das Políticas Públicas ambientais. Todavia, conforme adverte Gisele Cittadino³⁴ convém advertir que o processo de judicialização da política não depende de uma atuação paternalista do Poder Judiciário, mas, sobretudo, de uma cidadania juridicamente participativa que pode ser exercida também por intermédio de outros instrumentos de controle social previstos na Constituição.

Quase todas as constituições contemporâneas indicam uma ampla lista de tarefas que devem ser implementadas pelo Estado. Trata-se de normas de eficácia plena que estabelece um enorme catálogo de políticas públicas que devem ser implementadas em prol da defesa e proteção do meio ambiente. Hoje o tema do ambiente já está constitucionalizado em muitos países e nestes não há mínima dúvida no sentido de que já há um mínimo exigível do administrador em termos de implementação de políticas públicas ambientais.

Assim, a atuação/intervenção do Poder Judiciário, na execução e na avaliação das políticas públicas ambientais, é plenamente possível em função da forma de posituação constitucional deste direito/dever fundamental. Já há densidade normativa suficiente para a sua concretização efetiva da tutela do ambiente independentemente da superveniência de interposição legislativa.

Pelo exposto, pode-se especular que o controle jurisdicional da correção das políticas públicas ambientais é um dever do Poder Judiciário. Dever este que deve ser exercido na perspectiva intervencionista e transformadora para a emancipação do homem na sociedade, para o seu pleno desenvolvimento humano e para a consolidação da justiça

³⁴ CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. *In*: VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 17-42.

social e ambiental.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O descompasso muitas vezes existente entre os reclamos sociais por justiça e as respostas dadas pelo Poder Judiciário exigem a adoção de novas iniciativas. Medidas estas que promovam uma revolução positiva nas alternativas procedimentais e também uma revitalização hermenêutica para melhor compreensão dos principais institutos da dogmática tradicional relacionados com a tutela do meio ambiente.

A luta obstinada por Justiça Ambiental deve ser um compromisso de todos, em especial das autoridades incumbidas da importante função de julgar e construir justiça. Não se trata de mera utopia ou de um sonho ingênuo, mas de algo que deve e pode ser construído com atitudes, iniciativas concretas, muito idealismo e especial sensibilidade ecológica e social.

A luta por acesso à justiça ambiental no Século XXI será, provavelmente, tão ou mais importante que a luta para garantir os direitos de propriedade dos séculos XIX e XX.³⁵

O Poder Judiciário, enquanto guardião da ordem constitucional deve atuar numa perspectiva intervencionista e transformadora para a emancipação do homem na sociedade, para o seu pleno desenvolvimento humano e para a consolidação da justiça social e ambiental. Este ideal somente será alcançado com uma hermenêutica comprometida com a atual conjuntura mundial.

O ponto de partida dessa atividade construtiva deve acontecer a partir dos princípios fundamentais da solidariedade e da sustentabilidade. A solidariedade é o componente axiológico imprescindível para a adequada atribuição dos deveres fundamentais e para compreensão da ampla relação pública ambiental que envolve os seres humanos, a comunidade de vida e as futuras gerações.

³⁵ RIFKIN, Jeremy. **La civilización empática**: la Carrera hacia una conciencia global em um mundo en crisis. Trad. De Genís Sánchez Barberán y Vanesa Casanova. Barcelona: Paidós, 2010, p. 533.

A sustentabilidade é uma categoria em pleno desenvolvimento e que necessita de mais juridicidade, pois deverá se consolidar enquanto novo paradigma do direito. Trata-se do princípio reitor do qual emergem todos os demais relacionados com a tutela do ambiente. Serve como referente hermenêutico indispensável, por contemplar a necessária relação entre as diversas dimensões que interagem no caso concreto: ecológica, econômica, social e tecnológica.

A garantia de uma ordem jurídica ambiental justa depende de um novo modelo de desenvolvimento que interiorize a proteção ambiental como objeto central de preocupação. Para o alcance deste objetivo também é fundamental a institucionalização dos deveres fundamentais, em especial do dever do proprietário de respeitar a função ecológica da propriedade. Afinal, imputar deveres fundamentais pela jurisdição é também uma importante estratégia de gestão do risco para a garantia de um futuro mais solidário e promissor para as futuras gerações.

As decisões e as escolhas do presente é que definirão a qualidade da vida urbana no futuro. Assim, a jurisdição ambiental deve atuar como importante instância de gestão do risco para assegurar um desenvolvimento menos excludente e mais seguro, democrático e sustentável. O principal conjunto de decisões relacionadas ao ambiente envolve a atuação dos Poderes Públicos, os quais também devem exercer de forma efetiva o poder de polícia ambiental. Nesta perspectiva, é fundamental que o Judiciário exerça, com firmeza e responsabilidade, o controle da implementação do amplo conjunto de políticas públicas previstas nos ordenamentos jurídicos em prol da proteção e defesa do meio ambiente.

Como observado, o efetivo acesso a justiça ambiental não é só procedimento, diz respeito principalmente às dimensões materiais da jurisdição, ou seja, a adequada compreensão dos seus princípios estruturantes e institutos diretamente relacionados com o comportamento humano e as suas influências no entorno.

O sistema de processo coletivo da tutela do ambiente podem propiciar decisões mais eficazes, desde que os institutos processuais sejam interpretados em sintonia com os

princípios ambientais e com a superação da lógica de pensamento do processo clássico destinado à tutela dos bens individuais. Dentre os princípios merece especial destaque o da participação, ou seja, o envolvimento ativo do cidadão e na dialética construtiva e revitalizada do processo, pois é o principal destinatário do resultado da prestação jurisdicional.

Afinal, a verdadeira justiça ambiental é aquela que, além de significar a solução justa para o caso concreto, também produz efeitos no plano da coexistência pessoal e ecológica, isso porque ao conter uma mensagem pedagógica contundente, contribui com a melhora contínua das relações entre as pessoas e destas com a natureza.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997.

ARNAUD, André-Jean. **Entre modernité et mondialisation: Leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État**. 2. ed. Paris: L.G.D.J, 2004

BECK, Ulrich. **A reinvenção da Política: rumo a uma teoria da Modernização Reflexiva**. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. Trad. Magda Lopes. São Paulo: UNESP, 1997

BENJAMIN, Antônio Herman. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico – apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: MILARÉ, Édís (Org.). **Ação Civil Pública: Lei 7.347/85 reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3540**. Relator Ministro Celso de Melo. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em 18 jun. 2011.

BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. A possibilidade da justiça transnacional na globalização democrática. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 15, n. 3, p. 432-446,

2010.

BOSELNANN, Klaus. **The principle of sustainability: Transforming law and Governance.** New Zealand: ASHAGATE, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: SAFE, 1988.

CAVEDON, Fernanda Salles. **Renovação do sistema jurídico-ambiental e realização do acesso à Justiça Ambiental pela atividade criadora no âmbito da decisão judicial dos conflitos jurídico-ambientais.** Tese de Doutorado defendida junto à Universidade do Vale do Itajaí, 2006.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. *In*: VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os Três Poderes no Brasil.** Belo Horizonte: UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

COLL, Amengual Gabriel. **La moral como derecho:** Estudio sobre la moralidad en la Filosofía del Derecho de Hegel. Madrid: Trotta, 2001.

CORDINI, Giovanni. **Diritto Ambientale Comparato.** Padova: CEDAM, 1997.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. O novo paradigma de Direito na pós-modernidade - Porto Alegre - **RECHTD/UNISINOS. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 3, p. 75-83, 2011.

CUTANDA LOZANO, Blanca. **Derecho Ambiental Administrativo.** 7. ed. atual. Madrid: Dykinson, 2006.

ESTEVE PARDO, José. Técnica, **Riesgo e Derecho:** tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho Ambiental. Barcelona: Ariel, 1999.

FARIA, José Eduardo. **Justiça e Conflito. Os juízes em face dos novos movimentos sociais.** 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade:** direito ao futuro. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2011.

FREITAS, Vladimir Passos de (Org.) **Direito ambiental em evolução.** Curitiba: Juruá, 1998.

GOLDBALTT, David. Teoria Social do Ambiente. Lisboa: Piaget, 1996.

MARTÍN MATEO, Ramón. La revolución ambiental pendiente. *In*: PIÑAR MAÑAS, José Luis. **Desarrollo Sostenible y protección del medio ambiente**. Civitas: Madrid, 2002.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação Civil Pública e a Reparação do Dano ao Meio Ambiente**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito Ambiental na Sociedade de Risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

NALINI, José Renato. **O futuro das profissões jurídicas**. São Paulo: Oliveira Medes, 1998.

PÉRES CONEJO, Loreno. **La defensa judicial de los intereses ambientales. Estudio específico de la legitimación 'difusa' em el proceso contencioso-administrativo**. Valladolid: Lex Nova, 2002.

PRIEUR, Michel. O Direito do Ambiente na França. *In*: AMARAL, Diogo Freitas e ALMEIDA, Márcia Tavares (Coords.). **Direito do Ambiente**. Lisboa: INA Instituto Nacional de Administração. 1994.

REAL FERRER, Gabriel. El derecho ambiental y los derechos de la tierra. Madrid: **Revista Temas (www.sistemadigital.es/pubs/magazine.aspx?ID=3)**, febrero de 2011, número 195.

RIFKIN, Jeremy. **La civilización empática: la carrera hacia una conciencia global em um mundo en crisis**. Trad. de Genís Sánchez Barberán y Vanesa Casanova. Barcelona: Paidós, 2010, p. 533.

TATE, Neal C.; VALLINDER, Torbjörn. The Global Expansion of Judicial Power: the judicialization of politics. *In*: TATE, Neal C.; VALLINDER, Torbjörn (Orgs.) **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.

TEUBNER, Gunther. A Bukowina Global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. Piracicaba: **Revista de Ciências Sociais e Humanas**, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos

limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. **Revista da AJURIS**, v. 35, n. 109, mar. 2008, p. 142/143.

SERRANO, José Luis. **Principios de Derecho Ambiental e Ecologia Juridica**. Madrid: Trotta, 2007.

VARELLA, Marcelo Dias. A Dinâmica e a Percepção Pública de Riscos e a Resposta do Direito Internacional Econômico. *In*: VARELLA, Marcelo Dias (Org.). **Governo dos Riscos**. Brasília: UNICEUB, 2005.

VIANNA, Luiz Werneck [et al.]. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WARAT, Luis Aberto. **A rua grita Dionísio! Direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

WEISS, Edith Brown. **Un mundo Justo para las Futuras Generaciones: Derecho Internacional, Patrimonio Común y Equidad Integeracional**. Trad. Máximo E. Gowland. Madrid: United Nations, Mundi-Prensa, 1999.

CONTORNOS DA AÇÃO DIRETA DE ILEGALIDADE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA DE INTERESSE NACIONAL SOB A PERSPECTIVA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Phillip Gil França¹

Alexandre Barbosa da Silva²

INTRODUÇÃO

Analisar e controlar o que faz a Administração Pública, especialmente como o faz, é vital para a garantia dos direitos do cidadão e da boa qualidade do regime democrático atualmente vivenciado. Para tanto, é essencial que os instrumentos estatais de realização do interesse público estejam voltados à viabilização do eficiente controle do que é público.

Entretanto, ao se constatar a incapacidade dos instrumentos disponíveis de atendimento das questões perturbadoras das relações intersubjetivas no Estado, urge a necessidade de adaptação do aparelhamento estatal para conformar sua capacidade de resposta aos anseios concretos da sociedade.

Isto porque, "a razão suprema de ser do Estado reside justamente no *respeito, proteção e promoção* da dignidade dos seus cidadãos, individual ou coletivamente considerados, devendo, portanto, tal objetivo ser continuamente perseguido e concretizado pelo Poder Público e pela própria sociedade, constitui já um dos lugares-comuns e postulados do Estado Constitucional (democrático e socioambiental de Direito) contemporâneo" (FENSTERSEIFER, 2011)

¹ Pós-Doutor (CAPES-PNPD), Doutor e Mestre em Direito do Estado pela PUC/RS. Professor (Mestrado e Graduação) da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo.

² Doutor em Direito Civil – UFPR; Professor de Direito Civil na Univel; Procurador do Estado do Paraná; Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Direito Civil-Constitucional "Virada de Copérnico" da UFPR.

Além do dever de a Administração Pública anular seus atos eivados de ilegalidade, conforme preconiza a súmula 473 do STF³, subsidiariamente, tal obrigação se recai ao Estado, como compromisso de manutenção e *sustentabilidade* de seu sistema jurídico sob a perspectiva, principalmente, de legitimidade constitucional de determinar normas de conduta – e controlar seu fiel cumprimento – para os seus integrantes, a partir de valores racionalmente aceitos por todos e, assim, entendidos como adequados a serem seguidos como vetores de bem comum e de desenvolvimento intersubjetivo.

Nesse sentido, destaca-se o seguinte assentamento jurisprudencial do STF, "*cabe ao Poder Judiciário verificar a regularidade dos atos normativos e de administração do poder público em relação às causas, aos motivos e à finalidade que os ensejam*"⁴. Para tanto, obrigatoriamente, o Estado precisa criar meios de *instrumentalização* para efetivação de suas incumbências constitucionais e, se assim não se verificar, resta ao *Judiciário o dever de sindicat e impor ao Executivo o cumprimento regular de seu mister público*.

Vivencia-se uma limitação do sistema jurídico estatal de conformação legal de determinados atos administrativos – via de regra, aqueles *discricionários* – em se submeter ao controle jurisdicional de seu conteúdo. Fato que traz, de forma geral, maior insegurança das relações jurídicas e sociais desenvolvidas pelo Estado, maior insegurança dos cidadãos diante dos seus desafios de desenvolvimento, maior insegurança daqueles que confiam e dependem de um Estado Democrático de Direito, pautado no regime republicano de responsabilidade e responsabilização das ações realizadas nos seus limites de competência normativa. Tal situação de insegurança nas relações intersubjetivas no Estado – em suas multifacetadas dimensões – enfraquece o tecido jurídico do sistema estabelecido, trazendo uma séria ameaça de ruptura insustentável desse mesmo sistema, fato que abre espaço para o retorno de *autoritarismos*, já vivenciados em outrora.

Extrai-se da lições de Luiz Guilherme Marinoni, que "a segurança jurídica, vista como

³ "A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial."

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 365.368-AgR**, 1.^a Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 22/05/2007, DJ 29/06/2007.) No mesmo sentido: **ADI 4.125**, Plenário, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 10/06/2010, DJE 15/02/2011.

estabilidade e continuidade da ordem jurídica e previsibilidade das consequências jurídicas de determinada conduta, é indispensável para a conformação de um Estado que pretenda ser "Estado de Direito" (MARINONI, 2011). Inclusive, complementa o autor, "o Estado brasileiro, além de ter o dever de tutelar a segurança jurídica, deve realizar as suas funções de modo a prestigiá-la, estando proibido de praticar atos que a reneguem (ibid.).

Destarte, faz-se necessário urgentemente estabelecer novos caminhos (ou adaptação daqueles já existentes) para proteção do tecido jurídico do sistema de Estado de Direito estabelecido com fito de manter a razão de existência do próprio Estado e, assim, torná-lo mais próximo possível dos seus objetivos fundamentais estabelecidos no art. 3.º da CF/88 – isto é, alcançar, pelo menos, o *mínimo sustentável de sucesso estatal*.

Tais caminhos, sob a perspectiva aqui defendida, além da adaptação do direito administrativo material – via nova instrumentalização de requisitos do ato administrativo e formas de interpretação do direito administrativo –, precisam de uma adaptação da *técnica de tutela jurisdicional* correspondente. Isto é, a adaptação da atual máquina processual estatal de viabilização do constitucional direito de ação, para a realização do controle judicial da discricionariedade administrativa de interesse nacional, é providência pública que não mais pode ser procrastinada.

Desse modo, sugere-se a operacionalização da *ação direta de ilegalidade da discricionariedade administrativa de interesse nacional, com competência originária do STJ*, para atender a eventuais ameaças ou agressões a direitos decorrentes de atos administrativos dessa natureza.

Destaca-se a necessidade de criação de determinada tutela jurisdicional apta a não promover a mera substituição da atuação executiva pelo Estado-Juiz, bem como a viabilizar a resposta estatal suficiente – não em demasia, tampouco insuficiente – para provocações realizadas pelos jurisdicionados eventualmente ameaçados ou agredidos pelos efeitos da atuação discricionária administrativa.

1. ADEQUADA TUTELA JURISDICIONAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA DE INTERESSE NACIONAL

Partindo da dogmática elaborada em torno da ponderação na planificação administrativa, Michael Gerhardt tem desenvolvido recentemente um modelo básico unitário de *controle judicial concentrado*, que coloca a construção do ato administrativo⁵ no centro da mira.

Conforme destaque de Assmann (SHMIDT-ASSMANN. 2003), Gerhardt trata, em termos gerais, do modelo ponderativo (ou de ponderação) da atuação administrativa, considerando aplicável ao controle de qualquer *decisão administrativa de natureza discricionária*. Este modelo de controle compreende *dois* níveis ou escalas: No primeiro, *verifica-se a ocorrência dos pressupostos jurídicos do poder discricionário administrativo*. Concorrem os elementos do suposto fato normativo que se encontra sujeito ao exercício do Poder? Fez-se uso efetivo do poder discricionário conferido? As normas de procedimento e demais elementos regulados do Poder foram observadas? Incorre-se em desvio de Poder? Todos esses aspectos devem ser fiscalizados pelo judiciário de forma plenária – em um Tribunal.

Em uma segunda escala, tem-se o *controle da ponderação realizada*, que, por sua vez, compreende três aspectos: o controle da observância das diretrizes que serão utilizadas como orientação da produção do ato administrativo; o controle do material (dos elementos) fático ponderado; e o controle da ponderação em si mesma.

As diretrizes da ponderação constituem indicativos de concreção que têm por finalidade guiar a Administração, direcionada ao resultado global da ponderação, na seleção do material fático a ser ponderado. Como diretrizes, a observância delas apenas é suscetível a um respectivo controle concentrado.

Os fatos que devem constituir o material fático a ser ponderado precisam ser

⁵ O autor se refere ao procedimento administrativo. Considera-se, conforme vetores do presente estudo, a construção do ato administrativo – ou seja, os elementos que, concatenadamente encadeados, consubstanciam a formação do ato administrativo.

determinados judicialmente de maneira direta, respeitando a atribuição específica da função instrutora da Administração que, no seu caso, resulta da respectiva legislação aplicável.

Assim, quando a cognição fática alcança seus limites, far-se-á necessária a determinação dos fatos da maneira mais concreta possível, por meio do diálogo entre os envolvidos. Neste caso, deverá recorrer-se ao assessoramento de peritos. Embora, também, seja possível ocorrer a determinação dos fatos pela Administração a partir de sua perícia própria. Nesta hipótese, torna-se importante o reconhecimento do valor de um ditame pericial, que, em tal caso, só poderá ser desvirtuado mediante um esforço argumentativo bastante considerável.

O controle jurisdicional da racional ponderação administrativa em si mesmo se refere, fundamentalmente, ao processo da ponderação realizado pelo gestor público na atuação administrativa e aos elementos de motivação manifestados no exercício da respectiva atividade. Como sucede também em outros ordenamentos⁶, as análises detidas na motivação deveriam constituir o aspecto principal do controle da ponderação.

Não se trata, de forma alguma, de uma análise meramente *formal*. Pelo contrário, o controle do resultado da ponderação se limita – dependendo da densidade com que são formuladas as diretrizes da ponderação – à verificação se algum interesse *ou elemento da ponderação foi considerado sob uma valoração não proporcional à sua relevância objetiva*.

Obviamente, com o critério de relevância objetiva dos interesses ou elementos ponderados se introduz em última escala de controle de ponderação um critério ou teste de mera evidência. Daí que se a decisão administrativa controlada pelo Judiciário for fundamentada em considerações adequadas ao seu objeto, esta deve ser declarada pelo tribunal conforme o Direito. Caso contrário, a decisão deverá ser anulada pelo Tribunal. Em nenhum caso o Tribunal poderá simplesmente substituir a vontade da Administração pela sua própria.

⁶ Como em Portugal, Alemanha, Itália, Espanha etc.

Não se pode esquecer que o direito de acesso à justiça é o cimento de todos os demais direitos que protegem o polifacetário direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva. E, assim, como quem nega a uma pessoa seu direito à vida, ou à liberdade, priva-lhe de todos os seus direitos constitucionais, o representante estatal que nega uma decisão sobre a materialidade de uma controversa levada à sua análise converte em inúteis as demais garantias constitucionais. (INIESTA; GIMENEZ; FARRERES. 1995)

Os cidadãos possuem o direito subjetivo de uma efetiva e adequada tutela jurisdicional, isto é, que o poder público se organize de forma a garantir que não lhes seja afastada a justiça, mas sim efetivada da forma mais eficiente possível. Trata-se de um "instrumento de defesa que o Estado coloca nas mãos das pessoas, concedendo-lhes assim a possibilidade de efetivarem as pretensões a que têm direito através de órgãos supra partes, responsáveis e coerentes que julgam com base num sistema pré-estabelecido de normas, obstando assim à auto-tutela e conseqüentemente à anarquia" (TEIXEIRA, 1998).

Como evidenciado, o direito a buscar o justo e recebê-lo devidamente, via um poder legitimamente constituído para tanto, é básico instrumento de convivência em sociedade e, desse modo, precisa ser ofertado da *melhor forma possível pelo* Estado responsável pelo desenvolvimento dos seus membros conformadores.

Conforme demonstrado ao longo do presente trabalho, o ato administrativo discricionário não tem recebido o adequado tratamento sob a perspectiva do constitucional controle jurisdicional da atividade administrativa do Estado. Fato que se pretende ser superado via, inclusive, a sugestão de mecanismos processuais específicos que tratem dessa falha do tecido jurídico que pode levá-lo aos patamares de *insustentabilidade*, em razão da instabilidade sistêmica que ocasiona, situação que precisa ser urgentemente enfrentada e superada.

Para tanto, *sugere-se a operacionalização da técnica processual* a seguir desenvolvida, inclusive, via indicação de ampliação da competência originária do STJ, estabelecida pelo art. 105, I da CF/88, criação de competência incidental (decorrente) e

sugestão de projeto lei definidor de demanda jurisdicional própria que atenda aos fins ora destacados de suprimir a questão acerca da instabilidade das relações sociojurídicas causadas pelo inadequado controle de atos administrativos discricionários de interesse nacional.

Controlar judicialmente a atividade administrativa discricionária de interesse nacional é tutelar a atuação administrativa que repercute não apenas de forma local, ou regional, mas sim impacta *interesses* e *direitos* espalhados em todo o território nacional.

Os atos administrativos de interesse nacional trazem consequências em esferas além daquelas limitadas ao espaço administrativo donde são exaradas, pois abalam – positiva ou negativamente – demais estruturas estatais e privadas nos demais âmbitos do país. Casos, por exemplo, como o da anulação das questões da prova do ENEM de 2011, ocorrido em uma cidade do Nordeste brasileiro, gerou consequências nos demais estados do Brasil, pois, conforme pedido do Ministério Público Federal do Estado do Ceará, a justiça federal local determinou a anulação de 13 questões da respectiva prova voltada à seleção de acesso de alunos de segundo grau ao ensino superior. Assim, todos os demais alunos do país também tiveram as mesmas questões anuladas em suas provas.

Entretanto, passado algumas semanas, o Tribunal Federal da 5.^a Região suspendeu tal decisão e determinou que apenas aqueles alunos da Escola que teve, em tese, a prova vazada, receberiam os efeitos de anulação das tais 13 questões em discussão no processo, inclusive, mais uma questão que não foi objeto do pedido inicial⁷.

Outro exemplo pode ser representado pelo caso de determinação judicial de realização de nova prova para alguns candidatos do V exame de ordem unificado da OAB, também em 2011, ocorrida no Estado de Tocantins, mas com repercussão de efeito no âmbito nacional. Conforme amplamente noticiado pela mídia nacional, os candidatos não aprovados na avaliação da segunda fase do respectivo exame de ordem, prova prático-

⁷ Após a Administração Pública responsável pelo exame ampliou, por conta, a abrangência de alunos afetados pela referida anulação de questões, gerando, assim, ainda maior instabilidade do sistema. Vide repercussão na mídia sobre o caso: <<http://g1.globo.com/vestibular-e-educacao/noticia/2011/12/mec-amplia-anulacao-de-questoes-do-enem-para-mais-candidatos-do-ce.html>>.

profissionais em Direito Penal e Direito Constitucional, poderão realizar novas provas nestas disciplinas sem qualquer custo adicional.

A decisão da 1.^a Vara da Justiça Federal de Tocantins considerou que os erros materiais não anulavam o exame, mas a medida adotada pelos organizadores da prova, de conceder tempo adicional aos examinados, não recuperou a isonomia do certame, já que a prorrogação não ocorreu em todos os locais.

A decisão foi tomada em Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal no Tocantins em face do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e da Fundação Getúlio Vargas⁸. Entretanto, pouco tempo depois, o Tribunal Regional Federal da 1.^a Região, deu provimento ao agravo de instrumento interposto pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) para reformar a decisão da 1.^a Vara Federal de Tocantins, que havia determinado a reaplicação das provas prático-profissionais do V Exame de Ordem para candidatos reprovados nas áreas de Direito Penal e Constitucional.

Ainda, como exemplos da instabilidade causada pelo controle judicial local de atos administrativos discricionários de interesse nacional, podem ser citados o episódio de pedido de vistas de provas (redação) do ENEM 2011, deferido pela Justiça Federal do Ceará e posteriormente reformado pelo TRF da 5.^a região, bem como, o caso da exigência Conselho Nacional de Educação (CNE) de idade mínima de 6 anos para o ingresso na escola. A Justiça Federal em Pernambuco determinou, liminarmente, a suspensão de resolução CNE que impedia a matrícula de crianças menores de 6 anos no ensino fundamental.

Evidencia-se nesses exemplos, como tantos outros, que o modelo atual de tutela jurisdicional do ato administrativo discricionário de interesse nacional não recebe o adequado atendimento estatal. Logo, sugere-se a alteração do modelo estabelecido para o controle de legalidade da discricionariedade administrativa via demanda originária no STJ, bem como de forma incidental em demandas que tratem sobre o objeto da técnica de tutela judicial aqui sugerida.

⁸ Vide maiores detalhes em: <http://www.conjur.com.br/2012-jan-16/reprovados-direito-constituicional-penal-refazer-prova-oab?utm_source=twitterfeed&utm_medium=twitter>.

Isto porque, cabe ao STJ a guarda do sistema legislativo federal, consubstanciada pela atividade administrativa estatal nos trilhos da legalidade. Tal técnica processual, teoricamente, fugiria da competência do STF, pois lhe compete a guarda da Constituição, inclusive por força do impedimento de nova análise de interpretação da legalidade exarada por Tribunal, em sede de recurso extraordinário, conforme expressa a súmula 636 do STF.⁹ Tampouco poderia atuar de forma originária quando fosse necessária nova interpretação de ato administrativo aplicado de forma disforme à legalidade, pois estaria usurpando competência do STJ como tribunal apto a verificar conformação legal da atuação administrativa estatal, como indica a leitura do art. 105, III, a, b e c¹⁰.

Não se exclui, desse modo, a possibilidade de, em grau recursal, ocorrer a análise de ofensa à Constituição de forma reflexa à contrariedade da legalidade administrativa. Entretanto, tal fato não afasta a conclusão de que a proposta de técnica processual apta a controlar judicialmente a discricionariedade administrativa de interesse nacional precisa ser direcionada ao guardião do sistema legislativo originador e fundante da legalidade administrativa: o STJ.

2. AÇÃO DIRETA DE ILEGALIDADE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA DE INTERESSE NACIONAL

A partir do exposto, a ação direta de ilegalidade de discricionariedade administrativa de interesse nacional (ADIDAIN) se consubstancia em técnica processual jurisdicional de controle concentrado de legalidade apta a tutelar atos administrativos discricionários, com repercussão nacional, indicados como lesivos ou ameaçadores de direitos. Trata-se de proposta de alteração normativa (constitucional, se necessário, e infraconstitucional) da forma como se controla a atividade administrativa do Estado, na

⁹ "Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida."

¹⁰ Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

dimensão da atividade exercitada a partir de um determinado espaço legal discricionário e que, por suas características, influem em direitos e interesses em todo o território do Brasil.

Isto é, quando ao se deparar com consequências ou reflexos de atos administrativos que ultrapassem interesses locais e regionais, por meio de alteração ou repercussão em direitos e interesses entre estados ou regiões do país, verifica-se a necessidade, em nome da segurança jurídica, estabilidade das relações sociais e, principalmente, manutenção da confiança popular no sistema jurídico estabelecido – base do Estado Democrático de Direito – da instituição do controle de legalidade de tal atuação estatal no Tribunal Superior competente pela guarda do sistema legislativo federal.

Objetiva-se, então, por intermédio da ADIDAIN, a homogeneização das decisões jurisdicionais voltadas ao controle da atuação discricionária administrativa de interesse nacional. Afastam-se, desse modo, o dispêndio de energia, tempo e dinheiro em demandas judiciais isoladas que, ao fim, precisam de uma decisão comum para alcançar seu desiderato de pacificação social e estabelecimento do Direito ao caso concreto.

Se em várias demandas, diferentes decisões judiciais tornam inseguros os caminhos a serem seguidos pela nação, mister é o estabelecimento de nova técnica processual que traga mais segurança e eficiência na atuação jurisdicional. Assim, torna-se relevante a consideração da técnica ora sugerida, de forma a viabilizar a realização de valores constitucionais que asseguram o acesso, o adequado prazo de duração do processo e a efetiva tutela jurisdicional de situações levadas à apreciação do Estado Juiz.

Dessa maneira, incumbe-se nesse momento indicar a instrumentalização da técnica processual judicial sugerida, demonstrando sua viabilidade e pertinência para o desenvolvimento do sistema jurídico e sua importância como meio apto a tornar melhor a vida do povo destinatário dos esforços públicos do Estado.

3. ESTRUTURA DA DEMANDA JURISDICIONAL

Com base na legislação estruturante da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), Lei n.º 9.882/99, e da ação direta de inconstitucionalidade (ADIN), Lei n.º 9.868/99, busca-se trazer os primeiros traços da ação direta de ilegalidade de discricionariedade administrativa de interesse nacional (ADIDAIN), como sugestão legislativa de caminho para a superação do gargalo de controle judicial de atos administrativos discricionários que, por suas características, trazem instabilidade nacional das relações sociais e jurídicas, bem como atrapalham o desenvolvimento sistêmico da nação, distanciando-a, cada vez mais, dos objetivos constitucionais da República estabelecidos no art. 3.º da CF/88.

Desse modo, pretende-se apresentar os indicativos da viabilização de um instrumento judicial próprio para que o dever estatal da efetiva e adequada tutela jurisdicional possa ser realizado. Assim, demonstrar-se-á como a ADIDAIN poderá ser concebida para suprir tal lapso do ônus público de atender ao cidadão, conforme sua obrigação constitucional de realização do interesse público, por meio de primeiros indicativos da demanda: a) competência; b) legitimados; c) requisitos; d) pedido; e) pedido liminar; f) procedimento.

a) *Da Competência*

Indica-se como competência originária para julgamento da ADIDAIN o Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista a delimitação de questões de interesse nacional e a necessária repercussão geral de atos públicos que ameacem ou agridam, direta ou indiretamente, direitos protegidos em legislação federal e não passíveis de serem tutelados por alguma das ações constitucionais, em função de *sua natureza discricionária de interesse nacional*.

Desse modo, em razão do afastamento da guarda direta de normas constitucionais, evidencia-se a competência originária e a decorrente (incidental) do Superior Tribunal de Justiça para julgar tais *atos discricionários de interesse nacional*, com fulcro no art. 105, III,

a, b e c da CF/88, a medida que se tutela ato público diretamente questionado pelos legitimados para tanto, bem como de forma incidental, em demandas jurisdicionais que questionem a legalidade discricionário de ato público, via pedido do juiz federal ou do ministério público federal (em sede de mandado de segurança), ou de ofício pelo juiz federal de primeiro grau, ou tribunal federal correspondente.

b) *Dos Legitimados*

Por sua natureza e repercussão nacional, os legitimados para propor a ADIDAIN são os mesmos *da ação direta de inconstitucionalidade*, somados aos *representantes de associações de interesse nacional e a defensoria pública da União*. Os legitimados são aqueles indicados constitucionalmente, como processualmente legítimos para *postular em juízo* a concretização e a realização do interesse público (excetuando a possibilidade de utilização do instrumento de proteção de ameaça ou agressão ao interesse público, via ação popular). São eles: i) o Presidente da República; ii) a Mesa do Senado Federal; iii) a Mesa da Câmara dos Deputados; iv) a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; v) o Governador de Estado ou do Distrito Federal; vi) o Ministério Público Federal; vii) o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; viii) partido político com representação no Congresso Nacional; ix) confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional; x) federações e associações defensoras de interesse coletivo ou difuso de âmbito nacional; xi) defensoria pública da União.

São esses, então, que de forma direta podem questionar no STJ a legalidade de determinado ato administrativo discricionário de interesse nacional, visando reconstituir a agressão ao tecido normativo e o abalo social causado por determinada atividade discricionária estatal contrária aos padrões legal e de Direito estabelecidos como legítimos para o desenvolvimento intersubjetivo e aprimoramento do sistema estatal concebido, após Constituição de 1988, como ideal para atendimento dos integrantes do Estado brasileiro.

Conforme já apontado, de forma incidental, mediante manifestação em demandas

próprias de controle do ato administrativo discricionário¹¹, quando se verificar os requisitos de reflexo (ou repercussão) nacional da atividade discricionária administrativa sindicada judicialmente, são legitimados para arguir *incidente de ilegalidade de discricionariedade administrativa de interesse nacional* o próprio juiz federal, ou desembargador federal, e o ministério público federal, quando da demanda participar. Desse modo, realizada a *arguição de incidente de ilegalidade de discricionariedade administrativa de interesse nacional*, a demanda será distribuída no STJ que analisará o cabimento correspondente como demanda específica de análise de tutela jurisdicional de *ato administrativo discricionário de interesse nacional*. Caso acolhida a respectiva arguição, a demanda jurisdicional seguirá o rito próprio indicada para a ADIDAIN. Na ocorrência de não recepção da arguição, pelo STJ, caberá agravo da decisão à presidência do mesmo Tribunal, e, na manutenção da negativa, o processo voltará ao juízo de origem para o seu regular processamento conforme a demanda judicial original ingressada.

c) *Dos Requisitos*

Para a interposição da ADIDAIN, seja da forma originária, seja por meio incidental, alguns requisitos básicos precisam ser verificados para a tutela judicial do ato administrativo discricionário de interesse nacional que ofenda ou ameace – *direta* ou *indiretamente* – direito protegido pelo sistema legal infraconstitucional federal estabelecido. Trata-se, destarte, de mecanismo processual judicial que, para ser acionado, necessita de um i) ato administrativo discricionário; ii) que as consequências de tal ato discricionário estatal gere efeitos de repercussão de âmbito nacional; iii) que tais efeitos ameacem ou ofendam, direta ou indiretamente, direito legalmente protegido, conforme sistema normativo federal instituído; iv) que o questionamento dessa situação de ameaça, ou concreta ofensa a direito, não seja passível de questionamento via mandado de segurança¹² ou demais demandas constitucionais de tutela de atos provenientes do poder público¹³; v) que a tutela jurisdicional correspondente seja imprescindível para a

¹¹ Mandado de segurança, ação ordinária de anulação de ato administrativo etc.

¹² Que demanda, por exemplo, demonstração de direito líquido e certo, não permite dilação probatória etc.

¹³ Como, por exemplo, ADIN, ADPF etc.

estabilização das relações sociojurídicas que estão sob ameaça ou agressão em razão do ato administrativo discricionário apontado como ilegal; vi) que o ato administrativo discricionário seja passível de sindicabilidade judicial sem que, para tanto, ocorra a mera substituição da discricção administrativa pela judicial; vii) que se verifique o interesse público a ser concretizado frustrado pela inadequada atuação discricionária administrativa e, desse modo, carecedor de tutela judicial para a respectiva realização.

Isto é, para a utilização desse mecanismo processual judicial de tutela de ato administrativo discricionário de interesse nacional, faz-se necessário demonstrar a ocorrência um ato administrativo discricionário em desconformidade com o sistema legal federal legitimado pela Constituição de 1988, conforme valores do Direito hodiernamente aceitos como adequados na República Federativa do Brasil. De igual maneira, evidenciar que tal deformidade legal agrida ou ameace, de forma direta, ou indireta, direito juridicamente protegido – inclusive, direitos difusos ou coletivos.

Assim, faz-se necessário apontar o abalo desproporcional às relações sociais e jurídicas desenvolvidas em uma perspectiva nacional, causando instabilidade nessas relações justificadoras de uma correspondente atuação jurisdicional voltada ao resgate do regular desenvolvimento das mesmas, decorrentes da agressão (ou ameaça) ao direito questionada.

Nessa mesma perspectiva, a ADIDAIN pode ser utilizada apenas quando outra demanda judicial constitucional não se apresente como apta o suficiente para a tutela da agressão ou ameaça a direito juridicamente protegido sob questão, tampouco quando a tutela jurisdicional demanda a mera substituição do ato administrativo por ato judicial. Finalmente, é primordial a apresentação do frustrado interesse público passível de concretização pelo ato administrativo discricionário irregular que, deste modo, precisa da tutela jurisdicional correspondente para alcançar seus fins.

d) *Do Pedido*

A petição inicial ADIDAIN deverá conter: i) a indicação da norma legal violada – direta

ou indiretamente – pelo ato administrativo discricionário de interesse nacional que ofenda ou ameace direito legalmente protegido, conforme sistema normativo federal estabelecido; ii) as cópias do ato administrativo discricionário questionado, documentos e demais provas de violação da respectiva norma legal; iii) o pedido, com suas especificações; iv) a indicação do melhor caminho para ato administrativo discricionário de interesse nacional questionado, visando à concretização do interesse público objeto do ato administrativo discricionário questionado; vi) requerimento de parecer do ministério público federal sobre o caso.

Logicamente, a petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator, cabendo agravo desta decisão. De igual forma, a petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de ADIDAIN, ou faltar algum dos requisitos de sua conformação.

e) *Do Pedido Liminar*

Em caso de extrema e motivada urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o Ministro Relator conceder liminar de suspensão, total ou parcial – ou de *modulação* – dos *efeitos* do questionado ato administrativo discricionário de interesse nacional, a ser posteriormente referendado em julgamento pela respectiva Turma Julgadora do STJ. O relator poderá ouvir os órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como a Advocacia da União ou a Procuradoria da República, no prazo comum de cinco dias, sobre o ato de concessão da liminar.

A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, bem como poderá determinar a suspensão dos efeitos do ato administrativo discricionário questionado e a imposição de fazer, ou se abster de ações, da autoridade pública responsável pelo ato exarado, de igual forma, de outros entes públicos em que eventualmente reflitam os efeitos desse ato discricionário, ou que guardem correspondência e eventualmente gerem efeitos contrários à decisão judicial liminar proferida.

Após apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias. Decorrido o prazo para informações das autoridades públicas responsáveis pelo ato administrativo impugnado, o processo seguirá para análise e parecer do ministério público federal, pelo prazo de dez dias. Após, o relator promoverá nova análise, com as informações da autoridade pública, e parecer do Ministério Público Federal, para promover a chancela da decisão da liminar proferida, ou a sua reforma.

f) *Do Procedimento*

Após a análise liminar da questão acerca da ilegalidade do ato administrativo discricionário de interesse nacional, será dada ciência ao ente público competente para a adoção das providências necessárias em cinco dias, fixando-se as condições e o modo de interpretação do ato administrativo discricionário anulado, para promover ou seu afastamento – parcial ou integral –, ou correção, ou convalidação ou chancela do mesmo.

Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a demanda de nulidade de ato administrativo discricionário ilegal, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria, no prazo de 15 dias. O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, no prazo de 15 dias, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Superadas tais etapas, o relator lançará o relatório, com cópia aos Ministros integrantes da respectiva Turma, e pedirá dia para julgamento. Em julgamento, poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo.

Das decisões do STJ, além dos possíveis recursos internos indicados pelo regulamento deste Tribunal, cabe *recurso extraordinário* ao STF, conforme hipóteses

definidas no sistema normativo nacional¹⁴ e no atual entendimento jurisprudencial acerca da necessidade de reflexos constitucionais oriundos dos debates realizados no STJ, sem efeito suspensivo da decisão exarada por este Tribunal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sobre os efeitos da decisão judicial declaratória de ilegalidade (ou de legalidade) do ato administrativo discricionário de interesse nacional, tal qual as ações constitucionais, a decisão proveniente de ação direta de ilegalidade de discricionariedade administrativa tem efeito vinculante em todo o território nacional em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário¹⁵, à administração do Poder Legislativo federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, bem como à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal e do Distrito Federal.

Do ato administrativo ou da decisão judicial que contrariar julgado em ação direta de ilegalidade de discricionariedade administrativa aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Superior Tribunal de Justiça que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da decisão ofendida, conforme o caso.

Em nome da interpretação consequencialista, a partir dos argumentos colecionados ao longo do presente trabalho, como se observa nas demandas de arguição de descumprimento de preceito fundamental, tem-se como aplicável a possibilidade de se ao declarar a ilegalidade – ou a legalidade – de ato administrativo discricionário de interesse nacional em sede liminar, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de

¹⁴ Conforme CF/88, art. 102, III e § 3.º (compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de local contestado em face desta Constituição. d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. § 3.º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros) bem como, artigo 541 e seguintes do Código de Processo Civil.

¹⁵ Sem desconsiderar a eventual possibilidade de recurso extraordinário ao STF.

excepcional interesse social, o Superior Tribunal de Justiça, por maioria da turma julgadora, restringir os efeitos daquela declaração (total ou parcial) ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado – mediante pedido próprio fundamentado pela parte interessada.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

INIESTA, Ignácio; GIMENEZ, Ignácio; FARRERES, German. **El Derecho a La Tutela Judicial y El Recurso de Amparo**. Madrid, 1995

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**, 2.ed. RT. São Paulo. 2011. p.120-122.

SARLET, Ingo W.; FENSTERSEIFER, Tiago. O papel do poder judiciário brasileiro na tutela e efetivação do direitos (e deveres) socioambientais. In: SILVA, Vasco Pereira da; SARLET, Ingo W. (Coords). **Direito público sem fronteiras**. Lisboa: ICJP, 2011. p.16.

SHMIDT-ASSMANN, Eberhard. **La teoría general del derecho administrativo como sistema**. Madrid: Marcial Pons, 2003

TEIXEIRA, Sónia. **A protecção dos direitos fundamentais na revisão do Tratado da União Europeia**. Lisboa: AAFDL, 1998. p.26.