



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA-UnB
INSTITUTO DE CIÊNCIA POLÍTICA-IPOL
BACHARELADO EM CIÊNCIA POLÍTICA**

MARIA CLARA MOREIRA VILASBOAS BOMFIM

**REGULAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DO PODER POLÍTICO:
COMO A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DOS TRIBUNAIS
SUPERIORES INCORRE NA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E NO
ATIVISMO JUDICIAL**

BRASÍLIA-DF

2019

MARIA CLARA MOREIRA VILASBOAS BOMFIM

**REGULAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DO PODER POLÍTICO:
COMO A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DOS TRIBUNAIS
SUPERIORES INCORRE NA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E NO
ATIVISMO JUDICIAL**

Monografia apresentada ao Instituto de Ciência Política (IPOL) da Universidade de Brasília (UnB) como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Ciência Política.

Orientadora: Prof^a Dr^a Graziela Dias Teixeira

Brasília-DF

2019

MARIA CLARA MOREIRA VILASBOAS BOMFIM

**REGULAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DO PODER POLÍTICO:
COMO A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DOS TRIBUNAIS
SUPERIORES INCORRE NA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E NO
ATIVISMO JUDICIAL**

Monografia apresentada ao Instituto de Ciência Política (IPOL) da Universidade de Brasília (UnB) como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Ciência Política.

Prof^a Dr^a Graziela Dias Teixeira
Orientadora

Prof. Dr. Aninho Irachande Mucundramo
Parecerista

à minha mãe

AGRADECIMENTOS

À Deus a quem sou imensamente grata por seu amor e por seu cuidado incondicionais. Agradeço a Ele por sempre estar presente na minha caminhada, me guardando nos momentos mais difíceis, e pela promessa que Ele deu, por meio de seu filho Jesus Cristo, de um futuro brilhante para aqueles que o adoram. Agradeço a Ele por me fazer compreender que nEle repousa a minha plenitude e que tudo o que devo fazer é confiar e acreditar que todas as coisas cooperam para aqueles que o amam e, ao mesmo tempo, aplicar o meu coração no Reino dos Céus. Agradeço a Deus por ter me dado um coração entregue a Ele e por ter recebido dEle liberdade e graça imerecidos.

À minha mãe, Betsy Moreira, e aos meus irmãos, Ezequias Moreira e Ana Beatriz Moreira, que sempre estiveram presentes e sempre investiram em todas as etapas e fases da minha vida, me auxiliando para ser uma pessoa mais forte e determinada em busca meus sonhos e objetivos. Agradeço por todo amor, apoio e incentivo. Agradeço por minha família ser não apenas o meu lar, mas também o maior presente que Deus, em sua infinita misericórdia, me deu.

À minha orientadora, professora Graziela Teixeira, pela paciência, compreensão, solicitude e carinho que sempre teve comigo durante todo o processo da graduação e da elaboração deste trabalho. Agradeço por ter confiado em minha capacidade e por ter me incentivado até mesmo quando as oportunidades não pareciam promissoras. Agradeço, também, ao professor Aninho Irachande por ser um excelente docente, sempre solícito aos alunos, e por ter aceitado ser parecerista nesta monografia.

À Gizelle Sousa, secretária do Instituto de Ciência Política, por ser um exemplo de profissional, sempre disposta a dar o seu melhor para ajudar os alunos. Agradeço por toda a dedicação, gentileza e amabilidade emanadas para com todos os alunos.

À minha igreja local, Igreja Batista Capital, e ao meu Pequeno Grupo, que, por meio do Corpo de Cristo, sempre me apoiaram, cobraram e incentivaram a crescer. Agradeço pelas constantes palavras bíblicas de encorajamento e pelas orações de suporte, em especial: Maria Clara Resende, Gabriela Ferreira, Lucas

Borges, Leonardo Muniz, Fernanda Marcondes, Lays Santos, Liliana Lima, Maria Carolina Vasconcelos, Kim Albuquerque e Amanda Espiñeira.

Ao meu amigo Lucas Sena por ser um exemplo de ser humano e por sempre ter me dado suporte. Agradeço pela pessoa extraordinária e incrível que eu vejo você se tornando todos os anos e por todos os momentos de risadas e nervosismos.

Finalmente, apesar de não ser possível agradecer a todos particularizadamente, registro o meu mais sincero agradecimento a todos que têm me acompanhado nessa trajetória.

RESUMO

O projeto busca examinar a atuação expansiva do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal, que cada vez mais se apossa das competências do Poder Legislativo para tomar decisões de cunho político-institucionais, distanciando-se da máxima constitucional da separação dos poderes. Procura-se analisar, a partir do conhecimento das bases da formação do constitucionalismo moderno, os mecanismos estruturais que levam à constante afluência dos sistemas político e de direito, reconhecendo na atividade de interpretação constitucional pelos tribunais o pano de fundo que leva ao ativismo judicial e a judicialização da política. Procedese, por fim, a observância da estrutura permissiva do Poder Legislativo, que repassa as suas funções para o âmbito de decisão da Suprema Corte judiciária e que gera, dentro do sistema de direito, o vislumbre por um poder constituinte reformador e detentor da última instância decisória no campo das questões políticas controversas.

Palavras-chave: sistema político; judicialização da política; ativismo judicial; interpretação constitucional; separação dos poderes; controle de constitucionalidade.

ABSTRACT

The project has the objective of examining the expansive performance of the Judiciary, especially the Supreme Federal Court, which increasingly takes over the powers of the Legislative branch to make political-institutional decisions, moving away from the constitutional maxim of separation of powers. Based on the knowledge of the foundations of the formation of modern constitutionalism, we seek to analyze the structural mechanisms that lead to the constant influx of political and legal systems, recognizing in the activity of constitutional interpretation by the courts the background that leads to judicial activism and the political judicialization. Finally, the permissive structure of the Legislative Power, which passes its functions to the scope of the Supreme Court decision and generates, in the law system, a glimpse of a constituent power that holds the final decision-making in the field of controversial political issues.

Keywords: political system; political judicialization; judicial activism; constitutional interpretation; separation of powers; constitutionality control.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CC - Código Civil

CCJ - Comissão de Constituição e Justiça

CF/88 - Constituição Federal de 1988

COFINS - Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social

CPI - Comissão Parlamentar de Inquérito

DEM - Partido dos Democratas

FGTS - Fundo de Garantia do Tempo de Serviço

PDT - Partido Democrático Trabalhista

PEC - Projeto de Emenda à Constituição

PL - Projeto de Lei

PSDB - Partido da Social Democracia Brasileira

PT - Partido dos Trabalhadores

STF - Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
Contextualização	11
Justificativa	14
Objetivos	15
Metodologia	16
CAPÍTULO I Paradigma de Afluência entre Direito e Política	18
1.1 - Legitimidade na Relação e na Diferença entre Direito e Política	18
1.1.1 A Separação dos Poderes	18
1.1.2 Período Histórico de Transição	21
1.1.3 As Organizações Institucionais do Poder Político	24
1.2 - O Paradigma do Estado Democrático de Direito e a Hermenêutica Político-constitucional	27
1.2.1 Paradigmas filosóficos na Ótica Político-constitucional	27
1.2.2 A Separação dos Sistemas Jurídico e Político na Modernidade	32
1.2.3 Passagem Constitucional para o Acoplamento dos Sistemas	36
CAPÍTULO II Controle de Constitucionalidade e a Interpretação da Intenção do Legislador	40
2.1 - Qualidades Formais do Direito Moderno	40
2.1.1 Justiça como Direito Racional e Sistemático	40
2.1.2 Revisão Judicial da Intenção Legislativa	43
2.1.3 A Integridade do Texto Normativo	47
2.2 - Interpretação Judicial da Legislação	50
2.2.1 Noções Elementares da Interpretação Constitucional e Legal	50
2.2.2 Controle de Constitucionalidade	54
2.2.2.1 Defesa da Constituição e Tipos de Inconstitucionalidade	54
2.2.2.2 Questões Políticas de Controle do Supremo Tribunal Federal	57
CAPÍTULO III Judicialização da Política Pura no Mundo	60
3.1 - Processos Democráticos de Jurisdição e Legislação	60
3.1.1 A Busca do Dever Ser dos Processos Legislativo e Jurisdicional	60
3.1.2 Democracia e Constitucionalismo	62

3.2 Judicialização da Política Pura Nacional e Transnacional	66
3.2.1 Judicialização da Política enquanto Fenômeno Político.....	66
3.2.1.1 Condições Multifacetadas da Judicialização da Política	66
3.2.1.2 Casos Ilustrativos no Cenário Internacional	68
3.2.1.3 Circunstâncias de Produção da Judicialização da Megapolítica	70
CAPÍTULO IV Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal e os Limites da Racionalidade	74
4.1 - A Arguição da Supremacia do Constitucionalismo Brasileiro.....	74
4.1.1 Redesenho Institucional do Supremo Tribunal Federal no Período Pós-Democratização	74
4.1.2 A Justificativa para a Concepção Supremacista do Supremo Tribunal Federal	78
4.1.3 A Pressuposição da “Última Palavra” pelo Supremo Tribunal Federal.....	82
4.2 - Decisão do Supremo Tribunal Federal pela Aprovação da União Estável Homoafetiva	89
4.2.1 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132 julgada em conjunto com a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277	89
4.2.1.1 Considerações Preliminares	89
4.2.1.2 Análise do Caso	91
CONSIDERAÇÕES FINAIS	94
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	97

INTRODUÇÃO

Contextualização

É característica fundamental dos seres humanos o convívio com o seu semelhante, pois a vida humana é essencialmente uma experiência compartilhada de relações. Cada indivíduo participa de inúmeras associações, no interior dos quais também mantém relações vinculadas por interesses. A convivência no interior desses grupos, ou de cada grupo com os demais, depende da existência de regras, ou seja, a convivência depende de uma organização (SUNDFELD, 2009).

Sob essa ótica, poder é a força que faz as regras e exige o seu respeito, pois, para existirem regramentos, uma força há de produzi-las, e, para permanecerem, uma força há que aplicá-las. Dessa forma, ao sintetizar as ideias de poder nas concepções de Bobbio e Dahl¹, enquanto relação entre dois sujeitos, associa-se poder ao conceito de liberdade, um mediante a negação do outro. Isto ocorre, uma vez que, em um grupo, o poder de um ou alguns implica na não-liberdade de terceiros, bem como a liberdade de terceiros implica no não-poder da parcela "dominante" do grupo (SUNDFELD, 2009).

Nesta perspectiva, há a existência de diferentes espécies de poderes, conseqüentemente, diferentes espécies de grupos sociais. Um grupo de pessoas organizadas sob regras, que permitem a convivência, é um grupo social pertencente à espécie de Estado. No Estado, o poder que sujeita todos os habitantes do país é conhecido como poder político. Este poder político, portanto, tem como fonte de suas características: (a) o uso exclusivo da força física contra quem não obedecer às regras, (b) o não reconhecimento de poder semelhante ao seu a outrem, (c) a não admissão de poder interno ou externo superior ao seu (SUNDFELD, 2009).

Partindo, assim, desses conceitos e da evolução histórica da regulação do poder político, que perpassa desde a antiguidade até adentrar a contemporaneidade, há de se examinar que os sujeitos incumbidos de exercer o poder político deixam de apenas impor normas, passando a dever obediência a certos regramentos jurídicos,

¹ A ideia de influência, no qual se insere o poder, é uma relação entre atores, sendo que um induz outros a agirem de modo que, em relação contrária, não agiriam (Sundfeld, 2009).

cuja finalidade é impor limites ao poder e permitir o controle deste pelos seus destinatários (SUNDFELD, 2009).

Além disso, há a ampliação das normas sobre o exercício do poder, visto que, ainda que de fato prevaleça o poder político sobre os indivíduos, estes organizam o Estado e controlam sua supremacia. Isto, portanto, faz com que surja o conceito de Estado Democrático de Direito, isto é, um Estado que realiza suas atividades debaixo de uma ordem jurídica (SUNDFELD, 2009).

O Estado de Direito define e respeita, através de normas jurídicas, os limites de sua atividade e a liberdade dos indivíduos. Assim, a vinculação do Estado à lei, para ser efetiva, exige que as funções de fazer as leis (legislar), aplicá-las (administrar), e resolver os conflitos (julgar), devem pertencer a autoridades distintas e independentes. A isso denomina-se "separação dos poderes". Essa separação, contudo, não pode ser mudada pelo legislador e, para isso, deve haver uma norma superior à lei e ao Estado definindo a estrutura estatal e garantindo direitos aos indivíduos. Essa norma denomina-se: Constituição (SUNDFELD, 2009).

Define-se Estado de Direito como aquele criado e regulado por uma Constituição, na qual o exercício do poder político é dividido entre órgãos independentes que controlam uns aos outros, além de impedirem o exercício arbitrário, abusivo e ilegítimo do poder e garantirem que os cidadãos, sendo titulares de direitos, possam opô-los ao próprio Estado (SUNDFELD, 2009). Nessa perspectiva, enquanto a separação dos poderes é reputada como o dever de independência entre as partes, isto é, entre os poderes constituintes do Estado de Direito, o conceito de *checks and balances* se relaciona com o controle que um poder pode exercer sobre o outro. Assim, embora se diferenciem, o sistema de separação de poderes e o sistema de *checks and balances* se complementam, uma vez que os poderes não podem desempenhar a função de controle mútuo entre si sem que exista um determinado grau de independência, assim como não pode haver independência sem que exista a possibilidade de controle. Existe, pois, um mecanismo de controle recíproco de diferentes autonomias, em que não há uma separação pura de poderes (FISCHER, 1998).

Nesse liame, é evidente que liberdade política não significa portar-se como se quer, pois, em um Estado onde há leis, a liberdade constitui o direito de fazer tudo o que elas permitem e deixar de fazer tudo que elas proíbem, sendo a liberdade política a característica primordial dos governos moderados em que não há abuso de

poder. Assim, para evitar tal abuso, é preciso que o poder se autolimite a partir de uma Constituição (MONTESQUIEU, 2000).

A liberdade política, nesse aspecto, constitui a serenidade proporcionada pelo governo, pois cada cidadão tem por dispor de sua segurança em relação a outrem. Quando, de outro modo, não há a separação de competências dentro do Estado, não há liberdade, visto que a concentração de funções nas mãos de um poder compõe forma de abuso e ameaça à segurança dos indivíduos (MONTESQUIEU, 2000).

Mister se faz, para real respeito à constituição e aos direitos individuais, por parte do Estado, dividir o exercício do poder político entre órgãos (poderes) independentes e distintos que se controlam, sendo a separação dos poderes estatais um elemento lógico essencial do Estado de Direito. Cada poder exerce uma espécie de função típica: (a) ao legislativo (função legiferante) corresponde a edição de normas gerais, seja para regular demais atos estatais, seja para reger a vida dos cidadãos; (b) ao executivo (função administrativa) corresponde a aplicação da lei editada para cobrar tributos, prestar serviços, ordenar a vida privada, etc; (c) ao judiciário (função jurisdicional) corresponde julgar sob provocação do interessado os conflitos entre indivíduos ou entre indivíduos e Estado (SUNDFELD, 2009).

Evidencia-se que a cada função corresponde uma espécie de ato ou norma estatal: à lei a função legislativa; ao ato administrativo a função administrativa; à sentença a função jurisdicional. A lei se submete à Constituição, sendo o ato administrativo e a sentença inferiores à lei e o ato administrativo ilegal anulável pela sentença. Portanto, só é possível reconhecer Estado de Direito onde o Estado se submeta à jurisdição como qualquer *pars* em juízo de igualdade com outra *pars* e a jurisdição aplique a lei preexistente e seja exercida por uma magistratura imparcial (SUNDFELD, 2009).

A partir dessa premissa, em um Estado livre, todo cidadão deveria governar a si mesmo. Todavia, devido à grande complexidade e densidade do Estado, é preciso a figura de representantes, eleitos por voto, para fazer tudo o que o povo não pode fazer por si mesmo (MONTESQUIEU, 2000).

A vista da figura de representantes introduzida por Montesquieu, dentro do sistema global, geralmente, o presidencialismo, favorece o desenvolvimento de Tribunais Constitucionais fortes, pois ter um presidente poderoso e um legislativo

independente deve pressupor juízes imparciais para a coordenação da interação institucional (ACKERMAN, 2006).

Justificativa

O tema se justifica, uma vez que, uma das principais manifestações da constitucionalização, por parte de grande parcela dos países do mundo, tem sido a judicialização da política, isto é, o recurso cada vez maior a tribunais e a meios judiciais para o compor importantes dilemas morais, questões de política pública e controvérsias políticas. Questões políticas altamente problemáticas estão sendo articuladas como problemas constitucionais. Isso tem sido acompanhado pela suposição de que os tribunais, e não os políticos, nem a própria população, seriam a instituição apropriada para a tomada dessas cruciais decisões (HIRSCHL, 2010).

Há, então, três categorias abrangentes de judicialização: (a) A disseminação de discursos, jargões, regras e procedimentos jurídicos na esfera política e nos fóruns e processos de elaboração de políticas puras; (b) A judicialização da elaboração de políticas progressistas pelas formas “comuns” de controle judicial de constitucionalidade de leis e atos da administração pública; (c) A judicialização da “política pura”, isto é, a transferência, para os tribunais, de assuntos cuja natureza e significado são evidentemente políticos, incluindo importantes debates sobre a legitimidade de regimes e identidades coletivas que definem a coletividade de cidadãos. (HIRSCHL, 2010).

Uma judicialização da política totalmente abrangente tem menos chances de ocorrer em uma comunidade com um sistema político unificado e assertivo, com capacidade de limitação do Poder Judiciário. Do mesmo modo, quanto mais disfuncionais ou paralisados forem o sistema político e suas instituições decisórias em uma dada comunidade organizada como Estado de direito, mais provável será a presença de um Poder Judiciário expansivo. Uma maior fragmentação de poder entre os órgãos políticos reduz sua capacidade de frear os tribunais, e, conseqüentemente, aumenta a possibilidade de os tribunais se afirmarem (HIRSCHL, 2010).

Uma Corte Constitucional forte aflui na prática mascarada do constitucionalismo abusivo, como tentativa de balanceamento do poder, o qual se utiliza de mecanismos formais de mudança constitucional – como as emendas constitucionais e as substituições das Constituições vigentes por outras. Essas

mudanças contribuem para que os "atores políticos" se perpetuem no poder – tanto pela prolongação de seus mandatos, quanto pela diminuição da capacidade dos outros poderes de atuarem como mecanismos de *checks and balances*. Sendo assim, os regimes continuam tendo eleições e não podem ser considerados completamente autoritários, mas se tornam muito menos democráticos, tendo em vista que as ferramentas de defesa da democracia tornam-se ineficazes frente a essas estratégias veladas do constitucionalismo abusivo (LADAU, 2013).

Objetivos

Este trabalho tem por objetivo compreender a influência permanente do Poder Judiciário no sistema político. Busca-se analisar nos fatores históricos e institucionais o que justifica os recorrentes abusos de atos discricionários no controle constitucional feito pelo Supremo Tribunal Federal sobre o legislativo, a partir da interpretação constitucional abusiva; da judicialização de políticas de dilemas morais controversos e do repasse permissionário do poder político ao STF. Pretende-se, portanto, questionar as bases do sistema político que constroem permanentes lacunas em suas atividades específicas, no âmbito em que o Estado deveria possuir capacidade de atuação mediante a separação de poderes.

Frente ao exposto, o trabalho pretende fornecer análises mais acuradas acerca dos procedimentos que envolvem a judicialização da política, valendo-se do argumento de que, sob o ponto de vista dos políticos, a delegação de questões políticas controversas para os tribunais pode ser um meio eficaz de transferir responsabilidade, reduzindo-se os riscos para eles mesmos e para o aparato institucional no qual operam, mesmo havendo o risco do abuso de poder constitucional e o risco da afastabilidade da separação dos poderes.

Dessa forma, a pesquisa em questão pretende tratar de assunto pouco abordado no decorrer da graduação de Ciência Política, embora apareça com destaque em matérias acadêmicas do meio jurídico, como naquelas que analisam os modelos e os paradigmas do direito constitucional comparado, pois são novas as publicações nacionais acerca do tema, haja vista a recente redemocratização do país,

os diversos processos de *law-making*² e as diversas mudanças paradigmáticas no cenário político nacional e transnacional.

Metodologia

O presente compêndio, por meio de estudo qualitativo metodológico aprofundado da literatura científica nacional e internacional existente no âmbito político-jurisdicional e por meio de realização de pesquisa conjuntural acerca de julgados que influenciaram a agenda governamental e de comportamentos políticos que motivaram a atuação do Poder Judiciário, pretende fornecer método descritivo com dados secundários aprofundados acerca dos procedimentos que envolvem a confluência dos poderes e o envolvimento da sociedade civil nesse processo. Dessa forma, a laboração buscará encontrar padrões de comportamento a fim de analisar as operacionalizações das ações passadas e assim prever condutas futuras.

Baseando-se na análise de Halperin e Heath (2012) para a definição da pergunta de pesquisa, o estudo irá buscar responder a seguinte questão: “Como o poder político é diligentemente influenciado pela Corte Constitucional brasileira em um sistema de separação de poderes? ”

A primeira etapa do estudo será construída metodologicamente a partir de uma revisão bibliográfica, levada a efeito em livros e artigos científicos a fim de construir e fundamentar um arcabouço histórico de afluência entre o poder político e o poder judiciário, que fazem repercutir até hoje o fenômeno da judicialização da política e do ativismo judicial em matérias institucionais.

A segunda etapa consistirá igualmente em uma revisão bibliográfica, para fundamentação teórica, a respeito da compreensão da regulação dos poderes e do controle interno do Estado, visando evidenciar os meios que fizeram surgir, dentro do contexto político, a estrutura das Cortes Constitucionais fortes, que cada vez mais ampliam a atuação de seu exercício interpretativo da constituição, em busca de decisões racionais em questões político-sociais, em contraposição um Legislativo cunhado na prática oportunista em benefício de seus interesses.

A terceira etapa pretenderá traduzir tanto uma análise explicativa, com a exposição de ações, meios e métodos utilizados pelos três poderes em relação à sua

² Processos de Momentos Constitucionais, na qual há a mudança abrupta da Constituição por circunstâncias conjunturais específicas. (Benvindo, 2015-2016).

atuação, a fim de destacar pautas e comportamentos genéricos por meio do controle de constitucionalidade e da interpretação conforme a constituição, como também instituir um estudo analítico das ações desses poderes, como formadores de mecanismos de sustento a perpetuação das práticas desvirtuadas de suas competências típicas, por serem igualmente capazes de modificar pautas e agendas político-jurisdicionais.

O último passo, portanto, consistirá na análise dos processos de judicialização da política e de ativismo judicial desempenhados no âmbito do Supremo Tribunal Federal, examinando a motivação que leva a aceitação das decisões judiciárias pelo Poder Legislativo e pela sociedade civil. Além disso, realizar-se-á um mapeamento exemplificativo de uma importante decisão da Corte Constitucional brasileira, a partir da análise documental, com o objetivo de fundamentar o debate teórico. A partir do mapeamento, procurar-se-á avaliar o teor da sentença e a sua possível influência nas mudanças do comportamento da política nacional. Dessa forma, a análise exemplificativa se tornará fundamental tanto para analisar as formulações práticas das demandas judiciárias, quanto para examinar a tentativa dos governos políticos de se adequarem ao instituído juridicamente.

CAPÍTULO I - PARADIGMA DE AFLUÊNCIA ENTRE DIREITO E POLÍTICA

1.1 - Legitimidade na Relação e na Diferença entre Direito e Política

1.1.1 A Separação dos Poderes

As leis representam as relações indispensáveis que descendem da natureza das coisas. Toda a totalidade dos seres possui suas leis próprias, porém somente os seres com leis positivadas se unem pelo conhecimento. Todavia, embora os seres possuam leis, eles não as seguem com constância, pois os seres inteligentes têm sua natureza limitada e, conseqüentemente, são passíveis de erro e são corrompidos a atuarem em interesse próprio. Dessa forma, como o ser inteligente vive em sociedade e poderia facilmente se esquecer do seu próximo, aos legisladores foi determinado fazer com que esses seres voltassem a seus deveres sociais com as leis políticas e civis (MONTESQUIEU, 2000).

A partir do momento em que os homens começaram a viver em sociedades com características e interesses próprios, emerge um estado de guerra, pois cada sociedade e cada particular buscaram desenvolver força e vantagens a seu favor. Esse constante estado de guerra é o elemento primordial que leva à origem das leis entre os homens, criando dentro da sociedade uma relação prestacional entre governantes e governados, os povos entre si e os cidadãos entre si, isto é, faz emergir o direito político, o direito das gentes e o direito civil, respectivamente, (MONTESQUIEU, 2000).

A reunião das diversas forças particulares gera, portanto, o Estado Político e a união das vontades particulares gera o Estado Civil. O governo, dentro do Estado político, deve se constituir das disposições particulares que melhor se relacionam com a propensão do povo que o estipulou. Assim, as leis devem se relacionar fortemente com o princípio do governo estabelecido no Estado, quer elas o estabeleçam pelas leis políticas, quer elas o mantenham pelas leis civis, posto que as leis comportem relações com sua origem e com a vontade do legislador, (MONTESQUIEU, 2000).

No republicanismo democrático - forma de governo e de aquisição de poder adotadas no Brasil - há como característica principal a existência de um governo, no qual o povo, total ou parcialmente, detém o poder soberano. O povo, por ser possuidor desse poder, deve fazer para si próprio tudo o que for aprazível, e, aquilo que não o

for, deve realizar por intermédio de seus ministros, nomeados a partir da vontade do povo. Além disso, o povo prescinde da necessidade de ser conduzido por um conselho eleito para que delegue parte de sua autoridade (MONTESQUIEU, 2000).

A natureza do governo consiste no que o faz ser como é, ou seja, fundamenta-se em uma estrutura particular, que no governo republicano representa o poder do povo. De outro modo, o princípio do governo consiste no que o faz agir, isto é, depende das emoções humanas para se impulsionar. Dessa forma, as leis devem condizer com a natureza do governo e não com o seu princípio (MONTESQUIEU, 2000).

Em um governo democrático é necessária muita probidade para se manter, pois em um Estado popular é essencial que haja a virtude como impulso a mais. Isso é confirmado, uma vez que, no governo popular, aquele que executa as leis é a elas submetido e, igualmente aos demais do povo, suporta seu peso. Assim, quando em um governo popular houver a suspensão da execução das leis, o Estado estará arruinado, pois isso apenas pode ocorrer mediante cessão da virtude pela avareza, pela ambição e mediante corrupção sistêmica (MONTESQUIEU, 2000).

Há duas tipologias que distinguem as leis: há as leis que constituem a liberdade política em correspondência com a constituição e há as leis que estabelecem a liberdade política em correspondência com o cidadão. Nas democracias, a liberdade política se pauta nas leis e corresponde em ter o direito de fazer o que se deve querer, ou seja, a liberdade se fundamenta no direito de fazer tudo aquilo que as leis permitem. Todavia, a democracia não é um Estado livre por natureza, pois a liberdade política apenas subsiste de fato em governos moderados, onde não há o abuso de poder. Nessa disposição das coisas, a virtude é pressuposta de limites, pois todo homem que detém o poder é levado a excedê-lo até o seu ponto limítrofe. Desse modo, é necessário que o poder se autolimite mediante uma constituição que obrigue os indivíduos a fazer aquilo que a lei permite e deixar de fazer tudo aquilo que a lei não permite, pois é objeto das leis a independência de cada particular (MONTESQUIEU, 2000).

A partir desses pressupostos, entendeu-se necessário existir a divisão de três diferentes tipos de poder, que se auto limitam e que se complementam. O primeiro poder corresponde ao legislativo, no qual o corpo legislativo, em um governo republicano democrático, promulga as leis e retifica ou anula as leis que foram elaboradas. O segundo poder corresponde ao executivo, o qual se ocupa das relações

entre Estado soberano e as execuções das resoluções públicas³ (MONTESQUIEU, 2000). Assim, o terceiro âmbito de poder corresponde ao poder do juiz de julgar, o qual versa sobre a vida e a liberdade dos particulares. No âmbito do Poder Judiciário, portanto, não deveria existir um corpo permanente de juízes, mas antes, estes deveriam ser de condição semelhante ao acusado para que o julgamento se realizasse a partir de seus pares, pois os juízes, ao constituírem um poder nulo, somente poderiam desempenhar a função de pronunciar as sentenças da lei (MONTESQUIEU, 2000).

A separação entre as esferas de poder se destina a assegurar a liberdade política dos cidadãos, pois emana da concepção individual de segurança. Quando não há a divisão dos poderes, não existe liberdade, pois a vontade geral dos detentores de todo o poder destitui a vontade particular do cidadão. A separação de poderes, desse modo, não é uma questão funcional, mas sim uma questão política de equilíbrio entre as forças sociais, na qual se vislumbra a possibilidade de um controle mútuo entre os poderes, ainda que estes estejam interligados entre si (MONTESQUIEU, 2000).

Na esfera do Poder Judiciário, os julgamentos nunca devem extrapolar o texto preciso da lei e jamais devem se pautar na opinião particular do juiz, pois desconstruiria os compromissos assumidos em sociedade. De igual forma, em um Estado livre, sendo inviável aos homens serem governados por si próprios e possuírem, em conjunto, o poder legislativo, necessário se faz que o povo desempenhe suas funções a partir de representantes, que realizam tudo o que o povo não pode realizar por si próprio. Todo o corpo de cidadãos, nesse contexto, deve possuir o direito ao voto que elegerá seu representante. Esses representantes, por sua vez, devem ter a capacidade de regular as iniciativas do povo, do mesmo modo que o povo deve ter o direito de regular àquelas. Por fim, é preferível que o poder executivo esteja concentrado nas mãos de um só indivíduo, pois faz parte de sua competência atividades instantâneas, que são geridas de melhor modo por um do que por vários (MONTESQUIEU, 2000).

³Apesar de Montesquieu definir como poderes distintos aquele que se ocupa das coisas e aquele que reside no direito civil, ele os denomina igualmente de poder executivo. Todavia, este trabalho os analisará como competências de denominações distinta e tratará do poder judiciário como terceira divisão das esferas de poder.

Ao corpo legiferante é necessário haver reuniões em tempos consideráveis, caso contrário não haveria liberdade, pois, ou não existiriam mais deliberações legislativas, o que levaria o Estado à anarquia; ou as decisões seriam efetuadas pelo poder executivo, o que levaria à ascensão de um poder absoluto. Semelhantemente, não é prudente que o corpo legislativo se reúna sempre, visto que tenderia a levar à defesa constante de prerrogativas e de direitos pelo poder executivo. Além disso, caso o corpo legislativo se reunisse incessantemente, haveria maior corrupção interna e o povo, que não nutre boa opinião sobre esse corpo, retiraria suas esperanças das leis (MONTESQUIEU, 2000).

O poder executivo deve possuir a prerrogativa de limitar as iniciativas do corpo legislativo, para que este não se transforme em despótico. Da mesma forma, o poder legislativo deve possuir a prerrogativa de averiguar de que modo as leis promulgadas foram executadas. Todavia, para não se recair em um estado de tirania, ao legislativo e ao executivo não compete o poder de julgar indivíduos e condutas particulares. Assim, apesar dessas negativas levarem à falsa compreensão da estagnação dos três poderes, o movimento preciso das coisas os obrigam a prosseguir de forma concertada e os faz subsistir até quando a corrupção se mantiver submetida (MONTESQUIEU, 2000).

1.1.2 Período Histórico de Transição

A definição de Constituição, na modernidade, associa-se às transformações estruturais que desempenharam a distinção funcional da sociedade. A organização hierárquica, então, exteriorizava-se sob aspectos dicotômicos: a integração sistêmica e a integração social (NEVES, 2009).

No que se refere à integração sistêmica, o apogeu da sociedade era constituído pela estrutura política de dominação, que se reproduzia na diferença entre poder superior e inferior e na semiótica moral-religiosa. Esse sistema se sobrepunha às demais esferas e seus respectivos códigos de comunicação, que se conservavam indiferenciadas e determinadas heteronormamente. A diferença entre licitude e ilicitude do direito não se distinguia, antes, confundia-se, com a diferenciação presente entre bem e mal (NEVES, 2009).

A compreensão de Indivíduo, associado à semântica moderna de individualidade, existia, visto não haver distinção entre homem e sociedade-

organização - o homem era concebido na sociedade de acordo com sua camada social. A integração social não era capaz de se associar com a instituição de direitos, antes se relacionava com a atribuição de privilégios. O poder era indisponível, por se legitimar pelo direito sacro, e se assentava como justificação da investidura, titularidade e exercício do poder do soberano (NEVES, 2009). Não havia, portanto, limitações jurídico-políticas expressivas ao soberano, mas sim uma evidente subordinação do direito à política, na qual “o chamado ‘direito sacro’ é antes um epifenômeno do poder legitimado pela moral assentada na religião” (NEVES, 2009, p.9).

A indisponibilidade provocava a noção de um direito verdadeiro e imutável no projeto das normas gerais e abstratas. As circunstâncias estruturais para a distinção de um procedimento legislativo eram inexistentes. A inalterabilidade estrutural do direito justificava-se regularmente pela preservação da ordem social hierarquicamente constituída e pela aceitabilidade dogmática da conjuntura política estática dominante. O poder fático, não criticável e incontrolável, e o direito sacro indisponível eram reciprocamente subsidiados entre si (NEVES, 2009). O direito e a organização política, na pré-modernidade, obtinham elucidação em um amálgama normativo indiscriminado de religião, moral, costume e tradição sacramente fundamentados (NETTO, 2004).

O direito firmava-se na tradição e em princípios de ordem religiosa. Não havia, portanto, um direito mutável periodicamente por decisão, o que apenas se mostra realidade com a separação do procedimento legiferante no Estado moderno, em consonância com o advento da Constituição como instância do sistema jurídico. À semiótica constitucional imputava-se a conquista, construção e invenção da sociedade moderna, que diferia entre poder e direito (NEVES, 2009).

Isto posto, a Constituição emergiu como a ordem de formação do Estado e como ele se relacionava com os cargos governamentais, sua distribuição e determinação tanto com o Estado como com a comunidade. Ao se referir à Constituição, portanto, no sentido moderno, reportava-se à estrutura social ou política, identificada em uma determinada sociedade, nos aspectos de conceituação empírica válida para toda formação social (NEVES, 2009).

Todavia, a emergência do Estado moderno não qualificou o surgimento do constitucionalismo. A ordem estatal, caracterizada pela eclosão do absolutismo monárquico, no início da modernidade, não permitiu a distinção funcional entre direito

e política, pois havia ainda a fundamentação sacra do poder dos príncipes, não se permitindo, assim, a subordinação do soberano às leis postas à sociedade. Entretanto, emergia a superação dos fundamentos divinos do poder, evidenciando a tensão entre instrumentalidade e indisponibilidade política do direito (NEVES, 2009).

Nessa ordem, a principiologia metajurídica na execução política das monarquias absolutistas se prestava para a validação de um local juridicamente livre para o soberano, na qual ela detinha o poder de determinar, empregar e compelir o direito (NEVES, 2009). Evidenciava-se, nesse contexto, a redução do direito a uma perspectiva única e a sua alocação no interior de uma esfera reservada ao direito burocrático da autoridade dominante. O poder político, dessa autoridade imperante, todavia, libertou-se da associação ao direito sacro e se automatizou, compreendendo o dever de preencher, por intermédio da legislação⁴, a lacuna ocasionada pelo direito natural divinamente regido - da vontade soberana do legislador político, da qual o direito deveria ser originado. Assim, desenvolveram-se três estágios no interior de um único processo circular conduzido politicamente: a legislação, a execução e a aplicação das leis (HABERMAS, 1992, p.582 apud NEVES, 2009, p.16).

No período do absolutismo, destacava-se uma indistinção sacra entre poder e direito, bem como uma tutela instrumental do direito à política, pois, embora houvesse relevante juridificação de normas positivas nas relações horizontais entre privados, carecia aos súditos direitos perante o soberano, imputando-lhes somente deveres e responsabilidades. Essa institucionalidade intolerável, em uma sociedade complexa e de elevada variedade de cosmovisões, conduziu compulsoriamente à idealização de revoluções e de movimentos revolucionários - o próprio constitucionalismo pressupôs revolução (NEVES, 2009).

A partir desse contexto revolucionário, as Constituições modernas surgiram com a pretensão de ser uma linguagem pragmaticamente universalista no interior de dado território, pois, embora sustentassem uma abrangência de significados e de referências, que tornaram muito complexo o exercício de interpretação de seu texto normativo, as Constituições correspondiam a um novo método de imputação de direitos fundamentais a todos os integrantes de uma respectiva organização jurídico-política. As Constituições modernas compuseram não apenas normas jurídicas, mas

⁴ Legislar significa inovar originariamente na ordem jurídica por meio da lei, que define e limita o exercício dos direitos individuais. Logo, cria para as pessoas direitos e deveres anteriormente inexistentes mediante ato normativo (SUNDFELD, 2009).

também diferenciaram funcionalmente o direito e a política, resultando, esse processo, na vinculação jurídica do poder e possibilitando-se a sua limitação e controle pelo direito (NEVES, 2009).

Nesse sentido, as Constituições, em sentido moderno, são “constituintes” de poder no âmbito de validade ou na dimensão temporal, na medida em que instituem uma nova estrutura política, renovando-lhe a fundamentação normativa positivada juridicamente (NEVES, 2009. p.21).

A sociedade moderna surgiu com base no constitucionalismo e com substrato nas decorrentes transformações estruturais, em termos de sistemas distintos funcionalmente dentro da esfera social. Não houve somente um esclarecimento entre lei, poder e saber, nem apenas a conquista da liberdade pelo homem, mas também um extenso processo de distinção sistêmica-funcional. Isso levou a uma multiplicidade de código-diferença, norteadores da comunicação dos inúmeros âmbitos sociais - distinção poder/não poder de origem política e diferenciação lícito/ilícito no primado jurídico -, que ocasionaram tensões de racionalidades confrontantes e suas respectivas pretensões de universalidades (NEVES, 2009).

Dessa forma, do enfoque da teoria dos sistemas, ao se distanciar da perspectiva de um local de análise único, nem mesmo a política é o cerne da sociedade, mas é somente um sistema em concorrência com outros, pois a sociedade geral se funda como uma conexão singular de uma multiplicidade de esferas de comunicação em vinculações de concorrência e, sincronicamente, de mutualidade (NEVES, 2009).

1.1.3 As Organizações Institucionais do Poder Político

A política e a moral se estendem em um âmbito similar, isto é, no campo da ação humana. Entretanto, a política e a moral se diferem por possuírem princípios divergentes para avaliação e justificação das ações. Na moral, o preceito para julgamento da atividade é a ação de respeito a uma norma absoluta desempenhada pelo indivíduo, enquanto que, na política, o preceito de julgamento é resultante dessa ação executada em nome do coletivo. Desse modo, o imprescindível para o homem político é obter os resultados aspirados, contanto que não exceda os limites da moralidade vigente, isto é, os limites do que a sociedade está predisposta a assentir como lícito (MAQUIAVEL, 2010).

A especificação do sistema político ocorre a partir do domínio exclusivo do recurso de comunicação universal, isto é, o poder. O domínio do poder, no perpassar da evolução da política, baseia-se originalmente na indispensabilidade de excitar o poder para excluir o poder (GIORGI, 2011). Assim, o poder político se encontra em busca de um progressivo crescimento para obter uma maior potencialidade expansiva (WEBER, 1999).

O que faz com que o poder se mantenha e que seja aceito é simplesmente que ele não pesa só como uma força que diz não, mas que de fato ele permeia, produz coisas, induz ao prazer, forma saber, produz discurso. Deve-se considerá-lo como uma rede produtiva que atravessa todo o corpo social muito mais do que uma instância negativa que tem por função reprimir (FOUCAULT, 2014, p.45).

O poder não é todo o objeto da atividade política, mas apenas um extrato. A moralidade no julgamento concretiza a execução política, que não se restringe ao poder em si próprio, mas abrange a sua manutenção e estabilidade - fenômenos que não se sujeitam apenas à força. O uso do poder, todavia, apresenta-se sempre em permanente conflito e se estabelece em perpétua contraposição aos outros poderes. Assim, o combate é circunstância elementar determinante da política, sendo o mecanismo de combate exclusivo do homem: a lei (MAQUIAVEL, 2010).

O poder é legítimo quando se fundamenta sobre um direito ao poder. A constitucionalização do sistema político e do direito infere a técnica de autofundação do poder sobre esses sistemas. A partir da comunicação coletiva, o sistema político perpassa um processo de especificação que o transforma em um sistema com capacidade de originar decisões coletivamente vinculantes (GIORGI, 2011).

A especificação evolutiva interna do sistema político distingue organizações, o que faz com que se solidifique a organização central do sistema político na figura do Estado - a política contrai um aspecto específico que a vincula a uma organização centralizada (GIORGI, 2011). A constituição de uma autoridade estatal forte é circunstância fundamental para que o Estado consiga desempenhar seu encargo civilizatório e determinativo. Portanto, essa premissa fundamental do Estado, a força, é alterada na sociedade moderna para implementação do direito (KRITSCH, 2001).

A partir do advento da acelerada expansão da complexidade do aparato estatal e a resultante insegurança jurídica, o Estado desenvolve como tarefa

fundamental a centralização e a organização do direito para unificação do próprio Estado, como ente soberano e elemento alicerçante da consolidação política. As definições de soberania e poder soberano mascaravam ideias dicotômicas de poder político: a primeira concepção dizia respeito a uma competência generalizada de assegurar cumprimento a comando; a segunda concepção remetia a ideia de uma força legal, que retratava a ocorrência de que o poder se difundia e se afirmava na figura do direito, isto é, em um aparato que sempre esteve especificado e que redundou em uma crescente conformidade de legislação (LUHMANN, 1996).

O Estado propiciou ao sistema político um objeto delineado territorialmente, uma organização de disciplina da comunicação e uma reportação a operacionalização eficaz de domínio exclusivo do poder para contingenciamento irrestrito do uso da força. Internamente ao sistema político, a composição centralizada do Estado efetivou o fechamento autorreprodutivo da política, apesar do seu acoplamento com os demais sistemas, ao mesmo tempo que possibilitou que o sistema realizasse a construção de seus próprios juízos sobre a sustentação de seus juízos próprios. Desse modo, contrapostas ao Estado, detentor do monopólio legítimo da força sobre determinado território, as demais instituições políticas forneceram prestações acessórias, pois são espaços de elaboração de temas, de representações de diligências, de produção politizada de enfrentamento de embate e de comunicação social para embasamento na forma de decisão/não decisão (GIORGI, 2011).

A finalidade mínima para a política se determina na manutenção da ordem pública nas relações internas e a proteção da unidade da nação nas relações externas. Estabelecer o Estado abrangeu organizar a vida da sociedade, ordenando ensejos conflitantes, mediante canalização ou regulamentação dos embates, pois exercer essas atividades requer um poder fundamentado na força, apto a gerar instituições. Assim, uma vez que os ensejos privados estavam suplantados a uma ordem ou mecanismo regulamentador, manifestou-se uma consciência pública, isto é, do bem comum (KRITSCH, 2001).

A característica formal do Estado atual é a existência de uma ordem administrativa e jurídica que pode ser modificada por meio de estatutos, pela qual se orienta o funcionamento da ação associativa realizada pelo quadro administrativo (também regulado através de estatuto) e que pretende vigência não apenas para os membros da associação - os quais pertencem a esta essencialmente por nascimento - senão, também, de maneira abrangente, para toda ação que se realize no território dominado (portanto, à maneira da instituição territorial) (WEBER, 1991, p.35).

1.2 - O Paradigma do Estado Democrático de Direito e a Hermenêutica Político-constitucional

1.2.1 Paradigmas filosóficos na Ótica Político-constitucional

A noção de paradigma firmada por Thomas Kuhn apresentou uma dupla perspectiva. Por um lado, permitiu explicar o progresso científico como um processamento verificável, por intermédio de rupturas, mediante a tematização e a elucidação de concepções centrais dos esquemas gerais de pré-percepções e visões de mundo, firmados no estigma naturalizado de silêncio⁵ e baseados nos exercícios sociais, que possibilitam a linguagem, a comunicação e a limitação do agir e da percepção de si próprio e do mundo. Em contrapartida, houve evidentes simplificações, que apenas são pertinentes à proporção que consentem que se exponha esses esquemas gerais presumidos nas compreensões de mundo predominantes e hegemônicas em determinada sociedade por certo lapso temporal e em contextos estabelecidos (apud CARVALHO NETTO, 2004). Em suma, o conhecimento avança evolutivamente, de modo pacífico, mas o avanço do conhecimento científico é possível quando ocorre rupturas de velhas gramáticas de práticas sociais, ou seja, quando ocorrem alterações de paradigma que moldam o modo como o indivíduo enxerga a realidade - as normas resultantes das vivências sociais factuais subordinam o que o indivíduo enxerga e a forma como ele enxerga (CARVALHO NETTO, 2001).

As constituições adotadas nos Estados modernos, a partir da segunda metade do século XVIII, foram resultado direto da aquisição da civilização humana de um planejamento intencional. O uso linguístico da *constitution*⁶ remonta à semântica

⁵ A noção de paradigma de Thomas Kuhn se encontra próximo aos constructos da filosofia da linguagem, isto é, ao giro pragmático ou linguístico que analisava o papel central que o silêncio exercia na linguagem. Dessa maneira, “ao retirarmos do pano de fundo tacitamente compartilhado de silêncio qualquer palavra que consideremos de sentido óbvio, trazendo-a para o universo do discurso, como fizemos como termo democracia, veremos que acerca de seu significado havia não um acordo racional, mas mero preconceito, ou seja, uma precompreensão irrefletida, um saber que se acreditava absoluto e que, por isso mesmo, não era saber algum” (CARVALHO NETTO, 2001, p. 74).

⁶ O uso linguístico na jurisprudência se refere a decretos de direito positivo com força de lei, enquanto que na linguagem política se remonta a constituição corpórea tanto do homem singular, quanto do corpo político (LUHMANN, 1996).

interpretativa de um texto jurídico que alicerçou a constituição política de um Estado. As definições terminológicas jurídica e política da *constitution* convergiram no momento de enfrentamento da nova fixação jurídica da ordem política e de presunção da ordem política como ordenamento jurídico (LUHMANN, 1996).

Nesse primeiro momento constitucional, segundo o qual o direito se apresentava como resistência ao parlamento e ao poder do soberano, política e direito aparecem como um único sistema e o direito se apresenta como o meio de resistência aos inconvenientes políticos e ao risco de se rescindir no estado primário de natureza. Os momentos revolucionários, tanto na América quanto na França, reavaliaram os direitos individuais, assentando a sua garantia e segurança na separação de poderes. Isso indicava o fato de que, mesmo que não se pudesse considerar a política como igualitária do direito, procurava-se reestabelecer essa divergência em uma hierarquia unitária, pois a revolução política, estabelecida à época, travestia-se de ruptura do direito, conforme o próprio ordenamento jurídico (LUHMANN, 1996).

A ocasião da ruptura política constringe a observar que a Constituição deveria ser compreendida como inovação de origem política no interior do sistema do direito. Esse processo fez com que a Constituição atribuísse a si mesma a primazia de lei supra-ordenada em relação a todas as demais leis. Assim, na medida em que dentro do ordenamento jurídico toda lei pudesse ser não-conforme ao direito, o legislador, ao criá-las ou modificá-las, poderia criar um direito ilícito, o que fazia com que a Constituição normativasse a influência política sobre o direito (LUHMANN, 1996).

A partir da tradição conceitualista de Estado, que se apresenta simultaneamente jurídico e político e que remonta ao início do período moderno, há a motivação intrínseca à sociedade de observar somente um sistema jurídico-político unificado. Entretanto, embora o direito tenha desenvolvido sua evolução concomitantemente com a evolução política, o direito já se apresentava existente no momento de consolidação política do Estado moderno. Assim, consegue-se articular sobre um conceito político de lei e observar nessa acepção uma ideia de difusão entre a razão política e a validade jurídica (LUHMANN, 1996).

A partir desses pressupostos, a sociedade moderna se diferencia sob a ótica da especialização, para fundamentar sua reprodução complexa pautada em direitos fundamentais. Isso requereu concomitantemente a afirmação paradoxal e estrutural da reconhecimento da igualdade e da liberdade de todos os seus integrantes,

isto é, tornou admissível a ideia de uma sociedade que se reconhecesse como formada por indivíduos iguais, pois estes eram ao mesmo tempo livres. A igualdade na diferença foi inaugurada como nova tensão nos espaços de interesse da sociedade moderna, o Direito e a Política, em virtude do seu próprio processo interno de diferenciação. A política e o direito foram reestruturados como problemas seculares a serem determinados em arenas públicas pelos cidadãos, para que simultaneamente pudessem existir sujeitos de direito e agentes políticos, que protegessem o ambiente privado de cada um (CARVALHO NETTO, 2003).

Os Estados nacionais foram arquitetados como arenas laicas de determinação e fixação de regras racionais que possuíam o encargo de gerir a organização e a propagação social, mediante uma normatividade jurídica. O direito passou a ser assimilado como ordenamento de leis racionalmente formatadas e fixadas à observação de todos por um mecanismo de sistematização política, regularizando as concepções abstratas como a liberdade individual, dado que todos poderiam fazer tudo o que as leis não proibissem, e a igualdade de todos perante a lei, posto que todos eram proprietários e sujeitos de direito - todos poderiam realizar atos jurídicos, mesmo que fosse a compra e a venda da força de trabalho (CARVALHO NETTO, 2004).

Esse contexto social, em consonância com o movimento constitucionalista, instituiu os Estados de Direito que provieram da condescendência da organização política à conveniência de que concepções do direito natural racionalista pudessem situar livre curso e se impor. Para que o direito público pudesse ter orientação autônoma, por intermédio da restrição do Estado à lei e da admissão do princípio da separação dos poderes, este deveria requerer, ainda que minimamente, a aprovação da representação da “melhor sociedade”⁷ no procedimento de composição dessas mesmas leis. Igualmente, às leis careceria a reserva da administração e perpetuação dos temas alusivos à vida, à liberdade e à propriedade (CARVALHO NETTO, 2004).

Evidenciava-se uma real separação entre sociedade política e sociedade civil, pois no âmbito civil pregava-se a igualdade formal de todos perante a lei, não importando a desigualdade material, enquanto que no âmbito político o espaço era preenchido somente pela “melhor sociedade”. Assim, emergiu uma diretriz jurídica

⁷ Segundo convencionado na época, da sociedade política poderia participar somente a “melhor sociedade”, isto é, aquela que atendia ao requisito de renda mínima para o exercício do voto (CARVALHO NETTO, 2004).

liberal clássica, na qual o regulamento jurídico de regras gerais, abstratas e negativas, ratificavam os direitos individuais - os de primeira geração. Essa concepção formal, universal e ideal de Constituição, portanto, estabeleceu os alicerces da organização política de modo a convertê-la em uma intimidação à livre execução dos direitos de igualdade e liberdade da sociedade civil (CARVALHO NETTO, 2004).

Entretanto, nesse período, houve a maior exploração do homem pelo homem, assim como o maior acúmulo de capital, o que subsidiou as revoluções industriais e a disseminação de ideias sociais que ameaçavam a antiga ordem liberal clássica. A luta por mudanças profundas fez emergir uma nova sociedade de massas e, conseqüentemente, um novo paradigma constitucional do Estado Social, que buscava a redefinição e a materialização dos direitos formais - direitos de segunda geração. A liberdade passou a pressupor todo o ajuntamento de leis sociais e coletivas que viabilizaram a reconhecimento das distinções materiais, mediante a internalização na legislação de uma igualdade equitativa, e não mais apenas formal. Desse modo, todo o direito passou a ser público, por meio da positivação legal, e passou a ser imposto por um Estado alocado acima da sociedade - a hermenêutica jurídica passou a ser capaz de eximir o significado da lei da vontade subjetiva do legislador no sentido da própria vontade objetiva da lei (CARVALHO NETTO, 2004).

A Constituição, assim como a liberdade e a igualdade, converteu-se em concepções de uma teologia secularizada, revertidas à instalação de um Estado forte e unitário, apto a criar e perpetuar uma comunidade política a partir de predileções plurais, diversas e antagônicas. Houve a predominância da manipulação política no sentido de negar os direitos universais formais e afirmar os direitos nacionalmente admitidos do costume em que estavam introduzidos. Emergiu a afirmação da necessidade política de Estados fortes, compostos por um Poder Executivo expressivo e capaz de efetivar políticas públicas de inclusão, pois a necessidade imediata de materialização dos direitos, como exigência antecipada à cidadania, pleiteava a omissão da formalidade dos mecanismos de participação (CARVALHO NETTO, 2003).

Em contrapartida a esse paradigma social, na segunda metade do século XX, o Estado Social passou a ser questionado devido aos abusos intervencionistas, às profundas crises econômicas instauradas e à oposição antitética entre técnica e política. As sociedades pós-industriais, então, evocaram o advento dos direitos

difusos⁸ - direitos de terceira geração -, na qual a sociedade civil seria capaz de representar o interesse público contra o Estado, nas hipóteses de omissão ou privatização da função. A liberdade e a igualdade foram resgatadas como direitos fundamentais que exteriorizavam e viabilizavam um corpo social de princípios, composta por participantes que se identificavam como membros livres, iguais e co-autores de leis. Originou-se, desse modo, um novo paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito, participativo, pluralista e aberto, no qual os direitos fundamentais reivindicavam cidadania, na conformação da soberania democrática e a Constituição formal passou a ser uma técnica perdurável e, desse modo, mutável, de certificação de cidadania (CARVALHO NETTO, 2004).

O princípio da separação dos poderes ganha o conteúdo da distinção entre o domínio das atividades legislativas ou discursos de justificação, ou seja, daqueles discursos que têm por critério de imparcialidade a universalidade, e o domínio da atividade de aplicação de normas, ou seja, dos discursos que, por sua vez, têm por critério de imparcialidade a sensibilidade para com as especificidades de cada situação de aplicação consoante a ótica de todos os afetados (CARVALHO NETTO, 2004, p.43).

O constitucionalismo refletiu um perdurável esforço de se estabelecer e de se fixar acertadamente à sistematização de sua sociedade complexa, que não poderia mais legitimar o sistema de direitos e de política a partir de fundamentos absolutos, baseados na concepção de sociedade formada por indivíduos iguais e livres, co-autores de leis que gerenciam o coletivo. Ao contrário, matéria e forma eram igualmente essenciais, pois a matéria deveria resultar do processo de consolidação dos sujeitos constitucionais e dispor de seguranças processuais formais de participação e de controle, por parte dos cidadãos, objetivando o bem-estar dos sujeitos afetados pelas medidas empregadas. Assim, no Estado moderno existe uma contínua preocupação entre o entendimento do direito ser imposto de cima para baixo, pela máquina estatal, e a requisição de uma aceitabilidade da autodoação do direito pelo aparato político - condição para que os cidadãos se reconheçam como co-autores das normas que os gerenciam, uma vez que o povo é a decorrência de um processo de institucionalização (CARVALHO NETTO, 2001).

⁸ Os direitos difusos são aqueles cujos titulares, quando ocorre dano, não podem ser claramente determinados. São exemplos desse direito os direitos ambientais, do consumidor, da criança e do adolescente, entre outros (CARVALHO NETTO, 2004).

No contexto do Estado Democrático de Direito, as Constituições que operam corretamente são aquelas que acobertam reciprocamente a independência impura da diretriz jurídica do ditame político, pois o direito moderno, sendo composto por normas gerais e abstratas, só pode instituir comportamentos se possuir o auxílio da política, isto é, da sanção estatal aparelhada. Assim também, o Estado ordenado só é capaz de operar se habilitado pela lei e legitimado pelo direito. Assim, é por intermédio do instrumento bilateral da Constituição formal que o direito e a política se distinguem e se acoplam sem desapossar de sua respectiva individualidade, pois a Constituição, mediante os códigos específicos que atribui a cada um, os vincula e os coordena (CARVALHO NETTO, 2001).

1.2.2 A Separação dos Sistemas Jurídico e Político na Modernidade

A partir do processo da democratização e da questão constitucional, os mecanismos de inserção do cidadão nos cenários jurídicos e políticos começaram a dissentir, uma vez que se desunidas as acepções gerais e específicas de cada sistema. As divergências políticas e jurídicas ocorreram devido às configurações do direito designadas a se infundir politicamente no próprio direito e, simultaneamente, ao resguardo jurídico do cidadão contra o poder político soberano. Assim, embora essas questões controversas não afetassem o axioma da índole estatal do direito e da política, eram derivativas dele (LUHMANN, 1996).

A concepção de político, ao se remeter em muito ao conceito de Estado, possibilitou o advento dos partidos políticos organizados com o objetivo de acessar cargos públicos e com fins políticos. Isto posto, tendo em vista que a viabilidade de estimular a política para alterar o direito perpetuou-se na comunicação social, em face da própria legitimação do direito na legalização da atividade legislativa parlamentar, resultou-se a imprescindibilidade de diferenciação entre a origem das comutações jurídicas, por meio da interpretação ativa do direito, e a expectativa por um novo meio de opinião política. Desse modo, não se refere a um único sistema suscetível de ser qualificado com a ideia de Estado, mas de dois sistemas díspares, ambos fechados em sua operação, com diferentes formas, programas e codificações (LUHMANN, 1996).

Afinal, a positivação do direito e a democratização da política apoiam-se reciprocamente e, com tal força, têm impregnado o que hoje se apresenta como sistema político e como sistema do direito, tornando-se difícil perceber aí dois sistemas diferentes e, mais ainda, dois sistemas livres de coincidências e fechados em sua operação. Mas é precisamente a democratização da política que exige, finalmente, mais proteção jurídica individual do particular, sobretudo quando a seus direitos constitucionais (LUHMANN, 1996, p.10).

Com a implantação do positivismo legislativo e o acelerado progresso de uma nova legislação, no decorrer do século XIX, houve a condução a um desenvolvimento que levou a compreensão de que os sistemas políticos e jurídicos eram separados. Observou-se, nesse período, que, mesmo para a simples interpretação da lei, não seria viável somente uma readmissão de discussões políticas no tribunal após elas terem gozado de resoluções que resultaram textos legislativos, tampouco se tratava de ter juízes apurando e explicitando as causas políticas das ocorrências duvidosas. A essência do comprometimento e da contratualização da concepção pública e as circunstâncias políticas do neocorporativismo impossibilitaram a busca pelo objetivo original do legislador no âmbito da utilidade jurídica. Assim, ao contrário, o sistema jurídico produziu seus princípios internos de interpretação, nos quais havia um comportamento limitado de intenção legislativa, mesmo que construído com base no texto normativo (LUHMANN, 1996).

O desmembramento de ambos os sistemas foi especialmente manifesto quando se tratou das diferentes codificações. Embora na efetivação do sistema de direito se tolerasse ponderar a dependência de uma codificação de poder político-hierárquica, por intermédio do entendimento de organização do Estado, e, embora o direito e a política localizassem sua liberdade na forma do Estado, no sistema do direito não existia condição similar à organização democrática de poder baseado na estrutura de governo e de oposição (LUHMANN, 1996).

A semiótica governo/oposição, consolidada a partir da organização do sistema de partidos políticos, passou a compor a forma e o código do sistema político, uma vez que a forma possui um lado interno e o código dispõe de um lado positivo. De outro modo, no sistema político, as possibilidades eram e se mantinham desordenadas e dependentes de casos e regras particulares, sem a alternativa de uma oposição consolidada (LUHMANN, 1996).

É óbvio que a separação dos sistemas não exclui intensas relações causais entre eles; na verdade, tais relações causais só podem ser encontradas se

puderem ser feitas distinções entre os sistemas (e devemos acrescentar que tal só é possível, com base na realidade, se os sistemas puderem se distinguir entre si). A hipótese da separação dos sistemas permite que seja mais bem explicada a ideia de os sistemas serem dependentes um do outro em sua deriva? Estrutural e em seu desenvolvimento estrutural (LUHMANN, 1996, p.14).

O conceito de Estado de Direito possibilitou determinar que perspectivas dicotômicas, como uma unidade, é analisá-las como um êxito civilizatório: a suspensão jurídica do poder político e a operacionalização da política do direito. Do ponto de vista do direito, esse conceito impossibilitou a existência de áreas desprovidas de direito e de composição de condutas construídas em desconformidade da regulamentação jurídica. Houve um enquadramento jurídico de decisões proferidas pelo Estado e, conseqüentemente, uma concepção jurídica do Estado como ente referenciador das demais decisões que eram associadas coletivamente na ótica do sistema político (LUHMANN, 1996).

O sistema político sintetizou convicções, de forma que deliberações coletivas vinculadas poderiam ser efetivadas. Assim, de acordo com os padrões políticos de resolução de dilemas, as deliberações procuraram a condição favorável no ambiente do politicamente possível. De outro modo, o direito, mediante a equação da mutabilidade positivada, permitiu a facilitação da fixação das formas legais e a despolitização de dilemas - o direito assegurava que as matérias seriam analisadas a partir de critérios delimitadamente jurídicos, mesmo que a política pudesse tratar de outras problemáticas. Dessa forma, o sistema político tornou passível decidir contrariamente ao direito, colocando em risco os assuntos delimitadamente jurídicos (LUHMANN, 1996).

Para superação desse conflito, o sistema político contemplou o direito como um mecanismo que viabilizava a consumação dos fins políticos. Nessa ótica, o sistema político se mantinha nos seus moldes, uma vez que o sistema jurídico promovia a disponibilidade da distinção entre o meio e a forma, afirmando a forma como o campo do direito válido que poderia ser alterado com base em impulsos políticos. Assim, a elaboração da política concebeu a decisão política de qual direito deve ser válido, da mesma forma que o direito, como campo político de ação, apenas se tornou acessível na medida em que o sistema político consentiu a sua efetivação própria, isto é, apenas quando o sistema político se isentou da execução da força pública ilegal (LUHMANN, 1996).

O sistema político moderno condicionou a política à significativa pressão temporal, pois a política respondia com aceleração ou atraso, a depender da compreensão de seus próprios *insiders* e na subordinação do poder. Em contrapartida, a função dos tribunais, no sistema jurídico, era consideravelmente lenta, em decorrência da necessidade de cautela e vinculação jurídica. Nesse contexto, a atividade legislativa se reverteu em um instrumento de reparação de tempo para a totalidade da sociedade, pois, a partir de uma pressão política, o Poder Legislativo passou a possuir a capacidade de agir de ofício com determinada rapidez⁹ - no âmbito político, a efetivação de uma lei¹⁰ era indício de êxito, pois era o evidente sucesso do grupo que se apresentava no poder. No domínio das novas leis, o sistema jurídico não deveria apresentar ampla resistência, pois não versava sobre a incorporação das experiências próprias, mas sim de um novo direito. Desse modo, como forma de equilibrar a temporalidade do conjunto da sociedade e manter na ótica social a separação dos sistemas, a legislação emergiu como campo de transformação de política em direito e o direito como campo de circunscrição jurídica da política (LUHMANN, 1996).

A separação de sistemas pode ser vista como precondição para o aumento da interdependência, e a própria sociedade, como sistema, pode ser vista como precondição para a possibilidade dessa conexão. A democratização do sistema político e a positivação do sistema jurídico só puderam ser desenvolvidas pelo recíproco condicionamento e estimulação (LUHMANN, 1996, p.28).

Isto posto, apesar da incontestável densidade entre o direito e a política, não houve mecanismos de justificação para se tratar de um único sistema. A autopoiese¹¹ dos sistemas confirmou que cada sistema possuía a capacidade de delimitar, por intermédio da operacionalização constitucional de seus próprios procedimentos, o que poderia ser incluído como componente especialmente privativo¹². Dentro do sistema político, isso foi obtido pela diferenciação entre

⁹ “O mecanismo de aceleração da legislação (e, sempre, sua disponibilidade ou indisponibilidade) naturalmente depende de que não se sabe, e não se pode saber, do que sucederá com a lei na prática do direito. O legislador tem suas próprias ideias sobre os ‘efeitos’ possíveis da lei, mas aí se têm ideias, e não informações” (LUHMANN, 1996, p.19).

¹⁰ A promulgação da lei é feita pelo sistema político como resposta ao sistema jurídico na direção desejada pela política (LUHMANN, 1996).

¹¹ O teorema autopoietico tem como fundamento central um sistema organizado e auto-suficiente. Este sistema produz e recicla seus próprios elementos diferindo-se do meio exterior (MATURANA, 2001)

¹² As operacionalizações de sistema são identificadas separadamente porque os sistemas se reproduzem e, ao fazê-lo, decidem quanto a suas próprias fronteiras” (LUHMANN, 1996, p.26).

governante e governado e pela codificação da autoridade pelo delineamento governante e oposição. De modo diverso, no âmbito do sistema jurídico, a codificação se fundamentou no contraste entre lícito e ilícito (LUHMANN, 1996).

Ademais, outra essencial distinção se apresentou na aplicação interna de insígnias para a unidade dos sistemas. No sistema jurídico aludiu-se ao direito válido, enquanto que, no sistema político, referenciou-se a fórmula de reconhecimento do Estado. Entretanto, na ocorrência de juízes e políticos serem classificados como servidores públicos, a menção é realizada não apenas às leis que legitimaram as circunstâncias de sua subsistência, mas igualmente ao fato de sua atuação poder ser transformada em objeto público - casos em que as balbúrdias só poderiam provocar uma admoestação pública para a normatização jurídica, que deveria ser expedida ao Estado (LUHMANN, 1996).

1.2.3 Passagem Constitucional para o Acoplamento dos Sistemas

Contrariamente à ideia original de fazer constitucional, o conceito de Constituição foi uma reação à distinção entre direito e política, isto é, à total e desregrada separação pura entre ambos os sistemas de funções. O sistema jurídico exigiu uma instância reguladora, não apenas para interpretação constitucional, mas também para controle político, que se forma pelo Estado, ou pelo povo. Desse modo, a Constituição foi legitimada e tutelada pelas revisões político-jurídicas e as indicações constitucionais designaram um acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico, pois a função da Constituição no sistema político era análoga a operacionalizada no sistema jurídico (LUHMANN, 1996).

A Constituição, quer sob o seu aspecto jurídico, quer sob o político, não é senão um dispositivo destinado a diferenciar a auto-referencialidade da hetero-referencialidade nas operações internas ao sistema" (LUHMANN, 1996, p. 21).

O sistema político, ao solucionar o problema da sua própria referencialidade à luz da Constituição, utilizou-se do direito. Entretanto, essa operacionalização do direito só funcionou devido ao fato de os sistemas não serem congruentes e não se sobreporem, mas, ao contrário, o sistema político poderia se valer do sistema jurídico a partir da hetero-referencialidade e, conseqüentemente, do

emprego de outro sistema funcional. A política particularizou os mecanismos responsáveis por levá-la em consideração, à medida em que ela concebeu o Estado organizado como Estado Constitucional, pois sem Estado constituído não haveria sistema político instituído. O direito, por sua vez, particularizou os mecanismos responsáveis por levá-lo em consideração, reduzindo-se a si próprio, por intermédio da lei constitucional, a um sistema jurídico de matéria indeterminada: o poder político constituinte do povo. Assim, a política não poderia abdicar ao conjunto do direito, que funcionava juridicamente e que não se desviava do seu código binário instituidor (direito/não-direito)¹³. O direito, em contraste, mediante uma legislatura politicamente influenciável, ajustar-se-ia às perpétuas pressões desempenhadas pela política e desenvolveria, a partir disso, a possibilidade de reconduzir para o sistema político inúmeros impulsos modificativos de seu curso próprio (LUHMANN, 1996).

A partir desse acoplamento, o sistema jurídico passou a tolerar um sistema político que se inclinava para a instituição de um Estado regulador e que não permitia que se estabelecessem medidas que pudessem submeter as suas operações próprias. Da mesma forma, o sistema político, fundamentado nesse acoplamento, passou a tolerar um sistema jurídico que se orientava incessantemente a processos próprios, resguardando-se da intervenção política sempre que a questão binária direito/não-direito se apresentava. Poder político e poder jurídico, portanto, só eram compelidos a se reportarem mutuamente no modo segundo instituído pela Constituição, havendo separação e recíproca impermeabilização dos acoplamentos estruturais, que tornavam possível a composição de regularidade interna ao sistema (LUHMANN, 1996).

A permanente exposição aos impulsos políticos no sentido de novas leis pode ser elaborada pelo sistema jurídico na forma própria da legislação, que, obviamente, não tolera tudo que seria desejável no plano político; e vice-versa, a política pode tolerar mais facilmente as perturbações produzidas na forma de decisões jurídicas [...] uma vez que a localização da decisão no sistema jurídico torna difícil atribuir ao governo ou à oposição a responsabilidade política dos incidentes (LUHMANN, 1996, p. 27).

A divergência interna da estrutura legislativa e judiciária, ao contrário do que foi defendido no período revolucionário do século XVIII, não se adequava mais à

¹³ Conceituação da corrente positivista do direito, na qual o sistema jurídico mantém sua unicidade a partir da Constituição que estabelece a orientação binária de classificação de leis, de origem política, que se encontram em conformidade ou não-conformidade ao direito, ou seja, das leis e dos atos jurídicos anteriormente formulados à luz da Constituição (LUHMANN, 1996).

defesa das pressões do sistema e não mais se apresentava como diferenciação contra as estratificações, mas, ao contrário, emergia para canalizar os efeitos profundos da influência política. A partir da ideia de acoplamento estrutural, ficou evidente que os conteúdos normativos dos textos constitucionais não poderiam ser escolhidos arbitrariamente para o fazer jurídico. Assim, houve a visível facilitação do acoplamento estrutural tanto na seleção de normas constitucionais - que possibilitavam ao sistema jurídico admitir a legalidade de quase a totalidade das formas de agir políticas - quanto na totalidade das decisões acerca da licitude do sistema político, que indicavam como qualquer tipo de decisão se encaixaria na jurisdição constitucional. Desse modo, estabeleceram-se regras procedimentais que asseguravam o poder político dos interesses de forma a não prescindir a necessidade política de legitimação em uma hierarquia de valores pré-existentis (LUHMANN, 1996).

A separação dos poderes, contida desde os projetos de soberania indivisível, converteu-se em forma de Estado que desempenhava controle autônomo, independentemente de sua soberania, pois somente a partir dessa premissa poder-se-ia garantir que cada sistema se guiasse automaticamente, por seu código individual, e não reconhecesse como próprias as comunicações realizadas fora do seu interior. Assim, apesar do acoplamento de conexão e interação estrutural entre os sistemas, era necessário que, a priori, houvesse a garantia da separação e o fechamento operacional dos sistemas do direito e da política (LUHMANN, 1996).

Esse acoplamento serviria à promoção e filtragem de influências e instigações recíprocas entre sistemas autônomos diversos, de maneira duradoura, estável e concentrada, vinculando-os no plano de suas respectivas estruturas, sem que nenhum desses sistemas perdesse a sua respectiva autonomia. Os acoplamentos estruturais são filtros que excluem certas influências e facilitam outras. Há uma relação simultânea de independência e de dependência entre os sistemas acoplados estruturalmente. As estruturas de um sistema passam a ser, mediante os acoplamentos estruturais, relevantes e mesmo indispensáveis à reprodução das estruturas de um outro sistema e vice-versa (NEVES, 2009, p.35).

Durante os séculos XIX e XX, os Estados que se constituíram encontraram-se em situação diversa, pois, ao se depararem com um meio de desenvolvimento evolutivo, situaram-se em uma realidade deficitária que sugeriu a propagação de modelos europeus em seus territórios como garantia de sucesso. Entretanto, esse contexto levou a um aparato institucional que visava à juridicização e à tutela de direitos fundamentais, mediante a divisão de poderes, para a autonomização dos

sistemas funcionais e o seu desenvolvimento mediante limitações. No Brasil, essas tendências evolutivas favoreceram esse processo de limitação de modo diverso, isto é, favoreceram a exclusão dos fragmentos baixos do campo de relevância político-estatal, por intermédio da corrupção, inflação e inacessibilidade. Essas limitações mediante exclusão representaram responsabilidade excessiva para a política, tornando-a instável. Todavia, isso não significou que se pudesse renunciar às Constituições, mas que a política era levada a se defrontar com problemas na arena decisória, assim como o direito não mais poderia ser concebido como regulamentação de conflitos, mas como um sistema voltado para a produção de comportamentos específicos (LUHMANN, 1996).

CAPÍTULO II - CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A INTERPRETAÇÃO DA INTENÇÃO DO LEGISLADOR

2.1 - Qualidades Formais do Direito Moderno

2.1.1 Justiça como Direito Racional e Sistemático

A evolução jurídica da modernidade desenvolveu a particularização crescente do direito, ao definir o sentido racionalizador da jurisdicionalidade com relação aos fins. A delimitação do âmbito de vigência do novo direito se dividiu tanto na qualidade técnica dos negócios isolados quanto na vinculação técnica do complexo funcional racional do negócio, ambas, de igual forma, referentes ao sentido racional relativo aos fins - essa vinculação se difere da pré-modernidade, uma vez que não se relaciona mais com o estamento juridicamente instituído por privilégios (WEBER, 1999).

O processo evolutivo dessa particularização decorreu de duas causas. Primeiro, adveio da distinção profissional e da pressão crescente dos interessados. Segundo, emanou da ambição de se evitar as formalidades do procedimento jurídico ordinário, com a intenção de se obter uma justiça mais célere e mais adequada ao caso concreto, ou seja, resultou de um enfraquecimento do formalismo jurídico com vistas a ensejos materiais (WEBER, 1999).

As qualidades formais do direito desenvolvem-se nesse processo a partir da combinação de um formalismo magicamente condicionado a uma irracionalidade determinada pela origem em revelações, no procedimento jurídico primitivo, passando, eventualmente, por uma racionalidade material ou não-formal, ligada a um fim e patrimonial ou teocraticamente condicionada, rumo a uma racionalidade e sistemática jurídica crescente especializada e, portanto, lógica e, por essa via - sob aspectos puramente externos -, ao progresso da sublimação lógica e do rigor dedutivo do direito e da técnica racional do procedimento jurídico (WEBER, 1999, p.143).

Evidenciou-se que as maiores divergências nesse sistema progressista, que resultou na formação jurídica especializada, estavam especialmente vinculadas às distinções nas relações de poder políticas, ou seja, nas relações de poder existentes entre as autoridades teocráticas e heréticas e nas relações subordinadas por eventos políticos na estrutura dos honorários jurídicos. Entretanto, a evolução jurídica moderna abrangeu aspectos que contribuíram fortemente para a dissolução

do formalismo jurídico. A gradativa purificação lógica do direito levou-o a uma contínua modificação da vinculação a fundamentos formais, manifestamente visíveis, pela gradual interpretação lógica do sentido, tanto na interpretação dos negócios jurídicos quanto, até mesmo, das normas jurídicas (WEBER, 1999).

Essa interpretação do sentido, a partir da racionalização da prática jurídica, objetivou elucidar a vontade das partes, incorporando ao formalismo jurídico uma substância individuadora e material. Além disso, buscou arquitetar vínculos entre as partes no âmbito da convicção, vinculando-se consequências jurídicas não-formais às circunstâncias, como, por exemplo, a ética ao utilitarismo (WEBER, 1999).

Originaram-se, com a manifestação dos dilemas de classe na modernidade, reivindicações materiais direcionadas ao direito por uma parcela dos seus interessados e por uma fração dos seus ideólogos, como forma de repúdio à validade exclusiva de critérios éticos econômicos, o que exigiu um direito social cunhado em axiomas da dignidade humana. Desse modo, a partir desse contexto de reivindicações, passou-se a entender a ação jurídica criativa do juiz como viável e necessária, ao menos nos espaços de lacunas das leis (WEBER, 1999).

Nesse momento, tentou-se demonstrar que as lacunas existentes configuravam o curso de todas as leis em face da irracionalidade dos acontecimentos, pois, em diversas situações, a execução da interpretação representava simples aparência, e, em contrapartida, o veredito era de fato cunhado em julgamentos concretos e não em normas abstratas. Desse modo, quando para o juiz faltava inequivocamente as instruções da lei, ele deveria julgar segundo a regra que ele estipularia como legislador. Assim, em relação à substância, uma jurisdição que refletisse somente as convicções imaginárias, diante da necessidade do compromisso de valores, haveria de renegar as normas abstratas análogas e consentir com valorações puramente concretas, ou seja, consentiria não somente na utilização do direito não-formal, mas também irracional (WEBER, 1999).

Desenvolveu-se então, ao lado da doutrina da existência factual das lacunas no direito, a afirmação de que o cumprimento do direito não correspondia, de fato, à aplicação de normas gerais a uma circunstância concreta, antes, equivalia a disposições jurídicas conquistadas por intermédio da abstração das decisões concretas. Além disso, emergiu a alegação de que a frivolidade quantitativa dos eventos que levavam à deliberação contraditória do juiz era utilizada para a depredação das normas legais, que somente eram utilizadas como normas de

decisão, em contradição com as normas de fato válidas no decorrer do livre processo¹⁴ (WEBER, 1999).

A lei, de modo isolado, foi confiada à responsabilidade do juiz para ser aplicada e moldada. Dentro desse sistema, a fixação legislativa de um conceito jurídico foi reduzida a uma simples interpretação que a analisava como sintoma da vigência efetiva ou desejada de um desígnio jurídico. Todavia, como proposta antagônica a esse irracionalismo valorativo, houve a tentativa da recuperação de um paradigma valorativo objetivo que tinha como ferramenta primária crescentes codificações sistemáticas. Isso em nada agradou os juristas, pois estes se sentiram ameaçados na sua importância e nas brechas de liberdade de pensamento e criatividade (WEBER, 1999).

As categorias irracionalistas, de rejeição ao sistema jurídico, pautadas unicamente na lógica, eram resultantes diretos da paulatina racionalização científica e da auto-reflexão incondicional das concepções jurídicas, pois, porquanto elas não possuíam personalidade racionalista, eram um mecanismo de escape racional e um resultante do racionalismo da técnica jurídica. Essa consequência, contudo, era dependente da influência dos juristas modernos, que passaram a se unir em associações de interesses para elevar o aumento da consciência de poder. Assim, especialmente nos países novos, desenvolveu-se com grande intensidade o caráter carismático da execução do direito, enquanto que, em conexão a isso, diminuiu-se o grau de racionalidade jurídica (WEBER, 1999).

O desenvolvimento social e político moderno, em consonância com os interesses de classe, fez com que os juristas insurgissem contra a justiça dos leigos ao exigirem que a classe menos instruída fosse submetida, na execução jurisdicional, ao controle dos profissionais, pois a decisão dos leigos, regularmente contestável pelo direito formal, era elaborada sem fundamentação e sem probabilidade de contestação material. Assim, emergiu uma classe de juízes burocratizada, altamente dependente em sua carreira dos poderes políticos dominantes, que foi recrutada para ocupar posições cada vez mais importantes no âmbito social (WEBER, 1999).

Mas é duvidoso que seja possível, nos países com direito codificado, fazer um juiz burocrático um profeta jurídico simplesmente colocando-lhe na cabeça a coroa de um “criador”. Em todo caso, diminuirá fortemente a

¹⁴ Deduz-se da postulação desses parâmetros a fundamentação sociológica do conceito de “jurisprudência” (WEBER, 1999).

precisão jurídica do trabalho, tal como se manifesta nas explicações das sentenças, quando arrazoados sociológicos e econômicos, ou éticos, ocupam o lugar dos conceitos jurídicos (WEBER, 1999, p.153).

Esse impulso foi uma das respostas opostas ao controle do culto ao especialista e ao racionalismo. O direito formalista e limitado ao que é manifesto, porquanto requeria segurança das relações jurídicas, era não-formal no interesse, visto estar condicionado à interpretação lógica do fato e da vontade das partes. Ademais, o direito foi coagido a seguir um caminho antiformal por todos os poderes que impunham na atividade jurídica algo diferente de um espaço de luta de interesses fleumática. Atuam nesse contexto: (a) as reivindicações materiais de justiça de interesse classista e ideológica; (b) a substância operante de formas de dominação política, especificamente as democráticas e as autocráticas; (c) a concepção da finalidade do direito que lhe era apropriada; (d) a reivindicação feita pelos leigos de uma justiça compreensível; (e) as ambições de poder da classe dos juristas, ideologicamente estabelecida (WEBER, 1999).

Entretanto, evidenciou-se que, independente da forma que se atribua ao direito e à atividade jurídica, seu futuro irremediável, como resultante da evolução técnica e econômica e a despeito das reivindicações da jurisdição leiga, seria a especialização do direito e a aceitação de um direito considerado aparato técnico com conteúdo destituído da “santidade” racional e, devido a isso, mutável periodicamente, de acordo com os fins racionais. Assim, esse futuro pôde ser velado pela submissão ao direito previamente existente, porém, não houve a possibilidade do direito se afastar desse destino (WEBER, 1999).

2.1.2 Revisão Judicial da Intenção Legislativa

O instituto da revisão judicial da intenção da legislação foi constituído por John Marshall enquanto orgulho e enigma da doutrina norte-americana. Observou-se que o enigma se fundamenta no fato de que todos consentem que as constituições modernas censurem determinadas formas de legislação ao congresso, contudo, por parte dos juízes da corte constitucional, dos especialistas do direito e dos cidadãos comuns não há consenso no que elas proíbem. Admite-se a interpretação que atribui aos juízes o exercício do poder de veto sobre a política da nação, impedindo que o

corpo legiferante chegue a decisões que eles, um número ínfimo de nomeados, achem errôneas (DWORKIN, 2001).

Em face desse dilema, para resolução do problema, foi proposta a formulação de um programa apolítico de decisão constitucional, por intermédio da busca de uma intenção constitucional, isto é, da intenção original do legislador, na qual os juízes poderiam averiguar como os constituintes originários objetivavam a percepção dos dispositivos indeterminados da Constituição e se compreendeu que, se o juiz seguisse essa intenção, não realizaria escolhas substantivas, mas somente fixaria escolhas realizadas anteriormente por aqueles a quem o povo conferiu autoridade constituinte (DWORKIN, 2001).

Para formulação de um programa apolítico foi desenvolvida uma estratégia com a nítida distinção entre matérias de substância e matérias de processo. Nessa hipótese, o juiz assumiria a responsabilidade de não revisar a equidade ou a justiça das resoluções substantivas, executadas por aqueles que aprovaram as leis, mas somente apuraria a equidade do processo pelo qual essas leis foram implementadas. Nesse contexto, a revisão judicial do processo político somente regularia a democracia, afastando-se a possibilidade de se sobrepor a ela, como faz a revisão judicial de substância. Todavia, apesar das tentativas de afastar a substância em resoluções constitucionais, todas terminaram em fracasso. Isso ocorreu porque os juízes não detinham a capacidade de deliberar qual a intenção adequada dos legisladores constituintes, ou qual processo político seria realmente justo e democrático, a menos que se utilizassem de decisões políticas substantivas (DWORKIN, 2001).

Isto posto, tornou-se frequente a distinção das teorias de revisão judicial entre interpretativistas e não interpretativistas. As teorias interpretativistas se fundamentaram na concepção de que a revisão judicial de decisões legislativas deveria se pautar na interpretação exclusiva da constituição, isto é, deveriam atuar no campo da interpretação do texto e da determinação da intenção dos constituintes. De outro modo, as teorias não interpretativistas se valeram da suposição da validade de o tribunal confrontar decisões legislativas com mecanismos oriundos de outra fonte, que não o texto constitucional, como é o caso da moralidade popular (DWORKIN, 2001).

Entretanto, toda teoria que tratasse da revisão judicial seria interpretativista, pois teria como objetivo disponibilizar uma interpretação da constituição enquanto

documento jurídico primário e fundador, também, integrar a constituição à prática constitucional. Dentro desse cenário dicotômico, as teorias não interpretativistas são interpretativistas, pois não desconsideraram nem o texto da constituição, nem as intenções que o moldaram. Nesse cenário, os teóricos, adeptos dessa corrente, defenderam que o comprometimento da comunidade jurídica com a constituição pressupõe um comprometimento anterior com determinados princípios de justiça política, que deveriam ser retratados pelo modo como a constituição é interpretada e aplicada, não desconsiderando nem o texto nem a intenção original dos legisladores constituintes (DWORKIN, 2001).

De igual modo, as teorias interpretativistas tinham grande probabilidade de se revelar não interpretativistas, pois, a partir do momento em que definiam o modo como os juízes deveriam realizar a revisão judicial, desprendiam-se do texto isolado e extraíam dos princípios de moralidade política as suas razões. O grupo legislativo originário, no momento em que aprovou a constituição, em consonância com os processos por ele estabelecidos, gerou um documento que somente se transformaria em direito se os princípios nele inseridos fossem aceitos pela moralidade política, que o limitava. Desse modo, depreendeu-se que esses princípios eram políticos, pois qualquer teoria do direito é uma interpretação da prática social complexa, ou seja, qualquer afirmação sobre o local em que a constituição reside na estrutura jurídica deve se pautar em uma interpretação da prática jurídica, não da constituição desvinculada da prática geral (DWORKIN, 2001).

É emblemático definir o que um determinado representante, em uma assembleia constituinte, desejou ao votar em um dispositivo específico, principalmente quando este é vago, pois um determinado representante pode não ter disposto de nenhuma intenção sobre determinado assunto, ou sua intenção pode haver sido indeterminada. A complexidade aumenta quando se deseja determinar a intenção do Congresso ou da assembleia como um todo, visto que se dialoga com a combinações de intenções individuais em uma intenção grupal. Não obstante cada representante possuísse uma intenção determinada, a intenção do conjunto poderia ser indeterminada, pois poderia ou não existir representantes suficientes defendendo uma intenção específica para transformá-la em intenção do grupo enquanto um todo. Dessa forma, não haveria nada de semelhante a uma intenção esperando ser descoberta, somente existiria algo esperando ser criado pela revisão judicial (DWORKIN, 2001).

A concepção de que a intenção original é fruto dos votos da intenção de seus membros é uma tentativa de se preencher lacunas com escolhas políticas, não uma tentativa de se entender o que a intenção do grupo determina. A ideia de uma interpretação da legislação original, que consistisse em um conceito aberto, não poderia ser o fundamento de uma teoria da revisão judicial, pois não representaria uma análise psicológica da intenção, mas sim uma moralidade política substantiva. Assim, a idealização de que os juízes poderiam decidir apoliticamente, ao descobrirem e imporem a intenção dos constituintes, é utópica, pois os juízes não possuem os meios necessários para desvendar essa intenção sem construir ou adotar uma ideia da intenção, isto é, sem tomar decisões de moralidade política (DWORKIN, 2001).

No empenho de conciliar a revisão judicial com a democracia, houve a tentativa de demonstrar que a revisão adequada não necessitaria que o Supremo Tribunal substituísse as decisões legislativas por novos julgamentos de sua autoria. Nessa ótica, há o programa que afirma que o tribunal pode, ao se valer de certo nível de controle constitucional, utilizar-se da intenção do legislador constituinte. De outro modo, há o programa que defende que o tribunal pode impossibilitar a infração da democracia ao policiar os processos da própria democracia. Todavia, ambos os programas se auto-anulam, pois, vinculam os julgamentos substantivos que afirmam pertencer ao povo ou aos seus representantes - a fuga da substância termina em substância. Ao se implementar a revisão judicial, portanto, dever-se-ia aceitar que o Supremo Tribunal desenvolvesse decisões políticas importantes e a questão primordial é estabelecer quais os motivos que devem levá-lo a isso (DWORKIN, 2001).

As decisões de política, isto é, àquelas sobre como se promove melhor o bem-estar geral, deveriam ser afastadas para se realizar decisões de princípios, isto é, as decisões sobre quais direitos os indivíduos possuem à luz do sistema constitucional e legal. Além disso, o Supremo Tribunal deveria elaborar suas decisões à vista da teoria substantiva da representação, extraída do princípio fundamental de que o governo deveria tratar os indivíduos com equidade. Logo, a revisão judicial não apenas acompanharia e promoveria as mudanças do direito e dos costumes, mas também asseguraria que as questões fundamentais da moralidade política fossem expostas e debatidas como questões de princípios e não somente de poder político, visto não haver transformações que não se desenvolvem no âmbito da legislatura (DWORKIN, 2001).

A revisão judicial se apresentou como um contorno da vida política, pois fez subsistir a visão de equilíbrio, na qual o tribunal desempenharia um importante papel de governo, mas não o papel central. Assim, seria necessário esperar que o argumento de princípio oferecido pela revisão judicial fosse o melhor argumento, pois ele oferece a promessa de que os embates sociais profundos, fundamentais, entre o indivíduo e a sociedade, fossem transformados em questões de justiça, isto é, de direito (DWORKIN, 2001).

2.1.3 A Integridade do Texto Normativo

Observa-se que a interpretação das leis somente pelos procedimentos foi rejeitada pela história jurídica, uma vez que os dispositivos constitucionais são igualmente substantivos. Os princípios constitucionais estabeleceram um ideal político, mediante a construção do quadro social básico de uma sociedade composta por indivíduos livres e iguais. O sistema de princípios, portanto, é abrangente, visto orientar a igualdade e a liberdade básica, ou seja, as fontes de todos os direitos individuais. Além disso, as disposições constitucionais são em si mesmas universais e, conseqüentemente, concedem aos juízes não eleitos grande poder de interpretação constitucional de questões controversas e de padrões de correção política (DWORKIN, 1992¹⁵).

Todavia, a tática revisionista é inteligível, pois nega que a Declaração de Direitos possua uma interpretação natural de formulação geral de justiça e postula que ela seja apenas uma lista de especificidades relativas. Os revisionistas, portanto, produzem falsos rótulos baseados no ativismo, por almejarem a relativização dos limites da Constituição a fim de julgar casos pautados em um direito natural externo. Contudo, o fervoroso esforço revisionista fracassou, pois não foi apto a instituir uma interpretação racional, mediante a avaliação significativa do conteúdo constitucional, mas, ao contrário, tentou reescrevê-lo para transformá-lo em um texto mais complacente. Dessa forma, uma vez que a concepção de democracia se paute numa forma de governo que a Constituição estabelece a partir de sua melhor interpretação, os revisionistas justificaram sua postulação de emendas à Constituição como

¹⁵ Trad. de Menelick de Carvalho Netto

mecanismo de melhor adequação a uma forma de democracia mais pura (DWORKIN,1992¹⁶).

Os revisionistas tentaram instituir as suas interpretações como as únicas efetivas do texto constitucional. Eles entendiam que a interpretação natural, isto é, “a de que a Constituição garante os direitos requeridos pelas melhores concepções dos ideais políticos da igual consideração e da liberdade básica” (DWORKIN,1992, p.4¹⁷), não seria a interpretação mais acertada, visto que defendiam ser a linguagem constitucional altamente abstrata e que, devido a isso, seria necessário buscar a intenção constitucional original (DWORKIN,1992¹⁸).

A partir desses pressupostos, os constitucionalistas utilizaram o termo “direitos implícitos” para determinar um conjunto de direitos constitucionais anuídos e controversos. Entretanto, se a Declaração de Direitos somente enumerou alguns dos direitos indispensáveis para uma sociedade igualitária e consciente das liberdades fundamentais, privando-se de catalogar outros direitos básicos, os juízes apenas poderiam fixar o cumprimento dos direitos factualmente expressos. Todavia, embora alguns juízes tivessem acolhido a diferenciação entre direitos implícitos e explícitos, defenderam, outrossim, que poderiam e deveriam ditar o cumprimento dos direitos implícitos (DWORKIN,1992¹⁹).

De modo diverso, seus oponentes, que negaram esse tipo de poder aos juízes, tinham seus princípios alicerçados na impossibilidade de acréscimo de direitos àqueles expressos, pois, ao se permitir que os aplicadores do direito ultrapassem livremente o limiar do conteúdo constitucional, haveria o abandono da possibilidade de limitação do poder judiciário. Assim, o direito constitucional produzido pelo juiz seria questionável quando reconhecidamente dissociado da circunscrição constitucional e a verdadeira problemática se pautaria em saber se e quando os juízes teriam competência para fixar a penitência dos direitos implícitos à Constituição (DWORKIN,1992²⁰).

A Declaração de Direitos foi composta por princípios universais e abstratos para a correção política e fundamentação dos direitos individuais. A observância desses princípios aos embates políticos não se realiza a partir da referência, mas, sim,

¹⁶ Trad. de Menelick de Carvalho Netto

¹⁷ Ibidem

¹⁸ Ibidem

¹⁹ Ibidem

²⁰ Ibidem

da interpretação. Assim, o exame do caso concreto não deve decorrer da intenção histórica do legislador, mas do princípio político que sustenta o exame que melhor compõe a estrutura geral e histórica do direito. Em decorrência disso, a distinção entre direitos implícitos e explícitos não se fundamentará em qualquer sentido relevante (DWORKIN,1992²¹).

A interpretação jurídica, embora limitada, é fundamentalmente holística, mesmo que o foco da interpretação seja um determinado dispositivo e não a totalidade do documento. A tentativa de idealizar a Declaração de Direitos como uma construção de dispositivos isolados, que não se relacionam por princípios, é infrutífera, pois a busca do juiz por uma vontade original do legislador e por uma interpretação de cláusulas isoladas leva ao distanciamento semântico da Constituição e ao arbítrio. Desse modo, a tentativa de construir a ideia de que a Constituição não quer dizer o que nela está expresso termina na conclusão de que ela não significa nada na sua integralidade (DWORKIN,1992²²).

Isto posto, a solução apresentada foi a aceitação da determinação Constitucional de que os juízes poderiam desempenhar o melhor conjuntamente para instituir, reexaminar e revisar, de acordo com as mutações histórico-político-sociais, a representação base dos dispositivos abstratos da Constituição. Nesse aspecto, abandonar-se-ia o esforço ineficaz pela busca de limites semânticos e se empenharia em diligenciar limites no bom argumento, uma vez que, não obstante os mecanismos de disciplina devam ser mais intelectuais do que políticos, os aplicadores do direito não podem ser neutros acerca das questões relevantes (DWORKIN,1992²³).

Não há fórmula que leve os juízes a atingirem a mesma resposta em casos concretos, pois não há um conceito de igualdade e liberdade constitucionais mais corretos do que outros. Todavia, o princípio fundamental do poder deve ser que, independente da concepção de justiça, os juízes devem impor para si o limite da integralidade, o qual determina que a decisão judicial seja uma questão de princípio e não de acomodação política. Além disso, a integralidade ordena que o juiz decida os direitos fundamentais de acordo com as pretensões da maioria e com as estruturas

²¹ Trad. de Menelick de Carvalho Netto

²² Ibidem

²³ Ibidem

constitucionais, assim como ordena que o juiz seja consistente, em todas as suas decisões, com o peso que adota em um princípio determinado (DWORKIN, 1992²⁴).

2.2 - Interpretação Judicial da Legislação

2.2.1 Noções Elementares da Interpretação Constitucional e Legal

A superioridade das normas constitucionais se traduz a partir da imposição de que todos os atos do poder político devem estar em consonância com elas, pois, se algum ato do poder público as contrariar, será inconstitucional, ou seja, constituirá uma qualidade negativa, que resulta na rejeição da validade jurídica. As normas constitucionais instituem o parâmetro de validade das demais normas inferiores, além de definir e direcionar o seu objeto material. Todavia, as normas constitucionais não definem integralmente toda a matéria possível das normas infraconstitucionais, mas somente regulam as deliberações legislativas que as desenvolvem. Desse modo, o legislador, ao desempenhar a atividade de executar o prescrito na norma constitucional, não abdica de sua liberdade de conformação, autonomia e determinação, mesmo que tenha sua liberdade determinada nos limites das normas constitucionais (MENDES; BRANCO, 2012).

O legislador é livre para tratar de diversos aspectos relacionados aos ramos do direito, como, por exemplo, criar procedimentos e alterar prazos de atos processuais de acordo com a importância social que conceda. Além disso, ao legislador é conferida a capacidade e a liberdade de revogar normas vigentes e elaborar novas normas para compor o ordenamento jurídico. Entretanto, ao legislador é conferida determinantes negativas, isto é, determinantes de não legislar sobre o que a constituição proíbe, e determinantes positivas, isto é, determinantes que regulam as matérias infraconstitucionais, estabelecem a extensão da disciplina legiferante e dirigem a atividade dos poderes públicos. Assim, o legislador é intérprete e executor da constituição sempre que legiferar em harmonia com o sistema constitucional e com os pressupostos da proporcionalidade, não podendo ter suas deliberações substituídas por simples preferência dos demais agentes públicos (MENDES; BRANCO, 2012).

²⁴ Trad. de Menelick de Carvalho Netto

A liberdade do legislador será maior à medida em que a densidade das matérias constitucionais for menor, visto ser característica das normas constitucionais modernas a abertura para a mediação do legislador nos conceitos indeterminados para apresentação de forças políticas na composição das lacunas. No constitucionalismo moderno, todo o conjunto de normas constitucionais são auto executáveis até onde podem ser, contudo, todas as normas são incompletas por serem gerais e abstratas, ao passo que necessitam do intérprete para a aplicabilidade dos casos concretos da sociabilidade (MENDES; BRANCO, 2012).

A doutrina moderna passou a classificar as normas em regras e princípios, na qual ambos se utilizam de categorias deontológicas gerais às normas: o mandado, a permissão e a proibição. As regras se referem às normas passíveis de execução imediata. De outro modo, os princípios representam as normas com matéria mais aberta do que as regras, ou seja, referem-se às normas que necessitam de intermediações materializadas pelos legisladores, juízes e administradores. Além disso, os princípios correspondem aos padrões que manifestam premissas da justiça, assim como desempenham competências argumentativas, isto é, visto que são mais amplos do que as regras, seriam mecanismos para a descoberta da motivação da regra ou de outro princípio menos aberto. Assim, os princípios, por estruturarem um instituto, impulsionam a criação de regras que não se apresentam de modo evidente nos enunciados legislativos, o que enseja a evolução e a integração do ordenamento jurídico (MENDES; BRANCO, 2012).

A partir desses pressupostos, a delegação de sentido a um preceito constitucional é um exercício que confere efeitos conformativos à ordem jurídica e à realidade social e individual, pois não se cogita a aplicação da norma constitucional sem interpretação, isto é, sem concretização. Interpretar a Constituição significa conhecer um ato normativo, ou seja, uma lei e, portanto, ao se considerar que a interpretação constitucional dispõe acerca das comunicações entre poderes e entre estes e os indivíduos, percebe-se a impossibilidade de distanciamento entre pressões ideológicas e políticas (MENDES; BRANCO, 2012).

A Constituição é marcada por conceitos vagos, que acompanham uma série de perspectivas opostas, o que leva à adoção de compromissos que postergam para a política ordinária as decisões valorativas deixadas em aberto pelo constituinte originário. Além disso, nas constituições modernas é recorrente a incorporação de valores morais, matérias axiológicas, pretensões filosóficas e premissas éticas, o que

se desencadeia não apenas nos legisladores, mas, também, nos intérpretes da Constituição, debates políticos e morais, os quais devem considerar toda a comunidade democraticamente afetada. Assim, mesmo que as opiniões dos intérpretes não sejam descartadas, estas devem ser medidas para que não ocorra a dissolução da Constituição, pois esta baseia sua força na segurança jurídica e não meramente na semântica. A interpretação da Constituição, portanto, é aberta a controvérsias que ocorrem desde as definições de técnicas interpretativas, até a adequação da base da interpretação (MENDES; BRANCO, 2012).

A interpretação de um preceito é utilizada para que dele se substancie uma norma a fim de solucionar um problema prático na realidade concreta, ou seja, a norma é interpretada tanto a partir do texto normativo quanto a partir dos dados da realidade que pretende regular. Na prática brasileira, o exame do texto legislativo é feito a partir da interpretação gramatical, analisando-se o sentido das palavras; da interpretação sistemática, buscando-se a significação no contexto amplo da estrutura constitucional; da interpretação teleológica, visando-se o sentido do preceito mediante a análise de sua finalidade e de seus princípios de valor; da interpretação do processo de formação da norma, investigando-se os antecedentes legislativos que originaram o dispositivo. Desse modo, não se pode hierarquizar os métodos interpretativos, mesmo que estes não resultem em apenas um sentido inequívoco (MENDES; BRANCO, 2012).

A ambiguidade se origina na vagueza do dispositivo e na impossibilidade de se criar um critério absoluto para determinar o sentido empregado pelo legislador. Além disso, o intérprete pode se deparar com situações não regulamentadas, na expectativa de que o legislador sobre ela tivesse disposto ou, ainda, pode se deparar com um fato real que se encaixa em uma norma, mas cujos resultados da aplicação da norma seriam impróprios. Em ambos os casos há uma lacuna legal, isto é, uma situação relevante não prevista (MENDES; BRANCO, 2012).

Na ocorrência do primeiro caso de lacuna, o intérprete deverá ponderar se o constituinte ou o legislador deixou a matéria para posterior promulgação legislativa, incidindo o domínio da liberdade do legislador, por se tratar de assunto extraconstitucional. Todavia, há casos em que ocorre um silêncio eloquente do constituinte em matéria constitucional a fim de levar o objeto a um tratamento específico para que não se atribua ao caso uma consequência semelhante às hipóteses explícitas similarmente. O silêncio eloquente, caso reconhecido pelo

Supremo Tribunal Federal, recai em matéria de regulação por ação direta de inconstitucionalidade (MENDES; BRANCO, 2012).

No caso de omissão constituinte ou legislativa devido a um lapso, incide a lacuna de formulação, neste caso, entende-se que o constituinte não pretendeu excluir a apreciação da incidência da norma, mas o fez por razão de descuido. De outro modo, a lacuna pode ocorrer quando o constituinte ou o legislador não apreciou a necessidade de tratar do período de adaptação real para que a norma produzisse seus efeitos. Por fim, há as lacunas axiológicas, nas quais uma circunstância relevante não foi prevista e disciplinada. Neste caso há uma solução normativa formal para a problemática, que leva o intérprete a compreender a necessidade de inclusão, supressão ou modificação de elementos normativos. Essas lacunas são criadas pelos intérpretes para restringir o alcance da norma, visando a finalidade julgada própria ao sistema (MENDES; BRANCO, 2012).

Isto posto, desenvolve-se o método hermenêutico-concretizador como guia para o intérprete das leis, com o propósito de outorgar maior grau de racionalidade ao exercício interpretativo e reduzir as áreas de pragmatismos. Os princípios constitutivos desse método são: unidade da legislação constitucional, da concordância prática, da correção funcional, da eficácia integradora, da força normativa e da interpretação conforme a Constituição (MENDES; BRANCO, 2012).

A unidade legislativa-constitucional define que não se pondere uma norma constitucional fora do sistema a que pertence, o que deve levar o intérprete a pressupor a racionalidade do legislador para originar o exercício hermenêutico de interpretação. Além disso, o princípio da máxima efetividade estipula que a uma norma constitucional deve ser conferido o significado de maior eficácia para produção dos efeitos que lhes são próprios. De forma derivada, o princípio da força normativa define o predomínio dos pontos normativos que garantem os condicionantes históricos do momento interpretativo. Todavia, em todos os casos, não é competência nem do legislador nem do intérprete transfigurar o conceito de modo divergente daquilo que caracteriza a sua intenção jurídico-legislativa (MENDES; BRANCO, 2012).

Como é função da Constituição promover a integração política e social, mantido o respeito às diversidades básicas existentes, aponta-se que serve de índice positivo do acerto de uma interpretação o efeito produzido de reforço da unidade política e o favorecimento à integração política e social (MENDES; BRANCO, 2012, p. 139).

Ademais, o princípio da correção funcional diz respeito à não deturpação, mediante interpretação, dos preceitos de distribuição de competências entre as instâncias da Federação ou dos Poderes. Consequentemente, o princípio da concordância prática define a não ocorrência de conflitos entre normas de igual valor, por meio de uma busca por um ponto de ajuste na ponderação do caso concreto (MENDES; BRANCO, 2012).

Isto posto, a interpretação segundo a Constituição não pressupõe que o legislador desejou dispor contrariamente à Constituição, mas que todas as normas infraconstitucionais se originam com presunção de constitucionalidade. Caso uma norma infraconstitucional reconheça mais de uma interpretação, admite-se a mais harmônica com a Constituição, a partir, igualmente, do princípio da conservação das normas. Entretanto, embora não se deva tomar como finalística a recepção interpretativa do legislador, esse princípio interpretativo possui limites, isto é, o objeto legislativo pretendido. Dessa forma, as normas infraconstitucionais não possuem aplicação automática, mas devem passar por uma aferição do sistema constitucional (MENDES; BRANCO, 2012).

2.2.2 Controle de Constitucionalidade

2.2.2.1 Defesa da Constituição e Tipos de Inconstitucionalidade

Embora o conceito de Constituição abarque uma multiplicidade semântica de significados, seu núcleo invariável reside na ideia de um princípio supremo que fixa o ordenamento estatal e a base da comunidade decorrente. A Constituição, em sentido material, se constitui pelas regras que versam a formação das normas fundamentais do Estado, estruturam os entes estatais e sistematizam o procedimento legislativo. Além disso, a Constituição em sentido formal se fundamenta no conjunto de regras originadas a partir de um procedimento especial e que se submete a um mecanismo especial de revisão. Assim, a Constituição se apresenta como uma ordem jurídica fundamental da coletividade, com finalidade reguladora, ainda que não totalmente precisa e completa, mas flexível e aberta para o controle de constitucionalidade e para o processo político-social dentro do tempo (MENDES; BRANCO, 2012).

Nesse íterim, constitucionalidade e inconstitucionalidade, a partir de um caráter normativo e valorativo, denotam uma relação entre a Constituição e um comportamento que lhe é ou não compatível (MENDES; BRANCO, 2012). A inconstitucionalidade, quando dirigida a um ato do Congresso, significa que o ato, mesmo que seja benéfico, excede os poderes a ele dispostos e, conseqüentemente, é nulo por incorrer em incompetência (BARBOSA, 1962 apud MENDES; BRANCO, 2012). Desse modo, uma Constituição deve possuir garantias de anulação dos atos políticos-sociais inconstitucionais para que se torne obrigatória e vinculante, tornando-se para tanto necessária a criação de um órgão incumbido da anulação dos atos incompatíveis com os ditames inconstitucionais (MENDES; BRANCO, 2012).

As formas de controle de constitucionalidade quanto ao órgão podem ser: controle político, controle jurisdicional e controle misto. O controle político ocorre quando a atividade é efetuada nas Casas Legislativas, pelas Comissões ou pelo poder de veto oposto pelo Poder Executivo. De outro modo, os mecanismos de controle de constitucionalidade quanto à forma podem ser: incidental e principal. No controle incidental a inconstitucionalidade é definida dentro de um processo judicial, relativo a um caso concreto, enquanto que no controle principal a matéria constitucional é objeto da própria ação judicial. Por fim, as formas de controle de constitucionalidade quanto ao momento de controle podem ser: preventivo e repressivo. O controle preventivo ocorre antes do aperfeiçoamento do ato normativo, enquanto que o controle repressivo ocorre após a promulgação da lei (MENDES; BRANCO, 2012).

Nesse contexto, o controle constitucional jurisdicional, exercido por órgão do Poder Judiciário ou por Corte Constitucional, é dividido entre os modelos difusos, concentrados e mistos. O controle concentrado se refere à competência de julgamento das matérias constitucionais por um órgão jurisdicional superior, que determina eficácia retroativa a uma decisão interposta em um caso concreto. A partir do controle concentrado, permite-se que os tribunais elevem a controvérsia constitucional concreta à Corte Constitucional, o que dissocia o monopólio e assegura aos órgãos judiciais o juízo provisório e negativo da matéria. De modo diverso, o modelo de controle difuso assegura efeito vinculante à decisão e garante a qualquer órgão judicial o poder-dever de afastar do caso concreto a aplicação de uma lei considerada incompatível com o sistema constitucional. Por fim, o controle misto, adotado no Brasil, reproduz ambos os mecanismos de controle (MENDES; BRANCO, 2012).

Projeta-se a inconstitucionalidade formal e material, tendo em vista a origem do erro do ato impugnado. Os erros formais atingem o ato normativo sem afetar o seu conteúdo, pois reduzem-se a erros procedimentais de formação legislativa, por inobservância de princípio técnico ou de competência. Todavia, entende-se a impossibilidade de decidir em análise de constitucionalidade os projetos em tramitação e as matérias exclusivas de regimento interno das Casas Legislativas, à exceção de questões de processo legislativo previstas na Constituição Federal e normas regimentais contrárias à Constituição (MENDES; BRANCO, 2012).

De outro modo, os erros materiais incidem no conteúdo substantivo do ato, por conflitarem com princípios constitucionais, envolvendo tanto o ato legislativo em oposição aos parâmetros constitucionais, quanto o desvio, a omissão ou o excesso de poder legislativo. Assim, o excesso de poder inconstitucional assegura uma censura judicial na esfera da discricionariedade legislativa, pois, segundo os juristas, não se versa sobre mitigar a vontade do legislador, nem sobre inferir a finalidade da lei, mas sobre apreciar a legitimidade da norma (MENDES; BRANCO, 2012).

Ademais, há a ocorrência da inconstitucionalidade por ação e por omissão. A inconstitucionalidade por ação indica uma atividade positiva do legislador, que se distancia dos princípios constitucionais, isto é, resulta da incompatibilidade da promulgação legislativa com a Constituição. Ao revés, a inconstitucionalidade por omissão pressupõe uma lacuna inconstitucional ou uma inobservância da obrigação constitucional de legislar, pois é de competência do legislador a concretização da Constituição e a eficácia das normas constitucionais (MENDES; BRANCO, 2012).

Além disso, há a diferenciação entre as inconstitucionalidades originárias e superveniente. Neste ponto, verifica-se os momentos de edição normativa e as mudanças na realidade fática. Há inconstitucionalidade originária nos casos em que a norma legal legislativa é posterior à Constituição, cabendo a todos os órgãos jurisdicionais a competência de apreciá-la; há revogação nas hipóteses de antinomia entre a norma constitucional superveniente e o direito pré-constitucional não recepcionado, por se constituir no plano da intertemporalidade, cabendo somente aos órgãos especiais de jurisdição a apreciação. Isto posto, considera-se que uma lei que foi promulgada em consonância com a ordem constitucional pode se tornar incompatível de acordo com as profundas alterações das relações fáticas do momento legiferante ou da evolução da interpretação constitucional (MENDES; BRANCO, 2012).

Finalmente, há a inconstitucionalidade das normas constitucionais, que abrange o direito de revisão, previsto na própria Constituição, do poder constituinte derivado. Todavia, há postulados de direito naturais, suprapositivos e inatos, isto é, os denominados direitos fundamentais consagrados na Declaração de Direitos constitucionalizados, cuja observância é indispensável até mesmo para o legislador constituinte (MENDES; BRANCO, 2012).

2.2.2.2 Questões Políticas de Controle do Supremo Tribunal Federal

A Constituição de 1988 expandiu os mecanismos de proteção judicial e, conseqüentemente, o controle de constitucionalidade das leis. No marco do artigo 103 da Constituição de 1988, a legitimidade de proposição de ações diretas de inconstitucionalidade ao Supremo Tribunal Federal é competência do Presidente da República, da Mesa do Senado Federal, da Mesa da Câmara dos Deputados, da Mesa de uma Assembleia Legislativa, dos Governadores de Estado, do Procurador-Geral da República, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, dos partidos políticos com representação no Congresso Nacional e das confederações sindicais ou entidades de classe do âmbito nacional. Esse amplo reconhecimento de competência fortalece o sistema de controle abstrato ou concentrado de normas para possíveis correções do sistema incidental ou difuso, em nome do equilíbrio entre os poderes (MENDES; BRANCO, 2012).

Nesse bojo, a Emenda Constitucional nº 3 de 1933, instituiu a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, sendo o seu conhecimento de competência do STF, com eficácia contra todos e efeito vinculante aos demais órgãos. Além disso, a Constituição brasileira, em seu artigo 102, § 2º, previu a arguição de descumprimento de preceito fundamental, segundo a qual se faz necessária a configuração de uma controvérsia jurídica, a viabilidade de seu implemento no direito municipal e no direito pré-constitucional, a exigência do efeito vinculante, a eficácia geral das decisões e a parametrização de controle dos preceitos fundamentais da Constituição. Por fim, o legislador originário instaurou o controle de constitucionalidade por omissão para concretização da totalidade da Constituição, ou seja, para a efetivação do próprio Estado Democrático de Direito fundado no pluralismo político e no ativismo político. Desse modo, foi conferida a legitimidade de

propositura desses diversos controles às mesmas autoridades competentes da Ação Direta de Inconstitucionalidade (MENDES; BRANCO, 2012).

Nesses termos, para haver o cumprimento do devido controle externo entre os poderes, mesmo que sem total equilíbrio, a Constituição consagrou a competência do Senado Federal para suspender a execução das leis ou atos normativos considerados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou seja, embora na realidade fática não haja necessidade devido aos pressupostos jurisprudenciais vinculantes, a Constituição subordinou o efetivo vinculante e a eficácia geral da decisão que declarasse a inconstitucionalidade do ato à resolução do Senado Federal. Assim, no tribunal, o juiz pode reconhecer a inconstitucionalidade de um ato ou norma legal discricionariamente, por voto da maioria absoluta de seus membros, todavia somente pode afastar a incidência da norma inconstitucional, cabendo ao Senado a suspensão definitiva da execução das leis (MENDES; BRANCO, 2012).

Isto posto, o Supremo Tribunal Federal, por utilizar-se de mecanismos de ativismo judicial, entende que a discricionariedade das medidas políticas não impossibilita o controle judicial, desde que advenha da inobservância a direitos constitucionais. Evidencia-se que, a partir da última década, o STF tem agido ativamente em questões de controle judicial de matérias políticas, pois entende que esse fato não pode ser usado como subterfúgio para abstenção do Poder Judiciário na observância constitucional e no controle de excessos de quaisquer esferas de poder. Esse ativismo se demonstra nos novos entendimentos que garantem controle ao STF sobre questões relativas a atos das Comissões Parlamentares de Inquérito, a atos da Comissão de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados, a temas de relevante urgência de Medidas Provisórias e a temas de anistia de competência do Congresso Nacional (MENDES; BRANCO, 2012).

É doutrina corrente que as questões de natureza política escapam à jurisdição do Poder Judiciário; mas, para que tal aconteça, torna-se mister que tais questões sejam exclusivamente políticas.

Uma questão, observa Ruy Barbosa, pode ser distintamente política, altamente política, segundo alguns, até puramente política, fora dos limites da justiça, e, contudo, em revestindo a forma de um pleito, estar na competência dos tribunais, desde que o ato, executivo ou legislativo, contra o qual se demande, fira a Constituição, lesando ou negando um direito nela consagrado.

Como questões exclusivamente políticas devem entender-se somente aquelas que se referem ao exercício dos poderes que a Constituição confia à inteira discricção do Legislativo e do Executivo. Assim, em se tratando de decretação de intervenção nos Estados ou de celebração de tratados internacionais, o Judiciário não pode entrar na apreciação de motivos que

determinam o ato legislativo ou executivo. Mas, se, em virtude desse ato, for violado um direito privado, assegurado pela Constituição, então, para a proteção de tal direito, será legítima a ação do Judiciário (CASTRO, 2003, p.205-206 apud MENDES; BRANCO, 2012 p. 592).

CAPÍTULO III - JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA PURA NO MUNDO

3.1 - Processos Democráticos de Jurisdição e Legislação

3.1.1 A Busca do Dever Ser dos Processos Legislativo e Jurisdicional

Há uma divisão clara de atividades entre os processos legislativo e jurisdicional, uma vez que as decisões realizadas nos processos de aplicação do Direito são destinadas a um caso concreto e à participação de sujeitos individualizados. Nas decisões de Direito não há a necessidade de reconstruir a história institucional, mas, antes, devem possibilitar os mecanismos de execução de interpretações, pois a norma mais adequada é a que possui a capacidade de justificar um imperativo singular, ou seja, um caso determinado, único e irrepetível, de modo a aplicar uma pretensão de validade. Assim, na atividade de aplicação normativa, o operador do Direito deve partir do pressuposto de que as normas legislativas são válidas, visto terem sido positivadas na realidade fática em decorrência de uma atividade de justificação que garante validade (PEDRON, 2008).

A segurança de direitos passou a ser a garantia de participação dos cidadãos nos processos decisórios estatais e a decisão adequada, isto é, a de melhor argumento migra do consenso ético-substantivo majoritário e passa a firmar bases no devido processo constitucional, que assegura reciprocidade entre indivíduos e aplicadores do Direito. Dessa forma, a correção político-moral de uma decisão judicial é, sempre, relativa, pois persiste a impossibilidade de existir uma legislação despida de colisões entre normas e princípios (PEDRON, 2008).

Entretanto, abre-se a possibilidade de desvinculação do Direito com a moral, haja vista que, no discurso jurídico, distintamente da moral, os indivíduos não são compelidos a buscar cooperadamente a verdade, mas sim uma decisão favorável. Da mesma forma, a legitimidade das normas jurídicas não pode ser ponderada pelo método de universalização de interesses, mas somente pelo critério da racionalidade intrínseca ao processo legislativo. Além disso, mesmo sem negar que as atividades de Direito não excluem o surgimento de questões político-pragmáticas, elas não devem abrir prevalência a discursos de justificação éticos-políticos, sob pena de possibilitar a aceitação de reabertura do processo legislativo e confluência expressa entre os poderes. Assim, os operadores do Direito devem pressupor os trabalhos

legislativos como válidos, decidindo somente a sua adequabilidade no caso concreto (PEDRON, 2008).

Isto posto, a racionalidade entre sujeitos não é instrumental, mas sim comunicativa, pois, ao se transpor a racionalidade instrumental para a lógica normativa, instaura-se uma esfera de subjetividade, isto é, de discricionariedade para o aplicador normativo, afastando-o do dever de assentimento racional dos demais sujeitos da sociedade. Dessa forma, cabe aos executores do processo legislativo, e não aos aplicadores do Direito, a atividade de fixar meios e fins racionais (PEDRON, 2008).

Nesse aspecto, ao repensar a atividade jurisdicional em uma dimensão democrática, emergem dois modelos dicotômicos, por intermédio da atual tentativa de relativização da Constituição, a partir de mecanismos baseados na jurisprudência de valores. O primeiro modelo se denomina "correia de transmissão" e implica no entendimento segundo o qual o operador jurisdicional deve aplicar o Direito instituído a posteriori por um legislador democrático, no qual a legitimidade da decisão sucede do Direito consolidado nos processos legislativos. O segundo modelo, de outro modo, se denomina "bilhar" e implica no entendimento de que a execução do Direito tem legitimidade própria, independentemente de qualquer atividade paralela do legislador (PEDRON, 2008).

O modelo bilhar ganha espaço, uma vez que o Direito legislado possui intrínsecas indeterminações que, por vezes, não é capaz de externalizar o Direito desejado pelo povo. Isso decorre da fundamental argumentação segundo a qual o processo legislativo é regido pelas vontades das forças políticas, cabendo aos aplicadores do Direito a adaptação do que foi legislado ou, até mesmo, a criação de novos direitos. Nesse molde, havendo a hipótese de o jurista não representar adequadamente a vontade popular, existirá a eterna possibilidade da interferência legislativa, mediante produção de novas leis, passíveis de mudar o curso das novas decisões de Direito. Assim, a validade jurídica se fundamenta no fracionamento, uma vez que pode se derivar dos processos legislativos ou das decisões executadas pelo Poder Judiciário (PEDRON, 2008).

Todavia, nenhum dos modelos é adequado aos procedimentos de cumprimento do Direito democrático, pois ambos não observam a questão fundamental da aplicação no caso específico. A imparcialidade da execução do Direito exige isonomia de considerações na totalidade das individualidades apresentadas,

visto que o emprego isonômico de uma norma compreende a sua adequação ao ser interpretada como sistema e ao ser aplicada como resposta para o caso concreto, isto é, a norma preenche uma necessidade de correção normativa para uma ação particular. Assim, demanda-se a delimitação de uma esfera restritiva de aplicação normativa, que não duvide da sua validade (PEDRON, 2008).

A proposta passa a ser a não adoção de nenhum dos modelos, mas a construção de algo novo, que se origine no modelo da correia de transmissão. A fundamental transformação sucede o fato de os discursos jurídicos institucionalizados interpretarem todo o Direito nos moldes dos sistemas de direitos, isto é, do núcleo da atividade legislativa democrática e do cerne da atividade de execução jurídica (PEDRON, 2008).

Por meio dos discursos de justificação, o legislador político avalia um espectro ilimitado de razões normativas e pragmáticas, traduzindo-as à luz do código do Direito. O aplicador jurídico, por outro lado, encontra uma constelação de normas bem mais limitadas – ele apenas pode lançar mão das escolhas já feitas pelo legislador. Além disso, todas as escolhas do legislador, uma vez traduzidas conforme o código do Direito, agora funcionam sob a lógica jurídica. Por isso mesmo a tarefa deixada a cargo do aplicador não é mais justificar tais razões, mas encontrar, dentre as que o legislador considerou como *prima facie* válidas, a adequada para fornecer uma fundamentação acerca da correção da ação singular trazida pelo caso (PEDRON, 2008, p.63).

O caso particular, portanto, é o provedor da gama de normas que devem ser apreciadas. O aplicador do Direito deve exercer o papel de terceiro observador da desavença, cabendo a ele o exame da coerência das interpretações suscitadas pelas partes sobre o caso e sobre a norma e a decisão edificada conjuntamente com as partes e com a sociedade²⁵. A decisão do magistrado será fundamentada quando se pautar em razões jurídicas, aceitas racionalmente pela sociedade, demonstrar a reconstrução argumentativa dos acontecimentos relevantes do caso particular, explicar a norma adequada que justifique a ação individual e garantir a manifestação das partes conflitantes. Desse modo, a interpretação jurídica não pode ser presumida como escolha ou opção do intérprete, pois está associada a um sistema coerente de princípios sociais de igualdade, liberdade e justiça (PEDRON, 2008).

3.1.2 Democracia e Constitucionalismo

²⁵ A sociedade é a real titular do sistema coerente de norma válidas, constituído pelo Direito e pelo processo legislativo (PEDRON, 2008).

A concepção de constitucionalismo, relativo a um sistema de direitos jurídicos individuais, que o legislador não possui competência de anular ou comprometer, é uma ocorrência política. O fenômeno do constitucionalismo tem originado fortes objeções, uma vez questionado o poder que ele tem de comprometer a democracia, a partir da concepção de que uma Constituição que proíba o Poder Legislativo de deliberar determinada lei limite o direito democrático da maioria da sociedade de ter a lei que deseja. Entretanto, esse conflito se baseia em uma compreensão incorreta do conceito de democracia, pois democracia significa a regra da maioria legítima, isto posto, o simples fator majoritário não determina a democracia. Desse modo, uma estrutura constitucional que a maioria não possa alterar é uma pré-condição da democracia (DWORKIN²⁶).

Há evidente distinção entre normas constitucionais possibilitadoras, que instituem um governo da maioria, e normas constitucionais limitadoras, que circunscrevem os poderes dos representantes que as normas possibilitadoras estabeleceram. Ambas as normas são essenciais e pré-condições da democracia. Do mesmo modo, os direitos fundamentais, quando positivados em Constituições que não podem ser emendadas facilmente, representam um compromisso da democracia em restringir o direito legítimo da maioria com o fito de favorecer as minorias (DWORKIN²⁷).

A democracia é o governo do povo, ou seja, da coletividade, que pode ser estatística ou comunitária. A ação coletiva estatística ocorre quando os membros exercem as funções para si próprios, sem intenção de desempenhar algo como um grupo. De outro modo, a ação coletiva é comunitária quando não se reduz à alguma função estatística da ação individual, pois requer dos indivíduos a atividade em grupo. Essa distinção oferece duas compreensões de democracia: a primeira, relacionada ao modelo estatístico, promove a democracia como um conjunto de decisões políticas tomadas a partir de funções majoritárias dos votos, das decisões ou dos desejos dos cidadãos individuais; a segunda, relacionada ao modelo comunitário, expõe a democracia como uma coletividade de decisões políticas tomadas pelo povo (DWORKIN²⁸).

²⁶ Trad. Emílio Peluso Neder Meyer

²⁷ Ibidem

²⁸ Ibidem

Nesse contexto, a aplicabilidade dos direitos fundamentais, enquanto pré-requisitos essenciais da democracia, depende da adoção de uma das concepções de democracia. Ao se adotar o modelo estatístico de democracia, o fato de a maioria de indivíduos favorecer uma decisão não garante legitimidade por si só, pois deve-se considerar os demais fatores que propiciaram legitimidade moral à decisão. Assim, na concepção estatística, os direitos fundamentais subvertem a democracia, mas, ao contrário, são um pressuposto fundamental dela (DWORKIN²⁹).

De modo diverso, ao se adotar a concepção comunitária, na qual o povo é concebido como uma entidade que governa seus próprios assuntos, há de se cumprir três condições para que a comunidade política seja reputada como comunidade moral. Na estrutura desta comunidade, os cidadãos individuais devem ter parte no coletivo, uma aposta nele e independência em relação a ele. Em uma democracia de governo comunitário de iguais, cada pessoa deve ter a oportunidade de exercer uma diferença nas decisões políticas, assim como as decisões coletivas devem refletir igual importância pelos interesses da totalidade dos membros. Além disso, a comunidade deve ser formada por agentes morais para que possuam legitimidade de coerção de dissidentes, pois os julgamentos morais e éticos são de responsabilidade dos próprios cidadãos, e não coletiva (DWORKIN³⁰).

Um governo democrático comunitário não deve ditar o que seus cidadãos pensam sobre questões relativas a julgamentos políticos, morais ou éticos, mas deve, pelo contrário, prover circunstâncias que encorajam os cidadãos a formar crenças sobre essas questões por meio de suas próprias convicções reflexivas e, finalmente, individuais (DWORKIN, p. 13³¹).

É forçoso definir que o constitucionalismo compromete a igualdade política por conferir grande poder a um grupo de juristas que não são politicamente responsáveis. Não se pode determinar a igualdade política como uma função do poder político, pois a igualdade política é uma condição, não uma questão de poder. Além disso, diversas autoridades políticas são indicadas, não eleitas, e desempenham poderes mais amplos que os próprios juristas. De qualquer modo, contudo, deve-se diferenciar as formas de poder legislativo e judicante - interpretativo (DWORKIN³²).

²⁹ Trad. Emílio Peluso Neder Meyer

³⁰ Ibidem

³¹ Ibidem

³² Ibidem

A ideia de que o constitucionalismo corrompe a igualdade política pressupõe que a interpretação judicial é legislação. Existem, neste sentido, duas doutrinas interpretativistas que argumentam o contrário. A primeira doutrina consiste em uma teoria do direito - o positivismo jurídico - e sustenta que o direito deriva das decisões das autoridades políticas ou de outros indivíduos, que detêm poderes de originar direitos por convenções sociais, e que o controle de constitucionalidade é um poder constituinte disfarçado. Todavia, o positivismo jurídico é uma interpretação errônea da prática jurídica, uma vez que o direito não é somente o que as autoridades políticas decidem, mas os princípios subjacentes a sua decisão por representar uma questão de integralidade (DWORKIN³³).

A segunda doutrina consiste em uma tese filosófica - o ceticismo moral arquimediano - e defende que não pode existir somente uma argumentação correta para uma matéria moral controversa. Todavia, o ceticismo arquimediano é neutro às pretensões de valor, visto basear-se em prestações epistemológicas, ontológicas e semânticas de interpretação, objetivando uma crítica às pretensões morais de modo a não apresentar opiniões pessoais no momento interpretativo. A interpretação constitucional, no ceticismo arquimediano, não deve ser o exercício do poder constituinte, pois, mesmo que os operadores do direito difiram sobre a melhor interpretação do conteúdo constitucional abstrato, não se permite que eles legislem um novo direito, ao revés, espera-se que eles desempenhem o seu melhor para descobrir o direito pré-existente (DWORKIN³⁴).

Isto posto, o constitucionalismo não ameaça a liberdade positiva dos cidadãos, pois é a partir dele que se cria uma comunidade democrática, ou seja, um povo, e não pode haver liberdade comunitária sem esse pressuposto. A ameaça à liberdade positiva, todavia, pode ocorrer por meio de decisões interpretativistas injustas. Assim, a interpretação não pode ser invenção e o poder dos magistrados deve ser limitado, pois magistrados não são filósofos políticos. Entretanto, a democracia exige que o poder das autoridades políticas eleitas seja aferido por direitos individuais e a responsabilidade de deliberar a violação desses direitos não pode ser atribuída às autoridades com poder completamente restrito (DWORKIN³⁵).

³³ Trad. Emílio Peluso Neder Meyer

³⁴ Ibidem

³⁵ Ibidem

3.2 Judicialização da Política Pura Nacional e Transnacional

3.2.1 Judicialização da Política enquanto Fenômeno Político

3.2.1.1 Condições Multifacetadas da Judicialização da Política

No perpassar dos últimos anos, houve uma extensa transmutação de poder de instituições representativas para tribunais. O entendimento de supremacia constitucional é difundido em mais de 100 países da ordem mundial e se estabilizou, principalmente, nas nações com regimes pós-autoritários em transição para a democracia. A expressão mais relevante dessa orientação decorre dos mecanismos de controle de constitucionalidade e se encontra embasado no fenômeno da judicialização da política, isto é, na busca crescente a tribunais e meios judiciais para deliberação de problemas morais, matérias relativas a políticas públicas e desavenças políticas. Sendo assim, seguindo o modelo dos tribunais superiores das nações, os tribunais internacionais passaram a ser a arena principal para ordenação de políticas públicas em nível mundial e regional (HIRSCHL, 2006).

Todavia, a progressiva relevância política dos tribunais tem se alargado em escopo, convertendo-se em uma manifestação multifacetada, que extrapola a simples produção de políticas públicas por magistrados. A judicialização da política passou a incluir a cessão intensa, para os tribunais, das maiores polêmicas e controvérsias políticas da democracia. Esse fenômeno é decorrente da presunção de que os tribunais, e não os políticos ou a população, constituem o fórum adequado para a deliberação desses dilemas (HIRSCHL, 2006). Assim, não há no constitucionalismo moderno quase nenhuma problemática no âmbito da política pública ou desavença política que não se transforme em um dilema judicial (TOCQUEVILLE, 1961 apud HIRSCHL, 2006).

Lembre-mos de episódios como o resultado das eleições presidenciais de 2000 nos Estados Unidos, a nova ordem constitucional na África do Sul, o lugar da Alemanha na União Europeia, a guerra na Chechênia, a política econômica na Argentina, o regime de bem-estar social na Hungria, o golpe de Estado militar liderado por Pervez Musharraf no Paquistão, dilemas de justiça transicional na América Latina pós-autoritária e na Europa pós-comunista, a natureza secular do sistema político turco, a definição fundamental de Israel como um “Estado judeu e democrático”, ou o futuro político de Quebec e da federação canadense: todos esses e muitos outros

problemas políticos altamente controversos foram articulados como problemas constitucionais (HIRSCHL, 2006. p.140-141).

A judicialização da política abarca três processos inter-relacionados. O primeiro aspecto da judicialização da política alude à difusão de discursos, jargões, regras e processos jurídicos na arena política e nos fóruns de produção de políticas públicas, visto haver evidente subordinação da maioria dos fóruns decisórios, nos Estados de Direito, a normas e procedimentos judiciais. Essa faceta da judicialização é indissociável do apoderamento das relações sociais por parte do direito e se origina na expansão da criação das agências reguladoras e da busca pelo bem-estar social moderno (HIRSCHL, 2006).

A segunda condição da judicialização da política é o alargamento da competência de tribunais e juízes na deliberação de políticas públicas, por intermédio do mecanismo decisório concernente aos direitos constitucionais e do rearranjo judicial das demarcações entre órgãos do estado. Em períodos curtos de tempo, os tribunais anunciam relevantes decisões acerca do escopo da proteção dos direitos constitucionais ou das fronteiras dos poderes do Legislativo e do Executivo. Os casos decisórios mais rotineiros compreendem liberdades civis e direitos à privacidade e à igualdade formal, pois as deliberações tendem a expandir os limites da proteção constitucional ao âmbito individual e retirar a ameaça da invasiva regulação estatal (HIRSCHL, 2006).

A primeira forma de judicialização da política pode ser compreendida como judicialização das relações sociais, enquanto que a segunda forma de judicialização capitaliza a justiça processual e a equidade formal em esferas decisórias. A judicialização do segundo tipo pode ser descrita como uma “judicialização vinda de baixo”, pois é fundamentalmente originada por indivíduos comuns que utilizam direitos para contrapor políticas, decisões e atividades do Estado. O impulso jurídico “vindo de baixo” é ocasionado pelo dogma de que os direitos judicialmente assegurados atuam como mecanismos autoimplementáveis de transformação social, o que pode levar ao crescimento da ideia de incorruptibilidade do processo judicial e, conseqüentemente, à expansão do “discurso de direitos” populista e da degradação do discurso político (HIRSCHL, 2006).

Ademais, a disseminação de agências administrativas no estado de bem-estar social proliferou o prolongamento do poder dos juízes de reanalisar os atos da administração pública na criação de políticas públicas. Similarmente, nos últimos

anos, a judicialização da promoção de políticas públicas no cenário internacional progrediu extensamente, pois estabeleceram-se inúmeras cortes e tribunais quase judiciais, que assumiram as prerrogativas centrais nas arenas decisórias transnacionais (HIRSCHL, 2006).

Em síntese, seja por meio da jurisprudência centrada em direitos fundamentais, seja por meio da revisão judicial de atos administrativos, na maioria das democracias constitucionais de hoje a judicialização da elaboração de políticas públicas se aproxima de um verdadeiro “governo com juízes” (HIRSCHL, 2006. p. 145).

Nesse contexto, o terceiro fator de judicialização da política se baseia no recurso a tribunais e juízes para se ocupar dos fenômenos da megapolítica, isto é, das controvérsias políticas principais que determinam as comunidades sociais. A judicialização da megapolítica inclui nos mecanismos de judicialização: (a) os processos eleitorais; (b) a fiscalização judicial de competências do Poder Executivo na programação macroeconômica e de segurança nacional; (c) as controvérsias da justiça restaurativa; (d) a inspeção judicial das mutações de regime político; (e) a formação das identidades coletivas. Essas esferas de política judicializada, por excederem todo limite de separação entre os poderes e transitarem em uma juristocracia³⁶, expandem os poderes dos tribunais superiores para além da supervisão dos direitos constitucionais, visto serem baseadas no apoio expresso dos próprios atores políticos. Desse modo, a distinção entre o segundo e o terceiro fatores de judicialização se encontra na diferenciação entre as matérias primariamente de justiça processual, em contraposição às controvérsias morais substantivas ou aos dilemas políticos fundamentais de toda a nação (HIRSCHL, 2006).

3.2.1.2 Casos Ilustrativos no Cenário Internacional

A esfera política que mais tem passado por processos dramáticos de judicialização, nos últimos anos, é o processo eleitoral. O recurso a tribunais para decisão acerca de remarcação de distritos eleitorais, financiamento de campanha de partidos políticos, qualificação de candidatos políticos e propaganda eleitoral ocorre com enorme frequência. Nos últimos anos, diversos tribunais de democracias

³⁶ “O governo dos juízes, pelos juízes, para os juízes” (OLIVEIRA, 2013 apud BENVINDO, 2014, p. 80).

constitucionais, como Bélgica, Israel, Índia, Espanha e Turquia, interditaram partidos políticos populares do sistema eleitoral e, somente na última década, mais de 25 (vinte e cinco) nações decidiram acerca de impeachments e desqualificações de líderes políticos. Além disso, os tribunais têm se transformado nas instâncias máximas dos fóruns decisórios para deliberação dos resultados eleitorais, como observado no Zimbábue em 2002, no Taiwan em 2004, na Ucrânia em 2004 e na Itália em 2006 (HIRSCHL, 2006).

Embora os tribunais tenham se mantido passivos sobre políticas sociais e redistribuição tributativa, outra esfera política que não deixa de ser judicializada é a que desenvolve as prerrogativas fundamentais dos poderes legislativo e executivo, no tocante às relações exteriores, à segurança nacional e à política fiscal. Esse fenômeno foi evidenciado por decisão da Suprema Corte do Canadá, que julgou procedente que dilemas políticos de política exterior pudessem ser analisados pela corte. Ademais, foi observado incidência de judicialização na decisão da Corte Constitucional russa, que rejeitou as petições chechenas de independência e defendeu a manutenção da integridade territorial russa. Da mesma forma, foi observada a política judicializada na decisão da Suprema Corte israelense, que julgou procedente a manutenção dos muros da Cisjordânia para separação do território palestino (HIRSCHL, 2006).

Semelhantemente, outra esfera de judicialização da megapolítica ocorre nas deliberações acerca de mudanças de regimes políticos. O exemplo mais claro ocorreu no processo de certificação constitucional, na África do Sul, quando a corte constitucional rejeitou o texto constitucional formulado por um órgão representativo. Vale ressaltar, ainda, os momentos de judicialização ocorridos no processo de restauração da Constituição de Fiji, na qual o tribunal superior restituiu sua constituição e todo o sistema democrático, e no endosso, pela Suprema Corte do Paquistão, do golpe militar de Estado ocorrido em 1999 (HIRSCHL, 2006).

Outrossim, a quarta esfera da judicialização da megapolítica, nos últimos anos, tem incidido na justiça transnacional ou restaurativa, na qual há o repasse permissivo das controvérsias morais e políticas, que se associam a injustiças graves realizadas contra grupos sociais desfavorecidos, da arena política para os tribunais. Essa prática é evidenciada no período pós-Apartheid na África do Sul, na qual a Corte Constitucional decidiu de modo favorável ao processo de anistia em troca de confissão. Do mesmo modo, essa judicialização se desenvolveu nos países Latino-Americanos nos períodos pós-autoritários (HIRSCHL, 2006).

Isto posto, todas essas esferas de judicialização da megapolítica somente são relevantes quando da ocorrência da judicialização de questões políticas primordiais, isto é, quando incorporada a progressiva busca dos cidadãos pelos tribunais a fim de decidirem definições sobre a comunidade. Ganha destaque, nesse cenário, a Corte Constitucional alemã, que atuou de maneira crucial para a formação da Alemanha unificada, e a Corte Constitucional turca, que deliberou favoravelmente à preservação secular do sistema político turco. Todavia, o país que mais se aproxima de uma total juristocracia é a nação de Israel, visto que, semanalmente, a Suprema Corte de Israel se pronuncia em decisões políticas significativas, pautando seus exemplos mais claros nas deliberações acerca de questões sobre quem pode ser considerado judeu (HIRSCHL, 2006).

Sinteticamente, em diversos países tem ocorrido complacência legislativa face ao Judiciário; usurpação do Judiciário de atribuições do Legislativo e do Executivo e a judicialização das agendas políticas. Agrupadas, essas ocorrências favoreceram o desenvolvimento crescente da confiança social em meios judiciais para dispor das desavenças morais e das matérias políticas conflituosas, alterando as competências dos tribunais superiores a fim de desempenhem decisões políticas essenciais. Assim, no presente momento conjuntural do ativismo judicial, com exceção da fiscalização judicial do processo eleitoral, não há nenhuma questão judicializada terminantemente ou puramente legal, pois, embora possa haver aspectos constitucionais incidentes, as deliberações principiológicas são de competência política (HIRSCHL, 2006).

3.2.1.3 Circunstâncias de Produção da Judicialização da Megapolítica

A partir dos modelos analisados, evidencia-se que nem a ordenação constitucional propícia ao ativismo judicial, nem a busca dos juízes pelo excesso de poder, nem a ofensiva atuação dos tribunais são circunstâncias aptas para a judicialização da megapolítica. A consolidação do domínio judicial apenas se solidifica ao encontrar suporte permissivo dos agentes políticos relevantes. Os tribunais constitucionais, como exemplo de instituição política, estão inseridos em espaços institucionais e ideológicos, o que faz com que sua jurisprudência esteja associada a discussões sociais, políticas e econômicas, que compõem o sistema político (HIRSCHL, 2006).

A judicialização “de baixo para cima” se processa na hipótese de os fóruns judiciais serem ponderados por movimentos sociais, grupos de interesse e ativistas políticos como instituições deliberativas mais respeitáveis, imparciais e efetivas do que outras arenas públicas vistas como burocráticas e parciais. Em sociedades onde o sistema político é assertivo e, conseqüentemente, capaz de limitar o Poder Judiciário, a judicialização da política ganha menos espaço de consolidação, pois as instituições políticas desempenham atividades que ameaçam a hiperatividade do Judiciário. Ao revés, nas hipóteses de paralisação e disfuncionalidade dos sistemas políticos, em sociedades estruturadas no Estado de Direito, haverá maior possibilidade de um Poder Judiciário expansivo, visto que o fracionamento das instituições políticas limita o controle repressivo sobre os tribunais (HIRSCHL, 2006).

Os políticos, ao delegarem sua competência e responsabilidade aos tribunais, diminuem os riscos deliberativos, aumentam sua legitimidade e desviam a culpa das decisões, que deveriam compor sua máquina operacional, para alcance de benefício próprio. Essa cessão pode significar uma proteção para os atores políticos, que tentam se distanciar das problemáticas que não apresentam vitória possível e que induzem ao colapso de coalizões de governo, assim como pode representar a busca política por legitimidade, uma vez que, em democracias constitucionais, tribunais superiores possuem mais legitimidade e mais préstimo da crença pública. Isto posto, políticos da oposição também podem diligenciar a judicialização da política com o objetivo de prejudicar a governabilidade dos atores no poder e aumentar sua visibilidade midiática (HIRSCHL, 2006).

Frente ao exposto, a judicialização da megapolítica igualmente pode ser induzida para perpetuação hegemônica de classes predominantes, que receiam a desapropriação de seu poder político no momento em que suas predileções passam a ser questionadas nas esferas decisórias majoritárias. Esse mecanismo de judicialização gera, no centro dos grupos dominantes, a busca ao Poder Judiciário a fim de cumprir com suas pretensões sobre identidades coletivas e construção da nação, uma vez que essa judicialização pode permitir que elites políticas e econômicas recorram à negação das variáveis democráticas no processo de produção de políticas públicas (HIRSCHL, 2006).

Ademais, a judicialização da política pode retratar a disputa no sistema eleitoral, uma vez que partidos políticos que não almejam a sua manutenção no poder, inclinam-se a apoiar um Poder Judiciário expansivo, inviabilizando a utilização do

Judiciário, com finalidade política, pelo próximo partido governante. Assim também, agentes políticos, que possuem obstáculos para executar integralmente sua agenda, tendem a buscar a solução das barreiras recorrendo a atuação do Poder Judiciário que seja conivente com sua agenda. A judicialização da política pode impor à sociedade uma política centralizadora, pois dificilmente uma decisão judicial contrariará os interesses dos agentes que delegaram seu poder ao fórum jurisdicional (HIRSCHL, 2006).

Entretanto, apesar do repasse permissivo, o Poder Legislativo tem correspondido efetivamente à obstrução da implementação da decisão quando as sentenças judiciais rejeitam sua agenda e seus interesses. A história internacional hodierna expõe que as atuações indesejadas do ativismo judicial na arena política carregaram relevantes represálias políticas dos tribunais supremacistas, o que leva a uma possível influência de padrões decisórios judiciais (HIRSCHL, 2006).

Essas retaliações incluem a revisão legislativa de decisões controversas; a interferência política no processo de preenchimento das vagas nos tribunais e nas garantias inerentes ao cargo, com vistas a assegurar a indicação de juízes “obedientes” e/ou bloquear a indicação de juízes “indesejáveis”; tentativas de se “preencher o tribunal” (“court-packing”) por parte dos detentores do poder político; aplicação de sanções disciplinares, impeachment ou remoção de juízes “inadequados” ou “hiperativos”; introdução de restrições à jurisdição dos tribunais, ou a “poda” dos poderes de controle de constitucionalidade. [...] Podemos acrescentar a essa lista respostas políticas mais sutis, e possivelmente mais letais, como a pura e simples inobservância das determinações judiciais por parte da burocracia estatal, ou a implementação vagarosa ou relutante de decisões indesejadas (HIRSCHL, 2006, p. 168).

Isto posto, a extensa judicialização da megapolítica reflete um desafio à doutrina de separação dos poderes, pois representa um alto custo político e uma baixa produção de direito constitucional. Nesse cenário, não se contempla, ao certo, o embasamento decisório do tribunal, visto que, ao deliberar sobre questões políticas, relativiza-se a tomada de decisões de princípio e de competência típica do processo legislativo. Além disso, essa judicialização implica em um novo desafio para a democracia representativa, uma vez que a confiança em juízes para tratar de questões políticas simboliza uma renúncia da responsabilidade política-decisória, por parte dos representantes eleitos, e abre uma nova esfera de responsabilidade perante os cidadãos. Assim, o ativismo judicial e a busca expansiva de poderes pelos tribunais não são fatores suficientes para a judicialização da megapolítica, mas antes necessitam do repasse permissivo de poderes, pelos próprios atores políticos, o que

faz com que a judicialização seja um fenômeno político, e não jurídico (HIRSCHL, 2006).

CAPÍTULO IV - ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E OS LIMITES DA RACIONALIDADE

4.1- A Arguição da Supremacia do Constitucionalismo Brasileiro

4.1.1 Redesenho Institucional do Supremo Tribunal Federal no Período Pós-Democratização

A partir de 1990, as preferências dos Ministros do Supremo Tribunal Federal brasileiro, acerca de como desempenhar o poder que lhes competia e de quanto poder deveriam demandar, passaram a interagir diretamente com diversas variáveis exógenas - desenho institucional³⁷, conteúdo constitucional, anseios sociais e comportamento estratégico dos atores políticos - para justificar mais ou menos atuação do STF na vida política do país. Desse modo, a vontade da maioria no STF pode influenciar o desenho institucional e interferir no grau de atuação do tribunal no processo político decisório (ARGUELHES, 2014).

A elaboração de políticas públicas no Brasil vem sendo influenciada significativamente por decisões judiciais, fundamentalmente pelo STF. A judicialização da política tem correspondido à manifestação frequente de designação da progressiva atuação judicial nas deliberações típicas dos poderes eleitos, por intermédio de um crescente protagonismo do papel jurisdicional. Os fatores usados na construção da tentativa de explicar o fenômeno da judicialização da política se fundamentam em: (a) buscar canalizar para o Poder Judiciário as expectativas sociais frustradas pela insuficiência responsiva dos Poderes Legislativo e Executivo; (b) reconstruir o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, na tentativa de ampliar tanto o poder de controle conferido constitucionalmente ao STF quanto os mecanismos que os diferentes agentes políticos e sociais possuem para provocar as prestações do tribunal; (c) adotar uma constitucionalização abrangente, na qual o texto constitucional amplo e detalhado desencadeia a transformação de questões políticas em matérias jurídicas; (d) instituir um comportamento estratégico, por parte dos agentes políticos, de busca por intervenção judicial para modificação de decisões desvantajosas em arenas decisórias majoritárias; e, (e) amplificar todos os fatores de

³⁷ “Os poderes de que o tribunal dispõe em um dado momento” (ARGUELHES, 2014, p.27).

judicialização, por meio da progressiva consolidação democrática no Brasil, na tentativa de impulsionar a cidadania na pretensão de alcançar instrumentos de validade de seus direitos e de fortalecer o Poder Judiciário como agente independente de aplicação das forças políticas relevantes no momento fático (ARGUELHES, 2014).

Entretanto, Ministros do STF argumentam que todos esses elementos constituem variáveis exógenas ao tribunal e que sua consequência independe das atitudes, das concepções e das decisões dos integrantes do tribunal, pois essas variáveis formam a esfera política-institucional que se deve considerar dada ao tribunal, não havendo nada que os Ministros possam fazer (ARGUELHES, 2014). Assim, O Ministro Barroso entende que os fenômenos que posicionaram o STF no cerne da política nacional estão adstritos à Constituição, a circunstâncias políticas e às competências dos Poderes e que a judicialização não sucedeu de um amálgama ideológico, filosófico ou metodológico do tribunal, mas, ao contrário, do desenho institucional em vigor, visto que, quando provocado pela via processual legal, o tribunal não possui a alternativa de evitar qualquer pronunciamento referente à matéria (BARROSO, 2009 apud ARGUELHES, 2014).

Na visão do Ministro Barroso, os Ministros em si não são significativos para a construção de um estado de coisas no qual a Corte atua excessivamente no processo político nacional. Os Ministros, então, são apenas observadores da mutação da realidade, que os induz imperiosamente para o cerne das arenas políticas, não por escolha, mas por convocação (ARGUELHES, 2014).

Entretanto, ao contrário do defendido pelos Ministros, existe um cenário denominado de “Supremocracia”, pois os fatores que levam o STF a atuar ativamente nas arenas político-decisórias não são determinados somente por elementos exógenos, ou seja, apesar do desenho institucional, das pretensões sociais e do comportamento dos agentes políticos serem coeficientes relevantes, não são suficientes para estabelecer o grau dessa atuação. É necessário considerar a interação dos elementos exógenos com as preferências dos Ministros, acerca de como operar o poder que possuem e de quanto poder devem dispor, para justificar a intensificação do processo de judicialização da política brasileira. Desse modo, ao solidificar o entendimento de que o desenho institucional condiciona o efeito das variáveis, considera-se viável que uma dada formatação do tribunal possa alterar seus próprios poderes, pois os Ministros não são espectadores ou convidados, mas sim atores do processo de mutação do poder do tribunal (ARGUELHES, 2014).

Nas três últimas décadas, a atuação do Supremo Tribunal Federal no processo decisório político progrediu e, apesar da Constituição o consagrar como guardião da Constituição, o texto constitucional não é suficiente para justificar o crescimento de sua participação no âmbito político. A hipótese sustentada é a de que os próprios Ministros podem definir determinados limites de sua participação na arena política e o instrumento utilizado para transformar suas preferências restritivas ou expansiva em desenho institucional foi a interpretação da Constituição. Logo, o texto constitucional, desenho institucional e competências dos poderes são fatores que se relacionam mutuamente, dentro do contexto político, pois, embora sejam analiticamente dissociáveis, essas variáveis se influenciam reciprocamente por meio da interpretação judicial (ARGUELHES, 2014).

Nesse contexto, os tribunais são tipicamente inertes e necessitam de oportunidades para exercer seu poder de manifestação, conseqüentemente, sem oportunidades não existe judicialização. Assim, quanto maior a quantidade de agentes insatisfeitos com decisões políticas majoritárias, competentes a provocar a atividade do tribunal, mais oportunidades o tribunal deterá para exercer o seu poder. Tribunais que facilitam o advento de casos, por possuírem poder de formular suas agendas institucionais, priorizando determinados casos em detrimento de outros, tendem a operar com regras mais extensivas na esfera política. Similarmente, as normas que estabelecem as matérias de controle de constitucionalidade também articulam as oportunidades de manifestação política do tribunal, uma vez que, quanto mais amplo o objeto contestado, mais expansiva a atuação dos aplicadores do direito (ARGUELHES, 2014).

Nos anos subseqüentes à promulgação da Constituição de 1988, os Ministros do STF interpretaram de modo restritivo os extensivos poderes que a Constituição lhes conferiu. Todavia, as restrições jurisprudenciais, que ocorrem no âmbito do controle abstrato, foram relativas, pois deixaram em aberto a capacidade de o Tribunal deliberar, pela via incidental, as matérias propostas por agentes excluídos do controle abstrato e as leis pré-constitucionais. Ao invés de abdicar do seu poder, o STF somente repassou parte de sua demanda para procedimentos mais paulatinos de controle de constitucionalidade, assim como deixou em aberto a possibilidade de revisão de sua decisão. A falsa restrição de seus poderes, portanto, decorreu do fato de o STF ter se mantido aproximadamente inalterado durante a redemocratização, utilizando-se de estratégias democráticas para sua maior

estabilidade, distanciando-se de decisões de grande alcance sobre a legislação aprovada (ARGUELHES, 2014).

O constituinte de 1988 tomou, sem maior debate político, a decisão grave de manter como integrantes do STF todos os Ministros que haviam sido investidos no Tribunal pelos governos anteriores. Vale dizer: sem embargo da inegável virtude pessoal e intelectual de muitos dos juízes que lá tinham assento, a corte constitucional brasileira, encarregada de interpretar a nova Carta, era composta de juristas cuja nomeação era lançada a crédito do regime militar. Sem dever o seu título de investidura à nova ordem, e sem compromisso político com a transformação institucional que se operara no País, a Corte reeditou burocraticamente parte da jurisprudência anterior, bem como alimentou inequívoca má-vontade para com algumas inovações (BARROSO, 2001, p.24 apud ARGUELHES, 2014, p.36).

A análise jurisprudencial restritiva do STF, contudo, indicou que suas preferências por uma atividade restrita na arena política poderia se transformar em mutações permanentes do desenho institucional, conectada com o processo de judicialização da política, a qual foi concebida como um processo referente à atuação crescente dos tribunais na produção de políticas públicas e conta como condição facilitadora: (a) o regime democrático; (b) a separação dos poderes; (c) os direitos políticos das minorias; (d) o uso dos tribunais por grupos de interesses e pela oposição; (e) os partidos políticos e os governos de coalizão fracos, ou seja, as instituições majoritárias inefetivas; (f) a concepção pública negativa das instituições majoritárias; (g) a delegação para os tribunais de decisões que as instituições majoritárias não identificam convenientes de serem apreciadas (ARGUELHES, 2014).

A verificação dessas condições facilitadoras exige, ainda, para que o judiciário participe significativamente do processo político decisório, que os magistrados reconheçam que devem se envolver no processo de soluções de políticas públicas elaboradas por outras instituições, ou seja, exige um componente positivo nas decisões dos juízes. A judicialização requisita que os operadores do direito atuem com predisposições pessoais valorativas, que os façam capazes de compor o processo decisório, bem como os façam pressupor determinado grau de ativismo, negando-se a autocontenção judicial. Assim, tanto o ativismo judicial quanto a autocontenção judicial são preferências formais que não correspondem ao mérito da matéria política sujeita à avaliação judicial, mas que induzem o juiz a considerar ou não suas preferências substanciais por políticas públicas determinadas na deliberação de decisões em controle de constitucionalidade (ARGUELHES, 2014).

A judicialização é uma manifestação que somente se concretiza quando: (a) há incidência das condições facilitadoras; (b) não há coincidência dos valores dos juízes com os valores da instituição majoritária, transcritos na legislação promulgada na arena política; (c) há disposição dos juízes em atuar na tomada de decisões políticas. Logo, o efeito das preferências judiciais sobre o desenho institucional, isto é, pela estrutura dos poderes disponíveis, não ocorre somente no resultado de casos particulares, mas também modula os efeitos dos elementos exógenos para restringir ou expandir sua área de atuação, uma vez que o processo de restrição ou expansão do poder judicial é consequência de elementos político-institucionais e atitudes judiciais da preferência majoritária da composição do tribunal (ARGUELHES, 2014).

4.1.2 A Justificativa para a Concepção Supremacista do Supremo Tribunal Federal

Segundo alguns analistas e investidores, a ampliação do poder do Supremo Tribunal Federal tem decorrido do crescimento do sistema de mercado, em âmbito transnacional. Na perspectiva econômica, os tribunais instituíram um ambiente mais confiável para assegurar a segurança jurídica e previsibilidade, enquanto o Poder Legislativo se mantém pressionado por diligências populistas e interesses próprios. De modo diverso, uma segunda corrente compreende a expansão dos tribunais judiciários como uma consequência da retração do sistema representativo e de sua inaptidão em efetivar os compromissos de justiça e igualdade, intrínsecos à concepção democrática e constitucional. Assim, paradoxalmente, evoca-se o Poder Judiciário como guardião dos princípios democráticos, buscando-se eliminar as lacunas deixadas pelos legisladores, o que apenas amplia a crise de autoridade da democracia (VIEIRA, 2008).

O processo de ampliação da autoridade judiciária se torna mais presente com a adesão de constituições ambiciosas, uma vez que as principais constituições adotadas nos últimos anos têm delegado aos Poderes Legislativo e Executivo somente a atividade de efetivação da vontade constituinte, enquanto ao Poder Judiciário é entregue o exercício de guardião da constituição. A hiperconstitucionalização, entretanto, é resultado do ceticismo na democracia e efetiva a debilidade do sistema representativo. As constituições procuraram delimitar as distinções existentes entre o regime deposto e aquele por ela estruturado, contudo o

primordial aspecto desses novos regimes foi a regularização de expansivas jurisdições, na qual os tribunais passariam a ter as obrigações tanto dos legisladores omissos quanto do zelo pela efetivação dos compromissos constitucionais (VIEIRA, 2008).

No Brasil, esse processo foi ainda mais proeminente com a promulgação da Constituição de 1988, o que resultou no desequilíbrio do sistema de separação dos poderes, visto que o STF se deslocou para o centro da organização política e na singularidade institucional denominada Supremocracia. Supremocracia se refere à suprema autoridade do Supremo Tribunal Federal face aos demais órgãos do Poder Judiciário e aos demais poderes. A expansão dos mecanismos apresentados pela jurisdição constitucional tem feito com que o STF não somente exerça uma espécie de Poder Moderador, mas também atue como responsável por decidir em última instância diligências de caráter substantivo, seja ratificando uma decisão de órgãos políticos, seja alterando as decisões majoritárias. Dessa forma, no Brasil, a Supremocracia se instaura sem riscos, posto não haver qualquer barreira sobre às decisões do STF no tocante à atuação dos agentes políticos e, até mesmo, atue subsidiariamente, criando regras (VIEIRA, 2008).

O constituinte de 1988 optou pela produção de uma Constituição ampla, minuciosa, ambiciosa e ubíqua. O caráter ambicioso da Constituição suspeitava do legislador e, por isso, estabeleceu-se que deveria ela própria legislar sobre tudo, transcendendo os conteúdos propriamente constitucionais e regulamentando o âmbito das relações sociais, econômicas e públicas. Dessa forma, se a totalidade das relações institucionais é uma questão constitucional, a área de liberdade do corpo político se torna pequeno, o que faz com que a atuação dos legisladores e dos administradores gere, a todo momento, uma circunstância de inconstitucionalidade a ser decidida pelo Supremo (VIEIRA, 2008).

Os dados são eloqüentes. Em 1940, o Supremo recebeu 2.419 processos; este número chegará a 6.376 em 1970. Com a adoção da Constituição de 1988, saltamos para 18.564 processos recebidos em 1990, 105.307 em 2000 e 160.453 em 2002, ano em que o Supremo recebeu o maior número de processos em toda sua história. Em 2007, foram 119.324 processos recebidos (VIEIRA, 2008, p.447).

Ademais, o segundo fator que resultou na ampliação de competência do STF se relaciona com o desenho institucional. A Constituição, ao se resguardar das

disfunções do sistema político, outorgou ao STF extensos poderes para proteção constitucional. No encargo de tribunal constitucional, o Supremo é obrigado a decidir, por meio de ação direta, a constitucionalidade das leis e dos atos normativos elaborados no plano federal e estadual. Essa responsabilidade concedeu ao STF a competência de julgar em última instância as questões constitucionais no sistema político, diminuindo a capacidade de o Congresso Nacional circundar o tribunal na hipótese de discordância da decisão (VIEIRA, 2008).

A Constituição ampliou o âmbito de jurisdição do tribunal, na medida em que concedeu legitimidade de propositura de ações diretas a novos agentes políticos e sociais, o que tem convertido o tribunal em um espaço revisional de decisões majoritárias, por intermédio da contestação dos atores vencidos na arena política. Nesse íterim, o fenômeno se observa a partir da análise do partido político que mais levava casos ao STF no período de gestão do ex-Presidente Fernando Henrique Cardoso: o Partido dos Trabalhadores (PT). Paralelamente, no período de governo Lula, essa posição passou a ser ocupada pelo Partido dos Democratas (DEM) e pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) (VIEIRA, 2008).

Outra razão que levou à extrema valorização do STF, na qualidade de arena de deliberação política, foi a possibilidade de as organizações da sociedade civil e demais grupos de interesse serem capazes de interpor *amicus curiae*³⁸ e audiências públicas em casos de relevância supra-individuais. O legislador originário tentou democratizar a chegada ao Supremo Tribunal Federal, atribuindo-lhe características pluralista e política, uma vez que lhe conferiu a possibilidade de atuar na solução de controvérsias de cunho político (VIEIRA, 2008).

Além disso, a Constituição atribuiu ao STF a função de foro especializado, competindo-lhe, portanto, sentenciar criminalmente autoridades com prerrogativa de função. No ano de 2008, por exemplo, havia mais de 250 denúncias contra legisladores esperando deliberação do STF. Outrossim, outra atribuição delegada ao Supremo é a de tribunal de pequenas causas políticas. Neste aspecto, a Constituição o obriga a julgar originariamente ações secundárias do legislativo ou do executivo,

³⁸ O *amicus curiae*, ou amigo do tribunal mostra-se como um auxiliar do juízo em causas de relevância social, repercussão geral ou cujo objeto seja bastante específico, de modo que o magistrado necessite de apoio técnico. Não é ele propriamente parte no processo, mas, em razão de seu interesse jurídico (institucional) na solução do feito, ou por possuir conhecimento especial que contribuirá para o julgamento, é convocado a manifestar-se, ou se dispõe a atuar, como colaborador do juízo (JÚNIOR, 2015).

intrinsecamente relacionados à governança interna desses poderes. Essas competências acarretam um amplo custo gerencial, assim como podem desenvolver a deterioração da autoridade do tribunal (VIEIRA, 2008).

Enfim, o Supremo Tribunal Federal possui a ocupação de tribunal de apelação ou última instância judicial, sendo obrigado a revisar diversos casos decididos pelos tribunais inferiores, uma vez que no sistema judiciário há a coexistência do controle difuso de constitucionalidade e do controle concentrado de constitucionalidade. Desde a promulgação da Constituição de 1988 até o ano de 2008, houve mais de um milhão de recursos interpostos ao Supremo Tribunal Federal, os quais foram deliberados por onze juízes, o que representa 95,10% dos casos distribuídos e 94,13% dos casos julgados pelo tribunal. Assim, dados disponibilizados pelo próprio STF indicam que o tribunal delibera mais de cem mil casos por ano (VIEIRA, 2008).

A somatória das decisões tomadas pelas duas turmas, mais as decisões proferidas em plenário, pouco ultrapassam a 10% do total de casos julgados pelo Supremo, sendo que os casos julgados pelo plenário do Tribunal, em 2006, consistem em apenas 0,5% do total de casos julgados, ou seja: 565 casos. A imensa maioria dos casos, portanto, refere-se a decisões monocráticas, em que o relator tem poderes conferidos pela lei para julgar o mérito ou as condições de admissibilidade da ação ou do recurso, ordinário ou extraordinário (VIEIRA, 2008, p. 449-450).

Esse acúmulo de pedidos e o alto índice de decisões monocráticas demonstra que o tribunal tem disposto de elevado grau de discricionariedade para julgar. No âmbito político, o controle acerca da agenda temática, assim como acerca da agenda temporal se encontra firmado no poder dos ministros, que possuem competência para decidir monocraticamente. Desse modo, é difícil analisar uma questão relevante da agenda política que não tenha exigido intervenção do Supremo Tribunal Federal (VIEIRA, 2008).

No âmbito dos direitos fundamentais já foram deliberados temas como: cotas para universidades, aborto de fetos anencéfalos, reforma agrária, direito de greve, pesquisas com células-tronco, desarmamento, demarcação de terras indígenas, entre outros. No campo da representação política há, igualmente, deliberações de questões que fazem do Supremo co-autor da representação política nacional, como decisões sobre: cláusula de barreira, fidelidade partidária e sub-representação da Câmara dos Deputados. Além disso, na arena de restrição às

atribuições dos demais poderes há discussões quanto: limitação à atividade das CPIs, restrição à edição de medidas provisórias, proteção dos direitos das minorias parlamentares, limitação da autonomia das agências reguladoras, delimitação das sessões secretas do Senado Federal, entre outros temas. Há, por fim, na agenda do tribunal, assuntos relacionados ao balanço federativo e à economia, como: guerra fiscal, Cofins, FGTS e ajustes econômicos (VIEIRA, 2008).

O Supremo Tribunal Federal não somente confere efeito legislferante as suas decisões, mas a sua atividade legislativa possui hierarquia constitucional e poder de reforma. Isso decorre da compreensão dos ministros do Supremo que entendem estar a Constituição em constante elaboração nos tribunais responsáveis por aplicá-las e interpretá-las, uma vez que, na concepção dos ministros, diferentemente do que a doutrina clássica pondera, o tribunal encarregado de proteger a Constituição opera, de igual forma, com o poder constituinte (VIEIRA, 2008).

4.1.3 A Pressuposição da “Última Palavra” pelo Supremo Tribunal Federal

A democracia, por coexistir com o conflito diário, apenas se consolida quando reconhece na comunidade que a compõe a efemeridade das certezas, os perigos de insolvência das conquistas e a carência de reflexão e ponderação do passado. A democracia exige a desmistificação das verdades e o desmantelamento do discurso para se reexaminar a história. Esse aspecto democrático reivindica o enfrentamento da metafísica consolidada na manifestação das jurisdições constitucionais e, fundamentalmente, do Supremo Tribunal Federal em dizer a “última palavra do Direito”. O confronto, portanto, se institui, uma vez que, no Estado Democrático de Direito, solidificado na democracia constitucional, o poder, como “última palavra”, não se alicerça em nenhuma instituição ou órgão (BENVINDO, 2014).

Apesar do entendimento presente no cerne das instituições brasileiras, que generaliza a máxima de que há uma verdadeira harmonia entre os Poderes, a realidade fática demonstra, ao contrário, o legítimo embate entre eles. A natureza humana tem se destinado a acumular poderes e a competição política é a fundamental condição para se estabelecer a separação dos poderes. Assim, o diálogo constitucional se ampara no entendimento de que o constitucionalismo democrático é determinado por uma vasta influência entre os Poderes e pela constatação da

natureza política de todos eles, resguardando-se suas diferenças nesse aspecto (BENVINDO, 2014).

Recai-se em falácia considerar que o Poder Judiciário brasileiro se restringe a um Poder técnico, apartado da política e dos jogos de poder, como se os tribunais somente deliberassem sobre a dignidade interpretativa com discursos racionais, enquanto que a política apenas compusesse uma realidade obscura, imprevisível, desordenada e irracional. O meio social, assim como as atividades de pressão dos demais Poderes, modificam a concepção do que se vincula à atividade judiciária, pois a atuação judicante se desenvolve em decisões que se assemelham às funções típicas dos demais poderes, por meio de desacordos e disputas, que lutam por afirmação de poder em rearranjos argumentativos, para não desestabilizar institucionalmente a democracia. Desse modo, apesar das críticas ao avanço do Judiciário nos espaços de controvérsias políticas, há considerável aceitação político-social do papel supremacista dos tribunais (BENVINDO, 2014).

Em episódio decisório controverso, no qual se debatia a constitucionalidade de um projeto de lei, que explicitava novas normas partidárias e que havia sido deferido pela Câmara dos Deputados (PL 4.470/2012), o Ministro Gilmar Mendes, em decisão monocrática³⁹, manifestou-se em sentença liminar, de modo a defender que: “Essa interferência seria ofensiva à lealdade da concorrência democrática, afigurando-se casuística e direcionada a atores políticos específicos” (BRASIL, 2013 apud BENVINDO, 2014, p.75). Além disso, para o Ministro, a “extrema velocidade de tramitação do mencionado projeto de lei - em detrimento da adequada reflexão e ponderação que devem nortear tamanha modificação na organização política nacional” (BRASIL, 2013 apud BENVINDO, 2014, p. 75), configurou fundamento para suspensão da tramitação do projeto de lei. O Ministro Gilmar Mendes, em única decisão, imputou à Câmara dos Deputados uma ação casuística, uma vez que o procedimento legislativo havia se facultado de modo célere e de ter atuado em benefício de determinados agentes políticos (BENVINDO, 2014).

Ao coibir a discussão sobre as normas partidárias, Gilmar Mendes deliberou que o Senado Federal não seria capaz de debater sobre o projeto de lei, visto não ter a Casa admitido a matéria do projeto. Apesar de sua decisão buscar evidenciar que o STF possui o dever de proteger o devido processo legislativo, sua

³⁹ Decisão proferida por um único magistrado.

sentença não se fundamenta nessa temática, pois o Ministro não conseguiu abordar nenhum desrespeito procedimental, mas somente afirmou que o processo foi demasiadamente célere e casuístico. Entretanto, desde que seguidas as normas do processo legislativo, a celeridade do exame de um projeto legislativo é matéria de competência fundamentalmente do Poder político, não adentrando na esfera decisória do controle de constitucionalidade o ritmo do procedimento (SILVA, 2013 apud BENVINDO, 2014).

Na mesma semana da decisão do Ministro Gilmar Mendes, a Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) da Câmara dos Deputados aprovou a Proposta de Emenda à Constituição nº 33 (PEC 33/2011)⁴⁰, que trazia em seu conteúdo regras de limitação da atuação do Supremo Tribunal Federal. Ao contrário da repercussão da decisão do Ministro, a resposta midiática foi imediata (BENVINDO, 2014). Diversos setores sociais se opuseram à nítida afronta à separação dos poderes, mas foi o que o Ministro Marco Aurélio de Mello registrou que ganhou notoriedade, por definir a verdadeiro poder do tribunal: “Nós temos um sistema em que se verifica o primado do Judiciário. A última palavra não cabe ao setor político, cabe ao Judiciário, o órgão de cúpula, o guarda da Constituição é o Supremo” (O ESTADO DE S. PAULO, 2013 apud BENVINDO, 2014, p.77).

Nos últimos anos, houve relevante mutação no exercício decisório do Supremo Tribunal Federal, pois, na tentativa de se assentar como corte constitucional, houve considerável aumento de sua presença em matérias sensíveis do debate político. A partir desse comportamento, reações começaram a sobressair. O ex-Senador Pedro Taques (PDT-MT), como forma de manifestação, expôs que “estamos caminhando para o ativismo judicial, em que onze deuses decidem o que é bom. Não é legítimo numa democracia. Eles não foram eleitos” (ISTO É, 2011 apud BENVINDO, 2011). O pano de fundo do alargamento da atuação do Supremo Tribunal Federal, nos diversos campos da realidade social, se assenta na cultura constitucional brasileira, que enfraquece a definição deontológica dos direitos fundamentais em prol da interpretação constitucional como uma diretriz concreta de valores. Esse fenômeno também se processa por meio da admissão do princípio da proporcionalidade como

⁴⁰ “Altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição” (BRASIL, 2011a).

saída racional para relevantes controvérsias constitucionais. Assim, com o enfraquecimento da Constituição, que passa a ser interpretada como uma epístola de valores, consubstancia-se a direta imprecisão entre discursos de justificação e discursos de aplicação (BENVINDO, 2011).

O motivo de as palavras do Ministro Gilmar Mendes, apesar de diretas e intervenientes, terem sido menos sujeitas ao entendimento social de afluência entre os Poderes se fortifica no fato de que há concepção geral de que a decisão se principiou de um juízo refletido, calculado, fundamentado e racional, ao contrário das decisões políticas que são irracionais, pessoais, mesquinhas e injustificáveis no cerne do constitucionalismo democrático. Assim, subsiste o entendimento de que, como último a dizer o direito, o STF, na figura de um de seus ministros, desempenhou o seu mais estrito dever (BENVINDO, 2014).

A presunção de que o conflito político sobre os direitos pode ser mais acertadamente deliberado por um tribunal judiciário não é pacífica, pois essa concepção é resultado de um processo de mutação de um período autoritário para um período onde se busca a democracia, especialmente quando se tem uma lacuna de legitimidade discursiva na arena dos direitos (BENVINDO, 2014). Dessa forma, as cortes constitucionais são também uma instituição firmada para se tomar decisões sociais em uma conjuntura de controvérsia, porém, não são o fórum mais representativo ou mais respeitador dos grupos discordantes da sociedade (WALDRON, 1999 apud BENVINDO, 2014).

Qualquer estruturação argumentativa de algum Poder possuidor da última palavra é, em si, uma alegação que busca no discurso mais poder para si, pois não há, em uma democracia constitucional, um órgão ou uma instituição que possa se autoproclamar depositário da última palavra. Essa intitulação somente comporta estrategicamente mecanismos de persuasão pública, visto substanciar a figura defensora e libertária do Poder Judiciário, enquanto reforça o papel retaliativo, político e interessado do Poder político. Desse modo, possuir a última palavra é uma atividade dispendiosa e impossível, pois atribui a uma única instituição a proteção institucional final de todo processo democrático (BENVINDO, 2014).

A história do constitucionalismo democrático brasileiro demonstra que o Supremo Tribunal Federal, embora se autodenomine guardião da última palavra, não sustenta a justificação dessa premissa. O primeiro aspecto de desmistificação desse argumento reside, na realidade fática, na área de defesa dos direitos fundamentais,

uma vez que o STF tem se mostrado pouco atuante na defesa desses direitos. O segundo aspecto se manifesta no argumento de racionalidade, usado para legitimar a atuação jurisdicional, visto que, apesar de se considerar racional, não consegue acompanhar a compreensão dos limites de atuação. Assim, ao defender possuir a última palavra, não se elimina o campo da pura retórica ou da simples busca por mais poder (BENVINDO, 2014).

Nos últimos anos, houve real expansão dos poderes do Supremo Tribunal Federal, no que concerne a sua atuação objetiva a fim de atingir maior número de pessoas, todavia, isso não ocorreu por uma ampliação dos julgamentos, mas sim por conta das vias de alterações legislativas ou jurisprudenciais (BENVINDO, 2014). Assim, em pesquisa realizada, tomando-se como referência cerca de 4900 Ações Diretas de Inconstitucionalidade, que correspondem por quase a maioria das ações abstratas impetradas perante o STF, observou-se baixa taxa de decisões de procedência em questões de direitos fundamentais - aproximadamente 1/3 da totalidade das ações julgadas. Segundo o estudo, somente 72 (setenta e duas) Ações Diretas de Inconstitucionalidade, que tinham como objeto direitos fundamentais, foram julgadas procedentes, o que evidencia não ter sido esse tema o cerne das matérias deliberadas do controle concentrado de constitucionalidade (COSTA; BENVINDO, 2013 apud BENVINDO, 2014).

No âmbito das ADIs contra legislação federal, verifica-se que, com pequenas flutuações, as decisões de procedência relativas a direitos fundamentais não ultrapassaram 11% dos casos e, no caso das ADIs contra legislação estadual, somente se alcançou o índice de 11% no ano atípico de 2012, mais devido a uma retração do número global de julgamentos do que, de fato, a um incremento de decisões nesse campo. Entre todos os casos enquadrados no âmbito dos direitos fundamentais, constatou-se que 1/4 das decisões se referia aos direitos de igualdade e proporcionalidade (indicando falta de razoabilidade de certas leis e garantias ao processo judicial); 10%, aos clássicos direitos de primeira geração, tais como irretroatividade das leis e direitos de liberdade; e menos de 5%, à proteção de direitos difusos e direitos da ordem social. Porém, mesmo nessa esfera de direitos fundamentais, percebe-se que parte relevante desse montante está relacionada à defesa de interesses corporativos – eis a razão para se ter uma prevalência de questões sobre isonomia e garantias processuais –, com poucos casos mais diretamente relacionados a temas de direitos voltados para um espectro mais geral da sociedade. Prevalece, sim, um certo controle corporativo de constitucionalidade, muito mais do que um controle destinado a defender os direitos e as garantias dos cidadãos em geral. Aliás, no âmbito das ADIs contra legislação federal, pode-se dizer que 60% das decisões sobre direitos fundamentais são, na verdade, decisões em prol de interesses corporativos (COSTA; BENVINDO, 2013 apud BENVINDO, 2014, p. 87).

Partindo do pressuposto de que ao Poder Judiciário compete a defesa da Constituição, das minorias e dos preceitos estruturais do constitucionalismo democrático, a história do constitucionalismo brasileiro demonstra que a defesa da Constituição, isto é, a atuação judiciária em defesa dos direitos fundamentais, que deveria ser quesito primordial ao Supremo Tribunal Federal, está, antes, muito inferior ao esperado, o que inviabiliza a tese da última palavra (BENVINDO, 2014).

Além disso, o dogma de que o STF é a retratação da racionalidade técnica e, conseqüentemente, é capaz de produzir decisões singularizadas, quando comparadas com as elaboradas pelo poder político, torna mais dramático o discurso da última palavra. A complicação que se manifesta, porém, é a incompreensão dos limites dessa presumida racionalidade, pois o desconhecimento transforma a fragmentação entre técnica, racionalidade, método, de um lado, e política, irracionalidade e desordem, do outro lado, em simples retórica frívola. Desse modo, demonstra-se que o desenho da atividade da jurisdição constitucional não se distingue amplamente daquele do Poder político, o que desmistifica a imagem de atuação mais pura no campo da proteção dos princípios democráticos e constitucionais e dificulta mais largamente a relação entre os Poderes (BENVINDO, 2014).

Juntamente com a extensão de poder, que se solidifica no convencimento argumentativo, mediante mecanismos impostos como racionais na solução de problemas, o Supremo Tribunal Federal tem alargado o uso de uma percepção de direitos que não atentam para as complexidades e limites de sua suposta racionalidade. Nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal tem utilizado constantemente o argumento de que suas decisões exteriorizam a importância de direitos fundamentais como princípios resolutos de uma diretriz axiológica e que, conseqüentemente, são interpretados como mandado de otimização. Assim, progressivamente, a interpretação de direitos é realizada tendo em vista sua presumível relativização, por intermédio do que é factual e legalmente realizável (BENVINDO, 2014).

Ademais, nos últimos anos, a principal concepção sobre o sentido da racionalidade jurídica na atividade decisória, que passou a orientar grande parte dos argumentos expostos nas decisões do Supremo Tribunal Federal, trata-se da fundamentação de que o discurso jurídico é uma ocorrência particular do discurso moral. Essa premissa denota outra estruturação que se impõe no contexto constitucional brasileiro: a alegação de que a Constituição é uma “carta de valores” e

que não há distinção entre princípios jurídicos e valores. Desse modo, valores, principalmente quando ponderados, podem ser idealizados em termos de princípios, assim como os princípios podem ser formulados em termos de valores, sem perda da logicidade (BENVINDO, 2011).

Entretanto, esse instrumento se torna controvertido quando princípios são interpretados em sua extensão deontológica e em seu código binário lícito/ilícito, pois nesse entendimento do direito não é viável a existência de princípios mais ou menos adequados. Por intermédio do exame do caso concreto, é possível apenas definir qual princípio é conveniente à situação, não sendo viável realizar uma proporção entre eles. Portanto, determinar que a Constituição é uma carta de valores remete ao enfraquecimento da Constituição, pois possibilita o balanceamento de seus princípios em favor de qualquer valor coletivo julgado como importante pelo Supremo Tribunal Federal, tais quais os valores políticos (BENVINDO, 2011).

Após o giro hermenêutico, aceitar que um método conduza racionalidade significa contestar toda a progressão jusfilosófica. O querer ser racional contagiou os discursos dos ministros do Supremo Tribunal Federal e essa movimentação se associou à própria vontade de se proclamar como corte constitucional típica, protetora dos princípios constitucionais, que se complementa com uma argumentação mais flexível de elaboração decisória. Desse modo, essa versatilidade em abarcar os anseios coletivos, que transforma a corte constitucional em poder político para se validar, necessita consolidar-se racional, pois se mostra mais eficiente ao alardear que o parlamento não se empenha em sua função e que, portanto, cabe à jurisdição constitucional atuar nos pontos de inércia (BENVINDO, 2014).

Nesse contexto, a diferenciação entre jurisdição e legislação torna-se obscura, por intermédio da legitimidade do discurso e da representação argumentativa, que relacionam a racionalidade à proteção da Constituição. Entretanto, na realidade fática, não se demonstra empiricamente a proteção da Constituição pelo Supremo Tribunal Federal, assim como não se evidencia a presumida racionalidade, pois a racionalidade decorre de um simples dogma cartesiano de que método ocasiona racionalidade, o que coincide com o método discursivo do próprio Poder político, por se tornar político (BENVINDO, 2014).

Como o registro histórico amplamente comprova, a Corte não é final, tampouco infalível. Decisões judiciais mantêm-se inatingidas apenas na medida em que o Congresso, o Presidente e o público em geral consideram

as decisões convincentes, razoáveis e aceitáveis (FISHER, 1988, p.244 apud BENVINDO, 2014, p. 91).

Isto posto, o interesse estratégico dos atores políticos determinou a estruturação política da primazia judicial, uma vez que, se a primazia judicial não é capaz de ser presumida como existente, ela deve ser politicamente fundada. A judicialização da política é, portanto, um emprego de escolhas materiais de interesse estratégico dos agentes políticos. O funcionamento dos Poderes é extensivamente político, fundamentado nos diversos interesses que, regularmente, atuam de modo pouco transparente a fim de solidificar sua condição de legitimidade. Logo, torna-se evidente que a busca pela última palavra se fundamenta na impossibilidade de tê-la em uma democracia constitucional, pois a atividade da cidadania a censura (BENVINDO, 2014).

4.2 - Decisão do Supremo Tribunal Federal pela Aprovação da União Estável Homoafetiva

4.2.1 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132 julgada em conjunto com a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277

4.2.1.1 Considerações Preliminares

A Ação Direta de Inconstitucionalidade, assim como a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, possuía o propósito de atribuir interpretação de acordo com a Constituição ao artigo 1.723 do Código Civil de que trata o “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de uma família” (art. 1.723, *caput*, CC/2002). A interpretação do Código Civil, não exequível à luz dele próprio, deve incidir na técnica de interpretação conforme a Constituição Federal, para vedar significações preconceituosas ou discriminatórias, a fim de reconhecer a união homoafetiva como família, nos mesmos moldes, regras e consequências da união estável heteroafetiva (BRASIL, 2011b).

A ADI e a ADPF visaram à vedação da discriminação dos indivíduos em virtude do sexo, gênero e orientação sexual, mediante a proibição do preconceito e a

consagração do pluralismo político como princípios constitucionais. Assim, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em julgamento conjunto, defenderam a liberdade de disposição da sexualidade individual, como consequência da autonomia da vontade, da dignidade da pessoa humana e do direito à intimidade e à vida privada, inseridos na esfera dos direitos fundamentais e instituídos como cláusula pétrea (BRASIL, 2011b).

A orientação sexual dos indivíduos não se vale como forma de diferenciação jurídica, exceto quando houver disposição constitucional contrária, uma vez que a Constituição Federal assegura: “Art. 3º: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, caput e IV, CF/88). Dessa forma, reconhece-se que a Constituição Federal não atribuiu ao conceito de família nenhuma interpretação ortodoxa, mas, antes, por intermédio de uma concepção exemplificativa, estabeleceu a família como direito subjetivo e instituição sócio-cultural (BRASIL, 2011b).

A Constituição Federal estabeleceu que: “Art. 226: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” (art. 226, *caput*, CF/88) e, a partir do entendimento sócio-político, os juristas asseguraram no conceito de família o núcleo doméstico, formal ou informal, composto por pares hétero ou homoafetivos. Desse modo, conceituou-se “Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica” (BRASIL, 2011b).

Interpretou-se a noção de família, assim como a noção de entidade familiar, de forma não-reducionista, pois ela se apresenta como instituição capaz de se constituir por procedimentos diversos do casamento civil e de se direcionar ao pluralismo sócio-político-cultural. A Constituição não proibiu a construção familiar por indivíduos do mesmo sexo, pois não vedou nada a ninguém senão em virtude de um direito ou de uma proteção ao direito de outrem, ou da totalidade da sociedade, e não garante a não-equivalência jurídica dos indivíduos heteroafetivos aos indivíduos homoafetivos. O Supremo Tribunal Federal, portanto, entendeu ser de sua competência interpretar o Texto Magno a fim de proscrever os preconceitos quanto à orientação sexual dos indivíduos componentes do Estado (BRASIL, 2011c).

Todavia, houve divergências interpretativas quanto à fundamentação do acórdão, uma vez que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar

Peluso, embora tenham reconhecido a união entre parceiros do mesmo sexo como nova modalidade de entidade familiar, defenderam a inviabilidade do enquadramento da união homoafetiva nas categorias de família constitucionalmente fixadas. Desse modo, os Ministros deixaram a complementação da fundamentação do tema em aberto para uma possível adequação legislativa a posteriori, sem prejuízo da admissão da iminente auto-aplicação da interpretação constitucional (BRASIL, 2011c).

Isto posto, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por decisão unânime, conheceram a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 como ação direta de inconstitucionalidade e a julgaram em conjunto com a ADI 4277. Ainda por votação unânime, acordaram em decidir procedentes as ações, com eficácia *erga omnes*⁴¹ e efeito vinculante, constituindo as mesmas diretrizes da união estável heteroafetiva e conferindo aos Ministros a capacidade de julgar monocraticamente (BRASIL, 2011b).

4.2.1.2 Análise do Caso

A partir dos pressupostos apresentados, evidencia-se que a decisão foi constitucionalmente acertada, uma vez que a correção política moldou novos limites substantivos ao conteúdo das leis, isto é, ao Código Civil, e determinou que o governo tratasse a todos os sujeitos com igual respeito e consideração, sendo proibida a vedação das liberdades básicas e essenciais. Dessa forma, esses princípios constitucionais de direito fundamental à liberdade significa a igualdade democrática do respeito às diferenças (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011).

Entretanto, um fator a ser ressaltado se reporta à naturalidade com que o Supremo Tribunal Federal se colocou para examinar a escolha política substantiva, no caso, com extenso impacto moral. O tribunal não introduziu qualquer espaço para uma discussão sobre uma atitude respeitosa que os tribunais deveriam demonstrar em relação ao legislador, eleito democraticamente, uma vez que a questão das uniões estáveis homoafetivas deveriam ter sido normatizadas por intermédio de um projeto de lei legislativo que retratasse a vontade da maioria eleita democraticamente para representar a vontade do eleitorado (VIEIRA, 2008).

⁴¹ Efeito vinculante válido para todos, não apenas às partes componentes do litígio (ACQUAVIVA, 2011).

Nesse aspecto, não se subentende omissão dos ministros, mas sim o estabelecimento de parâmetros de separação de poderes, em que o Poder Judiciário tem a concepção de que não possui a competência de inovar na ordem jurídica, mas que, mesmo assim, empenha-se em elaborar argumentos de natureza política. Desse modo, o STF e as normas de interpretação constitucional originaram um novo espaço, em que passam a atuar como substitutos do parlamento, dos partidos políticos e da regra democrática da maioria, uma vez que no voto dos ministros há diversas páginas utilizadas somente para discutir controversas de filosofia, religião e política, ao invés do direito constitucional. Assim, observa-se que não houve, na decisão dos ministros, qualquer complacência à atividade legislativa, senão um efeito corretivo ou extensivo que o STF atribuiu ao à atuação do legislador (VIEIRA, 2008).

Todavia, essa estatuída abertura para discursos de natureza mais abrangente não é precisamente negativa, pois retrata a necessidade de o tribunal ampliar sua base de legitimidade acerca das decisões de repercussão altamente políticas. No entanto, esse progresso discursivo exige que o tribunal consiga evidenciar que uma corte ativista, com grande definição pública e responsabilidade de decidir temas de enorme relevância, deve ser conformada a diferentes parâmetros de escrutínio, que podem aclarar suas tensões internas e possíveis fragilidades. Assim, o STF, ao julgar questões políticas, torna-se responsável pelas consequências de seus atos, sem que existam instrumentos institucionais para realizar essa cobrança (VIEIRA, 2008).

Decisões controvertidas são usualmente associadas a sentimentos sociais mais inflamados que se posicionam favoráveis ou contrários ao ativismo judicial. Esse posicionamento representa um ajuste de interesses diretamente ligados ao mérito da circunstância com uma compreensão mais abstrata ou teórica da significação do ativismo judicial. Assim, a partir da compreensão de racionalidade limitada, amplamente discutida, é possível estruturar argumento a favor da interpretação ativista do Supremo Tribunal Federal no caso da união estável homoafetiva (BENVINDO, 2011).

Primeiramente, debateu-se uma típica conjuntura de afirmação de igualdade, com o propósito de inserir minorias, socialmente excluídas, na realidade social. Essa perspectiva dita à atividade jurisdicional o dever de agir em benefício de assegurar a todo indivíduo o direito de ser reconhecido em sua individualidade por toda a comunidade, mesmo que vá de encontro a concepções pessoais que detenham

pontos de vista diversos. De outra forma, a decisão demonstra a recuperação da história brasileira recente, que determina a democracia inclusiva e participativa como pressuposto do desempenho da cidadania. Desse modo, na decisão em comento, há um forte conceito legitimador da alteridade e da história institucional brasileira, o que implica em um mecanismo de preservação da Constituição e na prevalência da proteção dos direitos das minorias. Essa decisão, portanto, embora tenha decorrido da omissão dos atores políticos e dos elaboradores de políticas públicas, representa um caso típico de atuação positiva do Supremo Tribunal Federal em direção à consolidação da democracia constitucional (BENVINDO, 2011).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O exame do comportamento de um sistema, nos padrões da teoria autopoietica, manifesta a capacidade de acesso cognitivo com o fim de possibilitar a comunicação entre si. Isto posto, a função do sistema de direito é observar o sistema político, não de executar ações políticas, pois é de encargo dos sistemas resguardar os seus próprios limites, desempenhando atividades que reajam às irritações externas para não haver instabilidade do sistema em si. Assim, a problemática ocorre quando, em um Estado Democrático de Direito, um sistema executa uma função intervencionista, de forma a se apoderar da atividade típica de outro sistema, ou seja, quando o sistema jurídico executa inapropriadamente funções políticas, distanciando-se do controle constitucional ou da interpretação segundo a Constituição, típicos de sua competência.

Da análise dos sistemas, em seu âmbito internacional, verifica-se ter havido um amplo repasse de poder do sistema representativo para o sistema de direito, a partir dos fenômenos de judicialização da política e do ativismo judicial. O assentamento do domínio judicial, entretanto, apenas se consolida com o repasse permissivo de questões políticas controversas pelos atores políticos relevantes, que enxergam nos tribunais superiores um meio de adequação de seus interesses sem prejuízo perante o eleitorado e a sociedade civil. Dessa forma, os tribunais, por estarem imersos em arenas ideológicas, acolhem para si as competências típicas do sistema político, ampliando suas funções na presunção da racionalidade de suas decisões.

A partir desses pressupostos, no contexto brasileiro, independentemente das concepções pessoais acerca da assertividade da atuação do Supremo Tribunal Federal, fica evidente que o tribunal passou a se vislumbrar como possuidor de poderes constituintes reformadores, para além do poder de interpretação conforme a Constituição, ainda que a elaboração das transformações constitucionais não ocorra com a mutação explícita do conteúdo constitucional. No entanto, não é fácil decidir se a supremacia ativista do Supremo Tribunal Federal é positiva ou negativa, uma vez que houve diversas decisões importantes em benefício da sociedade. Dessa forma, a concepção do significado de democracia faz reconhecer que, no âmbito dos sistemas de política e de direito, há uma contínua relação de poder, e que nenhum consenso pode ser determinado como consequência de uma atividade pura da razão.

Neste enquadramento, existe uma dicotomia inerente à liberdade de atuação do Supremo Tribunal Federal no âmbito de resolução de matérias, pois, por um lado, essa liberdade determina a solidificação institucional do tribunal nas últimas décadas, o que colabora para a fortificação do Estado de Direito e do constitucionalismo. Todavia, por outro lado, isso também expressa a vulnerabilidade do sistema político em corresponder com as demandas sociais.

Não existe, dentro do sistema jurídico brasileiro, concordância acerca da melhor forma interpretativa da Constituição, do mesmo modo que não existe unidade sobre como decidir os diversos embates entre seus princípios, com base em uma racionalidade circunscrita na limitação do sistema no caso concreto. Existem, entretanto, problemáticas que excedem as dificuldades exclusivamente hermenêuticas, resultantes da execução da Constituição, visto que essas problemáticas repousam na extensão da competência considerada pertinente e razoável a ser desempenhada por uma Corte Constitucional dentro de uma regulamentação democrática, pois, em um regime democrático, nenhuma arena de poder pode ser eximida de controle.

Nesse contexto, determinadas transformações de ordem institucional seriam imprescindíveis para a redução das mazelas da juristocracia, que tem se instaurado no Brasil no decorrer dos últimos anos, e da supremacia do Supremo Tribunal Federal. Em primeiro lugar, deveria haver o reordenamento das competências do STF, mediante a delimitação prática da separação dos poderes, para que ao Supremo fosse cingido somente pela atividade fundamental de jurisdição constitucional em defesa dos direitos fundamentais das minorias e dos preceitos estruturais do constitucionalismo democrático. Em segundo lugar, com uma agenda mais limitada de casos, o Supremo Tribunal Federal deveria ser capaz de aperfeiçoar a qualidade de seu procedimento decisório, reduzindo o número de julgamentos monocráticos, filtrando seus casos a procedimentos de ordem jurisdicional, transformando suas deliberações colegiadas em ambientes mais democráticos. Em terceiro lugar, o sistema jurídico deveria ser capaz de decidir com mais ampla harmonia e unidade, a partir de um acentuado processo de debate e deliberação da Corte, pois a elaboração de uma decisão harmônica atribui mais coerência a decisões judiciais de extensa repercussão política. Por fim, em quarto lugar, com um processo decisório mais consolidado, o STF deveria ser imbuído de mais tempo para a

organização de padrões interpretativos definidos no escopo de aferir mais integralidade às suas decisões.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce. Ascensão do Constitucionalismo Mundial. In: Sarmento, Daniel; Souza Neto, Carlos Pereira de (Orgs.). *Constitucionalização do Direito, Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Lumen Juris, 2006.

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. Dicionário Acadêmico de Direito. São Paulo: Método, 2011.

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

BENVINDO, Juliano Zaiden. A “Última Palavra”, o Poder e a História: O Supremo Tribunal Federal e o Discurso de Supremacia no Constitucionalismo Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, v. 51, n. 201, 2014

BENVINDO, Juliano Zaiden. Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal: Um Debate sobre os Limites da Racionalidade. In: GUERRA, Luiz. (Org.). *Temas Contemporâneos do Direito: Homenagem ao Bicentenário do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Guerra Editora, 2011, v. 1, p. 560-582.

BENVINDO, Juliano Zaiden. Ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal: um debate sobre os limites da racionalidade. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/152675335/Juliano-Zaiden-Benvindo-Ativismo-Judicial-No-STF-Um-Debate-Sobre-Os-Limites-Da-Racionalidade>>. Acess. 8 jun. 2019.

BENVINDO, Juliano Zaiden. The Seeds of Change: Popular Protests as Constitutional Moments. *Marquette Law Review*, vol. 99 (2), 2015-2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição n. 33. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 25 maio 2011a

BRASIL. Código Civil (2002). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Aces. 09 jun. 2019.

BRASIL. Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Aces. 09 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277/DF, de 5 de maio de 2011. Relator: Ministro Ayres Britto. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 14 out. 2011b

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132, de 5 de maio de 2011. Relator: Ministro Ayres Britto. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 14 out. 2011c

DE GIORGI, Raffaele. A administração pública na sociedade complexa. Trad. Carolina Alves Vestena. Rev. Guilherme Leite Gonçalves. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 256, jan./abr. 2011.

DWORKIN, Ronald. Constitucionalismo e democracia. Trad. Emílio Peluso Neder Meyer. Texto não publicado.

DWORKIN, Ronald. O conceito de direitos implícitos (unenumerated rights): se, e como, o precedente Roe v Wade deve ser revisto, 1992. Tradução de Menelick de Carvalho Netto para uso acadêmico

DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001

FISCHER, L. 1998. The Politics of Shared Power: Congress and the Executive. Texas (College Station): The Texas University Press

FOUCAULT, Michel. Microfísica do poder. *Organização, introdução e revisão técnica do Roberto Machado*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014

GILMAR, Mendes Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 7, ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012

HALPERIN, Sandra e Oliver HEATH. Political Research: methods and practical skills, Oxford: Oxford University Press, 2012, cap. 5.

HIRSCHL, Ran. O Novo Constitucionalismo e a Judicialização da Política no Mundo. Revista de Direito Administrativo, 2010.

HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. Fordham Law Review, v. 75, n. 2, 2006. Traduzido por Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. vol. I. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

KRITISCH, Raquel. Maquiavel e a construção da política. Revista Lua Nova, Rio de Janeiro, n. 53, 2001.

LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. U.C.D. Rev, v. 47, n. 189, 2013.

LUHMANN, Niklas. A Constituição como Aquisição Evolutiva. Tradução Menelick de Carvalho Netto, Giancarlo Corsi, Raffaele de Giorgi e Paulo Sávio Peixoto Maia. [S.l.], 1996. (Tradução para uso acadêmico não revisado). Disponível em <<https://pt.scribd.com/document/31253250/LUHMANN-Niklas-A-constituicao-como-aquisicao-evolutiva>>. Acess. 4 mai. 2019.

MAQUIAVEL, Nicolau. O príncipe. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2010.

MATURANA, Humberto. *Cognição, ciência e vida cotidiana*. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2001

MONTESQUIEU. "Das leis que formam a liberdade política em sua relação com a constituição". in: *O Espírito das Leis*. Martins Fontes. São Paulo. 2000.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado: para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das Leis no Brasil. In: *Um pequeno exercício de Teoria da Constituição*. Fórum Administrativo, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, 2001.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A Hermenêutica Constitucional e os desafios postos aos Direitos Fundamentais. In: José Adécio Leite Sampaio (Org.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: DelRey, 2003.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A Hermenêutica Constitucional sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI, Marcelo (coord.) *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2011. Cap. 5.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

PEDRON, Flávio Quinaud. A distinção entre jurisdição e legislação no pensamento de Klaus Günther. *Revista CEJ*, Brasília, a. XII, n. 41, p. 59-66, abr.-jun. 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. PC Editorial Ltda, 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*. São Paulo 4 (2). p.441-464. jul-dez 2008.

WEBER, Max. Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva.

Tradução de Regis e Karen Barbosa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1991

WEBER, Max. Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva. Vol.

2. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do

Estado de São Paulo, 1999. Capítulo I, “§ 8. *As qualidades formais do direito moderno*”.