



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS – UFAL
Faculdade de Direito – FDA
Programa de Pós-Graduação em Direito
Curso de Mestrado em Direito Público

**Jurisdição Constitucional, Política e Democracia: o reconhecimento da política no
Judiciário e o resgate do discurso constitucional democrático como freio ao seu
avanço político na atual fase do constitucionalismo brasileiro**

PLÍNIO RÉGIS BAIMA DE ALMEIDA

MACEIÓ
2016

PLÍNIO RÉGIS BAIMA DE ALMEIDA

Jurisdição Constitucional, Política e Democracia: o reconhecimento da política no Judiciário e o resgate do discurso constitucional democrático como freio ao seu avanço político na atual fase do constitucionalismo brasileiro

Dissertação de Mestrado apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Alagoas, como pré-requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito Público

Orientador: Prof. Dr. Andreas Joachim Krell

Maceió
2016

Catálogo na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico
Bibliotecário Responsável: Valter dos Santos Andrade

A447j Almeida, Plínio Régis Baima de.
Jurisdição constitucional, política e democracia: o reconhecimento da política no Judiciário e o resgate do discurso constitucional democrático como freio ao seu avanço político na atual fase do constitucionalismo brasileiro Plínio Régis Baima de Almeida. – 2016.
132 f.

Orientador: Andreas Joachim Krell.
Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió, 2016.

Bibliografia: f. 123-132.

1. Jurisdição constitucional. 2. Política. 3. Neoconstitucionalismo. 4. Direito. 5. Democracia. I. Título.

CDU: 342.1/.8



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
MESTRADO EM DIREITO



PLÍNIO RÉGIS BAIMA DE ALMEIDA

“JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, POLÍTICA E DEMOCRACIA: o reconhecimento da política no Judiciário e o resgate do discurso constitucional democrático como freio ao seu avanço político na atual fase do constitucionalismo brasileiro”

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. ANDREAS JOACHIM KRELL

A Banca Examinadora, composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu a candidata à defesa, em nível de Mestrado, e o julgou nos seguintes termos:

Prof. Dr. Gabriel Ivo (UFAL)

Julgamento: **APROVADO com nota 9,50 (nove e meio)** Assinatura: _____

Profa. Dra. Maria da Graça Marques Gurgel (UFAL)

Julgamento: **APROVADO com nota 9,50 (nove e meio)** Assinatura: _____

Prof. Dr. Martônio Mont'Alverne Barreto Lima (UNIFOR – Vídeo Conferência)

Julgamento: **APROVADO com nota 9,50 (nove e meio)** Assinatura: _____

Maceió, 25 de maio de 2016.

À minha esposa Janaina e à minha filha Clara.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Regina Lúcia Baima e Patrício Almeida, e aos meus irmãos, Bárbara Laís, Patrícia Regina e Paulo Robson, pelo amor e pelo reconhecimento do meu esforço ao longo da vida.

Aos meus amores Janaina Freitas e Clara Freitas, pelo aprendizado diário, pelo incentivo incondicional e pelo amor perene. Sou grato por poder partilhar minha vida com vocês.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Andreas Joachim Krell, pelo compromisso acadêmico diário e pelo carinho, paciência, respeito e amizade.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFAL, em especial a Olga Krell, Andreas Krell e Graça Gurgel, pelo carinho e pelos estímulos que me proporcionaram, o que ajudou a aguçar ainda mais minha curiosidade acadêmica.

Aos amigos que pude (re)conhecer nesses dois anos de mestrado, dos quais destaco Alanna, Artur, Raquel e Vanessa, e a todos os demais amigos que venho cumulando na vida, a exemplo de Harlem, Igor Rocha, João Paulo Rocha, Marcos Thiago, Mônica, Regina Estela, Roberta Laena (Fortaleza), Denivaldo, Cris, Fernando, Elziane, Jefferson, Marli (Muriaé) e Cláudia, Fábio, Fabíola, Flávia, Luana, Paulo, Rodrigo, Tati (Macapá).

Aos amigos da Procuradoria-Geral do Município de Maceió, a exemplo de Ana Catarina, Artur, Bruno, Daniel, Guilherme, Gustavo, Yanna, Laila e Márcio.

Aos membros da banca examinadora, professores Maria da Graça Marques Gurgel, Gabriel Ivo e Martônio Mont'Alverne Barreto Lima, pela disponibilidade, ponderações e contribuições ao meu trabalho.

RESUMO

O neoconstitucionalismo, nomenclatura utilizada em referência à atual fase do constitucionalismo, reivindica superação ao modelo do constitucionalismo clássico, sendo descrito por seus seguidores como uma vertente teórica constitutiva, argumentativa e racional, cujo principal objetivo é garantir a efetivação da Constituição através da concretização dos direitos fundamentais nela colhidos. Reconhecida a força normativa da Constituição e a condição de norma dos princípios, estes antes apontados como mera fonte secundária do Direito, redefiniu-se o papel do Judiciário na conformação social, que abandonou aos poucos a tarefa de reproduzir os textos legais formulados pelo Legislativo. Diante da imperatividade das normas constitucionais e do salto qualitativo dos princípios, tornou-se necessário o desenvolvimento de técnicas e de teorias que permitissem ao intérprete fundamentar com racionalidade a sua escolha, sob pena de recair na discricionariedade e no consequente decisionismo. Nesse cenário, métodos hermenêuticos e teorias da argumentação vêm sendo desenvolvidos com o objetivo de permitir uma escolha não casuística e racional do intérprete, afastando-se, com isso, de uma visão particular do juiz, cujo caráter político e opinativo, desprovido de cientificidade, seria tão comum à escola positivista que se pretende superar. No âmbito nacional, a desarmonia entre essa formulação teórica e a prática judicial cotidiana, a qual se acusa de ser personalista, vem gerando distorções que resultam numa preocupação acerca de sua compatibilidade com o regime democrático. Daí a necessidade de se aprofundar o conhecimento do político do Judiciário, tanto na sua atual forma de julgar, como analisando o seu acervo histórico, muitas vezes sem apresentar afinidade com a democracia, o que se mostra imprescindível para entender a importância do controle democrático sobre os excessos por este cometidos, bem como para permitir à dogmática jurídica nacional um trabalho mais confiável na formulação ou na adaptação de teorias que visem satisfazer a Constituição, levando-se sempre em conta os possíveis efeitos para a democracia brasileira.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo. Constituição. Jurisdição constitucional. Interpretação. Política. Judiciário brasileiro. Controle democrático.

ABSTRACT

The neoconstitutionalism, nomenclature used to refer to the current phase of constitutionalism, claims to be overcoming the classic constitutionalism model, having his followers describing it as a constitutive, argumentative and rational theory side, whose main objective is to ensure the realization of the Constitution through the implementation of fundamental rights it embraced. Having been recognized the normative force of the Constitution and the condition of the standard principles before mentioned as a mere secondary source of law, the role of the judiciary was redefined in accordance to social conformation, abandoning gradually the replicant task of legal texts formulated by the legislatur. Given the imperative of constitutional norms and principles of qualitative leap, it was necessary to develop techniques and theories that would allow the interpreter to justify rationally his choice, otherwise it would fall on discretion and the consequent decision fought. In this scenario, hermeneutical methods and theories of arguments have been developed in order to allow a non-sample choice and rational interpreter, away with this, a particular view of the judge, whose political and opinionated character, devoided of scientific basis would be so common to the positivist school that is to be overcome. Nationally, the disharmony between this theoretical formulation and everyday judicial practice, which is accused to be personalistic, has been generating distortions that lead us to a concern around its compatibility with democracy. Thus, the need to increase knowledge of the political judiciary, both in its present form as well as the judge's analysis of his historical collection, often without showing affinity with democracy, it proves to be essential to understand the importance of democratic control over the excesses committed by him, and to enable the national legal doctrine with a more reliable work in the development or adaptation of theories that aim to satisfy the Constitution, always taking into account the possible effects for Brazilian democracy.

Keywords: Neoconstitutionalism. Constitution. Constitutional jurisdiction. Interpretation. Policy. Brazilian judiciary. Democratic control.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 O CONSTITUCIONALISMO CLÁSSICO	15
2.1 Abertura do tema a partir da formação do Estado	15
2.2 Constitucionalismo clássico liberal.....	22
2.3 Ao constitucionalismo do Estado Social.....	29
3 O ATUAL MOMENTO DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO	36
3.1 O constitucionalismo do pós-Segunda Guerra Mundial	16
3.2 O neoconstitucionalismo no Brasil	43
3.3 Constitucionalismo à brasileira: o paradoxo entre o discurso e a prática	48
4 O JURÍDICO É TAMBÉM POLÍTICO: A TEORIA GRADUALISTA DE HANS Kelsen E A PERSPECTIVA POLÍTICA DO CONTEÚDO DA DECISÃO JUDICIAL	54
4.1 O conseqüente segue a natureza do antecedente: o guardião da Constituição e a interpretação constitucional em Carl Schmitt.....	55
4.2 O gradualismo de Hans Kelsen e a natureza (também) política da decisão judicial	63
4.3 Notas iniciais.....	68
4.4 Análise do conteúdo político da decisão monocrática na Ação Originária 1.773/DF do STF (Auxílio-moradia).....	70
5. JUDICIÁRIO, POLÍTICA E TRANSIÇÃO: AS DIFICULDADES ENCONTRADAS PELO JUDICIÁRIO BRASILEIRO NA DEFESA DE NOVAS ORDENS CONSTITUCIONAIS	79
5.1 Apontamentos sobre o Judiciário e sua relação com a política brasileira: do período colonial ao final da Primeira República.....	79
5.2 O STF diante do governo militar e sua participação no estabelecimento da atual ordem constitucional.....	87
5.3 O Supremo e alguns reflexos decorrentes da inexistência de uma cultura democrática no atual estágio constitucional	93
6 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA: A RETOMADA DO DISCURSO CONSTITUCIONAL COMO PRESSUPOSTO DEMOCRÁTICO AO CONTROLE DA ATUAÇÃO POLÍTICA JUDICIAL	104
6.1 Judiciário, democracia e a retomada do raciocínio em torno do político.....	104
6.2 O resgate do discurso constitucional democrático como freio ao avanço político do Judiciário brasileiro.....	110
7 CONCLUSÃO	118
REFERÊNCIAS	123

1 INTRODUÇÃO

A retomada da democracia após anos de governo militar autocrático renovou a discussão acerca do papel das instituições de nossa ordem político-estatal e do comportamento que devem adotar com o objetivo de cumprir o dever de efetivação das normas contidas na Constituição Federal de 1988.

Essa preocupação remete a um histórico quadro social de estratificação e à predominância de formas políticas autoritárias, que contribuíram para o bloqueio da eficácia da doutrina democrática no Brasil. Parte significativa da população brasileira encontrava-se num panorama socioeconômico semifeudal, no qual o poder político resultante da propriedade de terras era exercitado por poucos. Esse quadro arrastou-se desde o período colonial, praticamente sem mudanças, até a década de 1930.

Em meio a golpes de Estado, rebeliões, suspensões de direitos, intervalos democráticos e manipulações de toda ordem, o Judiciário firmou-se subserviente ao poder político-econômico e marcado pelo conservadorismo. A conduta adotada por seus membros nos períodos de exceção do regime político brasileiro muitas vezes reforçou práticas autoritárias, desde o militarismo “de espada na mão” à política do café-com-leite, bem como os exemplos do golpe do Estado Novo no governo Getúlio Vargas e do regime ditatorial militar iniciado em 1964. Em todos esses momentos o Supremo Tribunal Federal – STF, órgão de cúpula do Judiciário desde 1891, ano de sua criação, e já nessa etapa aclamado guardião da Constituição, teve nítida dificuldade em defender a ordem constitucional estabelecida.

É com essa tradição que o Constituinte de 1986/87 pretendeu romper ao assinalar, depois de mais de vinte anos de regime autoritário, e movido pela onda global democratizante da década de 1980, uma nova ordem jurídica constitucional. Pela primeira vez uma Assembleia Constituinte obteve vasta participação popular, em que pesem alguns desvios de representação: garantias e princípios inovadores foram introduzidos e o Estado brasileiro passou por um redesenho institucional com vistas ao desenvolvimento social e democrático do país. Reafirmou-se, desse modo, o compromisso dos poderes do Estado com os objetivos nacionais prescritos na Constituição.

O debate constituinte, à evidência de um passado próximo no qual as funções estatais sofreram descaracterizações, adotou, na sua essência, um modelo político democrático e democratizante. Nesse cenário, os poderes Legislativo e Judiciário receberam especial atenção, tanto com o objetivo de obstar eventual supressão de atribuições há pouco experimentada no

período ditatorial, como também o de dimensioná-los institucionalmente como efetivos atores políticos de transformação a serviço da sociedade brasileira.

Mesmo diante da prudência constituinte em tentar simetrizar a relação entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, estabelecendo ainda instrumentos indiretos e diretos voltados à realização da política democrática, o que se vê hoje é um cenário alarmante de descrença nas instituições de origem liberal, ainda mais quando cotejadas sob o aspecto da teoria da democracia. Nesse sentido, o Legislativo brasileiro, mesmo experimentando certo apreço democrático, não só em razão da adoção do princípio majoritário, mas também por ter se mostrado combativo na defesa das liberdades em destacados momentos da nossa história, vem apresentando desgaste de representatividade ante a comunidade brasileira.

A esfera de atuação do Legislativo, com destaque para a sua atividade de prevalência funcional, vem sendo paulatinamente apropriada pelos demais poderes no decorrer da vigência da atual Constituição. No que compete ao Executivo, a publicação desmedida de medidas provisórias sem a cautela necessária para dimensionar o conteúdo plurissignificativo dos requisitos urgência e relevância, exigidos para sua expedição, agigantou o poder legiferante do Presidente da República, principalmente nos 13 (treze) primeiros anos de Constituição, levando o Legislativo a reagir com a publicação da emenda constitucional n.º 32, de 11 de setembro de 2001, que instituiu novas regras para a utilização da medida provisória pelo Executivo e reduziu seu campo de abrangência.

Quanto ao Judiciário, objeto da nossa atual preocupação científica, saiu ele fortalecido do enfrentamento constituinte, preservando o STF nítida concentração de poderes diante dos papéis institucionais acumulados, a exemplo de sua competência originária para processar e julgar o Presidente da República nas infrações penais comuns e de sua competência recursal para julgar crimes políticos em sede de recurso ordinário. Contudo, será a atribuição em dar a última palavra em matéria constitucional o tema mais controvertido de sua atuação, principalmente no que tange aos limites empregados pelos próprios magistrados na interpretação da norma jurídica para fins de controle de constitucionalidade.

Em face dessas conquistas, a jurisdição constitucional transformou-se em instrumento valoroso na fortificação e no amadurecimento das conquistas democráticas, apesar da permanência de incoerências e reminiscências autoritárias. Sucessivas propostas de reforma foram apresentadas ao longo da vigente ordem constitucional, culminando recentemente, por exemplo, na reforma do Poder Judiciário brasileiro através da Emenda Constitucional n.º 45/04, que, entre outras inovações, introduziu a polêmica súmula vinculante e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Mesmo ciente de que o debate em torno da jurisdição constitucional acaba atraindo a discussão a respeito da separação dos poderes e do princípio majoritário enquanto *standard* de legitimação, a abordagem que será aqui adotada tentará desviar desse lugar-comum. Isso não significa afirmar que essas preocupações em torno do tema já estejam resolvidas ou que não tenham relevância. Reconhece-se apenas a possibilidade da abordagem da temática sob outra perspectiva – que não fugirá ao debate em torno da legitimidade democrática, na qual se relevará a forma como o Judiciário, em especial o STF, vem realizando a tarefa de interpretar a Constituição no atual momento de apego a valorações, e, ainda, diante do resultado da primeira hipótese, em que medida vem ele historicamente apresentando familiaridade com a vida pautada por valores democráticos a ponto de ser reconhecido por alguns, à frente da atual ordem constitucional, como único ou principal ator institucional de conformação da democracia no Estado brasileiro.

O neoconstitucionalismo, nomenclatura utilizada para fazer referência à atual fase do constitucionalismo, reivindica superação ao modelo do constitucionalismo clássico, descrevendo-o seus seguidores como uma teoria constitutiva, argumentativa e racional, cujo principal objetivo é garantir a efetivação da Constituição através da concretização dos direitos fundamentais nela colhidos. A ideia de programaticidade comum ao Estado social, sem que fosse reconhecida à Constituição a normatividade necessária para tornar reais os direitos nela relacionados, deve ser superada em nome de sua própria relevância na ordem jurídica, fazendo com que suas normas sejam observadas de imediato, e não para um futuro incerto que só se revelaria na conformação da sociedade, a depender da esporadicidade e da inconsistência da conveniência política.

Reconhecida a força normativa da Constituição e a condição de norma dos princípios, estes antes apontadas como mera fonte secundária do Direito, redefiniu-se o papel do Judiciário na conformação social, que aos poucos abandonou a tarefa de reproduzidor dos textos legais formulados pelo Legislativo. Nesse cenário, os juízes, de meros reproduzidores do texto legal, converteram-se também em fonte do Direito, porquanto passaram a aplicar a legislação para além dos enunciados legais, atribuindo-lhes novo sentido sempre que possível, a depender do grau inicial de indeterminação da norma e da possibilidade de aplicação da nova interpretação ao caso concreto.

Diante da imperatividade das normas constitucionais e do salto qualitativo dos princípios, que assim como as regras adquiriram caráter normativo, era preciso que o intérprete desse revigorado constitucionalismo desenvolvesse técnicas e teorias que lhe permitissem fundamentar com racionalidade a sua escolha, sob pena de recair na discricionariedade e no

consequente decisionismo dos teóricos positivistas, a exemplo de Hans Kelsen e Herbert Hart, tão duramente criticados pelos neoconstitucionalistas. Nesse cenário, métodos hermenêuticos e teorias da argumentação vêm sendo desenvolvidos com o objetivo de permitir uma escolha não casuística e racional do intérprete, afastando-se, com isso, de uma visão personalista do juiz, cujo caráter político e opinativo, desprovido de cientificidade, seria tão comum à escola positivista que se pretende superar.

Não é preciso esforço para deduzir que, diante desse quadro, o Judiciário, protagonista na nova roupagem constitucional, ampliou ainda mais o seu poder no ambiente político-institucional brasileiro. A adoção de teorias da argumentação e de novas técnicas hermenêuticas, no afã de aproximar Constituição e realidade através da efetivação dos direitos fundamentais, agravou ainda mais o desinteresse pela política, espaço antes utilizado para debater os principais interesses da comunidade. A Constituição vem se convertendo em objeto de compreensão apenas de hermenêutas e dos demais intelectuais do Direito, que passaram a deter a última palavra em matéria constitucional, tornando meros espectadores os demais sujeitos sociais.

O fortalecimento da jurisdição constitucional aliado à tendência neoconstitucional que fomenta a liberdade criativa do intérprete na solução constitucional já tornam o Judiciário alvo de cuidadoso olhar, quando observado sob a perspectiva democrática. Quando, no entanto, sobre esse mesmo Judiciário, que controla semanticamente a Constituição e que autoriza a solução criativa do juiz sob a justificativa de racionalidade do julgamento, não recaí nenhuma espécie de controle (a exceção é a chamada autocontenção judicial) quanto a eventuais excessos ou desvirtuamentos no uso das técnicas ou das teorias que, em tese, justificariam a liberdade do juiz e que são usadas discursivamente para diferenciar o atual momento constitucional daquele que se quer superar, acende-se um alerta quanto à compatibilidade da adoção desse modelo de jurisdição para um Estado guiado pelo regime da democracia.

Sob o alerta da máxima de que “todo homem que possui poder é levado a dele abusar”¹, doutrinadores brasileiros vêm denunciando uma espécie de “neoconstitucionalismo à brasileira”, no qual, *v.g.*, cita-se na decisão autor de determinada teoria jurídica sem que haja, por parte do juiz, a preocupação com o desenvolvimento prático dessa teoria na solução da controvérsia. O método ou a teoria, que serviria como instrumento de racionalização da decisão, é utilizado como argumento de autoridade, apenas para demonstrar certa erudição do julgador. Torna-se ainda mais preocupante quando o STF, Corte máxima do Judiciário brasileiro e que

¹ MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 166.

detém a tarefa de guarda da Constituição, utiliza-se desse expediente para dar a última palavra em matéria constitucional.

A aparente desarmonia entre a formulação teórica neoconstitucional, com sua exigência de racionalidade argumentativa e motivação metódica, e a prática cotidiana do Judiciário brasileiro, que por vezes ignora, *v.g.*, o dever constitucional de fundamentação de suas decisões², lançando mão de argumentos de autoridade para encerrar o debate jurídico endoprocessual, vem gerando severas críticas de diversos juristas.

Combater o livre convencimento do juiz arguindo-se racionalidade no uso de técnicas hermenêuticas, mas permitindo-lhe liberdade absoluta no uso dessas técnicas, ou mesmo o não uso ou sincretismo metodológico, parece ser a velha discricionariedade combatida, porém agora camuflada com novo rótulo. Dessa forma, renova-se o debate em torno da liberdade do intérprete diante da margem de discricionariedade ou de generalidade conferida pelo legislador, e de que o exercício do poder na criação produtiva do direito tem natureza política. Assim, segundo Hans Kelsen, o caráter político da legislação persistiria também na jurisdição, porque tanto num quanto noutro o poder político de criar o direito seria exercitado, diferenciando-se apenas em termos quantitativos, e nunca qualitativos.

Nesse contexto, sobra motivação para entender como o neoconstitucionalismo, enquanto formulação teórica, conseguiu ordenar a prática judicial na efetivação dos direitos fundamentais. Em especial, como o juiz brasileiro vem se comportando, na efervescência da “era das valorações”, quando chamado a motivar suas decisões com conteúdo constitucional, particularmente quando essa (falta de) motivação puder revelar o grau de legitimação política de sua atuação diante da cultura constitucional brasileira de viés democrático e republicano.

A presente dissertação será apresentada ao longo de cinco capítulos. O capítulo inaugural compromete-se inicialmente com uma abordagem histórica a respeito do surgimento do Estado, dando-se ênfase ao Estado em sua concepção moderna, em razão dos traços que o caracterizam, com destaque para o processo de concentração de poder político e a cultural monolítica de produção jurídica.

A preocupação em delinear uma organização social e política, típica de um sistema normativo próprio do constitucionalismo, é percebida no decorrer da composição do Estado na modernidade. Foi durante esse período que se verificou igualmente a superação gradual da diluição do poder político e da pluralidade de ordens jurídicas características no medievo. Esse

² A Constituição Federal de 1988 dispõe, no seu artigo 93, inciso IX, que todas as decisões emanadas dos órgãos do Poder Judiciário serão fundamentadas. In: BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 set. 2015.

estudo se revela importante à medida que apresenta o entreabrir do constitucionalismo, com a concentração do poder político e o seu processo de publicização, decorrência da gradativa substituição da multiplicidade de centros privados de poder.

Em seguida, abordar-se-á o constitucionalismo clássico, nas suas vertentes liberal e social. O estudo se impõe à medida que, estabelecendo-se uma consciência coletiva acerca de direitos e sobre a necessária ligação entre Estado e Constituição, a legitimidade do domínio político passou a ser reivindicada para o povo. Ato contínuo, esse mesmo povo, utilizado como instância universal de atribuição de legitimidade pela classe burguesa, viria a ser constitucionalmente domesticado em nome da boa governança, não lhe sendo reconhecido o direito à condução material do Estado. Ainda em razão da legitimação política do Estado, surge o constitucionalismo social como resposta à contradição entre igualdade política e desigualdade social, acentuada pelo modelo do Estado liberal burguês, na perspectiva de que a atuação positiva estatal aos poucos amenizasse esse paradoxo da democracia liberal.

O segundo capítulo presta-se de início a discorrer sobre o atual momento do constitucionalismo ocidental, acentuando-se, entre outras questões, seu intento em superar a inefetividade constitucional resultante da crença no teor programático das normas no constitucionalismo social. Após a identificação das suas principais características, dissertar-se-á a respeito do ingresso do neoconstitucionalismo no Brasil e de como essa vertente da teoria constitucional contemporânea vem sendo conduzida pelo Judiciário brasileiro, dedicando-se especial atenção ao STF e às críticas decorrentes da forma como ele vem conduzindo a guarda da Constituição, sob a influência desse novo paradigma constitucional.

Diante da suposição do uso pelo STF de técnicas hermenêuticas e teorias da argumentação apenas de forma discursiva, como argumento de autoridade, sem que possam ser deduzidas na fundamentação das suas decisões, reabre-se espaço para a reflexão a respeito da natureza da decisão judicial. O político e o jurídico e a interpretação criativa da Constituição pelo Judiciário são objetos do terceiro capítulo, reacendendo, com isso, a importância do embate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen em torno de quem deveria ser o guardião constitucional, que se deu muito em razão da discórdia quanto à natureza política da própria Constituição. Ainda nesse capítulo será analisada decisão do STF, através da investigação sociológica de conteúdo, com vistas a deduzir a existência de rastro político na perspectiva da generalidade da norma advertida por Hans Kelsen.

O quarto capítulo será dedicado a situar historicamente o Judiciário brasileiro, dissertando-se a respeito do seu envolvimento com o poder político e econômico, e de sua dificuldade com a defesa da ordem constitucional em momentos de instabilidade social.

Entende-se, nessa perspectiva, que o resgate de elementos históricos do Judiciário é importante para a compreensão do seu atual momento, servindo esse conhecimento igualmente para estabelecer diálogo concreto entre sua dimensão institucional e a atual aposta de parte significativa da doutrina constitucionalista no seu protagonismo, a fim de confrontá-lo criticamente com o ideal democrático.

A aparente falta de deferência democrática do Judiciário ao longo da história e a prática de um “neoconstitucionalismo à brasileira”, que acaba por definir semanticamente a Constituição sem critério algum de vinculação metódica e sem se submeter a controle, podem fornecer expediente necessário para diagnosticar o nível de distanciamento entre a jurisdição constitucional que se reproduz no Brasil e o desejo de democracia.

Nesse sentido, no quinto capítulo buscar-se-á na retomada dos valores democráticos os elementos necessários para reforçar o discurso em torno da Constituição, permitindo-se, com a proposta de reconhecimento do político, uma mudança de mentalidade que autorize o controle sobre o avanço político do Judiciário, além de proporcionar o desenvolvimento de uma dogmática jurídica que enxergue o Judiciário brasileiro como ele é, com todo o seu acervo histórico, a fim de perceber limites para a sua atuação a serem extraídos do próprio conceito de democracia, o qual não permite a existência de um poder constituído ilimitado, independentemente do fim por ele perseguido.

2 O CONSTITUCIONALISMO CLÁSSICO

2.1 Abertura do tema a partir da formação do Estado

Emerge do conceito de Estado uma discussão inicial a respeito de sua origem. Isso porque, relevadas determinadas características, pode-se atribuir sua formação ao período da Antiguidade, já enxergando ali traços identificadores de uma organização política singular, ou à nova realidade político-organizacional projetada a partir da saída do período medieval e da ascensão à modernidade.

Ao tratar sobre o conceito e a origem do Estado, Bobbio destaca essa dicotomia teórica, descrevendo argumentos favoráveis e contra a solução de continuidade entre os ordenamentos políticos desde a Antiguidade³. Como aponta, alguns estudiosos enxergam na modernidade uma projeção evolutiva do Estado nas organizações políticas que lhe foram anteriores⁴.

Assim, haveria uma continuidade do Estado no transcurso da história, da Antiguidade à modernidade, sem esquecer o período medieval; e mesmo emprestando a cada momento características específicas, não seriam elas suficientes para romper esse laço de identidade, a ensejar o surgimento de uma nova categoria de organização social e política. Reforçam esse argumento, por exemplo, a reflexão quase obrigatória realizada por escritores da modernidade, como Maquiavel e Rousseau, sobre instituições da Antiguidade, a atualidade descritiva e explicativa de Aristóteles quando da análise das cidades gregas⁵ ou mesmo a presença de certa aspiração à unidade política no medievo⁶, mesmo diante de uma formação política cujo poder se encontrava diluído.

Já a visão de descontinuidade repousa no reconhecimento de que algumas características encontradas na organização política moderna que, se comparadas àquelas dos períodos da Antiguidade e do medievo, imprimiriam uma ruptura com esses modelos a ela precedentes, resultando na fundação de uma organização política original. Estado só designaria organizações políticas complexas, bastante desenvolvidas, com caracteres próprios, o que implicaria o reconhecimento de que todas as sociedades políticas anteriores à modernidade eram sociedades políticas sem Estado⁷.

³ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**: para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 65 et seq.

⁴ Ibid.

⁵ Ibid., p. 70-71.

⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010a, p. 66.

⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O futuro do estado**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 52.

Bobbio aponta a concentração do poder sobre determinado território de vasta extensão, resultado da monopolização de algumas atividades – a exemplo da produção do direito por meio da lei, como um dos densos argumentos em favor da aplicação do conceito de Estado apenas às organizações políticas modernas⁸. Assim, de acordo com essa posição, à qual aderem Heller⁹ e Bercovici¹⁰, Estado não seria um conceito geral válido para toda e qualquer organização política, em qualquer tempo na história.

Uma vez que o conceito de Estado se constrói a partir das características apontadas como relevantes, tanto o conceito quanto a origem do Estado apresentam-se mutáveis a depender dos elementos valorados pelas correntes teóricas. Significa dizer que, mesmo entendendo que a denominação de Estado apareça apenas na modernidade, a depender das características que se destaquem como essenciais à identificação do conceito, nada impede que esse conceito seja também utilizado para identificar organizações políticas a ele anteriores.

O emprego do termo Estado como organização política veio a ser utilizado apenas em 1513, na obra *O Príncipe*, de Nicolau Maquiavel. Mas, como bem lembra Dallari, a expressão foi empregada até o século XVIII na Espanha para designar latifúndios cujos proprietários detinham poder jurisdicional¹¹. Mesmo sofrendo variações ao longo do tempo, a denominação empregada inicialmente no século XVI é a que mais se aproxima ao seu atual emprego¹².

Mesmo que se entenda pela existência do Estado já antes da modernidade, fazendo supor uma continuidade evolutiva dessa organização política, certo é que as características singulares presentes no Estado moderno merecem especial atenção quanto ao intento do trabalho aqui percorrido. No entanto, é importante, de início, entender algumas das razões que levaram à consolidação desse Estado.

Ao tratar da evolução histórica do Estado, Dallari relata a dificuldade em se caracterizar o medievo logo após a superação do período de dominação romana. A instabilidade e a heterogeneidade do período fazem com que sobre a Idade Média repousem opiniões distintas:

⁸ BOBBIO, op. cit., p. 68.

⁹ “Para comprender lo que ha llegado a ser el Estado actual no es preciso [...] rastrear sus ‘predecesores’ hasta tiempos remotos, cuando no hasta la época primitiva de la humanidad. Siempre que se intentó hacer tal cosa, se desatendió, en general, aquello que a nuestro objeto principalmente interesa: la conciencia histórica de que el Estado, como nombre y como realidad, es algo, desde el punto de vista histórico, absolutamente peculiar y que, en esta su moderna individualidad, no puede ser trasladado a los tiempos pasados.” In. HELLER, Hermann. **Teoría del estado**. Tradução de Luis Tobío. 2. ed. México: FCE, 1998, p. 165.

¹⁰ Como bem enfatiza Bercovici, “[...] A própria palavra ‘Estado’ só vai ser utilizada no sentido de organização política a partir do século XVI, evidenciando uma nova forma que só se consolidará no século XVII”. In BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013a, p. 50.

¹¹ DALLARI, op. cit., 2010a, p. 51.

¹² AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do estado**. 22. ed. Porto Alegre: Globo, 1983, p. 7.

para uns, é vista como um momento obscuro da história; já para outros, um período de extraordinária criação humana¹³.

Dallari destaca dois fatores que levaram à superação do período romano e ao advento do medievo: o domínio de uma grande extensão territorial, resultado das inúmeras conquistas promovidas pela política expansionista romana e pelo cristianismo¹⁴.

A expansão territorial romana atingiu vários povos. Seus costumes e suas tradições, no entanto, não eram proibidos por Roma, o que auxiliou na formação de novos modos de organização social e na manutenção de alguns já existentes. Durante muito tempo, o povo romano detinha participação direta no governo, mas a noção de povo nesse período era ainda mais restrita¹⁵, como aquela difundida na Grécia antiga, limitando-se os direitos políticos aos patrícios, famílias que se declaravam descendentes dos fundadores de Roma.

No decorrer do extenso período do protagonismo romano na Europa, outros grupos e camadas sociais foram conquistando direitos e espaço na política. Roma realizou tentativas de manutenção da unidade política, a exemplo da naturalização de todos os povos contidos no território romano, concedida pelo imperador Caracala no ano de 212 d.C¹⁶. A medida tomada por Constantino no ano 313, assegurando a liberdade religiosa em Roma, não obstante, fez afastar a noção de superioridade dos romanos por influência do universalismo cristão^{17/18}, sendo a ascensão do cristianismo, como já afirmado, considerada por parte da historiografia como uma das razões que levaram à superação do domínio de Roma¹⁹.

Os povos da Antiguidade, contudo, não desenvolveram um sistema normativo próprio do constitucionalismo, com a preocupação em delinear sua organização social e política. Dependiam das circunstâncias de fato, o que obstava a tentativa de buscar uma continuidade²⁰

¹³ DALLARI, op. cit., 2010a, p. 66.

¹⁴ Ibid., p. 64.

¹⁵ MORAIS, José Luis Bolzan de. STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria geral do estado**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 20. Além da noção restrita de povo, os autores mencionam ainda a base familiar de organização e o governo de magistrados como parâmetros identificadores do Estado romano.

¹⁶ DALLARI, op. cit., 2010a, p. 65.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ O historiador inglês Edward Gibbon retrata bem a universalidade cristã: “Quando a promessa da felicidade eterna foi proposta à humanidade com a condição de ela adotar a fé e observar os preceitos do Evangelho, não estranha que oferta tão vantajosa fosse aceita por grande número de pessoas de todas as religiões, de todas as condições sociais e de todas as províncias do Império Romano [...]”. In GIBBON, Edward. **Os cristãos e a queda de Roma**. Tradução de José Paulo Paes e Donalson M. Garschagen. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2012, p. 30-31.

¹⁹ Edward Gibbon aponta quatro causas do rápido desenvolvimento do cristianismo. São elas: “[...] I. O inflexível zelo [...]. II. A doutrina de uma vida futura, valorizada por toda e qualquer circunstância ocasional que pudesse dar peso e eficácia a essa importante verdade. III. A pura e austera moralidade dos cristãos. IV. A união e a disciplina da república cristã, que formou aos poucos um Estado independente que se desenvolveu no coração do Império Romano”. In GIBBON, op. cit., p. 8-9.

²⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao século XXI**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 45.

– um dos objetivos perseguidos a partir do reconhecimento de uma Constituição, seja ela tradicional (ou costumeira) ou escrita.

O início da Idade Média é marcado pela queda do Império Romano do Ocidente. Fatores sociais e políticos já mencionados (v.g., domínio territorial extenso e ascensão do cristianismo), aliados às invasões dos povos bárbaros, que introduziram diferentes tradições e costumes e estimularam a criação de organizações políticas independentes²¹, deram os contornos identificadores da fase medieval.

O período se destaca por uma permanente instabilidade política, social e econômica²². Em consequência dessa volubilidade, a atividade comercial tornou-se perigosa, o que foi fundamental para o desenvolvimento do feudalismo, sistema econômico, político e social intimamente ligado à propriedade e à posse de terras. O senhor feudal, que compunha a aristocracia, “[...] detinha o poder econômico, o político, o militar, o jurídico e o ideológico sobre os ‘seus’ servos”²³. Pode-se afirmar, portanto, que o feudalismo foi uma adaptação a essa vulnerabilidade, apresentando-se como substrato da fragmentação característica do poder político da época medieval.

Dallari, conjugando cristianismo, invasões bárbaras e feudalismo, apresenta um quadro característico do período medieval:

[...] Um poder superior, exercido pelo imperador, com uma infinita pluralidade de poderes menores, sem hierarquia definida; uma incontável multiplicidade de ordens jurídicas, compreendendo a ordem imperial, a ordem eclesiástica, o direito das monarquias inferiores, um direito comunal que desenvolveu extraordinariamente, as ordenações dos feudos e as regras estabelecidas no fim da Idade Média pelas corporações de ofícios [...]²⁴.

Ao descrever sucintamente as causas e as consequências da permanente instabilidade política, econômica e social presente no medievo, Dallari acaba por revelar também a diluição do poder político e a pluralidade de ordens jurídicas como características marcantes do período.

O poder político, porque repartido entre diversos depositários, tinha um caráter privado²⁵. No mesmo sentido, Wolkmer elenca características que bem definem o medievo, citando “[...] a infinita multiplicidade de centros internos de poder político, distribuídos aos nobres, bispos, universidades, reinos, entidades intermediárias, estamentos, organizações e corporações de ofício [...]²⁶” como um dos elementos marcantes.

²¹ DALLARI, op. cit., 2010a, p. 68.

²² MORAIS; STRECK, op. cit., p. 21.

²³ Ibid, p. 22.

²⁴ DALLARI, op. cit., 2010a, p. 70.

²⁵ HELLER, op. cit., 1998, p. 166.

²⁶ WOLKMER, Antonio Carlos. **Elementos para uma crítica do Estado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990, p. 24.

O embrionário poder político dos senhores feudais, exercido de forma exclusiva, concentrada e ilimitada na circunscrição de seus domínios territoriais, resultaria, após séculos de gestação, “... na formação de uma aristocracia poderosa e, finalmente, na definição da figura do rei, como o soberano, superior a todos os poderosos”²⁷.

A pluralidade de ordenações jurídicas era reflexo do fracionamento do poder político encontrado na Idade Média. Até mesmo a jurisdição era, em grande parte, exercida fora da esfera pública²⁸. Como bem afirmou Heller, “[...] o Estado feudal não se submeteu a uma relação de caráter unitário, nem a uma ordem jurídica unitária, nem a um poder estatal unitário, no sentido em que a entendemos”²⁹.

Melo relata a existência de um pluralismo jurídico no medievo³⁰, cujo direito era produzido pelos inúmeros agrupamentos sociais que compunham a sociedade civil, e não pelo Estado. “[...] Havia o direito feudal, o direito das corporações, o direito das comunas ou *civitates* [...], o direito dos ‘reinos’ [...]”³¹, ou seja, uma pluralidade de fontes, mas nenhuma delas exercia o monopólio da produção jurídica³². Deve-se ter em mente, no entanto, que o pluralismo jurídico identificado nesse período detinha estreito vínculo com a propriedade e a posse de terras, núcleo essencial do modelo de produção feudal, inexistindo uma essencialidade emancipatória característica do pensamento do pluralismo jurídico contemporâneo³³.

Segundo Dallari, é nesse período que nasce a Constituição costumeira, uma vez que se buscava o reconhecimento de espaços de convivência de diferentes povos, cada um deles com suas regras de organização e de governo próprias³⁴. Ainda não era possível estabelecer ligação entre Estado e Constituição, expressando-se esta por meio da consciência coletiva da existência de direitos em reação ao Absolutismo. “Na segunda metade da Idade Média já aparecem as

²⁷ DALLARI, op. cit., 2013, p. 48-49.

²⁸ HELLER, op. cit., 1998, p. 167.

²⁹ “[...] el Estado feudal no conoció una relación de súbdito de carácter unitario, ni un orden jurídico unitario, ni un poder estatal unitario, en el sentido en que nosotros lo entendemos”. Ibid., p. 168.

³⁰ MELO, Raissa de Lima e. **Pluralismo jurídico**: para além da visão monista. Campina Grande: EDUEO, 2001, p. 24.

³¹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Carlos E. Rodrigues, Edson Bini e Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006, p. 31.

³² FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel (Editor). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 13-29, p. 15.

³³ Ao atual reconhecimento da universalidade de direitos deve-se estender a reconhecimento de novas formas de interação social, como potência emancipatória e concretizadora das transformações da sociedade. Nesse contexto, insere-se o pluralismo jurídico como teoria que propõe o reconhecimento de um direito paralelo ao oficial, produzido no seio social, que foge de uma legalidade estrita, mas que exararia, em alguns casos, maior legitimidade do que as normas produzidas pelos entes estatais. No mesmo sentido, Cunha dispõe que “a afirmação do pluralismo se faz na medida em que rejeita toda forma de posição individualista da sociedade e do Estado, o qual tende a marginalizar as formações sociais que surgem no espaço intermediário entre este e aquele [...]”. CUNHA, Djason B. Della. O pluralismo jurídico e a ética do direito à alteridade. In: **Revista do Instituto Brasileiro de Direito Humanos**. V. 2, n. 2 (2001). Fortaleza: Instituto Brasileiro de Direito Humanos, 2001, p. 82.

³⁴ DALLARI, op. cit., 2013, p. 46.

primeiras referências à constituição de um povo, com expressão de sua organização e das regras consagradas pelos seus costumes”³⁵.

A diversidade cultural concentrada no mesmo espaço e ao mesmo tempo, resultante do natural entrelaçamento entre diferentes povos e culturas, fruto de anos de expansão territorial romana e de invasões bárbaras, faz exsurgir a necessidade de regras fundamentais de convivência permanentes a serem observadas por todos. Essa é a origem mais remota do constitucionalismo.

O período também é marcado pela necessidade de se estabelecer um centro de poder, fundado na conveniência em se ter um governante que proteja o povo de infortúnios externos e endógenos, resguardando direitos diante de sua arbitrária autoridade. Com a substituição dos interesses dos senhores feudais para o interesse único do monarca enquanto detentor do Estado, há um processo de publicização das relações de poder. Encontra-se, nesse cenário propício à concentração de poder, a raiz do absolutismo.

O mesmo contexto histórico-social do qual emergiu o absolutismo medieval é, portanto, o que originou a ideia de Constituição como um “... conjunto sistemático de normas de organização, convivência e instituição de um governo com poderes limitados...”³⁶.

A sociedade movediça de outrora, com sua instabilidade, pluralidade e seu estado de guerra permanente, não se compatibilizava com o modo de produção capitalista que aos poucos se consolidava, apresentando-se como entrave aos interesses da emergente classe burguesa. A existência de diversas instâncias de poder e a superposição de uma pluralidade de ordenamentos jurídicos – traços marcantes da Idade Média –, aliados ao emergente capitalismo como novo modelo de produção econômica, são apontados como alguns importantes motivos para a criação do Estado.

Os Estados despontam com a necessidade de unidade na Europa, revelando, em certa medida, a superação da forma pluralista do medievo. Frisa-se, não obstante, que a evolução do Estado se deu de forma lenta, com a coexistência de vários momentos diferentes, inclusive dentro de um mesmo território. Segundo Bercovici, a luta contra a supremacia da Igreja e do Sacro Império Romano-Germânico foi ponto fundamental no desenvolvimento do Estado³⁷.

A concentração do poder político pôde ser vista inicialmente na Inglaterra, ainda no século XI. Um embrião do que viria a ser o Estado moderno, informa Heller, foi obra de Frederico II, na Sicília do século XIII, o qual “... subtraiu radicalmente do sistema feudal o

³⁵ DALLARI, op. cit., 2013, p. 46.

³⁶ Ibid., p. 63.

³⁷ BERCOVICI, op. cit., 2013a, p. 50.

exército, a justiça, a polícia e a administração financeira, centralizando tudo de modo burocrático”³⁸. Atribui, no entanto, às “cidades-repúblicas” italianas do período da Renascença a origem do Estado³⁹.

Creditam-se aos tratados de paz de Westfália, assinados em 1648, a formalização documental do surgimento de um novo tipo de Estado⁴⁰, ou, para os que defendem a necessária presença de alguns caracteres específicos só identificados nesse período, da verdadeira criação do Estado.

A unidade jurídica e o poder político do Estado foram consolidados a partir da monarquia absolutista europeia. É de grande valia ressaltar que, à época do Estado Absoluto, ainda resistiam focos de detenção política na esfera da sociedade. Nesse mesmo sentido, Almeida Filho afirma que “o estudo do poder político no Antigo Regime, assim, não pode voltar-se para o Estado como se este fosse a única manifestação de domínio válido no período [...]”⁴¹. Mesmo que, por motivo didático, a sistematização do pensamento transpareça uma linearidade na condução dos fatos, importante frisar que essa aparente uniformidade não representa a totalidade da realidade social – porque não estática – dos momentos históricos aqui referendados.

A produção jurídica passou a ser monopolizada pelo Estado. O pluralismo jurídico característico do medievo foi aos poucos condensado pelo centralismo do Estado nacional. Esse processo de monopólio estatal do jurídico foi acompanhado pela substituição da concepção dualista do direito – na qual conviviam direito natural e direito positivo – pelo monismo, cuja visão reconhecia apenas o direito positivado⁴².

O Estado de Direito moderno surge, como afirma Ferrajoli, com a afirmação do princípio da legalidade como único critério para identificar o direito válido, acarretando significativa mudança no paradigma da jurisdição, “... que deixa de ser produção jurisprudencial do Direito e se submete à lei e ao princípio da legalidade como únicas fontes de legitimação”⁴³.

Bobbio, partindo da análise da doutrina combativa de Thomas Hobbes ao *common law*, a qual nega a legitimidade de um direito preexistente ao direito estatal e dele independente,

³⁸ “... sustrajo en forma radical al sistema feudal el ejército, la justicia, la policía y la administración financiera, centralizándolo todo de modo burocrático”. In. HELLER, op. cit., 1998, p. 170.

³⁹ Ibid., p. 170.

⁴⁰ DALLARI, op. cit., 2010a, passim.

⁴¹ ALMEIDA FILHO, Agassiz. **Formação e estrutura do Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 24.

⁴² BOBBIO, op. cit., 2006, p. 27 e 31.

⁴³ “... que deja de ser producción jurisprudencial del Derecho y se somete a la ley y al principio de legalidade como únicas fuentes de legitimación”. In. FERRAJOLI, op. cit., p. 16.

considera-o precursor direto do positivismo jurídico⁴⁴. Para Hobbes, o direito deriva de quem efetivamente tem o poder; “... por isso ele nega o valor à *common law*, que é o produto da sapiência dos juízes”⁴⁵.

Melo afirma, quanto à monopolização do poder normativo, que “coube aos juristas reais cuidar de substituir esses diversos ordenamentos jurídicos pela atuação exclusiva do Estado moderno e absolutista, em que o monarca detinha o poder exclusivo de dizer o Direito [...]”⁴⁶. Para Albuquerque, a centralização de poder (e também de produção jurídica dele derivada) caracterizadora do Estado representou o distanciamento das estruturas de poder e do homem comum⁴⁷.

O direito ao exercício do poder de alguns, de caráter privado, é cooptado e condensado no poder público, cujo exercício competia ao monarca. A doutrina da *razão de Estado*, em que o poder político do monarca passou a ocupar destaque, aos poucos auxilia no enfraquecimento das relações medievais de poder, de *potestas* territorial, próprias da aristocracia⁴⁸. A prevalência desse interesse geral de natureza pública emergia, não obstante, de uma concessão realizada com fulcro no voluntarismo político do próprio monarca.

O avanço da ingerência político-estatal em setores antes geridos por estruturas tradicionais ou mesmo em espaços nos quais ainda não havia atuação estatal acarretou, de forma paulatina, um maior acúmulo de poder do monarca. Este, por sua vez, ignorava os motivos que faziam existir alguns privilégios, adotando-os como tradição, sem questionamentos quanto à legitimação.

2.2 Constitucionalismo clássico liberal

A versão absolutista do Estado serviu bem, de início, aos propósitos da classe burguesa no despertar do capitalismo. Apesar disso, com a proposta econômica consolidada ao longo do tempo, e diante de uma autonomia cada vez mais reduzida pela expansão do poder do monarca, o poder político, privilégio de poucos, passou a ser reivindicado também pela burguesia.

⁴⁴ FERRAJOLI, op. cit., p. 34 et. seq.

⁴⁵ Ibid., p. 36.

⁴⁶ MELO, op. cit., p. 24.

⁴⁷ ALBUQUERQUE, Newton de Menezes. **Teoria política da soberania**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 94.

⁴⁸ Como acentua Almeida Filho, “Essa alteração na forma de compreender os limites da ação do Estado atuará como elemento de grande relevância para a implementação da ideologia absorvente do absolutismo, que pretende centralizar o mundo moderno em torno da figura do monarca, identificado com o poder político ungido por Deus e senhor de sua própria vontade soberana”. ALMEIDA FILHO, op. cit., p. 28.

O discurso liberal de universalidade e de racionalidade vai aos poucos sendo consolidado, sobretudo para combater o absolutismo monárquico. Os valores liberdade e autonomia individual, essência do liberalismo jurídico-político⁴⁹, compuseram um forte contrassenso ao centralismo de poder e à dependência do voluntarismo político do monarca. O objetivo era o de romper a barreira criada pelo Estado absolutista quanto à efetiva projeção política da realidade concreta e do segmento social que ganhava força.

Albuquerque aponta a importância do Estado para a consolidação do modelo liberal:

Este processo de modernização das estruturas econômicas e sociais com o advento do capitalismo inscreve-se como um momento decisivo na história da formação e sedimentação das bases do Estado nacional moderno, pois, sem a ação do Estado, removendo os óbices à constituição da ordem liberal, a formação da nova ordem não poderia ter-se concluído⁵⁰.

O autor, com isso, deixa clara a relação entre Estado e economia capitalista, podendo-se extrair de seu escrito a importância decisiva do Estado unitário na estabilização do capitalismo tanto como modo de produção econômica quanto como elemento de sociabilização pautado pelos ideais do liberalismo. Nessa fase da história, a burguesia já detinha o acúmulo econômico necessário que a conduziria à hegemonia político-social no século XIX.

Em razão do problema da legitimação política, a soberania antes personalizada na figura do monarca é reivindicada ao povo pela intelectualidade do pensamento iluminista. A legitimação do domínio político do monarca, de inspiração divina, é questionada ante a ideia racionalizada de legitimidade com prevalência do interesse geral da nação. Com isso, afirma Müller, “desde que Deus se retirou da vida política (e se despediu da história), seu cargo na estrutura funcional não foi declarado vago. Assim como outrora ELE, o povo foi desde então usado da boca para fora e conduzido aos campos de batalha por todos os interessados no poder [...]”⁵¹. A diferença, segundo Müller, é que, diferentemente de Deus, o povo poderia ter sido consultado.

O constitucionalismo liberal, pautado pela guarda das liberdades individuais, surge como resposta racional do ideário iluminista ao normativismo que fundamentava a soberania do monarca, utilizando-se agora o povo como “instância global de atribuição de legitimidade”⁵². “[...] Com o racionalismo no mundo da Política e do Direito, o constitucionalismo preparava o advento da atual era do Estado Constitucional”⁵³.

⁴⁹ ALMEIDA FILHO, op. cit., p. 57.

⁵⁰ ALBUQUERQUE, op. cit., p. 95.

⁵¹ MÜLLER, Friedrich. **Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo**. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 21-22.

⁵² MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Tradução de Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 59 et. seq.

⁵³ ALMEIDA FILHO, op. cit., p. 38.

O fenômeno constitucional é decorrente da própria ideia de Estado, não podendo dele ser dissociado. A essência do Estado para Heller reside exatamente na tentativa de se atingir todo um território através da criação consciente e autoritária de um corpo normativo central, que não só extrai da realidade regras empíricas e as abstratiza em fórmulas legais sistematizadas, mas também intenta influir na sociedade por meio de regras que visam instruir e alterar a disposição da ordem social já estabelecida⁵⁴.

A Constituição nasce com o objetivo claro de limitar e de racionalizar o poder político, demarcando a atuação do Estado e prevendo direitos fundamentais de primeira geração/dimensão que forçavam o abstencionismo estatal em matéria de liberdades individuais⁵⁵ (caráter negativo do Estado). Como anota Almeida Filho, o Estado moldado pelo constitucionalismo iluminista era o “... Estado da legalidade formal, o Estado de Direito instrumentalizado pela burguesia liberal, o pretense estado neutro a serviço de bem definidos interesses sociais, políticos e econômicos”⁵⁶.

A Constituição, no seu sentido atual, surgiu na América do Norte do século XVIII, sendo aprovada pelo povo por meio de uma Assembleia Constituinte pela primeira vez na história. Como bem relata Dallari, a Constituição foi aprovada (29 de junho de 1776) poucos dias antes da Declaração de Independência das Colônias inglesas da América, que ocorreu em 4 de julho de 1776⁵⁷.

A possibilidade de se instaurar um regime liberal em bases constitucionais, almejando a previsibilidade e a segurança essenciais para o novo mercado, com a substituição do discurso da *razão de Estado* pelo discurso do Iluminismo, fez com que os liberais não se dessem conta da potência real de transformação social do povo enquanto ator político, tão fortemente aclamado como legitimador dos intentos das revoluções.

Como se pode extrair da teorização de Sieyès a respeito da realidade francesa da época, a burguesia utilizou o poder constituinte do povo para imobilizar a monarquia (poder constituído), atribuindo o poder de conformar o Estado ao “Terceiro Estado”^{58/59}. O poder constituinte do povo enquanto poder incontrolável, materializado no “Terror” dos jacobinos –

⁵⁴ HELLER, op. cit., 1998, p. 321.

⁵⁵ Nesse sentido, ver DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e constituinte**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010b, p. 12-13.

⁵⁶ ALMEIDA FILHO, op. cit., p. 45.

⁵⁷ DALLARI, op. cit., 2010b, p. 4.

⁵⁸ BERCOVICI, op. cit., 2013a, p. 140-141.

⁵⁹ No mesmo sentido, ver BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 3 et seq.

os quais entendiam que democracia era necessariamente revolução –, forçou os liberais a repensarem a estratégia inicialmente utilizada em desfavor do absolutismo.

O constitucionalismo, ao ampliar a titularidade do domínio político, fez renascer o sentimento de democracia. Esta, não obstante, logo seria alvo de desconfiança por parte dos liberais, porque associada à perturbação do espaço público, à desordem e à insegurança político-social⁶⁰. No mais, a exaltação do povo enquanto instância de legitimação poderia acender nas massas a real intenção de domínio, de imposição de interesses; de encontro, portanto, ao interesse da burguesia liberal.

Da mesma forma como outrora a permanente instabilidade do medievo prejudicava o desenvolvimento do comércio, a efervescência sociopolítica do povo na qualidade de poder constituinte gerava, nesse momento, preocupação quanto ao futuro do capitalismo. Afastado o óbice absolutista, não era interessante para o desenvolvimento da economia o estado latente de revolução. Ao contrário, era preciso levar a sociedade a um ponto de equilíbrio, de normalidade, ao ambiente social necessário à consolidação da política iluminista burguesa.

O próprio Sieyès, impressionado com a prática jacobina, afastou-se da ideia de que a Constituição seria uma “expressão momentânea de uma força revolucionária permanente” e passou a defender a estabilidade e a ordem. Em um dos seus célebres discursos, Sieyès, como destaca Bercovici, pronunciou-se contra a soberania popular total, afirmando que a “... *République* não poderia se tornar uma *Ré-totale*...”⁶¹. Em 18 termidor (5 de agosto) de 1795, diante do mesmo contexto político, Sieyès discursa na Convenção Nacional em defesa do *Jury Constitutionnaire*⁶², uma espécie de tribunal especial cuja atuação seria reservada ao pronunciamento a respeito das violações à Constituição, ou seja, Sieyès defende o que hoje se conhece como Tribunal Constitucional⁶³.

O constitucionalismo surge também com a perspectiva de frear esse poder originário e autêntico do povo soberano, em seu estado revolucionário latente, já que o poder do monarca naquele momento, comparado ao do povo, encontrava-se em progressivo controle. Merece reflexão, especialmente sob a ótica da teoria da democracia, a afirmação de Bercovici de que “[...] o constitucionalismo nasceu contra o poder constituinte, buscando limitá-lo. A separação de poderes, por exemplo, foi pensada menos para impedir a usurpação do Poder Executivo do

⁶⁰ ALMEIDA FILHO, op. cit., p. 56.

⁶¹ BERCOVICI, op. cit., 2013a, p. 152.

⁶² SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. **Escritos y discursos de la Revolución**. Tradução de Ramón Máiz. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 419, et seq.

⁶³ Ibid., p. 152-153.

que para barrar as reivindicações das massas populares⁶⁴, servindo a Constituição para evitar os extremos do poder do monarca e do poder do povo (soberania popular)⁶⁵.

A normalidade era a chave para a conformação e o desenvolvimento da nova ordem política de conveniência burguesa, pautada sobretudo pelos valores liberdade e autonomia individual, principalmente quando esses valores se destinavam à atividade econômica. Nessa perspectiva, pode-se dizer que as revoluções iluministas principiaram transformações em que o povo seria o grande ator, mas tão logo afastada a ordem política combatida, tornou-se claro que o principal destinatário com ele não se confundia, porquanto à classe burguesa competiu assumir o *status* político e social da nova ordem que se impôs, antes reservado à aristocracia e ao monarca.

O poder popular foi discursivamente reivindicado pelos liberais enquanto destinatário e legitimador da nova ordem política, mas sem que se reconhecesse ao povo a condução material do Estado. O povo, no intento liberal, acabou por se transformar em objeto de adaptação política, abandonado em seu próprio conceito, em sua própria sorte, e transformado em mero ícone⁶⁶.

Comparato adverte quanto à democracia reinventada na modernidade pela França e pela América do Norte quase no mesmo período, no que muito se aproxima à crítica aqui formulada quanto ao uso do povo como instrumento de legitimação de um novo domínio político. Para o autor, a democracia moderna, diferentemente da democracia dos antigos, foi uma “fórmula política” utilizada pela burguesia para afastar as classes privilegiadas (nobreza e clero) e se tornar ela própria a condutora política e ideológica da sociedade.

Nesse sentido, conclui Comparato que “[...] O espírito original da democracia moderna não foi, portanto, a defesa do povo pobre contra a minoria rica, mas sim a defesa dos proprietários ricos contra um regime de privilégios estamentais e de governo irresponsável”⁶⁷.

O discurso do constitucionalismo enquanto elemento transformador foi perdendo força, sendo utilizada a Constituição mais para conservar as conquistas liberais nas revoluções do que para arregimentar mudanças na vida social. Sem força normativa, a Constituição, como bem

⁶⁴ BERCOVICI, op. cit., 2013a, p. 45.

⁶⁵ BERCOVICI, Gilberto. A Constituição dirigente e a crise da teoria da Constituição. In. BERCOVICI, Gilberto et al (Orgs.). **Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003a, p. 75-150, p. 79.

⁶⁶ Segundo Friedrich Müller, “[...] a iconização consiste em abandonar o povo a si mesmo; em ‘desrealizar’ a população, em mitificá-la, em hipostasiá-la de forma pseudo-sacral e em instituí-la assim como padroeira tutelar abstrata, tornada inofensiva para o poder-violência – ‘notre bon peuple’”. MÜLLER, op. cit., 2000, p. 67.

⁶⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 50.

lembra Almeida Filho, torna-se um fim em si mesmo⁶⁸, resumindo sua importância na formalização da nova organização política liberal, sem que exercesse um importante papel no processo político de conformação da vida em sociedade. Assim, “a Constituição moderno-iluminista [...] restringe seu papel normativo à fundação do Estado de Direito e à consagração teórico-ideal dos postulados básicos do constitucionalismo [...]”⁶⁹.

A Constituição liberal, desse modo, serviria mais ao propósito burguês de contenção das ações do quarto estado do que como instrumento de revolução popular. Diante dessa constatação, seria o constitucionalismo liberal acometido por um signo de ambivalência: ao mesmo tempo que representava fim enquanto *standard* máximo da revolução burguesa, era também princípio/óbice, pois exercia papel de contenção a eventuais empreitadas revolucionárias das camadas populares.

O Estado constitucional liberal clássico conduziu a sociedade sob seu monopólio, não reconhecendo, *v.g.*, espaço para as produções normativas de setores informais da sociedade. Como já dito, o povo enquanto ator político ativo é chamado inicialmente a combater o absolutismo, mas, logo após o apoderamento do controle sociopolítico da sociedade pela burguesia⁷⁰, é domesticado, como preço a se pagar em nome da estabilidade do novo Estado democrático⁷¹.

Os ideais comuns traçados pela burguesia revolucionária foram aos poucos sendo esquecidos, servindo apenas como sustentáculo formal de uma ideologia de classes, sem que houvesse interesse de sua manutenção na prática. A burguesia conseguiu, com a racionalização do poder, desenvolver e aplicar uma doutrina de classe a todas as classes⁷². É preciso ressaltar, contudo, que mesmo tão só servindo o pensamento constitucional liberal como instrumento de apropriação do Estado e de dominação política pelo segmento burguês, o liberalismo, contrapondo liberdade e autonomia individual à vontade unívoca do monarca, foi responsável pela crença democrática na Constituição, que até hoje perdura.

O monismo jurídico, concepção segundo a qual o Estado detém o monopólio da produção normativa, foi consolidado durante esse período. O direito não era a não ser o direito produzido oficialmente pelo Estado e por ele positivado através de procedimento específico e

⁶⁸ ALMEIDA FILHO, *op. cit.*, p. 58-59.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 58.

⁷⁰ BONAVIDES, *op. cit.*, 1980, p. 5.

⁷¹ ALMEIDA, Plínio Régis Baima de. LIMA, Martônio Mont’Alverne Barreto. Constituição e idealismo – o dilema da efetivação constitucional sem a política. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de. **Teoria do Direito em debate**: estudos em homenagem ao professor Arnaldo Vasconcelos. Florianópolis: Conceito, 2014, p. 419-436, p. 423.

⁷² BONAVIDES, *op. cit.*, 1980, p. 6.

formal de deliberação legislativa. Essa mudança acarretou igual transformação na liberdade de atuação do juiz, que, agora titular de um dos poderes estatais, passou a exercer sua função com subordinação às regras insertas nos diplomas legais aprovados pelo Legislativo⁷³.

Bobbio assinala na teoria da onipotência do legislador dois aspectos importantes, um deles identificado com o absolutismo e o outro de viés liberal⁷⁴. O reconhecimento do legislador, de poder pleno, como único legitimado a produzir o direito, é o aspecto absolutista da doutrina, ao passo que, sob a bandeira liberal, extrair-se-ia do aspecto anterior o garante contra arbitrariedades, a exemplo do juiz que, chamado a resolver um conflito, viesse a decidir de forma parcial com base no que hoje se costuma chamar de “livre convencimento”.

A crença nas codificações como expressão da racionalidade, de projeção *ad aeternum*, triunfo máximo do dogma da onipotência do legislador, ganhou notoriedade no início do século XIX, com a entrada em vigor, em 1804, do “imorredouro” Código de Napoleão⁷⁵. Dada a importância dessa codificação, Miguel Reale, como registra Horta⁷⁶, aponta o Código de Napoleão como o marco inicial do Direito moderno.

A conotação racional e científica introduzida pela matriz iluminista alcançou a esfera política, repousando a legitimidade do domínio burguês no parlamento e nas leis por ele produzidas (soberania do parlamento). Nesse modelo formalista, que depois seria tão duramente criticado pelos juristas de Weimar, o Direito se confunde com a própria lei, reduzindo o Estado a uma versão técnico-jurídica e interferindo no campo de ação da política⁷⁷.

O Estado de Direito criado com o constitucionalismo burguês (Estado liberal de Direito), que representou a superação do poder arbitrário e a racionalização do direito e da política, viu-se imerso em representações formais, alheio ao conteúdo social. Muito se deveu, como destaca Bonavides⁷⁸, ao desinteresse da classe burguesa, então detentora do controle político da sociedade, em universalizar os princípios que lhe serviram como sustentáculo do ideal revolucionário. Esses princípios, mais próximos de uma fundamentação ideológica de classe, não foram objeto de materialização fático-política na sociedade, mantendo-se apenas no plano formal de validação do Estado de Direito.

⁷³ BOBBIO, op. cit., 2006, p. 28.

⁷⁴ Ibid., p. 38.

⁷⁵ Mesmo reconhecendo a importância da codificação justiniana, Bobbio assinala que somente na obra de Napoleão é que se pode identificar “... um código propriamente dito, tal como o entendemos hoje, isto é, um corpo de normas sistematicamente organizadas e expressamente elaboradas”. Ibid., p. 64.

⁷⁶ HORTA, José Luiz Borges. **História do Estado de Direito**. São Paulo: Alameda, 2011, p. 92.

⁷⁷ ALMEIDA FILHO, op. cit., p. 42 et seq.

⁷⁸ BONAVIDES, op. cit., 1980, p. 5.

Sob o aspecto teórico, os direitos proclamados atingiam todos os integrantes da sociedade. A realidade externava, não obstante, uma sobreposição de tendências políticas de interesses de classes sobre o jurídico, afastando-se dos ideais defendidos pelos revolucionários do Iluminismo e mantendo-se distante do valor democrático. “A burguesia enunciava e defendia o princípio da representação. Mas representação a meio caminho, embaraçada por estorvos, privilégios, discriminações”⁷⁹. A liberdade era a liberdade burguesa, sendo aplicado o seu conceito às demais classes sociais apenas por generalização. A democracia, portanto, por mais contraditório que possa parecer, não era uma democracia de todos, mas sim uma democracia ideologicamente seletiva.

A conceituação clássica de liberdade do tradicional liberalismo da Revolução Francesa geraria severa crise no Ocidente, principalmente por não tocar a realidade concreta forjada à luz das revoluções industriais, donde surdiram de forma nítida, na insuficiência das garantias formais⁸⁰, as desigualdades sociais que esse novo modelo econômico acarretou. A liberdade no plano meramente formal não atingiria as camadas sociais de forma equânime, haja vista não levar em conta outras variáveis, como os fatores econômicos que afetavam o homem, indispensáveis à prática da sua liberdade.

Para o sociólogo alemão Alfred Vierkant, citado por Bonavides⁸¹, o reconhecimento da liberdade como problema essencial da ordem política seria o único merecimento do liberalismo. O postulado de que “todos são iguais perante a lei”, forte lema contra o voluntarismo político da antiga realeza, já não faria mais sentido caso não encorpado com direitos e garantias de teor material que permitissem conquistas nas esferas econômica e social da maioria marginalizada.

2.3 Ao constitucionalismo do Estado Social

O estreitamento ideológico da liberdade liberal, a qual se restringia a uma liberdade política de perspectiva formal, foi inoperante em face das contradições sociais e econômicas que atingiram parte significativa da população, e em especial uma nova camada social formada por proletariados das indústrias. Os trabalhadores, como menciona Sampaio, não podiam reivindicar melhores condições e também não podiam se fazer representar por sindicatos, porque proibido esse tipo de associação⁸².

⁷⁹ BONAVIDES, op. cit., 1980, p. 7.

⁸⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 146.

⁸¹ BONAVIDES, op. cit., 1980, p. 30.

⁸² SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 211.

O distanciamento entre Estado abstrato e a realidade (ou a separação entre Estado e sociedade no constitucionalismo liberal, como adverte Bonavides⁸³) evidenciava a necessidade de transpor para aquele uma feição social mais próxima às contingências que a vida numa sociedade de matiz econômica industrial impusera.

O ádito do povo na democracia política, através do sufrágio universal, foi um dos mais penosos reveses da burguesia no que tange à tentativa de manutenção da estratificação da ordem política por meio do voto censitário. Esse ingresso foi empregado para garantir uma legislação compromissada com a defesa de questões sociais, políticas e econômicas que atingiam diretamente a vida dessas pessoas. Paradoxalmente, como bem lembra Bonavides⁸⁴, essa conquista permitiu a preservação ideológica da liberdade moderna da antiga tradição liberal enquanto valoração da personalidade, promovendo uma espécie de conciliação entre dois interesses (trabalho e capital) historicamente polarizados.

A opressão, como relata Silva, não advinha apenas do poder político estatal, para o qual existiam como garante nessa fase do constitucionalismo as liberdades formais de caráter negativo. Era o poder econômico capitalista agora responsável por oprimir significativa parcela da sociedade⁸⁵, haja vista inexistirem nesse cenário condições materiais suficientes para o verdadeiro exercício das liberdades preconizadas nos textos legais. Como afirma Almeida Filho, “[...] o advento do Estado Social é marcado fundamentalmente por questões de natureza econômica [...]”⁸⁶.

A ideia de Estado Social surge, nesse contexto, como uma tentativa de superar a contradição entre igualdade política e a desigualdade social do já esgotado modelo do Estado Liberal burguês. Tratou-se, a bem da verdade, de uma adaptação pragmática da burguesia que, para sobreviver ao cenário sociopolítico da época e ainda se manter como protagonista, precisou “humanizar” o modelo econômico capitalista com o reconhecimento de direitos e de garantias às massas populares (v.g., direitos trabalhistas e previdenciários, intervenção pontual na economia, regulação de preços etc.).

Para Bonavides, “... a intervenção ideológica do socialismo”⁸⁷ foi uma constante para o surgimento do Estado Social, ideologia esta que se multiplicou com a formação de uma classe operária pós-Revolução Industrial. Comparato reforça as palavras de Bonavides ao admitir a

⁸³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 201 et seq.

⁸⁴ Ibid., p. 213.

⁸⁵ SILVA, op. cit., p. 146.

⁸⁶ ALMEIDA FILHO, op. cit., p. 75.

⁸⁷ BONAVIDES, op. cit., 1980, p. 204. Em sentido semelhante, ver HORTA, op. cit., p. 128-129.

importância do socialismo para o reconhecimento dos direitos humanos de caráter econômico e social (direitos de segunda geração/dimensão)⁸⁸:

O reconhecimento dos direitos humanos de caráter econômico e social foi o principal benefício que a humanidade recolheu do movimento socialista, iniciado na primeira metade do século XIX. O titular desses direitos, com efeito, não é o ser humano abstrato, com o qual o capitalismo sempre conviveu maravilhosamente. É o conjunto dos grupos sociais esmagados pela miséria, a doença, a fome e a marginalização. Os socialistas perceberam, desde logo, que esses flagelos sociais não eram cataclismos da natureza nem efeitos necessários da organização racional das atividades econômicas, mas sim verdadeiros dejetos do sistema capitalista de produção, cuja lógica consiste em atribuir aos bens de capital um valor muito superior ao das pessoas.

A vida social, econômica, familiar e política do homem concreto não era relevada nas prescrições do direito formalista. O indivíduo abstrato podia quase tudo, enquanto não confrontadas suas liberdades com a realidade da vida do homem real. A crítica do socialismo, que tem no Manifesto Comunista de 1848 o mais contundente documento político⁸⁹, parte dessa contradição entre os planos formal e material da liberdade e da igualdade liberais, fundando a tentativa de um prognóstico que promovesse a comunicabilidade dialética entre essas duas esferas. O liberalismo não assimilou, portanto, a radicalidade da igualdade de forma endógena, sendo esse processo resultado da pressão realizada pelos movimentos sociais do final do século XIX e começo do século XX.

Há de se reforçar, no entanto, que o Estado Social de que se trata não se confunde com o Estado Socialista; neste, o capitalismo é ponto de superação, e os direitos sociais assinalados nas constituições foram vistos, por parte dos ideólogos socialistas, apenas como concessões feitas pela burguesia para a sua própria sobrevivência; naquele, a ordem capitalista é conservada, não importando o sistema de organização política adotado pelo Estado. Tanto é verdade que o Estado Social pôde ser verificado em Estados considerados totalitários, como a Alemanha nazista, a Itália fascista e o “Estado Novo” brasileiro de Getúlio Vargas, e em Estados ditos democráticos, a exemplo da Inglaterra de Churchill e do Brasil regido pela Constituição de 1946.

Vale lembrar, não obstante, que durante muito tempo acreditou-se, tanto por parte da burguesia quanto por parcela dos socialistas, que a inserção de direitos sociais nas constituições seria uma escala para o socialismo, gerando sentimentos diferentes entre esses grupos: parte da burguesia via com desconfiança, engendrando esforços para evitar essa abertura no plano normativo; já os socialistas enxergavam na concessão uma escala para se chegar ao Estado Socialista.

⁸⁸ COMPARATO, op. cit., 2005, p. 53.

⁸⁹ O Manifesto Comunista, como se sabe, foi produzido por Karl Marx em parceria com Friedrich Engels.

Por sua natureza, e em razão do que se propôs ante a sua constituição, o Estado Social, reconhecendo-se o desnível social e a limitação de parcela significativa de pessoas em prover algumas necessidades mínimas de sobrevivência, atuaria como Estado intervencionista, obrigando-se a realizar prestações positivas⁹⁰, de modo a tentar superar essas desigualdades sociais mediante agenda injuntiva da esfera política estatal em questões antes reservadas (ou ignoradas) à esfera privada.

À ideia de liberdade liberal, pautada pela autonomia privada individual, agregar-se-ia a autonomia material como elemento medular ao efetivo exercício do direito de liberdade. Como resume Bonavides, “... no Estado liberal do século XIX a Constituição disciplinava somente o poder estatal e os direitos individuais (direitos civis e direitos políticos), ao passo que hoje o Estado social do século XX regula uma esfera muito mais ampla: o poder estatal, a sociedade e o indivíduo”⁹¹.

A Constituição mexicana, promulgada em 5 de fevereiro de 1917, foi a primeira a apresentar uma sistematização dos direitos sociais, sem que houvesse uma tentativa de ruptura com o regime capitalista. É na Constituição de Weimar de 1919, contudo, que o debate em torno do constitucionalismo social ganharia grande repercussão⁹² e inspiraria outros países – a exemplo da Constituição brasileira de 1934⁹³ e da Constituição espanhola de 1931⁹⁴ –, muito em razão do contexto político, social e econômico no qual se inseria a Alemanha da época⁹⁵.

A pequena cidade de Weimar foi o lugar escolhido para o debate em torno de uma nova Constituição alemã após a derrota na Primeira Guerra Mundial. A Assembleia Nacional Constituinte reuniu constituintes dos mais diversos campos ideológicos, que, entre democratas, social-democratas, católicos, nacionalistas, populistas e independentes⁹⁶, elaboraram uma Constituição heterogênea e incoerente em alguns aspectos, ou, como afirma Bercovici, “... uma expressão das relações entre as forças políticas em disputa em 1919”⁹⁷.

⁹⁰ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 233.

⁹¹ BONAVIDES, op. cit., 1999, p. 204.

⁹² Barroso menciona a influência que a Constituição de Weimar teria na história. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 50.

⁹³ BONAVIDES, op. cit., 1999, p. 331-336.

⁹⁴ SAMPAIO, op. cit., p. 223.

⁹⁵ HORTA, op. cit., p. 122.

⁹⁶ Ibid., p. 132. Richard Lionel relata a divisão ideológica que permeou a eleição em torno da constituição da Assembleia Constituinte. Destaca ainda a participação das mulheres (37 deputadas), sendo a Alemanha o primeiro país a possuir representantes mulheres numa câmara de deputados. RICHARD, Lionel. Tradução de Jônatas Batista Neto. **A República de Weimar (1919-1933)**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 47 et seq.

⁹⁷ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e estado de exceção permanente: atualidade de Weimar**. Rio de Janeiro: Azougue, 2004, p. 26.

A Assembleia Nacional Constituinte de Weimar apresentou como produto final uma Constituição de conteúdo socializante, posicionando o Estado como garantidor dos direitos sociais nela previstos, cuja disposição marcava o auge da crise constitucional do Estado Liberal⁹⁸, rompendo, ao menos parcialmente, com a tradição do individualismo burguês. Um exemplo está no seu artigo 165, que previa a participação dos operários e empregados em conjunto com o patronato no controle e na administração das empresas, conferindo-lhes para isso poder de decisão.

Talvez por contrariar o usual em termos constitucionais ao dispor sobre direitos sociais fundamentais, a Constituição de Weimar foi tão duramente criticada à época tanto por integrantes da extrema-direita quanto por esquerdistas⁹⁹, em especial a segunda parte, que tratava sobre os direitos e os deveres dos alemães (*Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen*)¹⁰⁰, limitando direitos individuais de conquistas liberais oitocentistas em prol da coletividade¹⁰¹.

Insere numa experiência histórica conturbada da Alemanha entreguerras, onde “[...] por toda parte as oposições são tão tensas e exacerbadas, que se tem a impressão de um universo fantástico, de um mundo irreal [...]”¹⁰², não encontrou a Constituição de Weimar um contexto sociopolítico e econômico propício à recepção de novas ideias, que permitisse a conformação dos seus compromissos sociais.

Tinha-se uma república anunciada pela Constituição sob a égide de uma realidade ainda pautada pelo modelo imperial de outrora, cujos costumes e cujas estruturas sociais pouco mudaram. Os que viveram a República de Weimar não se formaram politicamente em bases republicanas, nem se enxergavam iguais mesmo sob a égide democrática de governo, carregando para o novo regime toda a bagagem política ainda da época do Império. Richard retrata bem esse momento quando relata a aceitação pública quanto à conservação dos títulos de nobreza (príncipes, duques, condes) mesmo diante de um novo regime que com ela não se coadunava¹⁰³.

O Poder Judiciário da época também não sofreu nenhuma transição na passagem do regime monárquico para o regime republicano. Os juízes que atuavam na república eram os

⁹⁸ BONAVIDES, op. cit., 1999, p. 205-206.

⁹⁹ KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabres Editor, 2002, p. 46.

¹⁰⁰ Essa parte que trata dos direitos e deveres dos alemães foi introduzida com base na proposta apresentada por Friedrich Naumann na Assembleia Constituinte de Weimar. Para mais, ver BERCOVICI, op. cit., 2004, p. 28.

¹⁰¹ MARIANO, Cynara Monteiro. **Legitimidade do direito e Poder Judiciário**: neoconstitucionalismo ou poder constituinte permanente? Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 45.

¹⁰² RICHARD, op. cit., p. 60.

¹⁰³ Ibid., p. 267.

mesmos que há pouco se identificavam com o arcabouço legal que assegurava a manutenção do poder monárquico. Segundo Rigaux, “os membros da magistratura e do Ministério Público pertenciam a meios muito conservadores e não viram com desfavor a eliminação do partido comunista, mesmo que ela se estendesse à social-democracia [...]”¹⁰⁴. No mesmo sentido, relata Richard que jornalistas de esquerda foram reprimidos, enquanto jornalistas nazistas, embora se postassem muitas vezes de forma racista e antirrepublicana, não sofreram condenação alguma nesse período de 1919 a 1933¹⁰⁵.

Houve uma nítida tentativa de equilibrar o conflito ideológico que vivia a Alemanha, buscando na ideologia do Estado Social, ao estabelecer fórmulas socializadoras no texto constitucional, uma espécie de instrumento de contenção das inquietações sociais. Mas, mesmo contendo novos valores, a Constituição de Weimar viu-se presa ao formalismo ainda presente do Estado Liberal, retratando essa referência na dificuldade em materializar os compromissos nela dispostos.

A Constituição de Weimar foi também fruto do conflito entre a juridicidade liberal (e a estabilidade normativa por ela gerada) e a necessidade de se avançar (ou ceder) socialmente, uma dimensão do direito ainda pouco conhecida e que, por isso, provocava instabilidade quanto à sua promoção. Bonavides retrata bem esse momento de limbo do constitucionalismo quando afirma que “a Constituição de Weimar foi fruto dessa agonia: o Estado liberal estava morto, mas o Estado social ainda não havia nascido [...]”¹⁰⁶.

Com a crise econômica na qual imergia a República da Alemanha, acentuada ainda mais a partir de 1929, a Constituição de Weimar acabou sendo recepcionada pela sociedade – em especial pelos conservadores – como uma carta compromissória; os princípios nela dispostos foram considerados apenas como reflexo de uma programaticidade constitucional de discurso ideológico, ou seja, sem conteúdo e eficácia jurídicos, cuja aplicabilidade, portanto, não poderia ser reclamada de forma imediata e direta pelos seus destinatários.

Carl Schmitt destacava-se nessa posição crítica em torno da Constituição de Weimar. Afirmou o jurista alemão que esta se tratava de uma Constituição porque continha em seu bojo decisões políticas fundamentais. Não obstante, considerou que o texto constitucional, principalmente no que tange à segunda parte, trazia compromissos vazios de decisão, reunindo programas e prescrições positivas incoerentes, com base em distintos conteúdos políticos, sociais e religiosos. Segundo Schmitt, “garantias individuais burguesas de liberdade pessoal e

¹⁰⁴ RIGAUX, François. **A lei dos juízes**. Tradução de Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 128.

¹⁰⁵ Ibid., p. 269.

¹⁰⁶ BONAVIDES, op. cit., 1999, p. 207.

propriedade privada, pontos do programa socialista e Direito natural católico têm sido misturados com frequência numa síntese confusa”¹⁰⁷.

O momento era de volubilidade social, e a objetividade da história mostra que é nesse tipo de cenário que o despertar ideológico marcado pelo autoritarismo se revela, ganhando força o discurso contrário às liberdades e aos demais valores democráticos. A “república sem republicanos”¹⁰⁸, cuja Constituição nascera com sua legitimidade questionada em face dos revérberos de uma guerra, e que ainda sofreria corrosão normativa em razão da severa crise econômica mundial, foi tomada de dentro para fora pelo nacional-socialismo¹⁰⁹ – e isso não significou, como muito se reproduz, uma dominação sob o respeito às diretrizes contidas no texto constitucional.

¹⁰⁷ “garantías individualistas burguesas de libertad personal y propiedad privada, puntos de programa socialista y Derecho natural católico han sido mezclados en una síntesis con frecuencia confusa”. In. SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Tradução de Francisco Ayala. Madri: Alianza Editorial, 1996, p. 53.

¹⁰⁸ RICHARD, op. cit., p. 271.

¹⁰⁹ Segundo Rigaux, não se tem uma opinião unívoca a respeito da legalidade do acesso de Adolf Hitler ao poder. Afirma ainda o autor que o discurso oficial do governo da época era o de que o processo de ascensão se deu de forma regular, através do que se denominou de “revolução legal”. RIGAUX, op. cit., p. 111.

3 O ATUAL MOMENTO DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

3.1 O constitucionalismo do pós-Segunda Guerra Mundial

A experiência negativa da Segunda Guerra Mundial se fez estigma na história ao mostrar ao mundo a vulnerabilidade do homem, com o envolvimento de nações que supostamente se assentavam na escala maior do processo civilizatório ocidental. Sob o aspecto jurídico, repercutiu a escalada política do nazismo ao poder ante a República de Weimar, revelando a todos a fragilidade de sua Constituição, porque ausente, entre outros fatores, uma imperatividade que imprimisse à sociedade alemã a obrigatoriedade das declarações de direitos nela englobadas.

A ilegitimidade da ordem jurídica estabelecida pelo III *Reich* trouxe à baila o debate ético em torno do direito, além de servir como marco para se estabelecer a proteção dos direitos fundamentais como bandeira prioritária de um constitucionalismo que tentava se reinventar. O empreendimento criminoso do nacional-socialismo alemão rendeu, no entanto, uma certeza quanto ao direito: mesmo pensado por muitos como instrumento a dispor e a conformar as liberdades, poderia ele ser utilizado como ferramenta de opressão e de destruição, capaz de materializar as mais repulsivas ações contra a humanidade.

A cultura do formalismo, que se cultivou desde a formação do Estado de Direito Liberal e que se fez presente em termos de programa no constitucionalismo social, foi apontada, no plano jurídico, como responsável pela ascensão de governos autocráticos. Vale lembrar que a Constituição liberal serviu mais para conservar as conquistas dos liberais do que para promover mudanças sociais gerais, tornando-se, como já mencionado, um fim em si mesma. Ao mesmo tempo que representava o novo quanto às conquistas burguesas, exercia função de contenção sobre eventuais pleitos das camadas mais populares.

O desenvolvimento da teoria da onipotência do legislador no século XVIII, que bem serviu, de início, para diminuir o poder do monarca e, ato contínuo, para controlar as ações do povo, ainda reverberaria na segunda metade do século XX, obnubilando, *v.g.*, eventual atuação judicial de feição proativa. O direito se restringia ao que fora produzido pelo legislador, não se permitindo ao juiz a não ser o exercício de sua função, com estreita subordinação aos enunciados normativos dispostos em lei, ainda que titular de um dos poderes estatais.

Com o constitucionalismo social, reconheceu-se, além dos direitos fundamentais de primeira dimensão – que, obstando a atuação estatal (caráter negativo), permitiam o afloramento das liberdades individuais –, os direitos humanos de caráter econômico e social (de segunda dimensão), cujo exercício dependia de uma ação estatal positiva. Impedido o Judiciário

de concretizar essas demandas, os direitos dessa natureza, vistos como programas políticos, dependiam então da vontade política para se realizar. Uma das razões que motivou a transição ideológica do Estado Liberal para o Estado Social ainda se mantinha: mesmo previstos direitos sociais, encontravam estes enorme dificuldade para ser usufruídos por seus destinatários.

A nova sociedade que se dimensionava no plano normativo constitucional, impulsionada por imperativos econômicos e exigências sociais, não conseguia se retratar empiricamente, promovendo ainda mais frustração e instabilidade, o que conferia à Constituição um viés de transitoriedade e de indefinição. Sob o domínio da cultura formalista legicêntrica, ainda que previstos direitos na Constituição, não se permitia ao juiz atuar fora das amarras legais para efetivá-los, sob pena de se caracterizar o exercício ilegítimo do poder político, a rebelar, no pensamento de Carl Schmitt, um típico “Estado jurisdicional”, no qual “... o juiz responsável pela decisão de um litígio, em lugar do legislador normatizador, pronuncia a última palavra”¹¹⁰.

Tanto Melo quanto Carvalho depositam no positivismo jurídico do século XX o ápice do formalismo monista, “... que reduz a legitimidade à legalidade”¹¹¹. É da obra de Hans Kelsen, contudo, que se pode extrair a maior representação desse pensamento, no qual a justiça não se apresenta como objeto de preocupação do jurista, revelando seu intento teórico na validade da norma¹¹². Carvalho sintetiza bem essa concepção de produção normativa:

[...] o monismo funda-se na tese da autossuficiência do ordenamento jurídico: o direito legitima-se por si mesmo, independentemente de referências a valores morais ou políticos e dos limites e insuficiências empíricas das instituições estatais. Como consequência, tem-se que as normas jurídicas são “recortadas” ou “descoladas” da realidade social na qual se inserem, constituindo uma “realidade” autônoma e altamente abstrata.

A suposição de um mundo normativo, porque abstrato, distanciava-se da realidade social e das contingências que a vida impunha. A cultura monolítica do Estado acabou por não reproduzir a pluralidade representativa do atual estágio social, com seus incontáveis fluxos de convivência, o que revela igualmente uma infinidade normativa potencial ainda represada.

Muito se atribuiu a escalada dos regimes totalitários europeus – com destaque para o nazismo na Alemanha – ao formalismo derivado da teoria do positivismo jurídico. Como afirma Dimoulis, “o juspositivismo é apresentado como teoria que traiu a causa do direito [...], enganou os operadores jurídicos e ofereceu cobertura teórica a um regime criminoso [...]”¹¹³. Ao

¹¹⁰ SCHMITT, Carl. **Legalidade e legitimidade**. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 3.

¹¹¹ CARVALHO, Lucas Borges de. Caminhos (e descaminhos) do pluralismo jurídico no Brasil. In: LIXA, Ivone M.; VERAS NETO, Francisco Q.; WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 13-36, p. 14.

¹¹² MELO, op. cit., p. 24.

¹¹³ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006, p. 259.

considerar legalidade procedimental e legitimidade uma mesma categoria, não teria sido difícil, com a colaboração de uma suposta fragilidade teórico-jurídica de tradição positiva, sustentar a legitimidade do governo nacional-socialista.

Mariano realizou interessante estudo no qual, tentando se afastar do que se convencionou chamar de *reductio ad Hitlerum*¹¹⁴, aponta o uso da abordagem positivista da legitimação do direito para fundamentar *a posteriori*, nas defesas apresentadas no Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, a aplicação cega do direito nacional-socialista por juízes e demais autoridades¹¹⁵.

Mesmo reconhecendo que a *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen não foi destinada a tal fim, o certo é que, para a autora, a aparente regularidade da ordem jurídica do III *Reich* sob a ótica kelseniana serviu como lamentável exemplo de que legalidade e legitimidade não podem ser tratadas como categorias iguais. Não se isenta de afirmar, ainda, a importância das teses de Carl Schmitt para a instalação do regime nazista, utilizando-se instrumentalmente o jurista alemão do positivismo e do liberalismo para conformar o III *Reich*, em que pesem suas conhecidas críticas em desabono a essas correntes do conhecimento¹¹⁶.

Rigaux, por sua vez, adverte que não houve uma substituição da ordem jurídica republicana pelo direito nacional-socialista com respeito às regras contidas na Constituição de Weimar. Mesmo não adotando o III *Reich* uma nova lei fundamental, não é certo, afirma Rigaux, que a Constituição de Weimar haja permanecido em vigor em sua totalidade¹¹⁷. Confrontando as decisões judiciais da época, haveria, para o autor, “... razões para pensar que a jurisprudência pecou mais por falta do que por excesso de positivismo, se se deduz dessa doutrina o dever do juiz de se conformar à ‘lei’”¹¹⁸.

Os positivistas, segundo Lima, representaram “... uma das mais firmes resistências ao nazismo...”, à medida que, sendo para esses teóricos o direito posto pelo Estado o único reconhecido como direito, “... viram no assalto nazista à tomada do Estado uma perversão, a

¹¹⁴ BOBBIO, op. cit., 2006, p. 225.

¹¹⁵ Noutro passo, Matos, ao criticar o argumento da *reductio ad Hitlerum*, afirma sarcasticamente que “[...] a maior prova da culpa incontestada do juspositivismo foi o fato de os réus em Nuremberg terem justificado as suas ações com base na lei positiva: ‘Persegui, torturei e matei porque assim ordenava a lei. E a lei é a lei’. Gesetz ist Gesetz: Eis a filosofia do positivismo jurídico, bradavam, impávidos, os jusnaturalistas [...]”. In. MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. Positivismo jurídico e autoritarismo político: a falácia da *Reductio ad Hitlerum*. In. DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Coords.). **Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?** São Paulo: Método, 2008, p. 103-27, p. 106.

¹¹⁶ MARIANO, op. cit., p. 40 et seq.

¹¹⁷ RIGAUX, op. cit., p. 131.

¹¹⁸ Ibid., p. 123. Ao tratar das leis raciais de Nuremberg, Rigaux afirma que “... não só a mais alta jurisdição alemã (*Reichsgericht*) jamais expressou a menor restrição às leis raciais, mas aplicou-as extensamente, afastando-se com essa finalidade de certas soluções tradicionais em outras matérias do direito penal [...]”. Ibid., p. 115-16. Ter-se-ia, aqui, mais um exemplo de que o positivismo jurídico não foi a escola jurídica dominante no nazismo.

qual pouco tempo depois mostrou todo o seu horror ao mundo inteiro”¹¹⁹. Sarmento, um declarado não positivista, reconhece os equívocos de parte da doutrina brasileira – que ele afirma também ter cometido no passado – ao acusar o positivismo jurídico de ser a teoria dominante na Alemanha nazista¹²⁰.

Independentemente da inexatidão teórica em torno do positivismo jurídico e de sua serventia a governos autocráticos, o certo é que se criou após a Segunda Guerra Mundial um consenso quanto à necessidade de se combater o formalismo jurídico até então predominante. Era preciso fortalecer o homem enquanto ser investido de dignidade, permitindo que os seus direitos fundamentais pudessem ser oponíveis a investidas autoritárias, de modo a obstar ações políticas ilegítimas.

As constituições sociais, de inspiração weimariana, que surgem após o fim da Segunda Guerra Mundial, acrescem aos seus textos outros direitos fundamentais, principalmente por influência da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, cuja universalidade – diferentemente do universalismo liberal do século XVIII – passa a reclamar a efetiva materialização desses direitos. Nesse sentido, era preciso atribuir caráter jurídico às normas constitucionais programáticas, conferindo-lhes eficácia normativa vinculante de modo a tentar superar seu caráter prospectivo, com vistas a reconciliar a dualidade conceitual das perspectivas jurídica e política da Constituição¹²¹.

A Constituição passou a encartar a base jurídica do Estado, não só por prever sua estrutura e organização, mas por, sobretudo, estabelecer paradigma que identificasse a finalidade do Estado com a proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana. Passou a existir, portanto, uma relação ainda mais estreita entre a Constituição e as declarações de direitos, na medida em que, segundo Dallari, “... as Declarações de Direitos apontam os rumos fundamentais da Constituição, e esta é de extraordinária importância para dar eficácia jurídica ao conteúdo das Declarações, tornando justiciável tal conteúdo [...]”¹²².

No Estado Constitucional, a mudança de paradigma do Direito com a subordinação da validade da lei às constituições rígidas não é menos salutar do que a transformação ocorrida com o nascimento do Estado de Direito na modernidade, no qual se pôde constatar o monopólio da produção jurídica e a superposição da lei como única fonte de legitimação do direito. Nesse

¹¹⁹ LIMA, Martônio Mont’Alverne Barreto. A Guarda da Constituição em Hans Kelsen. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. São Paulo, n. 1, p. 203-209, jan./jun. 2003a, p. 204.

¹²⁰ Segundo Sarmento, a teoria jurídica dominante no nazismo foi uma espécie de jusnaturalismo de inspiração hegeliana. In. SARMENTO, op. cit., p. 129 (Nota de rodapé).

¹²¹ BONAVIDES, op. cit., 1999, p. 211-12.

¹²² DALLARI, op. cit., 2013, p. 286.

estágio do Estado de Direito, a validade das leis não mais depende apenas da forma como elas foram produzidas (plano formal), mas também, conforme explica Ferrajoli, da coerência que guardam com os princípios constitucionais (plano substancial)¹²³.

O movimento constitucional que surge na segunda metade do século XX, de inspiração humanista, reivindica a proteção dos direitos humanos e a efetivação dos direitos e das garantias fundamentais no plano da realidade. Não se contenta, portanto, com suposições teóricas e com prescrições formais – características típicas do constitucionalismo liberal –, porquanto aposta na sobreposição das prescrições constituintes à realidade concreta, de modo a, ao implementá-las, realizar materialmente a Constituição enquanto instrumento de transformação do modelo social.

A esse atual momento do pensamento jurídico difundido no Ocidente, cujo marco histórico é atribuído ao pós-guerra¹²⁴ – com destaque para a Alemanha e Itália –, vem sendo conferido o nome de *neoconstitucionalismo*¹²⁵. Segundo Barroso, foi na Constituição Alemã de 1949 (Lei Fundamental de Bonn) e na criação do Tribunal Constitucional Federal Alemão, instalado em 1951, que o neoconstitucionalismo encontrou sua principal referência¹²⁶, mesmo não sendo essa expressão utilizada no debate constitucional daquele país¹²⁷. Destaca-se, ainda, a Constituição da Itália de 1947 e a sua Corte Constitucional, instalada em 1956, além das constituições advindas de processos de redemocratização, após longo período de governos ditatoriais, como é o caso de Portugal em 1976, da Espanha de 1978, e a brasileira de 1988¹²⁸.

Dallari apresenta relevante estudo no qual descreve a amplitude quase universal do que chama de “novo constitucionalismo ocidental”. Segundo o autor, esse novo constitucionalismo exerceu importante influência no Japão, surgindo neste país, a partir de 1946, uma nova doutrina jurídica na qual se reconheceu *status* de norma jurídica superior à Constituição, além

¹²³ FERRAJOLI, op. cit., p. 18.

¹²⁴ Moreira afirma que o movimento do neoconstitucionalismo não pode ser identificado logo após a Segunda Guerra Mundial. Acredita ele que, por isso, não se poderia cravar no pós-Segunda Guerra Mundial o marco histórico, e sim na passagem de século como “... o verdadeiro marco histórico neoconstitucionalista”. In: MOREIRA, op. cit., p. 28.

¹²⁵ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLET, André L. F.; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti de. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 73-113, p. 77.

¹²⁶ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e transformações do direito constitucional contemporâneo. In: ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes; LIMA, Martônio Mont’Alverne Barreto (Orgs.). **Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, p. 481-492, p. 483. Reforça o marco histórico, ainda, MOREIRA, op. cit., p. 24-5.

¹²⁷ Como destacam Abboud e Oliveira, a utilização do termo neoconstitucionalismo “com intenção teórica específica” ocorreu numa conferência proferida pela professora italiana Suzana Pozolo. Ver ABOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Neoconstitucionalismo: vale a pena acreditar. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, vol. 7, n. 12, Jan.-Jun., 2015, p. 196-214, p. 201.

¹²⁸ MOREIRA, op. cit., p. 25.

de influir na constitucionalização de Estados africanos, destacando-se movimento iniciado pela Organização das Nações Unidas após a Segunda Guerra Mundial que tinha por objetivo eliminar o colonialismo naquela região, o que provocou o surgimento de novos Estados na África¹²⁹.

O neoconstitucionalismo reúne um sem-número de adeptos das mais diferentes correntes doutrinárias, não se podendo clarificar uma concepção teórica exclusiva que condense de forma homogênea todo o fenômeno jurídico produzido na contemporaneidade. Mesmo existindo pouca objetividade no sentido de se estabelecer elementos precisos que possam compor seu conceito, não é necessário esforço para entender que a utilização do prefixo “neo” denota algo que é ou que pretende ser novo, tendo como paradigma momento constitucional anterior que reclama superação.

A ampliação da esfera de efetivação dos direitos e das garantias fundamentais vindicava a superação da visão programática das normas constitucionais – em especial as sociais, permitindo, para além de um dever apenas da política, que pudessem ser invocados perante o Poder Judiciário. Nesse ponto, para que as normas fossem dotadas de aplicabilidade direta e imediata, era preciso atribuir-lhes maior grau de juridicidade, de modo que todo texto constitucional detivesse valor normativo, corroborando nesse passo a reconstrução da natureza jurídica da Constituição.

A partir da necessidade de transpor o sentido apenas político das normas constitucionais¹³⁰, como acima descrito, e do intento de remodelar construções jurídicas formais desprovidas de legitimação, constatam-se algumas transformações relativas à aplicação do direito constitucional que permitem identificar essa atual fase do constitucionalismo, ainda que ladeado por uma pluralidade de visões a respeito do fenômeno jurídico.

A adjeção do vigor da jurisdição constitucional, mesmo que já existente controle de constitucionalidade de forma tímida na primeira metade do século XX, é apontada como uma das principais mudanças desse novo constitucionalismo¹³¹. Para a vertente constitucional em apreço, em nada adiantaria, *v.g.*, a previsão de novos direitos fundamentais e o reconhecimento da dignidade da pessoa humana enquanto “princípio e fim” do próprio direito e do Estado, caso não existisse um possível ator institucional que detivesse suficiente poder para impingir a Constituição, ainda que em face do próprio legislador ordinário.

¹²⁹ DALLARI, op. cit., 2013, p. 293 et. seq.

¹³⁰ O “político” aqui é utilizado no sentido de inexistência de um suficiente grau de juridicidade a determinar a obrigatoriedade imediata e plena da norma, deslocando para o futuro o comportamento estatal.

¹³¹ SARMENTO, op. cit., p. 77.

O reconhecimento da imperatividade das normas constitucionais – em especial ao atribuir natureza jurídica aos princípios, conferindo-lhes eficácia normativa, entendendo a Constituição como norma jurídica¹³² (no que se aproximou do modelo estadunidense de Constituição) –, foi essencial para o novo modelo que (ainda) se pretende implementar¹³³. Essa mudança atende ao imperativo do constitucionalismo atual, o qual entende que a Constituição, para além de sofrer os influxos dos fatores reais de poder, possui no seu sentido jurídico força normativa capaz de condicionar a realidade, afastando-se da contração das questões constitucionais ao plano essencialmente político, como assim defendia em sua tese Ferdinand Lassalle¹³⁴. A eficácia vinculante das normas constitucionais, dotando-as de aplicabilidade direta e imediata (imperatividade normativa), permitiria aos reais destinatários acionar o Judiciário para que pudessem gozar os direitos a eles reservados pelo Constituinte e ainda não efetivados pelos demais poderes políticos.

O acentuado número de princípios e de conceitos jurídicos indeterminados previstos na Constituição, que se caracterizam pela abertura semântica e pelo elevado grau de valoração (carga axiológica), resultou na adoção de novas técnicas hermenêuticas necessárias à conformação constitucional – coexistentes à tradicional subsunção, que embora mantenha sua importância, passou a ser insuficiente quando diante, por exemplo, dos chamados *hard cases*. A ampliação da liberdade de escolha na solução de um caso concreto pode ser representada pela passagem do juiz enquanto mero aplicador do enunciado do texto legal (a caricatural figura do juiz “boca da lei” de Montesquieu) para o juiz aplicador/intérprete, que, transpondo a tradição legicêntrica moderna, passa a também criar direito através das decisões judiciais, sendo, portanto, reconhecido igualmente como fonte de Direito.

Todas essas mudanças, associadas ainda a outras transformações aqui não referendadas – do que é exemplo o fenômeno de constitucionalização do ordenamento jurídico¹³⁵ –, convergem para a atual sobrevalorização política do Poder Judiciário. Grandes questões polêmicas de interesse da sociedade, antes objeto do círculo de debate político, foram deslocadas para a esfera moral do direito e estão sendo dirimidas por meio de decisões judiciais, desobrigando-se da discussão o Legislativo e o Executivo – muitas das vezes, a fim de se evitar a pressão e o desgaste político –, o que tem transformado o Judiciário da atualidade em uma espécie de última

¹³² BARROSO, op. cit., 2006, p. 485-86.

¹³³ SARMENTO, op. cit., p. 77.

¹³⁴ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 9 et seq.

¹³⁵ Nesse sentido, Riccardo Guastini realiza importante análise a respeito da constitucionalização do ordenamento jurídico na Itália. GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel. **Neconstitucionalismo(s)**. Madri: Editorial Trotta, 2009, p. 49-73.

ou principal instância de definição e de correção dos valores a serem incorporados pela sociedade¹³⁶.

3.2 O neoconstitucionalismo no Brasil

O constitucionalismo brasileiro ingressaria no debate contemporâneo a respeito desse novo arquétipo constitucional de perspectiva jurídica apenas na década de 1980, com a dolorosa travessia do governo ditatorial para uma formatação democrática de Estado. Seria impossível pensar na existência de todos os caracteres que compõem a atual fase constitucional, a exemplo da imperatividade de suas normas, no período no qual a própria Constituição foi renegada ao plano formal e simbólico, não servindo sequer como contenção à atuação autoritária do governo militarista brasileiro em desfavor das liberdades.

O marco histórico do neoconstitucionalismo no Brasil¹³⁷, a Constituição Federal promulgada em 5 de outubro de 1988, é termo que simbolizou o fim de um período de mais de vinte anos de governo militar autocrático e também representou o entreabrir do atual Estado Democrático de Direito brasileiro. Fruto de intensos debates políticos e de interferência de *lobbies* dos mais diversos grupos sociais e econômicos¹³⁸, o texto da Constituição de 1988 abriga uma pluralidade de dispositivos originados dos mais variados interesses, alguns aparentemente inconciliáveis¹³⁹, gerando até hoje dúvidas quanto à definição de um perfil ideológico da Constituinte que o elaborou¹⁴⁰.

O sentimento de redemocratização do Estado brasileiro foi acompanhado por demandas sociais há muito reprimidas, típicas de um Estado que nunca deixou de ser periférico, e pelo medo do retorno de uma realidade ainda recente em que as liberdades civis e políticas haviam

¹³⁶ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade “órfã”. In. **Novos Estudos**. Tradução de Martônio Lima e Paulo Albuquerque. São Paulo: CEBRAP, n. 58, nov. 2000. p. 183-202, p. 200-201.

¹³⁷ BARROSO, Luís Roberto. O novo direito constitucional e a constitucionalização do direito. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martônio Mont’Alverne Barreto (Orgs.). **Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005a, p. 321-31, p. 321-22. Ainda em BARROSO, op. cit., 2006, p. 483; SARMENTO, op. cit., p. 85-6.

¹³⁸ Streck reforça essa afirmação em: STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 522-5.

¹³⁹ Em sentido semelhante, Veríssimo afirma que “... o texto constitucional transformou em regra jurídica um conjunto amplo e por vezes contraditório de anseios sociais e políticos, consagrando ideais de liberdade individual e igualdade material, propriedade e redistribuição de renda, liberdade de empresa e dirigismo econômico [...]”. VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial “à brasileira”. In. **Revista Direito GV**, São Paulo 4(2), p. 407-440, jul./dez. 2008.

¹⁴⁰ Andrade e Bonavides, contrariando estudo realizado por Leôncio Martins Rodrigues, que apontava uma predominância da ideologia de centro-esquerda ou esquerda moderada entre os seus membros, afirmam que, na verdade, a maioria constituinte era conservadora. Para mais, ver ANDRADE, Paes de; BONAVIDES, Paulo. **História constitucional do Brasil**. Brasília: Paz e Terra Política, 1988, p. 473-75.

sido interrompidas. Nesse contexto que misturava medo, ansiedade e esperança, a Constituição Federal de 1988 foi talhada em 320 artigos (250 no corpo principal e 70 nos atos de disposições transitórias), albergando uma grande variedade de temas e uma carteira “pluridimensional” de direitos fundamentais (individuais, políticos, sociais e difusos), razão pela qual acabou se tornando a mais prolixa Constituição da história brasileira.

Como salienta Villa, “... difícil encontrar algo da vida social que a Constituição não tenha tentado normatizar. Acabou se transformando em um programa econômico-político-social para o país”¹⁴¹.

O pensamento em matéria de direitos fundamentais que ressalta o aspecto social, introduzido na Constituição do Brasil de 1934 por inspiração weimariana, é ainda muito presente na atual fase do constitucionalismo brasileiro. A influência da Constituição de Weimar e a forte presença da ulterior Lei Fundamental de Bonn de 1949¹⁴², além de revelar significativo influxo da experiência do constitucionalismo alemão, apontam para a formação de um modelo de Estado Social no Brasil, em que o indivíduo presente no Estado Liberal foi sucedido pela visão social da pessoa humana.

Segundo Bonavides, “[...] na técnica, na forma e na substância da matéria pertinente a direitos fundamentais, a derradeira Constituição do Brasil se acerca da Lei Fundamental alemã de 1949, e até a ultrapassa em alguns pontos”¹⁴³. Afirma ainda o jurista que a Constituição de 1988 “segue e incorpora também a mesma tradição de Weimar em dar preeminência ao social [...]”¹⁴⁴.

Importante frisar que a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, promulgada em 23 de maio de 1949, não reuniu direitos sociais explícitos e de forma sistêmica, à exceção do direito da mãe à proteção e à assistência da comunidade¹⁴⁵, o que não quer dizer, não obstante, que a referida Constituição tenha ignorado o ideal social¹⁴⁶. Tratou-se de uma renúncia

¹⁴¹ VILLA, Marco Antonio. **A história das constituições brasileiras: 200 anos de luta contra o arbítrio**. São Paulo: Leya, 2011, p. 116.

¹⁴² Importante frisar que a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949 não reuniu direitos sociais de forma sistêmica, o que não quer dizer que a referida Constituição tenha ignorado o ideal social. Ver KRELL, op. cit., 2002, p. 48.

¹⁴³ BONAVIDES, op. cit., 1999, p. 335.

¹⁴⁴ Ibid.

¹⁴⁵ Alexy informa que “... é possível encontrar [na Lei Fundamental de Bonn] como formulação explícita de um direito fundamental social no sentido de um direito subjetivo a uma prestação apenas o direito da mãe à proteção e à assistência da comunidade (art. 6º, § 4º, da Constituição alemã [...])”. In. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 434-435.

¹⁴⁶ Como adverte Krell, “a não inclusão de direitos sociais na Lei Fundamental alemã, no entanto, não significa uma recusa do seu ideário subjacente. Assim, o conceito do ‘Estado Social’ (artigo 20, LF), representa uma ‘norma-fim de Estado’ (*Staatszielbestimmung*) que fixa, de maneira obrigatória, as tarefas e a direção da atuação estatal presente e futura, sem, no entanto, criar direitos subjetivos para a realização. A doutrina alemã se refere a essas

consciente do Constituinte, que, afastando-se da Carta anterior de Weimar, vista por parte da doutrina constitucional alemã pós-guerra como um modelo fracassado¹⁴⁷, optou pelo deslocamento do debate em torno dos direitos fundamentais sociais para a esfera jurisdicional, em especial para a discussão do tema pelo Tribunal Constitucional Federal.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 pode, assim, ser identificada em diversos pontos que lhe são essenciais como uma Constituição que alberga um modelo de Estado Social¹⁴⁸, principalmente quando pensada sob a perspectiva da cartilha de direitos fundamentais sociais que ostenta. Da mesma forma que as constituições que a antecederam e que lhe serviram como projeto de inspiração, era preciso vencer a imobilidade constitucional, retrato do antigo Estado Liberal, para, destacando-se do plano exclusivamente formal, tornar factíveis esses direitos na esfera da realidade dos seus destinatários.

A previsão constitucional de que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais deteriam aplicabilidade imediata (§ 1º, artigo 60), aliada ao novo constitucionalismo ocidental pautado pela materialização das normas, fez com que alguns doutrinadores brasileiros advogassem a tese de que os juízes deveriam aplicar hodiernamente a Constituição de 1988. Aliás, a inserção do referido dispositivo no texto constitucional já era produto dessa nova tendência¹⁴⁹. O que hoje pode ser visto como reflexo previsível de uma ordem jurídica orbitada por valores constitucionais, uma decorrência direta da irradiação emanada da força normativa da Constituição, poderia ser encarado no final da década de 80 como algo transgressor da cultura jurídica secular de base formalista que dominava as esferas de debate e de construção do direito no Brasil.

A essa bandeira levantada por juristas como Luís Roberto Barroso e Clèmerson Merlin Clève, que proclamava a incidência direta da Constituição, porque norma jurídica, objetivando a realização constitucional na realidade social e política por meio da imediata efetivação de suas normas, foi atribuído o nome de “doutrina brasileira da efetividade”. Sob o aspecto institucional, a doutrina auxiliou na atual proeminência do Poder Judiciário brasileiro enquanto ator responsável pela concretização dos direitos fundamentais introduzidos no texto constitucional¹⁵⁰.

normas constitucionais como ‘mandados’ (*Aufträge*) e não propriamente ‘direitos’”. In. KRELL, op. cit., 2002, p. 48.

¹⁴⁷ Ibid., p. 45.

¹⁴⁸ Ibid., p. 336.

¹⁴⁹ BARROSO, op. cit., 2013, p. 276-7.

¹⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. In. BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005b, p. 76.

A referida doutrina não dialogava naquele momento com o debate jurídico em torno da argumentação moral, focando-se no texto da norma a extração dos efeitos necessários à realização constitucional. Ao conceber a Constituição como norma jurídica, declarando por isso seu imediato cumprimento, a metodologia empregada pela doutrina brasileira da efetividade era eminentemente positivista, ou, nas palavras de Sarmento, “... uma modalidade de ‘positivismo de combate’”¹⁵¹.

Não demorou muito para a introdução da visão neoconstitucionalista em terra brasileira. Como relata Sarmento, a inclusão de teorias principiológicas, como as formuladas por Robert Alexy e por Ronald Dworkin¹⁵², e estudos a respeito da relação entre direito, moral e política, sob uma perspectiva pós-metafísica¹⁵³, alcançariam importância no debate do constitucionalismo nacional ainda na década de 90. Mas só com a publicação da obra *Neoconstitucionalismo(s)* em 2003, do jurista mexicano Miguel Carbonell, o vocábulo experimentaria ampla divulgação no Brasil.

Da qualidade da Constituição como norma jurídica, máxima defendida pela doutrina brasileira da efetividade, irrompeu a necessidade de traduzir as normas nela dispostas em realidade, de modo a interferir na sociedade, transformando-a. Dessa mudança de paradigma advieram todos os demais fenômenos, antes apontados, que caracterizam os axiomas que denotam a atual fase do constitucionalismo: imperatividade das normas constitucionais (força normativa da Constituição), com destaque para a juridicidade dos princípios, que lhes confere possibilidade de produzir efeitos no mundo fático¹⁵⁴; adoção de novos métodos hermenêuticos que viabilizassem a aplicabilidade de normas com elevada carga axiológica e acentuada abertura semântica; fortalecimento da jurisdição constitucional, com destaque para a função institucional do Supremo Tribunal Federal; valorização do Poder Judiciário, atribuindo-lhe a real capacidade de efetivar os direitos fundamentais contidos no bojo do texto constitucional, afastando-se da noção de programaticidade das normas constitucionais corrente no constitucionalismo nacional, em especial das que tratavam de direitos sociais.

¹⁵¹ SARMENTO, op. cit., p. 88.

¹⁵² Sarmento indica como marco relevante a introdução feita por Paulo Bonavides e por Eros Grau das teorias pós-positivistas, nas respectivas obras *Curso de Direito Constitucional* (5ª edição) e *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. Ver em: SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLET, André L. F.; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti de. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 73-113, p. 89.

¹⁵³ Ibid.

¹⁵⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (Orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 111-147, p. 115.

O neoconstitucionalismo contradita, como antes já informado, o modelo formalista pretérito atribuído às tradicionais teorias positivistas do direito, reafirmando o valor jurídico da Constituição. Assim, veem seus defensores como irracional o domínio secular da cultura jurídica centrada no legislador, que seria reflexo de uma visão teológica liberal do conceito de legitimidade baseado numa visão absoluta do princípio majoritário, porque, entre outros fatores, impossibilitaria a realização constitucional diante de uma realidade que se transmuta a cada momento.

Ao juiz cabe, no novo constitucionalismo de toada moral, a tarefa de ponderar diante da realidade fática que lhe é apresentada e a normatividade constitucional a ela supostamente aplicável, com o objetivo de estabelecer melhor solução que compatibilize o fluxo dialético de interpenetração das duas instâncias, a materializar a norma constitucional na realidade, transformando-a, por meio de elementos retirados dessa própria realidade, que passam também a compor, pelo menos naquele momento, a compreensão semântica da norma. É dizer, o simples método de subsunção do positivismo formalista e o seu silogismo não seriam suficientes para caracterizar a Constituição no seu aspecto material, sendo salutar a atuação do intérprete/aplicador para esse fim.

Com o objetivo de afastar uma visão personalista do juiz, evitando-se com isso um caráter meramente opinativo e, por isso, desprovido de cientificidade, buscou-se o desenvolvimento de “... métodos ou de teorias da argumentação que permitam a procura racional e intersubjetivamente controlável da melhor resposta para os ‘casos difíceis’ do Direito [...]”¹⁵⁵. A utilização dessas técnicas e teorias seria, para o neoconstitucionalismo, ponto essencial que o distinguiria da interpretação atribuída às teorias do positivismo moderno, a exemplo de Herbert Hart e de Hans Kelsen, em que é reconhecida ao juiz discricionariedade política na formulação de sua decisão. Vale lembrar que para Kelsen, *v.g.*, preenchida a “moldura” da norma geral, a produção da norma individual é tarefa do juiz, que se desincumbe através da interpretação, estando mais bem relacionada essa questão com a política do Direito do que com a teoria do Direito¹⁵⁶.

Da antijuridicidade programática à imperatividade das normas constitucionais, da regra à juridicidade do princípio, da subsunção à ponderação, do silogismo a novas técnicas de interpretação e teorias da argumentação, da lei à jurisprudência, do juiz “boca da lei” ao “juiz criativo”, do político ao jurídico, do formal ao material, a proposta da corrente

¹⁵⁵ BARCELLOS, *op. cit.*, p. 80.

¹⁵⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 249.

neoconstitucional busca remediar os impactos negativos do tradicional formalismo abstracionista atribuído a um suposto constitucionalismo antiquado de influência positivista – cuja efetividade dependia de decisões políticas – com o construtivismo científico e a racionalidade prática, em que o juiz, orientado pela normatividade constitucional e operando meios racionais de correção¹⁵⁷, realiza a Constituição e transforma a realidade, estabelecendo conexão dialética de interinfluência entre os dois planos (normativo e fático).

3.3 Constitucionalismo à brasileira: o paradoxo entre o discurso e a prática

Sob o aspecto teórico, o neoconstitucionalismo apresenta-se como uma vertente racional e realista do constitucionalismo, porque utiliza métodos interpretativos e teorias da argumentação vanguardistas para, afastando-se de uma eventual discricionariedade política e personalista do julgador, formular decisões racionais com força suficiente para transformar a realidade.

Quando, no entanto, confrontada a realidade sobre a qual mantém influência, em especial a jurisdição constitucional brasileira, núcleo da preocupação científica desta dissertação, a corrente neoconstitucionalista acumula severas críticas quanto à forma como vem sendo utilizada na prática, principalmente no que tange à liberdade concedida ao juiz na interpretação constitucional e na produção de normas, dada a inexistência de instrumentos de contenção para eventuais excessos cometidos pelos membros do Poder Judiciário, algo que soa, mesmo para ouvidos desatentos, bastante controverso em termos de democracia.

Como denunciam alguns intelectuais, pronunciamentos judiciais vêm ignorando a construção metódica argumentativa e sistemática (e, portanto, racional) que descreve o neoconstitucionalismo como uma nova fase do constitucionalismo, afastando-o da criticada discricionariedade voluntarista do “paleoconstitucionalismo” de influência positivista. Inexiste no âmbito da prática jurídica brasileira obrigatoriedade quanto à utilização de métodos mais abertos de raciocínio jurídico para casos que, na perspectiva neoconstitucional, deveria o julgador fazer uso.

O que parece ainda mais preocupante sob o ponto de vista da teoria da democracia é que não há exigência quanto à necessidade de justificar a eleição realizada pelo juiz do método “mais acertado” ao caso concreto no qual se debruçou, nem sequer o de apresentar uma construção argumentativa sistemática para fundamentar a razão pela qual chegou à conclusão escolhida para o caso, entre as que se apresentassem possíveis.

Isso significa dizer que, mesmo que se rechace argumentativamente a discricionariedade do juiz quando da tomada de decisão (que se atribui à combatida teoria positivista, a exemplo da

¹⁵⁷ MOREIRA, op. cit., p. 28.

teoria kelseniana) – um dos principais pontos de *discrímen* entre o velho e o novo constitucionalismo –, permite-se ao julgador brasileiro o livre-arbítrio na confecção da norma quanto ao uso das técnicas de interpretação, quanto à justificativa da escolha ou da não escolha de determinado método ou teoria, ou mesmo o sincretismo metodológico¹⁵⁸ é tolerado, elegendo-se, assim, o que convier para cada decisão, sem a depuração de qualquer rigor científico e racional.

Em outras palavras, combate-se o “livre convencimento” concedendo-se ao juiz liberdade quase absoluta quanto aos instrumentos a serem utilizados para demonstrar o seu “convencimento”, inclusive permitindo a não adoção ou a adoção sincrética de métodos e teorias. Combate-se o livre convencimento no fim (dispositivo da decisão) autorizando o livre convencimento do meio (fundamentação), o que faz previamente com que se desconfie tratar-se da velha discricionariedade combatida, agora camuflada e justificada com o (falso) manto da racionalidade.

Um ponto de singular importância é a crítica a respeito do uso excessivo e indiscriminado dos princípios, utilizando-se da “sobreinterpretação” da Constituição, interpretação adotada no neoconstitucionalismo, sem se equacionar o real significado e a funcionalidade dos princípios dentro do sistema normativo brasileiro. Nesse modelo, os princípios ganharam acentuado destaque como fonte principal a reger a aplicação de todo o ordenamento jurídico. Diante desse conceito, adverte Moreira que “... toda e qualquer norma jurídica – não só as leis, mas a sua concretização, a jurisprudência – deve condicionar-se à sobreinterpretação dos princípios jusfundamentais”¹⁵⁹, sendo o atual fenômeno de constitucionalização do direito reflexo dessa vertente interpretativa.

A proeminência dos princípios na corrente neoconstitucional vem sendo acompanhada, na prática jurídica brasileira, de uma incompreensão quanto ao seu papel na ordem jurídica e quanto à sua relação com as demais normas. Em razão disso, verifica-se a tendência a uma maior valorização das decisões judiciais de teor principiológico, o que invariavelmente resulta numa sobreposição axiológica dos princípios em detrimento das normas-regra.

O uso do princípio parece adquirir no Brasil um viés contramajoritário à influência do positivismo jurídico e a toda carga negativa (em parte injusta) que conduz em seu bojo como uma teoria formalista, abstrata, irracional, insensível à realidade e que, por isso, teria favorecido

¹⁵⁸ Silva adverte sobre o problema do sincretismo metodológico na doutrina constitucional para o avanço “... na discussão acerca da tarefa da interpretação constitucional”, inconveniente que se apresenta ainda mais agudo na prática jurídica. SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 115-43, et seq.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 81.

a instalação e a manutenção de governos autocráticos¹⁶⁰. Decidir com fulcro em princípios é aparentar sensibilidade quanto às mazelas que atingem o homem no seu convívio social, é renegar o passado, prescrevendo melhor futuro, é ser politicamente correto, é mostrar-se, portanto, “neo”.

As regras, produto de um direito legalista e positivista, muito se assemelham àquilo que não se quer mais ser. Às regras, por meio das quais não se podem expressar emoções nem formular discursos de teor moral, atribui-se um papel figurativo na ordem jurídica, muitas vezes sendo desvalorizadas pelos aplicadores em detrimento de uma aparente superioridade axiológica dos princípios. Como afirma Dimoulis, “[...] o fato de o juiz simplesmente aplicar a lei é tido como uma combinação de atraso teórico (‘formalismo’) com o conservadorismo e a insensibilidade política (falta de preocupação com a ‘justiça’)”¹⁶¹.

A identificação de Sarmento com o neoconstitucionalismo não o impediu de tecer críticas ao que chamou de “oba-oba constitucional”¹⁶². Denuncia o jurista o perigo, para o Estado Democrático de Direito, da utilização excessiva e muitas vezes desnecessária dos princípios em detrimento de regras, por terem estas “caráter definitivo e decisivo”¹⁶³ que assegura, por exemplo, maior previsibilidade nas decisões judiciais e consequente segurança jurídica para seus destinatários¹⁶⁴.

Neves, por sua vez, apontou o uso indiscriminado dos princípios pelo Supremo Tribunal Federal – STF, a mais alta Corte brasileira e a quem cabe a interpretação final da Constituição. Cita como um dos exemplos o apelo que se fez, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.638/DF, ao princípio da dignidade humana para justificar a

¹⁶⁰ Neves assinala o equívoco de se vincular os princípios à democracia e as regras a governos autoritários. Desmistifica essa relação afirmando o uso de teorias mais maleáveis em governos autocráticos, a exemplo do nazismo de Hitler e do último governo militar brasileiro, e que um modelo rigoroso de regras constitucionais seria inoportuno a esse tipo de governo de exceção. In. NEVES, Marcelo. **O abuso de princípios no Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-abuso-de-principios-no-supremo-tribunal-federal>>. Acesso em: 17 jun. 2014.

¹⁶¹ DIMOULIS, Dimitri. A relevância prática do positivismo jurídico. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 102, p. 215-253, jan./jun. 2011, p. 223.

¹⁶² Didier Jr., ao dissertar a respeito do “neoprocessualismo”, também utiliza essa expressão para designar a euforia que as transformações do constitucionalismo vêm causando, denunciando os abusos e incompreensões em torno dessas mudanças e advertindo sobre o perigo da supervalorização das normas-princípio em detrimento das normas-regra. In. DIDIER JR., Fredie. Teoria do processo e teoria do direito: o neoprocessualismo. In: **Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial**. Vol. 2. Org. DIDIER JR., Fredie. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 257-263, p. 261.

¹⁶³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 114.

¹⁶⁴ SARMENTO, op. cit., p. 104 et. seq. No mesmo sentido, adverte Ávila que “[...] um sistema só de princípios seria demasiado flexível, pela ausência de guias claros de comportamento, ocasionando problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder. E um sistema só de regras, aplicadas de modo formalista, seria demasiado rígido, pela ausência de válvulas de abertura para o amoldamento das soluções às particularidades dos casos concretos”. ÁVILA, op. cit. p. 129.

manutenção do julgamento secreto de magistrados, previsto em alguns dispositivos da LOMAN (Lei Complementar n.º 35/1979)¹⁶⁵, levando a uma falsa impressão de que restaria dignidade apenas aos magistrados, ao passo que para os cidadãos comuns não existiria óbice algum que impedisse o julgamento público¹⁶⁶.

A euforia doutrinária na adoção de modelos principiológicos sem o devido cuidado com a importação acrítica de teorias, muitas delas desenhadas em uma perspectiva jurídica diferente da brasileira, vem promovendo, como denuncia Ávila, uma espécie de “Estado Principiológico”, repleto de exageros e de problemas teóricos que culminam na falta de efetividade do próprio ordenamento jurídico¹⁶⁷. A disfunção apontada já não mais se restringe ao ambiente acadêmico, contaminando a dogmática e a prática jurídicas, à medida que se invocam tanto princípios quanto teorias e métodos interpretativos de forma libertina, sem nenhum rigor científico na escolha e sem constrangimento pessoal algum na adoção indiscriminada e não reflexiva.

Com a textura aberta, ou “indeterminações normativas”, como acentua Sundfeld¹⁶⁸, a especificação do conteúdo dos princípios é monopolizada pelo Poder Judiciário, mesmo não existindo, segundo o autor, “... fundamento algum para a presunção absoluta de que é do Judiciário, e não de outros órgãos, a competência para construir soluções jurídicas específicas a partir de princípios [...]”¹⁶⁹. Na verdade, esse raciocínio é válido não apenas para os princípios, de reconhecida carga axiológica elevada, mas também para as demais normas de acentuada abertura semântica (conceitos jurídicos vagos ou de elevado nível de indeterminação); estes, na perspectiva atual do constitucionalismo, repousam na chamada atuação criativa do juiz para definir o seu conteúdo semântico no processo de construção da norma.

Rodriguez desenvolveu pesquisa com o objetivo de verificar a qualidade da argumentação utilizada pelo Judiciário brasileiro, em especial pelos tribunais superiores¹⁷⁰. Para o autor, “a maneira pela qual os tribunais exercem este poder deve estar no centro da discussão sobre o sistema político brasileiro, mais especificamente, sobre os temas da segurança jurídica e do ativismo judicial [...]”¹⁷¹. O autor chegou à conclusão de que técnicas

¹⁶⁵ BRASIL. Lei Complementar n. 35, de 14 de março de 1979. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp35.htm>. Acesso em: 27 ago. 2015.

¹⁶⁶ NEVES, op. cit.

¹⁶⁷ ÁVILA, op. cit., p. 27

¹⁶⁸ SUNDFELD, Carlos Ari Vieira. Princípio é preguiça? In: **Direito e interpretação: racionalidades e instituições**. Org. BARBIERI, Catarina Helena Cortada. MACEDO JR., Ronaldo Porto. São Paulo: Saraiva, 2011.

¹⁶⁹ SUNDFELD, Carlos Ari Vieira. ob. cit. p. 287.

¹⁷⁰ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 59 et seq.

¹⁷¹ Ibid., p. 61.

hermenêuticas e teorias da argumentação são frequentemente citadas como argumentos de autoridade, como conteúdo a aparentar erudição do julgador.

Não há preocupação com a construção argumentativa dos fundamentos, porquanto depende a produção jurídica brasileira muito mais da convicção pessoal do juiz do que de uma objetividade racional, o que revela uma tradição personalista, não argumentativa e opinativa do Judiciário brasileiro¹⁷². Esse *modus operandi* judiciário faz lembrar a crítica de Holanda ao eruditismo dos intelectuais brasileiros do período não republicano, em especial ao bacharelismo, cuja adoção de doutrinas estrangeiras mais serviria a uma realidade artificialmente criada para alimentar o próprio ego e a imagem externada de intelectual, bastando “... que tais doutrinas e convicções se possam impor à imaginação por uma roupagem vistosa: palavras bonitas ou argumentos sedutores [...]”¹⁷³.

Não é preciso grande esforço para notar que a jurisprudência produzida pelo Judiciário brasileiro, de acordo com o que foi relatado, não vem seguindo uma sistematicidade argumentativa que aponte para a construção de um direito de viés científico, como assim se propõe, em tese, a vertente neoconstitucionalista. Nessa perspectiva, diante da privação de uma concreta instrumentalização das teses neoconstitucionais na construção sistemática argumentativa para a resolução dos conflitos jurídicos, sendo muitas das vezes citadas como adorno discursivo para uma solução personalista do juiz, o político característico da discricionariedade positivista a que se visa superar renova-se diante da ausência das chamadas técnicas hermenêuticas de densidade científica e racional.

O debate entre o político e o jurídico e as implicações resultantes de uma interpretação aberta e criativa da Constituição pelo Judiciário não são uma preocupação exurgida na atual fase do constitucionalismo. O conhecido embate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen a respeito de quem deveria ser o guardião da Constituição alberga elementos imprescindíveis à perspectiva do próximo tópico, que analisa a natureza do conteúdo de uma decisão judicial, em especial as de conteúdo constitucional proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

A preocupação lançada, como se pode equivocadamente supor, não retrata interesse pessoal fruto de uma vaidade intelectual. O intento advém da necessidade de aproximar a lente da cientificidade da atuação do Judiciário em sua atividade decisória, na tentativa de, reconhecendo a natureza de sua decisão, à luz de um referencial teórico, externar diagnóstico com base naquilo que se vê como realidade concreta e lançar futuras proposições à interpretação

¹⁷² RODRIGUEZ, op. cit., p. 15.

¹⁷³ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 155.

constitucional, com o objetivo de aproximar ainda mais essa realidade do pensamento democrático que dá substância ao nosso Estado de Direito.

4 O JURÍDICO É TAMBÉM POLÍTICO: A TEORIA GRADUALISTA DE HANS Kelsen E A PERSPECTIVA POLÍTICA DO CONTEÚDO DA DECISÃO JUDICIAL

O debate sobre o poder político e a legitimidade do seu exercício sempre será objeto de interesse da filosofia política e da teoria constitucional. Afinal, o conflito parece ser determinante para a persecução do equilíbrio das forças sociais, com acentuado destaque para os estados contemporâneos de regime democrático, cujas tensões são fruto da heterogeneidade de interesses típica de um cenário social pluralista.

Esse cenário é de mais fácil compreensão quando se analisa um Estado de tradição liberal de separação de poderes como o nosso. É que o jogo hodierno de adequação e de harmonização no convívio político entre as três típicas funções estatais (Executivo, Legislativo e Judiciário) é reflexo, em semelhante medida, das mudanças de contingências e de prioridades de pautas de reivindicações, resultado da constante contenda dos atores sociais.

Esse debate não foi diferente na Alemanha do período entreguerras. A efervescência intelectual da época, muito em razão da instabilidade política e econômica gerada após a Primeira Guerra Mundial, agudizada posteriormente com a crise econômica mundial gerada pela quebra da Bolsa de Nova Iorque em 1929, levou, no plano do debate constitucional, a intensas discussões a respeito de quem deveria dar a última palavra quanto à interpretação do texto constitucional.

A Constituição de Weimar de 1919 foi debatida por juristas reformistas e conservadores, que tentavam extrair do seu texto, a depender do olhar nele lançado, justificativas que fundamentassem a concepção política e ideológica por cada um defendida. Segundo Lima, a concepção dominante, diante da crise instalada, enxergava no político a viabilidade do Estado, traço que acabou por marcar também a discussão em torno do controle de constitucionalidade¹⁷⁴.

Nesse contexto de instabilidade político-social é que surge a contenda entre Carl Schmitt e Hans Kelsen acerca de quem deveria ser o guardião da Constituição. Esse debate, ainda hoje vigorante, alberga doutrina imprescindível para uma leitura atual da jurisdição constitucional.

Dada a sua importância, o presente capítulo dedica-se inicialmente a analisar as duas versões contrapostas para a guarda da Constituição, através da análise de bibliografia nacional e estrangeira, com o objetivo de evidenciar a articulação argumentativa técnica, política e ideológica utilizada por esses juristas na defesa de seus intentos, e que serve para melhor entender o fenômeno ainda muito atual a respeito da legitimação das cortes constitucionais.

¹⁷⁴ LIMA, op. cit., 2003a, p. 203.

Em seguida, dedicar-se-á à análise da decisão judicial, com o intuito de aflorar a existência do político em seu conteúdo. Para isso, utilizar-se-á como referencial teórico a teoria do gradualismo de Hans Kelsen como instrumento de medida do caráter jurídico e político de uma decisão.

Concluído o trabalho de investigação teórica, realizar-se-á um estudo de conteúdo da decisão monocrática exarada pelo Ministro do STF Luiz Fux na Ação Originária 1.773/DF, contrapondo logo em seguida o resultado à perspectiva kelseniana, a fim de identificar a existência de um conteúdo político na decisão.

4.1 O conseqüente segue a natureza do antecedente: o guardião da Constituição e a interpretação constitucional em Carl Schmitt

Carl Schmitt nasceu em 1888, na cidade alemã de Plettenberg. Nesse período, a era liberal de crença nas instituições e na humanidade já experimentava acentuado desgaste. De família católica fervorosa, conviveu com a onda de conflitos entre protestantes e católicos no início do século XX.¹⁷⁵ Obsessivo pela experiência, seu desenvolvimento teórico parece ser fruto de uma compreensão negativa da realidade social e política na qual se inseria. Nessa perspectiva, assume Carl Schmitt um realismo de matriz conservadora, enxergando a decadência do Estado Liberal e o perigo de um sistema pluralista para a unidade do Estado.

Carl Schmitt, assim como Hermann Heller e Rudolf Smend, foi um grande crítico do formalismo jurídico e da herança liberal ainda presente na República de Weimar.¹⁷⁶ É exatamente entre os anos de 1919 e 1933 que o jurista de Plettenberg vai escrever o mais significativo de sua obra, no qual se inserem *Teologia Política* (1922), *O Guardião da Constituição* (1931) e *Legalidade e Legitimidade* (1932). Diante da inexistência de uma sistematização de seu pensamento, é possível encontrar fragmentos importantes de temas que lhe são caros em diversas obras¹⁷⁷. Assim, mesmo produzindo uma crítica específica a quem deveria ser o defensor último da Constituição em uma de suas obras, algo se extrai desse tema em outros escritos de sua produção.

No seu *O Guardião da Constituição* (*Der Hüter der Verfassung*), publicado inicialmente em forma de artigo em 1929, no periódico *Archiv des öffentlichen Rechts*, Carl

¹⁷⁵ MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. 2.ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 21.

¹⁷⁶ ALMEIDA FILHO, op. cit., p. 267. Não se pode esquecer a crítica lançada por Mariano quanto à utilização dessas correntes do conhecimento por Schmitt, apesar de sua crítica teórica veemente. In.: MARIANO, op. cit., p. 40 et seq.

¹⁷⁷ ALMEIDA FILHO, op. cit., p. 270.

Schmitt dedicou-se inicialmente a criticar o Poder Judiciário como protetor da Constituição. Afirma o autor que a tentativa de ampliar os poderes da justiça, na busca por uma “solução austríaca” – aqui ignorando, de certa forma, a concreta existência da Corte Constitucional na Áustria há quase uma década –, muito se deu em razão de um contentamento com o formalismo abstrato predominante antes da Primeira Guerra Mundial¹⁷⁸.

As constituições da monarquia alemã, segundo o autor, não ignoraram a proteção à Constituição. Contudo, após a estabilidade política conquistada por Bismarck, a ideia de garantia da Constituição foi tacitamente desconsiderada, desconfiando-se do debate – que seria para ele eminentemente político – em torno de um “guardião”¹⁷⁹.

A necessidade de controle de constitucionalidade deu-se devido à desconfiança em torno do legislador¹⁸⁰. Essa desconfiança no legislador e a solução apresentada de controle de constitucionalidade por um órgão de contornos judiciais em muito lembram, como já informado, a proposta de Sieyès e sua tentativa de implementar o *jury constitutionnaire* na França pós-revolucionária de 1795¹⁸¹.

O tribunal do *Reich* passou a ser considerado guardião da Constituição desde a decisão de 4 de novembro de 1925, através da qual se declarou apto a examinar a compatibilidade de leis ordinárias com a Constituição¹⁸².

A tendência de considerar o Judiciário protetor da ordem constitucional, segundo Schmitt, é explicada em razão da influência da Suprema Corte estadunidense¹⁸³. Não obstante, o modelo da *judicial review of legislation* norte-americano não poderia ser transportado para a Europa, porque revestido de características políticas, sociais e econômicas próprias¹⁸⁴. No mais, lembra que a Suprema Corte, por anos, “... impediu e deteve leis de proteção aos trabalhadores e determinações sociopolíticas, até mesmo aquelas sobre o trabalho de mulheres e crianças, que nos eram naturais na Alemanha, ao tratá-las como anticonstitucionais”¹⁸⁵.

Carl Schmitt atribui o direito de exame judicial de compatibilidade de leis ordinárias à Constituição a um Estado judicial. Nesse modelo de Estado, a vida pública é subordinada aos

¹⁷⁸ SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007a, p. 8.

¹⁷⁹ Ibid., p. 1 et seq.

¹⁸⁰ BERCOVICI, Gilberto. Carl Schmitt, O Estado Total e o Guardião da Constituição. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 1, p. 195-201, jan./jun. 2003b, p. 195.

¹⁸¹ BERCOVICI, op. cit., 2013a, p. 185. Lauria e Neto lembram que o *jury constitutionnaire* de Sieyès nunca chegou a ser implementado. LAURIA, Carlos Romero; NETO, Paulo. **A decisão constitucional vinculante**. São Paulo: Método, 2011, p. 69. Ver ainda SIEYÈS, op. cit., p. 419-37.

¹⁸² SCHMITT, op. cit., 2007a, p. 19.

¹⁸³ BERCOVICI, op. cit. 2003b, p. 195.

¹⁸⁴ SCHMITT, op. cit., 2007a, p. 20.

¹⁸⁵ Ibid., p. 22.

tribunais, e os direitos fundamentais salvaguardados pela Constituição representam apenas os direitos à liberdade e à propriedade, típicos do Estado liberal¹⁸⁶.

Já na década de 30 do século XX, ou seja, antes mesmo do pós-Segunda Guerra – apontado como termo inaugural da atual fase do pensamento jurídico em que há uma acentuada valorização do Judiciário e de sua criatividade enquanto intérprete –, Schmitt descreve o que para ele seria um “Estado jurisdicional”. O juiz, nesse modelo, deteria o poder da última palavra, sem que lhe fosse necessário decidir com base em “normatizações gerais predeterminadas”. Aparentemente não distinguindo norma e lei, ter-se-ia uma decisão judicial a par daquilo legitimamente fora previsto pelo legislador¹⁸⁷.

Ao analisar a decisão do tribunal do *Reich* de 4 de novembro de 1925, a qual declarou existir autorização para examinar a concordância de leis ordinárias do *Reich* com a Constituição, Schmitt manifesta-se favorável a uma espécie de “autoproteção dos tribunais”, que serviria para defender a posição constitucional da Justiça em casos de abuso da autorização legislativa dada ao legislador. Admite que, nesse caso, estar-se-ia diante de uma guarda parcial da Constituição, haja vista tratar-se de um controle do Judiciário limitado à sua própria competência e posição na Constituição. Seria uma forma de salvaguardar a própria independência da justiça ante as intervenções anticonstitucionais dos demais poderes públicos¹⁸⁸.

A interpretação atribuída à referida decisão do tribunal do *Reich* foi excessiva. Segundo Carl Schmitt, os motivos que levaram a essa decisão apenas permitem o exame perante leis ordinárias do *Reich*, não se aplicando a emendas à Constituição, cujo procedimento foi estabelecido no artigo 76 da Constituição de Weimar¹⁸⁹.

Schmitt admite ainda certa liberdade e margem de ação do juiz diante de conceitos jurídicos gerais e indeterminados. Esse reconhecimento não se daria apenas na esfera do direito privado, mas também no direito público, “... principalmente em questões de direito administrativo e até mesmo de direito penal...”¹⁹⁰. No entanto, a indeterminação das normas é exceção, devendo a decisão judicial ter como base normas mensuráveis e determináveis, o que, segundo o autor, seria a vinculação a esse tipo de norma “... o pressuposto e a condição de toda independência judicial”¹⁹¹.

¹⁸⁶ SCHMITT, op. cit., 2007a, p. 22.

¹⁸⁷ SCHMITT, Carl. **Legalidade e legitimidade**. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007b, p. 4.

¹⁸⁸ SCHMITT, op. cit., 2007a, p. 25-26.

¹⁸⁹ Ibid, p. 24-25.

¹⁹⁰ Ibid, p. 29.

¹⁹¹ Ibid.

O Poder Judiciário, para Carl Schmitt, deve estar materialmente vinculado à lei. A sentença judicial não pode ser resultado de uma atividade criativa do juiz, devendo retratar a subsunção do fato à norma¹⁹². A vinculação à lei não revelaria apenas um limite à atuação do magistrado, mas também serviria como fundamento de sua liberdade decisória. “Por isso, o problema do movimento do livre direito e da magistratura ‘criadora’ é, em primeiro lugar, um problema constitucional”¹⁹³.

O fato de o juiz antepor sua vinculação à Constituição a uma lei ordinária não significa que ele se torna, em razão disso, guardião da Constituição. Nessa perspectiva, adverte Carl Schmitt, qualquer departamento público ou qualquer cidadão poderia reivindicar a qualidade de guardião. Aqui Schmitt deixa claro tratar-se tão somente da observância do princípio geral da legalidade, e o que se denominaria de proteção à Constituição, apenas o exercício de “... um direito geral à insubordinação e, por fim, à resistência passiva ou ativa, o qual se denominou também de ‘direito de emergência revolucionário’”¹⁹⁴.

A função de um guardião da Constituição vem a substituir esse direito geral de insubordinação e de resistência, com ele não se confundindo. Dessa forma, não seriam guardiões da Constituição aqueles que ocasionalmente deixariam de aplicar uma norma inconstitucional, como é o caso das decisões proferidas pelos juízes.

A procura do guardião da Constituição na esfera da Justiça dar-se-ia, segundo Schmitt, por um equívoco da ideia de Estado de Direito, ao qual se atribuiu uma compreensão abstrata e formal. Na visão do autor, a “... resolução judicial de todas as questões políticas como ideal do Estado de Direito...”¹⁹⁵ traria prejuízo para a ação do próprio Judiciário, com conseqüente politização da justiça¹⁹⁶. Não se pode deixar de notar aqui que essa preocupação de Carl Schmitt já nas décadas de 20 e 30 é provavelmente hoje objeto central de debate entre os constitucionalistas, muito em decorrência da posição de centralidade que vem ocupando o Judiciário em torno da interpretação constitucional¹⁹⁷.

Afastando-se a ideia de Estado de Direito abstrato, Schmitt aponta outra razão que fundamenta o interesse na nomeação de um tribunal como guardião da Constituição. Relata que, de início, no século XIX, o risco provinha do Executivo, e que na primeira metade do século XX (quando Schmitt se debruçou sobre o tema) a preocupação já era dirigida à atuação

¹⁹² BERCOVICI, op. cit., 2003b, p. 195.

¹⁹³ SCHMITT, op. cit., 2007a, p. 29.

¹⁹⁴ Ibid., p. 31.

¹⁹⁵ SCHMITT, op. cit., 2007a, p. 33.

¹⁹⁶ Nesse sentido, reporta-se Bercovici. BERCOVICI, op. cit., 2003b, p. 196.

¹⁹⁷ Diversos são os autores que se debruçam sobre o tema, alguns deles já devidamente registrados neste trabalho.

do legislador. Vale antecipar que essa desconfiança no Estado parlamentar daquele período servirá como um dos fundamentos de sua escolha a respeito de quem deve ser o guardião da Constituição.

Em razão desse receio com o parlamento, muitas questões e muitos interesses, antes objetos da legislação ordinária, foram tutelados no âmbito constitucional, a fim de evitar mudanças repentinas na medida em que se alternavam as maiorias parlamentares. “Essa ‘ancoragem’ da norma constitucional deve proteger determinados interesses, especialmente interesses minoritários contra a respectiva maioria”¹⁹⁸. Schmitt vê nessa mudança de função da Constituição uma tendência contrária ao princípio majoritário democrático.

A mudança de mentalidade acabou por promover igual mudança na concepção de guardião da Constituição. Se no século XIX o Legislativo era a figura escolhida para o papel de guardião, muito em razão da dúvida que repousava sobre o Executivo, agora, em razão do risco para a Constituição, contra ele emergiu a necessidade de proteção.

A luta constitucional operou-se secularmente contra o poder exercido onipotentemente pelo Executivo, ao passo que o Legislativo, com suas alternâncias majoritárias, não mais inspirava confiança. A escolha do Judiciário para guardião da Constituição deu-se, para Schmitt, quase como uma ordem de exclusão, e à inevitável exigência, sob a perspectiva da teoria liberal da separação de poderes, de um tribunal soberano¹⁹⁹.

Em 18 de julho de 1930, o presidente do *Reich* dissolveu o parlamento alemão (*Reichstag*), com fundamento no artigo 25 da Constituição de Weimar, que permitia o ato extremo uma única vez pelo mesmo motivo. A razão política emprestada à ação do presidente adveio da decisão do parlamento de tornar sem efeito os decretos presidenciais de 16 de julho do mesmo ano, com base no que discorria o § 3º do artigo 48.

A ação do presidente do *Reich* foi alvo de intenso debate quanto à sua constitucionalidade. Schmitt utiliza-se desse fato para criticar a eventual existência de um tribunal constitucional a dirimir esse conflito, vendo com severa desconfiança a possibilidade de a maioria e as minorias parlamentares para ele apelarem, pois funcionaria como uma espécie de instância política com aparência de Judiciário²⁰⁰.

Uma das críticas que Schmitt repete é a de que a decisão judicial só pode ser proferida *post eventum*²⁰¹. Acredita ele que decisões antecipadas seriam medidas políticas que tornariam o tribunal politicamente ativo. Dessa forma, “... sua independência judicial não poderá mais

¹⁹⁸ SCHMITT, op. cit., 2007a, p. 37.

¹⁹⁹ Ibid., p. 38.

²⁰⁰ Ibid., p. 45-46.

²⁰¹ BERCOVICI, op. cit., 2003b, p. 195.

protegê-lo da responsabilidade política, se ainda tiver de existir, afinal de contas, uma responsabilidade política”²⁰².

A contradição entre Direito e Política redonda na diferenciação, por ele constantemente reforçada, entre lei e sentença judicial²⁰³. Para Carl Schmitt, a decisão política é assunto do legislador, limitando-se o Judiciário a sentenciar com base no que dispõe a lei. Nesse sentido, afirma:

No Estado de Direito, existe justiça somente como sentença judicial *com base* em uma lei. A fórmula “com base em uma lei”, empregada de maneira típica por todas as constituições alemãs desde o século XIX, é de importância primordial para a organização do Estado de Direito civil. [...] Também é resultado dessa fórmula que se deve diferenciar entre lei e sentença judicial e, consequentemente, também entre legislador e juiz. [...] Uma lei não é sentença judicial, uma sentença judicial não é uma lei, e, sim, decisão de um “caso” com “base em uma lei”²⁰⁴.

Segundo Schmitt, a posição do magistrado no Estado de Direito, como figura independente, deve-se ao fato de que sua decisão é derivada de outra decisão²⁰⁵ – essa sim, política – contida na lei. Dessa forma, ultrapassaria o território objetivo da justiça a aceitação de uma interpretação da Constituição pelo Poder Judiciário, não podendo este, portanto, estar acima do legislador²⁰⁶.

A resistência de Carl Schmitt a um controle de constitucionalidade realizado pelo Judiciário e a uma interpretação criativa do juiz muito se deve, como atenta Bercovici²⁰⁷, ao conceito de Constituição por ele adotado. Segundo Schmitt, a validade de uma Constituição advém da vontade de um poder constituinte existente enquanto força ou autoridade²⁰⁸.

Carl Schmitt prioriza o universo do decisionismo político na construção de sua teoria constitucional. Nessa perspectiva, enxerga o político incondicional na formulação da Constituição, por meio da decisão do poder constituinte que se forma a partir do enfrentamento amigo/inimigo. Com o fim da disputa amigo/inimigo, que representa momento de instabilidade e de insegurança político-social, é estabelecido um pacto social e, por conseguinte, uma unidade política. Definidas as prioridades enquanto decisão política fundamental, só então o poder constituinte forja, sob a realidade política concreta, uma nova Constituição. Para Carl Schmitt, portanto, uma nova Constituição não funda um novo Estado.

No sentido positivo, a Constituição surge por um ato do poder constituinte, e este ato representa a totalidade da unidade política. A Constituição, então, não faz nascer a unidade

²⁰² SCHMITT, op. cit., 2007a, p. 47.

²⁰³ LAURIA, Carlos Romero; NETO, Paulo. op. cit., p. 73.

²⁰⁴ SCHMITT, op. cit., 2007a, p. 56.

²⁰⁵ LAURIA, Carlos Romero; NETO, Paulo. op. cit., p. 73.

²⁰⁶ BERCOVICI, op. cit., 2003b, p. 195.

²⁰⁷ Ibid., p. 196.

²⁰⁸ SCHMITT, op. cit., 1996, p. 34.

política; é, na verdade, extrato consciente da realidade concreta sobre a qual se decide a unidade política. Segundo Schmitt, “tal Constituição é uma decisão consciente que a unidade política, através do titular do poder constituinte, adota para si mesma e se dá a si mesma”²⁰⁹.

A Constituição é, portanto, resultado de uma decisão política fundamental²¹⁰. Como ressalta Schmitt, “no fundo de toda norma reside uma decisão política do titular do poder constituinte, é dizer, o Povo na Democracia e o Monarca na Monarquia autêntica”²¹¹. A ordem jurídica adviria dessa decisão política, devendo refletir as escolhas do poder constituinte. Dessa forma, afasta a tese da validade da Constituição enquanto norma jurídica fundamental, haja vista existir sempre uma decisão política anterior e que define a ordem jurídica estatal²¹².

Nesse sentido é que entende Carl Schmitt pela inviabilidade do controle judicial de constitucionalidade no Estado de Direito. Tendo o conteúdo da norma constitucional uma decisão de natureza política, não poderia o Judiciário, um poder não político²¹³ segundo Schmitt, interpretar o texto constitucional, sob pena de ultrapassar a vontade do poder constituinte.

A decisão judicial deve se restringir à subsunção do fato à lei, porque esta contém a decisão política do constituinte. Sendo o Judiciário para Carl Schmitt um poder não político, não poderia ele atuar na esfera política de decisão, *v.g.*, interpretando a Constituição, porque equivocadamente introduziria o político em decisão de natureza jurídica, transferindo para o Judiciário uma atribuição concernente apenas ao poder constituinte²¹⁴.

Vale lembrar que Carl Schmitt não diferencia poder constituinte originário de poder constituinte derivado. Assim, a vontade política do constituinte, porque poder permanente,

²⁰⁹ “tal Constitución es una decisión consciente que la unidad política, a través del titular del poder constituyente, adopta por sí misma y se da a sí misma”. SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución**. Tradução de Francisco Ayala. Madri: Alianza Editorial, 1996, p. 46.

²¹⁰ FREITAS, Hudson Couto Ferreira de. **Teoria(s) do poder constituinte: visão clássica, visão moderna e visão contemporânea**. Belo Horizonte: Arraes, 2010, p. 30.

²¹¹ “en el fondo de toda normación reside una decisión política del titular del poder constituyente, es decir, del Pueblo en la Democracia y del Monarca en la Monarquía auténtica”. SCHMITT, op. cit., 1996, p. 47.

²¹² “Quien dice que la Constitución vale como norma fundamental (no como voluntad positiva), afirma con ello que es capaz de portar, en virtud de ciertas cualidades de contenido, lógicas, morales u otras, un sistema cerrado de preceptos justos. Decir que una Constitución no vale a causa de su justicia normativa, sino sólo de su positividad, y que sin embargo, funda como pura norma un sistema o una ordenación de puras normas, es una confusión llena de contradicciones”. SCHMITT, Carl, op. cit., 1996, p. 35.

²¹³ Em *Legalidade e legitimidade*, Carl Schmitt reafirma a natureza não política do Judiciário ao tratar do que ele denominou de “Estado jurisdiccional”: “Em tempos de concepções jurídicas estáveis e de posse consolidada, o Estado jurisdiccional predominará e as últimas decisões serão tomadas por uma Justiça separada do Estado, na qualidade de guardiã e protetora do Direito distinguido pelo Estado, um Direito que ao Estado precede e que lhe é superior. Aliás, em uma coletividade dessa natureza, dificilmente se poderá falar de um ‘Estado’, pois, no lugar de uma unidade política, teria surgido uma simples comunidade jurídica, de cunho não político, pelo menos conforme a ficção.” SCHMITT, op. cit., 2007a, p. 6.

permanece mesmo diante da elaboração da Constituição²¹⁵; a interpretação dessa Constituição pelo Judiciário resultaria em uma politização da justiça, só tolerada em um Estado judicial.

Diante da desconfiança que detinha sobre o parlamento, aliada à exclusão do Judiciário – por se tratar este de poder não político, incapaz, por isso, de atuar na esfera política de interpretação constitucional –, é que Carl Schmitt enveredará na defesa da teoria do poder neutro (*neutre et intermédiaire*), um poder além da divisão tripartite liberal dos poderes, e que exerça a função de coordenação desses poderes constitucionais. Teria como tarefa, portanto, “... assegurar o funcionamento constitucional dos diversos poderes e salvaguardar a Constituição”²¹⁶. Assume textualmente o autor alemão a teoria do *pouvoir neutre, intermédiaire e régulateur* de Benjamin Constant²¹⁷, citando de forma positiva inclusive a experiência brasileira do Poder Moderador, previsto no artigo 98 da Constituição de 1824²¹⁸.

O artigo 48 da Constituição de Weimar, segundo Schmitt, seria contraditório e absurdo não fosse ele compreendido por intermédio da teoria do *pouvoir neutre*²¹⁹. Ele atribui ao presidente do *Reich* este poder neutro.

A neutralidade do presidente do *Reich* adviria de sua relação direta com a totalidade estatal, já que sendo eleito pela totalidade do povo alemão, independeria do Parlamento e seria dotado de poderes especiais contidos no referido artigo 48²²⁰, que lhe conferiria a possibilidade de tomada de decisões em casos excepcionais²²¹. Schmitt ainda cita o artigo 42, que trata do juramento do presidente do *Reich*, no qual ele se comprometeria a defender a Constituição.

Sendo a Constituição de Weimar resultado de uma decisão política do detentor do poder constituinte, ou seja, do povo alemão unitário, Carl Schmitt afirma que a eleição do presidente do *Reich* pela totalidade do povo e o poder a ele atribuído de dissolver o parlamento e convocar plebiscito conferiam-lhe posição central, um ponto de equilíbrio para o pluralismo social e econômico.

²¹⁵ FREITAS, op. cit., p. 30-31.

²¹⁶ SCHMITT, op. cit., 2007a, p. 193.

²¹⁷ Ibid, p. 194 et seq.

²¹⁸ O constituinte de 1824 destinou capítulo específico sobre o Poder Moderador no título destinado ao Imperador. Nesse capítulo, além de assumir expressamente a teoria da irresponsabilidade do Imperador, afirma tratar-se o Poder Moderador da chave de toda a organização política brasileira, como se pode verificar: “art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização política, e é delegada privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio e harmonia dos mais poderes políticos; art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolável e sagrada: ele não está sujeito a responsabilidade alguma”. NOGUEIRA, Octaciano. **Constituições brasileiras: 1824**. Brasília: Senado Federal, 2001, p. 92.

²¹⁹ SCHMITT, op. cit., 2007a, p. 201.

²²⁰ BERCOVICI, op. cit., 2003b, p. 197.

²²¹ LAURIA, NETO, op. cit., p. 74.

A constituição de Weimar, conclui Schmitt, deu autoridade ao presidente do *Reich* para agir “... como guardião e defensor da unidade e totalidade constitucionais do povo alemão”²²².

4.2 O gradualismo de Hans Kelsen e a natureza (também) política da decisão judicial

O artigo de Carl Schmitt a respeito do guardião da Constituição logo receberia críticas, obtendo de Hans Kelsen resposta à altura no *ensaio Wer sol der Hüter der Verfassung sein?* (Quem deve ser o guardião da Constituição?), publicado no periódico *Die Justiz* (1930-31), no que viria a ser um dos principais debates a respeito do papel da jurisdição constitucional.

Importante consignar, *en passant*, que pouco a doutrina nacional se ateu à visão do político em Hans Kelsen, limitando a curiosidade, às vezes superficial, à sua *Teoria pura do direito* (*Reine Rechtslehre*). Não obstante, como bem adverte Lima, o conjunto da obra do jurista austríaco é revelador quanto à importância da teoria política para o desenvolvimento do constitucionalismo, bem como quanto à posição do componente político para a aplicação das constituições²²³.

Hans Kelsen inicia seu ensaio reforçando o postulado de que o controle do comportamento dos poderes constituídos ante a matriz constitucional revela-se princípio específico do Estado de Direito (princípio da máxima legalidade da função estatal)²²⁴. Ressalta a função política da Constituição, que, segundo ele, consistiria em estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder, o que deixa transparecer, de antemão, que esses limites devem servir de parâmetro e de obstáculo à atividade de todos os poderes estatais, quando do exercício de suas funções, sem exceção.

A contradição apontada por Carl Schmitt entre função jurisdicional e função política, e que foi por ele utilizada como principal fundamento do seu argumento em desfavor de uma jurisdição constitucional, é refutada por Hans Kelsen.

Para Schmitt, como já informado, a decisão sobre a constitucionalidade de leis seria um ato essencialmente político, por partir da interpretação da Constituição – de natureza política –, cujo extrato alberga a vontade política fundamental do poder constituinte. Dessa forma, incorreria em paradoxo a cessão dessa função à atividade própria da jurisdição, de natureza não política, acarretando a inadequada politização da justiça.

²²² SCHMITT, op. cit., 2007a, p. 234.

²²³ LIMA, op. cit., 2003a, p. 205-206.

²²⁴ KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? **Jurisdição constitucional**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 239.

Hans Kelsen, considerando o termo “política” polissêmico e mal utilizado, atribui-lhe, interpretando-o na perspectiva lançada por Carl Schmitt, o sentido de “exercício de poder”, para contrapô-lo à “jurisdição”, que seria um “exercício do direito”. Tendo-se a ideia de política como exercício do poder, é falsa a premissa de que esse exercício se encerra no processo legislativo de feitura das leis²²⁵.

O juiz, assim como o legislador, é também sujeito de poder, não se resumindo sua atividade na aplicação autômata de leis. Para Hans Kelsen, o político se insere em toda resolução de conflito de interesses, pelo fato de existir em toda decisão judicial um elemento decisório que lhe é próprio; um exercício de poder, portanto²²⁶. “Todo conflito jurídico é na verdade um conflito de interesses ou de poder e, portanto, toda controvérsia jurídica é uma controvérsia política...”²²⁷.

Incute-se na decisão judicial, desse modo, não apenas uma continuidade do exercício do poder experimentado inicialmente pelo legislador, como também um elemento decisório na sentença judiciária, que equivale, em menor ou em maior grau, ao elemento decisório advindo do exercício do poder pelo Legislativo.

A margem de discricionariedade ou de “generalidade” conferida às leis pelo legislador é a medida do caráter político da jurisdição. Segundo Kelsen, o mesmo raciocínio segue o debate a respeito da feitura das normas, cabendo tanto à legislação quanto à jurisdição a criação produtiva do direito:

Na medida em que o legislador autoriza o juiz a avaliar, dentro de certos limites, interesses contrastantes entre si, e decidir conflitos em favor de um ou outro, está lhe conferindo um poder de criação do direito e, portanto, um poder que dá à função judiciária o mesmo caráter ‘político’ que possui – ainda que em maior medida – a legislação. Entre o caráter político da legislação e o da jurisdição há apenas uma diferença quantitativa, não qualitativa²²⁸. (grifo nosso)

Mesmo que pouca discricionariedade sobre ao juiz para decidir com base na lei pertinente ao caso concreto, ainda assim lhe sobra uma margem autônoma de decisão. O exercício desse poder é, para Kelsen, ato político, em nada se diferenciando qualitativamente do exercício do poder pelo legislador. A diferença entre o político do legislador e do juiz no exercício de suas atribuições enquanto criação produtiva do direito dá-se, portanto, em termos quantitativos, e nunca qualitativos²²⁹.

²²⁵ KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? **Jurisdição constitucional**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 250 et seq.

²²⁶ Ibid., p. 251.

²²⁷ Ibid., p. 252.

²²⁸ Ibid., p. 251.

²²⁹ Noutro momento, Hans Kelsen reforça a ideia de que a atividade jurisdicional é também política: “... em função de o elemento da *decisão* não se limitar de modo algum à função legislativa, mas sim também – e necessariamente – estar contido na função judicial, ambas devem possuir caráter *político*”. Ibid., p. 259.

Essa igualização entre lei e sentença na esfera do político sob o aspecto qualitativo já não guardava ineditismo à época da publicação de *Quem deve ser o guardião da Constituição?*, nem mesmo para o jurista austríaco. É que Hans Kelsen já havia introduzido esse entendimento em sua teoria do gradualismo²³⁰ ou de hierarquia das normas (*Hierarchie der Normen*), que logo comporia a sua mais autêntica e mais conhecida obra, *Teoria Pura do Direito*²³¹²³².

Com o escopo de dar cientificidade ao direito, Hans Kelsen formula uma teoria na qual a linguagem ideal apropriada à finalidade pretendida ver-se-ia apartada de valorações. Com isso, por exemplo, política, história, sociologia e cultura estariam fora da apreciação da ciência do direito. Parte, portanto, de uma diferenciação lógica entre ser (proposição fática) e dever-ser (norma), colocados esses mundos em uma posição de total incomunicabilidade, na qual não se pode deduzir um a partir do outro, o que veio a ser conhecido como “doutrina do abismo”²³³.

Renegando o poder constituinte – porque poder de fato, metajurídico, e não de direito – enquanto fundamento de validade do sistema jurídico, Hans Kelsen concebe em sua teoria a norma hipotética fundamental (NHP) como “... ponto de partida de todo o ordenamento jurídico e também aquilo que lhe confere unidade e validade”²³⁴. Por se tratar de uma hipótese, de um pressuposto de validade, a norma hipotética fundamental, posicionada no ápice da pirâmide normativa, encarna a validade das demais normas que compõem a ordem jurídica, com a disposição de todas essas normas em uma espécie de escalonamento ou de hierarquia.

Mesmo reconhecendo o direito apenas como direito positivo²³⁵, a norma hipotética fundamental proposta por Hans Kelsen, e que servirá como fundamento de validade das outras normas, é uma norma pressuposta²³⁶. Como norma pressuposta, ela é a fonte e o início de toda a criação do direito positivo. A aceitação dessa norma, de perspectiva metafísica – já que o próprio Kelsen não se atém a explicar a sua origem –, é de elevada importância para a

²³⁰ KELSEN, op. cit., 2007, p. 260-261.

²³¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 155 et seq.

²³² “Quem deve ser o guardião da Constituição?” (*Wer sol der Hüter der Verfassung sein?*) foi publicado no periódico *Die Justiz*, na edição de 1930-31, enquanto a obra “Teoria pura do direito” (*Reine Rechtslehre*) foi escrita logo após, no ano de 1934.

²³³ BESSA, Leandro Sousa. A dicotomia ser/dever no pensamento de Hans Kelsen. In: VASCONCELOS, Arnaldo (Coord.). ARAGÃO, Nilsiton R. A.; VIANA, Renata N. (Orgs.). **Temas de epistemologia jurídica**. Vol. 2. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2009, p. 231.

²³⁴ FREITAS, op. cit., p. 28.

²³⁵ “A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo – do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial”. KELSEN, op. cit., 1999, p. 1.

²³⁶ *Ibid.*, p. 139.

compreensão de sua teoria, principalmente quanto à seriação gradativa das normas que mantém a unidade do ordenamento jurídico²³⁷.

Posicionada no topo, a norma hipotética fundamental determina a criação da Constituição. A aplicação desta, por sua vez, realiza a produção das normas gerais (legislação e costume). Seguindo-se o modelo escalonado, a aplicação das normas gerais gera normas individuais, ou por meio de decisões judiciais ou através de resoluções administrativas²³⁸.

Neste raciocínio, o ato que aplica norma superior (norma jurídica preexistente ao ato) acaba por criar norma inferior, o que justifica o modelo normativo piramidal kelseniano²³⁹. “Este processo, no qual o Direito como que se recria em cada momento, parte do geral (ou abstrato) para o individual (ou concreto). É um processo de individualização ou concretização sempre crescente”²⁴⁰.

Importa para a presente análise a noção de que, para Hans Kelsen, a produção de normas jurídicas se dá tanto por via legislativa quanto através da atividade jurisdicional. Dessa forma, sob o aspecto de criação produtiva do direito, a atividade do legislador e a atividade do juiz possuiriam a mesma natureza (qualidade), diferenciando-se apenas quanto ao grau de generalidade da norma (quantitativo).

A decisão judicial, enquanto produtora de norma individual, não se limita a apenas descobrir e declarar um direito já existente. Sua atividade criadora revela uma margem constitutiva na qual o juiz acresce à norma geral de uma ordem jurídica por ele aplicada no caso concreto um elemento decisório não extraído da legislação.

Preenchida a “moldura” da norma geral²⁴¹, cabe ao juiz a produção da norma individual por meio da interpretação²⁴². É ele quem irá escolher entre as possibilidades apresentadas “nos quadros do Direito”, mas essa tarefa, segundo Hans Kelsen, não é objeto da teoria do Direito, estando mais bem relacionada a um problema da política do Direito²⁴³.

²³⁷ SOARES, Evanna. Validade e valor da norma jurídica em Hans Kelsen e Carlos Cossio. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **Teoria do direito em debate**: Estudos em homenagem ao Professor Arnaldo Vasconcelos. (Org.). Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, p. 155-170, p. 156.

²³⁸ “Há, no entanto, atos que apenas são aplicação do Direito e não criação jurídica: são os já mencionados atos através dos quais os atos de coerção estatuídos pelas normas jurídicas são executados. E há um ato de positiva criação jurídica que não é aplicação de uma norma jurídica positiva: a fixação da primeira Constituição histórica, que se realiza em aplicação da norma fundamental, a qual não é posta, mas apenas pressuposta”. KELSEN, op. cit., 1999, p. 165.

²³⁹ Ibid.

²⁴⁰ Ibid.

²⁴¹ Para Eros Grau, a moldura da norma é, ao mesmo tempo, moldura do texto legal e moldura da realidade, já que a realidade compõe a norma tanto quanto o texto. Vide GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juizes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 16.

²⁴² Vale consignar que, segundo Hans Kelsen, o Judiciário também pode ser produtor de norma jurídica geral, a exemplo do chamado precedente judicial. Para mais, vide KELSEN, op. cit., 1999, p. 174 et seq.

²⁴³ Ibid., p. 249.

Cuidando de uma teoria que se fizesse “pura”, que promovesse a adequada cientificidade ao Direito, Hans Kelsen descuida quanto à interpretação lançada pelo intérprete autêntico, ou seja, aquele que cria Direito; conceito no qual se insere a figura do juiz. Para Kelsen, “... a produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicada é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato”²⁴⁴.

Resgatando-se o que disse Hans Kelsen em seu ensaio *Quem deve ser o guardião da Constituição?*, pode-se chegar à mesma conclusão quanto à natureza também política da sentença. É que a livre apreciação do magistrado diante da margem de discricionariedade inculcada nas normas gerais, estabelecendo, por meio de um ato decisório, a produção de uma norma individual, revela o caráter político da jurisdição.

Esse sentido é também atribuído por Krell ao analisar a natureza da decisão judicial na defesa dos interesses difusos. Segundo o autor, o caráter principiológico da norma ou o uso de conceitos vagos permite maior espaço de valoração por parte do intérprete, e a escolha por ele realizada entre as opções possíveis determina a natureza política da decisão²⁴⁵. O político relacionar-se-ia, portanto, a uma imprevisibilidade de vinculação da norma, possibilitando ao intérprete maior liberdade na escolha de uma opção que melhor sirva à resolução de um caso concreto.

Os caracteres político e jurídico da decisão, no entanto, não podem ser colocados em posições opostas. A diferença entre Direito e Política não será qualitativa, mas tão somente “gradual-quantitativa”, a depender do grau de predeterminação da sentença diante do texto legal e do nível de indeterminação dos conceitos jurídicos ou do espaço de discricionariedade concedido pelo legislador ao intérprete. Para Krell, “... o discurso jurídico visa mais ao controle do que à criação e tende a dar maior valor à tradição do que à inovação, a qual é característica do discurso político”²⁴⁶.

O mesmo gradualismo é, *mutatis mutandis*, empregado por Andreas Krell para, afastando-se da definição usual, definir os conceitos de ato discricionário e ato vinculado, próprios da área de Direito Administrativo. Assim como a diferença do político entre jurisdição (decisão judicial) e legislação (lei) apontada por Hans Kelsen, o vinculado e o discricionário de Krell distinguem-se quantitativamente, e não sob o aspecto qualitativo, a depender do grau de liberdade atribuído aos agentes administrativos pelo legislador²⁴⁷.

²⁴⁴ KELSEN, op. cit., 1999, p. 249.

²⁴⁵ KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 139.

²⁴⁶ Ibid., p. 140.

²⁴⁷ KRELL, op. cit., p. 21.

O ato administrativo aproxima-se da plena vinculação quanto maior a predeterminação no texto legal, a exemplo do uso de conceitos “determinados” ou objetivos. Por outro lado, será o ato administrativo mais próximo da plena discricionariedade quanto maior for a liberdade atribuída pelo legislador ao agente administrativo, e essa liberdade exsurge, v.g., do uso de conceitos fluidos²⁴⁸, de conceitos indeterminados e de conceitos normativos valorativos, como é o caso de “interesse público” e “bons costumes”. Por isso, conclui Krell, “... é mais adequado falar de um escalonamento desses atos que abrange o espaço entre um *mínimo* de poder discricionário e um nível *máximo* de espaço de decisão administrativa autônoma”²⁴⁹.

O exercício de poder, de natureza decisória, que caracteriza o político em *Quem deve ser o guardião da Constituição?*, de Kelsen, identifica-se, portanto, com a “livre apreciação para a produção do ato jurídico” (problema que atribui à política do Direito) da sua *Teoria Pura do Direito* e com a discricionariedade do ato administrativo apontada por Krell. A jurisdição, enquanto “exercício do direito”, por outro lado, estaria para a “moldura da norma geral” kelseniana, assim como para o conceito de ato vinculado de Krell.

A proximidade das teorias de Andreas Krell e Hans Kelsen é plenamente justificável: os dois juristas procuram fundamentar o grau de liberdade criativa respectivamente dos poderes Executivo e Judiciário diante da predeterminação do texto legislativo. Dessa forma, a natureza política desses poderes no exercício de suas funções constitucionais está diretamente relacionada ao nível de discricionariedade (ou de liberdade) contido no texto legal.

4.3 Notas iniciais

Diante do que foi exposto, pode-se inicialmente extrair as seguintes conclusões a respeito do entendimento de Hans Kelsen sobre a natureza da decisão judicial, em especial da decisão que contenha conteúdo constitucional, já que a construção de seu pensamento aqui abordado é uma resposta a Carl Schmitt sobre quem deve ser o guardião da Constituição:

- a) Hans Kelsen parte do conceito de político como exercício de poder;
- b) O exercício desse poder resulta na produção do direito;
- c) O direito é produzido pelo legislador, mas também é produzido pelo juiz, haja vista ser este autorizado pela Constituição a decidir conflitos, observados alguns limites por ela determinados;

²⁴⁸ Celso de Mello lembra que, mesmo fluidos, vagos ou indeterminados, esses conceitos possuem uma densidade mínima. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 28.

²⁴⁹ KRELL, op. cit., p. 22.

- d) Verifica-se, portanto, não só uma continuidade do exercício do poder na produção de direito pelo legislador na atividade judicante, mas também um elemento decisório autônomo na sentença judiciária;
- e) Essa margem decisória atribuída pelo legislador ao juiz confere-lhe, portanto, o exercício de poder que resulta na produção do direito;
- f) Sendo o político, para Hans Kelsen, exercício de poder, o político na decisão do juiz será tanto maior quanto maior for sua margem autônoma de decisão;
- g) Essa “margem de decisão” é diretamente proporcional ao nível de discricionariedade conferida às leis pelo legislador, conferindo ao juiz o dever de conciliar essa generalidade à contingência advinda de um caso concreto;
- h) Sendo o político exercício de poder que resulta na produção do direito, tanto a lei quanto a sentença detêm (também) caráter político, diferenciando-se apenas em termos quantitativos, e nunca qualitativos.

A intenção de Hans Kelsen em dar cientificidade ao direito através de sua teoria pura afastou-o, contudo, da preocupação – hoje bastante evidente – quanto à ação do intérprete e ao resultado final por ele auferido. Para o jurista, a escolha “correta” entre as possibilidades que se apresentam em cada caso concreto não é tarefa dirigida ao Direito positivo, mas sim, como já relatado, um problema a ser enfrentado pela política do Direito. “Do ponto de vista do Direito positivo, nada se pode dizer sobre a sua validade e verificabilidade. Deste ponto de vista, todas as determinações desta espécie apenas podem ser caracterizadas negativamente: são determinações que não resultam do próprio Direito positivo”²⁵⁰.

Mesmo desconsiderando a ação do intérprete como objeto do Direito positivo, Hans Kelsen não nega a sua importância enquanto exercício político de construção da norma. Carl Schmitt, da mesma forma, não se afasta da conclusão de que a interpretação da Constituição é uma atividade política, embora, exatamente por isso, desacredite essa tarefa ao Judiciário, por considerá-lo um poder não político.

O político indicado por Carl Schmitt deriva da essência da própria Constituição, que é resultado de uma decisão consciente do titular do poder constituinte que contém a totalidade da unidade política²⁵¹. A Constituição, no seu sentido positivo, é, portanto, resultado de uma decisão política, e dessa natureza política é constituída, contaminando com a mesma essência a interpretação sobre ela lançada.

²⁵⁰ KELSEN, op. cit., 1999, p. 249.

²⁵¹ SCHMITT, op. cit., 1996, p. 45-46.

Kelsen, acusado por Schmitt de tentar “... resolver o problema do conceito de soberania negando-o”²⁵², exclui do jurídico de sua teoria pura não só os fatos pré-constitucionais como também a atividade de interpretação, por considerá-los, cada um à sua medida, temas de interesse da política. Acentua, contudo, como acima abordado, o gradualismo do político e do jurídico na decisão judicial, sendo o político maior quanto mais acentuada for a generalidade das leis concebida pelo legislador.

Partindo de pontos de vista distintos, Schmitt e Kelsen convergem quanto à natureza política da interpretação constitucional: o primeiro, por considerar a Constituição política, fruto de uma decisão política fundamental do constituinte, cuja interpretação revelaria a mesma natureza do objeto interpretado; já Kelsen, mesmo lançando um olhar jurídico-normativo à Constituição, ao considerá-la norma a compor a escala piramidal da ordem jurídica, desvia-se de sua interpretação enquanto preocupação jurídica, atribuindo a tarefa à política do Direito.

Vale lembrar que, mesmo atual, esse debate ocorreu antes da Segunda Guerra Mundial, ao fim da qual se estabeleceu o termo inicial do neoconstitucionalismo²⁵³. Nesse período, ainda não imperava a interpretação moral da Constituição, em que o discurso moral por vezes se sobrepõe ao discurso jurídico²⁵⁴; característica cada vez mais marcante da atual fase do constitucionalismo.

Há, contudo, que se registrar a importância desse debate, pois dele se pode denotar que essa preocupação com o político, a partir da livre apreciação do intérprete, é ainda mais aguda em tempos de valorização moral do Direito; e que mesmo a aparente previsibilidade de uma predeterminação do texto constitucional pode sofrer flexibilização inoportuna, em virtude da mutabilidade e da vulnerabilidade do discurso moral em uma decisão na qual o intérprete não prezou por uma vinculação metodológica na apuração de seu resultado, convertendo-se o Judiciário, porque expressão da vontade de seus membros, em um “produtor de insegurança”²⁵⁵.

4.4 Análise do conteúdo político da decisão monocrática na Ação Originária 1.773/DF do STF (Auxílio-moradia)

²⁵² SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 21.

²⁵³ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti de. (Orgs.). **As novas fases do ativismo judicial**. Salvador: 2013, p. 73-113, p. 76 et seq.

²⁵⁴ DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. São Paulo: Landy, 2006, p. 68.

²⁵⁵ GRAU, op. cit., 2013, p. 16 e p. 22.

O Supremo Tribunal Federal, a quem o poder constituinte atribuiu a função de guarda constitucional, vem sendo continuamente alvo de críticas, ou em virtude da expansão escalonar de sua autoridade²⁵⁶, ou mesmo pelo uso não metódico de princípios em detrimento de regras²⁵⁷. Um e outro, não obstante, aparentemente são reflexos de um mesmo problema: a insuficiência da chamada “autocontenção” como único ou principal instrumento limitador da atuação do STF enquanto intérprete constitucional de um país que adotou o regime democrático.

O critério definidor do político em uma decisão, na perspectiva jurídica de Hans Kelsen, refere-se à margem de generalidade ou de discricionariedade atribuída pelo legislador ao texto legal, transferindo para o juiz o poder de parte da decisão. Enquanto jurídico, ter-se-ia a “moldura” legal, a revelar certo grau de predeterminação (ou vinculação) do julgador ao texto. Dessa maneira, ao menos em tese, poder-se-ia identificar o que de jurídico e de político conteria uma decisão.

Sob o aspecto prático, e diante do atual cenário no qual o juiz se apresenta como protagonista constitucional, dois outros critérios devem ser observados: se mesmo diante de uma predeterminação constitucional, o magistrado opta por decidir fora do arcabouço estabelecido pelo legislador; se o magistrado se preocupa em aplicar corretamente o método hermenêutico utilizado para chegar à sua conclusão e a justificar a sua escolha, priorizando o dever de fundamentar suas decisões.

A preocupação aqui apresentada pode ser mais facilmente demonstrada com o estudo do conteúdo de decisões. Diante da proposta, analisar-se-á, de forma sucinta, a decisão monocrática proferida pelo Ministro do STF Luiz Fux na medida cautelar da Ação Originária 1.773/DF²⁵⁸, que concedeu tutela antecipada, a qual garantiu a todos os juízes federais ajuda de custo para fins de moradia, verba esta mais conhecida como auxílio-moradia.

É importante salientar, de início, que a referida análise não tem a pretensão de revelar algum tipo de padrão nas decisões do STF. A proposta é bem mais singela: identificar o político de uma decisão derivada da atividade de jurisdição constitucional, comumente apontada como jurídica, através da análise de seu conteúdo.

²⁵⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, 4 (2), p. 441-464, jul-dez, 2008, p. 445 et. seq.

²⁵⁷ NEVES, Marcelo. **O abuso de princípios no Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-abuso-de-principios-no-supremo-tribunal-federal>>. Acesso em: 17 jun. 2014. Com mesmo teor crítico quanto ao uso abusivo de princípios, ver também: SUNDFELD, Carlos Ari Vieira. Princípio é preguiça? In: BARBIERI, Catarina Helena Cortada. MACEDO JR., Ronaldo Porto (Orgs.). **Direito e interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 287-305.

²⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática na medida cautelar da Ação Originária 1.773/DF. Dimis da Costa Braga e outros (as) e União. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ, 17 set. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4395214>>. Acesso em: 27/8/2015.

A tarefa demonstra-se de difícil realização se pensada em uma perspectiva puramente matemática, como, *v.g.*, dividir a decisão em percentuais para os conteúdos político e jurídico, porquanto não se pode exigir, assim como da própria decisão judicial, tamanha previsibilidade na fragmentação de seu conteúdo. Até porque a cisão entre Direito e Política proposta por Niklas Luhmann, como bem adverte Krell²⁵⁹, é de difícil apreensão quando concernente à realidade concreta. Não obstante, o estudo permite a revelação de elementos insertos na fundamentação utilizada pelo relator que possam apontar para uma perspectiva política da decisão.

A escolha da decisão em sede cautelar na Ação Originária 1.773/DF deve-se a três importantes motivos: mesmo monocrática, trata-se de uma decisão formulada por membro da Corte Constitucional brasileira; envolve interesse do Judiciário, o que possibilita observar mais claramente a efetividade da chamada “autocontenção” exercida pelo STF; a enorme repercussão que a medida causou na sociedade brasileira, em especial na comunidade acadêmica²⁶⁰.

A ação em apreço foi ajuizada por juízes federais em desfavor da União, com o objetivo de ver reconhecido o direito ao auxílio-moradia previsto no inciso II do artigo 65 da Lei Complementar n.º 35/1979 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional – Loman)²⁶¹. A Associação dos Juízes Federais – AJUFE, que ingressou no feito na condição de assistente litisconsorcial, requereu ainda a extensão dos efeitos da decisão de modo a alcançar toda a magistratura federal.

²⁵⁹ KRELL, *op. cit.*, 2013, p. 141.

²⁶⁰ Ver as seguintes publicações em sítios eletrônicos brasileiros: LUCHETE, Felipe. Auxílio-moradia de juiz não pode ser menor que de promotor, diz Fux. **Consultor Jurídico**. 22 set. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-set-22/auxilio-moradia-juiz-nao-menor-promotor-fux>>. Acesso em: 27 ago. 2015; AGU diz que decisão de Fux sobre auxílio-moradia de juízes é ilegal. **Consultor Jurídico**. 2 out. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-out-02/agu-decisao-fux-auxilio-moradia-juizes-ilegal>>. Acesso em: 21 ago. 2015; AGU pede ao STF suspensão de auxílio-moradia de magistrados. **Congresso em Foco**. 2 out. 2014. Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/agu-pede-ao-stf-suspensao-do-pagamento-de-auxilio-moradia-a-juizes-federais/>>. Acesso em: 22 ago. 2015; Desembargador defende auxílio-moradia para ir a Miami comprar terno. E para não ter depressão. **Gazeta do Povo**. 31 out. 2015. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/blogs/caixa-zero/desembargador-defende-auxilio-moradia-para-ir-a-miami-comprar-terno-e-para-nao-ter-depressao/>>. Acesso em: 21 ago. 2015; GOMIDE, Raphael; SALLES, Livia Cunto. Juízes estaduais e promotores: eles ganham 23 vezes mais do que você. **Revista Época**. 12 jun. 2015. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/tempo/noticia/2015/06/juizes-estaduais-e-promotores-eles-ganham-23-vezes-mais-do-que-voce.html>>. Acesso em: 21 ago. 2015; PASSARINHO, Nathália. Supremo nega pedido da AGU para suspender auxílio-moradia a juízes. **G1**. 10 out. 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2014/10/supremo-nega-pedido-da-agu-para-suspender-auxilio-moradia-juizes.html>>. Acesso em: 21 ago. 2015; BULLA, Beatriz. Ministro do STF dá auxílio-moradia a todo Judiciário. **Revista Exame**. 26 set. 2014. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/ministro-do-stf-da-auxilio-moradia-a-todo-o-judiciario>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

²⁶¹ BRASIL. Lei Complementar n. 35, de 14 de março de 1979. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp35.htm>. Acesso em: 27 ago. 2015.

Um dos pontos a serem abordados diz respeito à natureza jurídica do benefício pecuniário que levou à propositura da Ação Originária 1.773/DF, para, a partir dessa definição, analisar se os argumentos colacionados na decisão são com ela compatíveis.

Na sua decisão em sede de tutela antecipada, o Ministro Luiz Fux evidenciou em algumas passagens o caráter indenizatório do benefício. No próprio dispositivo da decisão, confirma o direito de todos os juízes federais brasileiros a “... receber a parcela de caráter indenizatório prevista no artigo 65, inciso II, da LC n.º 35/79...”²⁶². O sentido utilizado na decisão, ao considerar o auxílio-moradia uma verba indenizatória, em nada inova ao usualmente definido pela doutrina administrativista brasileira²⁶³.

A verba indenizatória recebida pelo servidor público tem a finalidade de ressarcir ou compensar “... gastos efetuados em decorrência do exercício de cargos, empregos e funções públicas”²⁶⁴. Não serve a referida verba, portanto, para acrescer valor econômico ao patrimônio do servidor por ela beneficiado, como forma de ganhos.

Trata-se, o auxílio-moradia, portanto, de uma vantagem pecuniária de caráter indenizatório, e, como toda indenização, apresenta características que definem o seu conceito. Ferraz, Motta e Di Pietro indicam quatro características fundamentais das indenizações²⁶⁵: eventualidade, por decorrerem de circunstâncias especiais previstas em lei, não sendo, pois, inerentes ao exercício do cargo público; não se incorporam à remuneração; são compensatórias; fazem referência a fatos, e nunca à pessoa do servidor ou mesmo ao cargo que ocupa.

O dispositivo legal da Loman, que em sua redação original excetuava a outorga do benefício aos magistrados que exerciam suas funções nas capitais, estendeu o auxílio-moradia para todos os magistrados, mantendo apenas o requisito de não estarem eles servidos de residência oficial. Não se pode deixar de mencionar que o *caput* do artigo, ao utilizar o legislador o verbo “poderão”, parece facultar a outorga do benefício, e mesmo assim a condiciona a futura regulamentação legal (“nos termos da lei”)²⁶⁶.

²⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Decisão monocrática na medida cautelar da Ação Originária 1.773/DF. op. cit., p. 25.

²⁶³ Para mais, vide: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 314; CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 743.

²⁶⁴ FERRAZ, Luciano de Araújo; MOTTA, Fabrício; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Servidores públicos na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 130.

²⁶⁵ Ibid., p. 130.

²⁶⁶ Transcreve-se o dispositivo da Loman que prevê o auxílio-moradia para os magistrados: “Art. 65 - Além dos vencimentos, poderão ser outorgadas aos magistrados, nos termos da lei, as seguintes vantagens:

I - ajuda de custo, para despesas de transporte e mudança;
 — II — ajuda de custo, para moradia, nas Comarcas em que não houver residência oficial para Juiz, exceto nas Capitais;

Observando-se o que disse textualmente o legislador nesse dispositivo, e de acordo com as características da verba indenizatória acima apontadas, chega-se à conclusão de que, mesmo previsto na Loman, o auxílio-moradia, para “se caracterizar” como verba indenizatória, ainda necessitaria de regulamentação.

É que o recebimento do benefício apenas fundado no dispositivo da Loman, sem se exigir a presença de circunstâncias não vinculadas ao exercício do cargo e a comprovação da despesa (caráter compensatório), deixa de ser uma verba indenizatória e passa a assumir natureza remuneratória, haja vista desvelar acréscimo econômico ao patrimônio do beneficiário.

Como se justificaria, por exemplo, o recebimento de auxílio-moradia por um magistrado, quando seu cônjuge, magistrado ou não, ocupasse o mesmo imóvel e já fosse beneficiário da verba ou contemplado com imóvel funcional? E se os cônjuges beneficiados com a verba compartilhassem imóvel com terceiro beneficiado (v.g., ascendentes e descendentes)? E quanto aos magistrados que possuem residência própria?

Quando o legislador fez a opção de regulamentar o auxílio-moradia por meio de lei específica, seguramente entendeu ele que a previsão daquele direito na Loman, por si só, não seria suficiente para a sua concessão. Casos específicos que envolvem o benefício remediariam previsão legal, sob pena de que, no afã de garantir direito ao magistrado, distorções incompatíveis com a própria natureza da verba e com o modelo republicano de governo sejam criadas. Os magistrados federais, por outro lado, não poderiam ser impedidos de usufruir o direito, principalmente quando o benefício, com previsão legal datada de antes da promulgação da Constituição de 1988, ainda não foi regulamentado pelo legislador.

O Supremo Tribunal Federal, em semelhante caso de omissão do legislador quanto ao direito de greve dos servidores públicos, decidiu pela aplicação da lei de greve vigente no setor privado (Lei n.º 7.783/89), naquilo que fosse compatível com o setor público²⁶⁷. Poderia o Ministro relator, quanto ao auxílio-moradia discutido na Ação Originária 1.773/DF, ter adotado a mesma cautela da decisão do direito de greve dos servidores públicos, aplicando ao caso, por exemplo, a normatização do auxílio-moradia prevista na Lei n.º 8.112/90, a partir do artigo 60-A, naquilo que fosse compatível com a magistratura.

II - ajuda de custo, para moradia, nas localidades em que não houver residência oficial à disposição do Magistrado. (Redação dada pela Lei nº 54, de 22.12.1986)”. BRASIL. Lei Complementar n.º 35, de 14 de março de 1979. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp35.htm>. Acesso em: 27 ago. 2015.

²⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 712. Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará e Congresso Nacional. Relator: Ministro Eros Grau. Julgamento em 27 out. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em 22 ago. 2015.

O Ministro Luiz Fux traz em sua decisão a informação de que, naquele momento, o Distrito Federal e 18 Estados da federação já haviam regulamentado o auxílio-moradia. Os dados levantados pelo relator apenas reforçam a necessidade de regulamentação, já que quase todos os entes federativos citados se valeram de lei para a concessão do benefício²⁶⁸.

Outro ponto a ser abordado refere-se à coerência da fundamentação da decisão com o objeto da ação. Em diversas passagens, o Ministro relator se utiliza de discurso em torno da remuneração dos magistrados federais para fundamentar a concessão do auxílio-moradia, de natureza indenizatória.

Noutras ocasiões, cita o Ministro relator casos nos quais o auxílio-moradia é garantido, mas sem enfrentar a existência ou não de sua regulamentação. Nesse contexto, Luiz Fux apresenta o que para ele seria uma situação inusitada: aos demais servidores do Judiciário federal garantir-se-ia o benefício por meio da Resolução n.º 4, de 14 de março de 2008, do Conselho da Justiça Federal, enquanto aos juízes federais, seus chefes na hierarquia administrativa, não era reservado esse direito.

Da forma como expôs o relator, induz o leitor/jurisdicionado ao entendimento de que o auxílio-moradia dos demais servidores do Judiciário federal, excluídos os magistrados, foi concedido por meio de resolução. No entanto, esse ato legislativo apenas regulamentou *interna corporis* o benefício já detalhadamente previsto na lei geral dos servidores públicos civis da União (Lei n.º 8.112/90).

Quanto à Constituição, o Ministro Luiz Fux menciona-a apenas *en passant*, citando de forma aleatória um ou outro princípio, sem, contudo, realizar qualquer espécie de cotejo. Os princípios da moralidade e da legalidade, citados apenas na ementa da decisão e utilizados com o objetivo de inflar um discurso moral, serviriam, de igual modo e com melhor razão, diante do que aqui foi explanado, para afastar a concessão do auxílio-moradia, ao menos nos termos dispostos na própria decisão.

Não custa reafirmar tratar-se de uma decisão monocrática produzida em uma ação originária do Supremo Tribunal Federal, sem que, em princípio, houvesse uma preocupação com a análise de eventual matéria constitucional que circunscrevesse o caso. Não obstante, não se pode frustrar a expectativa sobre o enfrentamento da normatividade dessa natureza diante de um membro da Corte Constitucional brasileira, principalmente em tema de interesse direto do próprio Judiciário, onde a doutrina da autocontenção do STF restaria em evidência.

²⁶⁸ Segundo levantamento utilizado pelo Ministro, apenas o Estado do Amapá, através de decreto, e o Estado de Minas Gerais, por meio de resolução do Tribunal de Justiça, não observaram a espécie legislativa adequada para a regulamentação do benefício.

As unidades de registro verificadas apontam para a existência de um conteúdo de perfil político na decisão. Oportuno dimensionar, neste momento, a leitura que se pode extrair diante do referencial teórico trabalhado neste tópico.

O critério que define o político na perspectiva teórica de Hans Kelsen, como já abordado, é o espaço de generalidade ou de discricionariedade do texto legal atribuído pelo legislador. Essa margem permitiria a atuação política do magistrado enquanto exercício de poder para a produção de normas. Por outro lado, parte desse texto predeterminaria a ação do julgador; tal vinculação resulta no conteúdo jurídico da decisão.

O político na decisão judicial da teoria kelseniana está relacionado à margem de discricionariedade autorizada pelo legislador, enquanto o jurídico é a exata parte do texto legal de que não se pode desviar o julgador. Percebe-se que o político e o jurídico de Kelsen são deduzidos sob uma perspectiva teórica, sem que haja, portanto, um confronto com a realidade.

Sob o aspecto da realidade prática, a não aplicação pelo juiz, sem fundamentação alguma, daquilo que lhe fora determinado pelo legislador, bem como o desprezo ao dever de justificar o método interpretativo que o levou à conclusão na decisão judicial, evidenciam igualmente o caráter político da decisão. O que o diferencia da proposta de Kelsen é que neste o político é legítimo, porque autorizado pelo legislador (no caso da Constituição, pelo legislador constituinte), enquanto naquele o político deriva de uma atitude egoísta e personalista do juiz, de um caráter privado no uso do poder, de um desvirtuamento de sua função constitucional, não podendo, por isso, ser acolhido no Estado Democrático de Direito.

Na decisão estudada, o Ministro relator ignorou a predeterminação do legislador quanto ao objeto da ação, além de se utilizar de fundamentação que, em tese, contraria a natureza jurídica da própria verba indenizatória, não justificando as razões que o levaram a essa abordagem. Quanto ao método interpretativo, não se pode perceber ao certo qual modelo serviu à condução de sua decisão, já que o julgador não se ateu ao dever de explicar o caminho por ele traçado para chegar à sua conclusão.

Enquanto julgador, o Ministro relator postou-se como verdadeiro defensor de políticas corporativas. O fetiche da imparcialidade judicial obnubila as reais intenções de uma decisão, ainda mais quando não se observa a atividade judiciária sob uma perspectiva efetivamente crítica do Direito.

Ao ignorar o que impôs o legislador, assim como ao se utilizar de discurso que acentuava questão remuneratória na defesa de uma verba indenizatória, o Ministro relator transformou em privilégio o que era antes um direito subjetivo. Na tentativa de defender uma prerrogativa do

magistrado, o julgador, “... por exceção ao direito comum...”²⁶⁹, acaba por reacender privilégio, ruptura do ideal de igualdade não permitida numa república democrática. Fosse posto o fato diante dos olhos de Eduardo Prado, o resumo que fizera diante da distribuição pessoalizada de honrarias promovida por Deodoro da Fonseca após a proclamação da República servir-lhe-ia, com algumas (poucas) adaptações²⁷⁰.

Diante do que foi exposto, e com substrato no referencial teórico abordado, infere-se que a decisão monocrática proferida pelo Ministro Luiz Fux na Ação Originária 1.773/DF possui um perfil que, sob o aspecto quantitativo, mais evidencia uma natureza política do que jurídica de seu conteúdo.

O discurso jurídico desconexo, sem a preocupação com o conteúdo legal e com a natureza jurídica do auxílio-moradia, mostra-se uma tendência política do posicionamento. O político identificado, não obstante, não se encontra na margem de “generalidade” mencionada por Hans Kelsen; mais se aproxima de uma política egoística ilegitimamente contraposta ao que foi permitido ao juiz pelo legislador.

As relações atualmente resguardadas pelo direito afastam o raciocínio subjuntivo defendido por Carl Schmitt para a interpretação constitucional. Em contrapartida, a abertura atual à injunção criativa judicial na produção de normas requer a adesão a um fiel que, não afastando em definitivo a subjetividade de uma decisão, identifique elementos que conduzam o intérprete à sua conclusão, e o que é principal, permitindo aos que, direta ou indiretamente, sejam atingidos por essa decisão um real, satisfatório e didático entendimento.

O estudo da decisão monocrática produzida na Ação Originária 1.773/DF cumpriu o papel a que se propôs: identificar o conteúdo político de uma decisão judicial, em especial uma decisão proferida por membro da Corte constitucional brasileira.

O político observado na decisão não se resumiu ao espaço de “livre” atuação do juiz diante da generalidade atribuída pelo legislador à lei, como preconiza a teoria kelseniana. Identificou-se, na espécie, um outro político, gerado a partir do desprezo do magistrado pela ordem jurídica vigente e com o dever de justificar o método interpretativo utilizado na decisão.

O político percebido por Hans Kelsen guarda sua legitimidade democrática na permissão legislativa, incumbindo ao juiz interpretar/aplicar a norma, honrando as predeterminações legais, enquanto o político identificado na decisão do Supremo Tribunal

²⁶⁹ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 295.

²⁷⁰ “Aquilo já não é militarismo, nem ditadura, nem república. O nome daquilo é carnaval”. PRADO, Eduardo. **Fastos da ditadura militar no Brasil**. São Paulo: Livraria Magalhães, 1923, p. 333.

Federal advém de um vetor particularista do próprio intérprete, o qual se põe indevidamente acima do constituinte e menospreza os que eventualmente serão atingidos pela decisão.

A tentativa de afastar a efetivação da Constituição da política acaba por politizar a atividade do Judiciário em seu viés criativo, sobretudo quando não definidos parâmetros legais e/ou constitucionais que conduzam essa atividade e obriguem o juiz a se submeter aos seus limites. Sob o aspecto teórico, essa constatação deve servir de alerta à aceitação acrítica da atividade criativa do juiz, no sentido de estimular uma produção dogmática do direito voltada também para a realidade circunstancial e histórica do Judiciário brasileiro, que permita atravancar uma atuação interpretativa em descompasso com os valores preconizados no Estado de Direito.

5. JUDICIÁRIO, POLÍTICA E TRANSIÇÃO: AS DIFICULDADES ENCONTRADAS PELO JUDICIÁRIO BRASILEIRO NA DEFESA DE NOVAS ORDENS CONSTITUCIONAIS

5.1 Apontamentos sobre o Judiciário e sua relação com a política brasileira: do período colonial ao final da Primeira República

A instituição dos Tribunais de Relação teve por objetivo primeiro da Coroa portuguesa no Brasil a tentativa de estabilizar a sociedade com vistas a forjar propícia ambientação à finalidade econômica para a qual fora destinada a colônia²⁷¹. Era preciso combater a pluralidade de jurisdição arregimentada, na ausência de um poder central altivo, pela natural disputa e acomodação do poder entre as forças políticas da época, em especial o poder local exercido pelas câmaras municipais²⁷², pelo clero e pelos latifundiários²⁷³, e que passou a gerar prejuízo à metrópole.

O propósito era o de estabelecer um tribunal distinto, cujos juízes detivessem o distanciamento social necessário para julgar com isenção e imparcialidade²⁷⁴, afastando-se do clientelismo²⁷⁵. Importante mencionar que nessa época o Judiciário ainda não era independente, constituindo-se em braço do Executivo. Dessa forma, a imparcialidade era, na verdade, uma parcialidade em favor da Metrópole.

A medida encontrada pela Coroa foi conceder privilégios que destacassem a magistratura da sociedade (altos salários, isenção de impostos, gratificações financeiras etc.), elevando-a de tal forma que a posicionasse num patamar social de realce, numa tentativa de tornar desnecessária ou desestimulante a relação dos juízes com os colonos.

²⁷¹ O primeiro tribunal superior instituído no Brasil Colônia foi o Tribunal de Relação da Bahia, em 1609. In. SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial: O Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores, 1609-1751**. Tradução de Berilo Vargas. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 93. Wolkmer menciona a criação de um Tribunal da Relação ainda antes, em 1597, mas que não chegou a entrar em funcionamento. In. WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 76.

²⁷² Queiroz destaca a importância das câmaras municipais durante o período colonial, as quais exerciam, v.g., jurisdição em casos de injúrias verbais e pequenos furtos. In. QUEIROZ, Maria Isaura Pereira de. **O mandonismo local na vida política brasileira**. São Paulo: Instituto de Estudos Brasileiros, 1969, p. 14-5.

²⁷³ A Coroa portuguesa estava determinada a povoar o Brasil sem ônus. Em razão disso, muito se transferiu à iniciativa privada, incluindo o exercício da jurisdição sobre os latifúndios. In. FREYRE, Gilberto. **Casa-grande e senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal**. São Paulo: Global, 2013, p. 324. Em sentido equivalente, ver WOLKMER, 2007, op. cit., p. 72-73.

²⁷⁴ Instrutivas as palavras de Schwartz: “A Coroa percebeu que pressões sociais e econômicas poderiam ser exercidas sobre a magistratura profissional e que a formação de vínculos entre os magistrados e a sociedade poderia criar metas alternativas além daquelas sancionadas pelas normas burocráticas. Em grande medida, a legislação relativa à magistratura profissional foi projetada para organizar todos os comportamentos magistráticos de acordo com padrões que servissem às finalidades administrativas reais [...]”. In. SCHWARTZ, op. cit., 2011, p. 148.

²⁷⁵ WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José Cavalleiro de Macedo. **Direito e justiça no Brasil Colonial: o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, 1751-1808**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 287.

A Coroa chegou a proibir expressamente o casamento de magistrados com mulheres brasileiras por meio do alvará de 22 de novembro de 1610, além de não lhes permitir o exercício da atividade econômica e a aquisição de terra no território em que exerciam jurisdição²⁷⁶. Contudo, os esforços da Coroa portuguesa para blindar os magistrados do contato com os demais membros da sociedade geraram efeito oposto, já que o *status* e o poder que detinham se transformariam em forte atrativo, em especial para as ricas famílias brasileiras. Nesse sentido, Schwartz afirma que “[...] isolar os desembargadores da sociedade era impossível. Os magistrados não eram nem melhores nem piores que a sociedade em que eles viviam, e eles frequentemente procuravam usar seu ofício para questões pessoais”²⁷⁷.

Constata Schwartz nesse período uma interpenetração da burocracia formal, impessoal e racional com relações firmadas em pessoalidades (apadrinhamento, amizade, parentesco, suborno etc.), impulsionada em razão da coalisão de interesses particulares dos magistrados com oportunidades oferecidas por colonos. Schwartz nominou esse processo, firmado no poder, no dinheiro e no patronato, e que conseguiu agrupar organizações sociopolíticas tão divergentes, produzindo um modelo institucional distorcido, de “abrasileiramento da burocracia”²⁷⁸. “Magistrados geralmente usavam o poder e a influência do cargo para obter ganhos pessoais, por conveniência ou para proteger a família e seus dependentes [...]”. Ainda segundo Schwartz, os abusos magistráticos em proveito pessoal muito se deviam às pressões de ordem financeira e à busca por *status* social equivalente ao da nobreza²⁷⁹.

Está-se diante do Brasil colonial dos séculos XVII e XVIII, e a partir desse período se percebe que a crença numa espécie de neutralidade política do Judiciário já permeava o pensamento oficial da Coroa e o imaginário social brasileiro, construindo-se a imagem idealizada da magistratura sob o modelo iconizado do bom juiz. “[...] Por trás dessas medidas havia a crença básica de que a magistratura seria capaz de funcionar em um vácuo social, longe

²⁷⁶ SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial: O Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores, 1609-1751**. Tradução de Berilo Vargas. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 149; Ver ainda WOLKMER, op. cit., 2007, p. 80.

²⁷⁷ “[...] *isolating the desembargadores from society was impossible. The magistrates were no better or worse than the society in which they lived and they often sought to use their Office for personal gain*”. In. SCHWARTZ, Stuart B. **Sovereignty and Society in Colonial Brazil – The High Court of Bahia and its judges: 1609 – 1751**. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1975, p. 174.

²⁷⁸ SCHWARTZ, 2011, op. cit., p. 253 et. seq.

²⁷⁹ Ibid., p. 266-8. Comparato também relata o histórico de corrupção dos magistrados no período colonial: “Nenhuma surpresa, por conseguinte, se desde cedo entre nós, na maior parte dos casos, o serviço judiciário existiu não para fazer justiça, mas para extorquir dinheiro”. In. COMPARATO, Fábio Konder. **O Judiciário no Brasil**, segundo Comparato (1). Disponível em: <<http://outraspalavras.net/brasil/o-judiciario-no-brasil-sugundo-comparato-1/>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

das pressões de família, de amizade ou de interesse. Tal ideia era utópica, para dizer o mínimo”²⁸⁰.

Nesse contexto, mesmo soando paradoxal, guarda verdade a afirmação de que a prática de corrupção por membros da magistratura não possuiu o vigor necessário para macular sua reputação diante da sociedade, o que se deve muito mais em razão da convivência e da tolerância dos colonos, que não viam nada de mais em utilizar o prestígio do cargo para melhorar de vida, do que do nível de gravidade dos atos que eram praticados.

A primeira Constituição do Brasil independente não foi republicana. O texto constitucional de 1824 previa, no seu artigo 98²⁸¹, um quarto poder alheio à concepção tripartite da democracia liberal. A mediação e a correição²⁸² dos poderes ficaram reservadas a esse quarto poder, o Poder Moderador, cuja previsão foi inspirada na teoria do *pouvoir neutre, intermédiaire e régulateur* de Benjamin Constant. A doutrina de Constant foi, no entanto, corrompida na sua ideia original quando da adesão do Poder Moderador ao constitucionalismo brasileiro, já que Constant se preocupava em separar o Poder Executivo (que seria exercido por ministros) do poder real²⁸³, enquanto no Brasil o exercício do Poder Moderador e do Poder Executivo concentrou-se na figura de um só, o Imperador²⁸⁴.

No que tange ao Judiciário, ao mesmo tempo que se previu na Constituição de 1824 a sua independência (artigo 151) e se concedeu perpetuidade (vitaliciedade) aos magistrados no exercício do cargo (artigo 153), autorizou-se ao Imperador brasileiro a remoção e a suspensão dos juízes (artigos 153 e 154). Ou seja, prerrogativas da magistratura hoje plenamente asseguradas, como a inamovibilidade e a própria vitaliciedade – já que esta estava sujeita ao arbítrio do Imperador –, não eram previstas e/ou respeitadas. Informa Nogueira que vários membros do Supremo Tribunal de Justiça²⁸⁵, órgão de cúpula do Judiciário cujos membros

²⁸⁰ SCHWARTZ, op. cit., 2011, p. 149.

²⁸¹ “art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização política, e é delegada privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio e harmonia dos mais poderes políticos”. In: NOGUEIRA, Octaciano. **Constituições brasileiras: 1824**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001, p. 92.

²⁸² Bonavides afirma que o Poder Moderador veio a exercer uma espécie de corregedoria dos demais poderes. In: BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 196.

²⁸³ Para mais, ver ALVES JR., Luís Carlos Martins. **O Supremo Tribunal Federal nas constituições brasileiras**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 119 et. seq.

²⁸⁴ O Poder Moderador, previsto na Constituição brasileira de 25 de março de 1824, recebeu atenção do jurista alemão Carl Schmitt quando teorizou a respeito de quem deveria ser o guardião da Constituição. In: SCHMITT, op. cit., 2007a, p. 195.

²⁸⁵ Vale lembrar que não competia ao Supremo Tribunal de Justiça a tarefa de guarda constitucional, função que era reservada ao Imperador através do exercício do Poder Moderador.

eram nomeados pelo Imperador²⁸⁶, foram aposentados compulsoriamente naquela época por meio de decreto que data de 30 de dezembro de 1863²⁸⁷.

Sob o aspecto empírico, o Judiciário pouco mudou quando comparado ao do momento colonial, apresentando-se, embora formalmente independente, ainda como extensão do Executivo, e, portanto, dele dependente. Nesse sentido, afirma Comparato que “... essa proclamada autonomia dos órgãos judiciários em relação aos demais Poderes foi sempre ilusória. O corpo de magistrados permaneceu estreitamente ligado às famílias dos ricos proprietários no plano local, e subordinado ao Poder Executivo central na Corte”²⁸⁸.

Difícil imaginar, diante da homogeneidade ideológica da elite jurídica brasileira, de formação lusitana e alheia às doutrinas revolucionárias que eclodiam na Europa, um Judiciário assentado em valores democráticos vanguardistas, medindo forças com o Imperador na defesa de uma justiça verdadeiramente independente e imparcial²⁸⁹. As palavras de Faoro sintetizam bem o papel do bacharel em Direito, cuja formação acadêmica era voltada para atender às necessidades do Império brasileiro e de sua burocracia estatal:

O bacharel, o pré-juiz, o pré-promotor, o pré-empregado, a véspera do deputado, senador e ministro, não criam a ordem social e política, mas são seus filhos legítimos. O sistema prepara escolas para gerar letrados e bacharéis, necessários à burocracia, regulando a educação de acordo com suas exigências sociais. Eles não são as flores de estufa de uma vontade extravagante, mas as plantas que a paisagem requer, atestado pelo prestígio que lhes prodigaliza, sua adequação ao tempo²⁹⁰.

Seria equivocado pensar, portanto, que o quadro de imobilidade social do Judiciário nesse período foi reflexo da vitimização de seus membros ante o chefe do Executivo, já que, como visto, os magistrados partilhavam das ideias que conduziam o Estado brasileiro da época, permanecendo o Judiciário pacificamente ajuizado à cartilha do governo central. De todo modo, impedindo a Constituição de 1824 a demissão de magistrados profissionais, a transferência (remoção) dos juízes era o mecanismo político utilizado pelo Imperador para controlar os eventuais faltosos e dissidentes²⁹¹.

Mesmo diante do empenho da Coroa portuguesa no Brasil colonial para reproduzir um Judiciário imparcial e independente, o que se viu foi uma aproximação entre juízes e elite econômica. No império, essa relação se torna ainda mais intrincada, destacando-se a carreira da

²⁸⁶ ALVES JR., op. cit., p. 125.

²⁸⁷ NOGUEIRA, op. cit., p. 37.

²⁸⁸ COMPARATO, Fábio Konder. O Judiciário no Brasil, segundo Comparato (2). Disponível em: <<http://outraspalavras.net/brasil/o-judiciario-no-brasil-segundo-comparato-2/>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

²⁸⁹ CARVALHO, José Murilo de. **A construção da ordem: a elite política imperial**. Brasília: Universidade de Brasília, 1981, p. 36.

²⁹⁰ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001, p. 446.

²⁹¹ FLORY, Tomas. **Judge and jury in Imperial Brazil, 1808-1871: social control and political stability in the new State**. Latin American monographs, n. 53. Austin: University of Texas Press, 1981, p. 184.

magistratura como privilegiado canal de ingresso na atividade política, cujo aprendizado acadêmico era destinado à formação de um estilo de ação política, não existindo na época impedimento para a atividade político-partidária dos magistrados²⁹².

Como historia Koerner, a situação política da magistratura “... era ao mesmo tempo a de representantes do poder imperial, de membros de um partido e, portanto, de aliados ou adversários das facções locais, e de juízes”²⁹³, além de se apresentarem afinados com os interesses dominantes da sociedade escravocrata²⁹⁴. Diante desse cenário, denuncia Leal a corrupção praticada pela magistratura do Brasil Império ante as vinculações políticas que seus membros assumiam na sociedade, muitas vezes de forma nua e sem qualquer recolhimento²⁹⁵.

Em 24 de fevereiro de 1891, em meio a disputas e conflitos políticos e ideológicos²⁹⁶, foi promulgada a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. O modelo federativo, de inspiração estadunidense, foi introduzido na realidade político-organizacional brasileira, vindo a sofrer adaptações cunhadas de acordo com a facticidade particular local, em que o poder político ainda era bastante ditado pela posse de terras. Nessa histórica e representativa tela da realidade política brasileira, destacavam-se as oligarquias estaduais e o coronel, figura que encarnava o poder local, exercendo severo controle sobre os eleitores da localidade, tipo de domínio que ficou mais conhecido com o nome de “curral eleitoral”.

Uma das boas perspectivas da descentralização político-administrativa era, sem dúvida, a de aproximar população e Estado, permitindo-se, a partir de uma melhor compreensão das contingências sociais, a canalização de esforços a fim de priorizar o saneamento das demandas diagnosticadas, promovendo ainda o fortalecimento da consciência política do povo através da participação nas eleições estaduais e municipais. O que se registrou com o tempo, no entanto, foi a solidificação das oligarquias estaduais que, arregimentando alianças com os potentados locais, conseguiram bloquear o afloramento de oposições políticas²⁹⁷, ensejando, com isso, a

²⁹² KOERNER, Andrei. **Judiciário e cidadania na construção da república brasileira**. São Paulo: Hucitec, 1998, p. 44 et. seq.

²⁹³ Ibid., p. 48.

²⁹⁴ A par de apenas tolerar, muitos magistrados não só foram proprietários como também se envolveram com o lucrativo comércio de tráfico de escravos. Schwartz relata, por exemplo, a sociedade entre o magistrado Afonso Garcia Tinoco e o magistrado angolano André Velho Fonseca na comercialização de escravos ainda no período colonial. In. SCHWARTZ, 2011, op. cit., p. 150. Sobre o Poder Judiciário na sociedade escravista do período imperial, ver KOERNER, op. cit., p. 48 et. seq.

²⁹⁵ LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**. 5. ed. São Paulo: Alga-Omega, 1986, p. 197.

²⁹⁶ Nesse cenário, vale destacar o polêmico embate sobre a questão federativa na primeira Constituinte republicana, solenemente instalada em 15 de novembro de 1890. A depender do grau de inclinação para uma maior concentração de poder pela União, os constituintes se dividiam em unionistas (defendiam maior poder para a União) e federalistas (lutavam para dar mais autonomia e recursos tributários para os Estados). In. ANDRADE; BONAVIDES, op. cit., p. 226-227.

²⁹⁷ CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 41.

manutenção de privilégios e inibindo a ingerência política das massas urbanas e rurais, que, como lembram Andrade e Bonavides, permaneceram “... espoliadas pelo colonialismo interno que as mantinha na semi-servidão [...]”²⁹⁸.

O Supremo Tribunal Federal (STF), órgão de cúpula do Judiciário que seria constitucionalmente previsto em 1891²⁹⁹, e cuja principal incumbência de guarda da Constituição foi também vaticinada pela primeira vez naquele texto constitucional, absorveu a composição reinícola do Supremo Tribunal de Justiça, órgão judiciário do Império que veio a substituir³⁰⁰. Fácil intuir que o STF teria dificuldades em assimilar as diretrizes e os valores da nova ordem de base republicana, já que seus membros atuavam há pouco na defesa do ordenamento jurídico monárquico, escravagista e centralizador, no exercício de uma independência ficta porque atrelados à vontade do Imperador, sendo consequência quase invencível a reprodução das práticas regidas sob a perspectiva da velha mentalidade.

Nesse sentido é a observação de Nunes:

Nos primeiros tempos da República o Tribunal não tinha a consciência do seu papel no regime. Êste representava para muitos dos juizes que o compunham e que traziam do Império uma bagagem intelectual copiosa e até brilhante, mas inadequada à compreensão das novas instituições, um sistema pouco conhecido e que teria de receber na órbita judiciária uma aplicação perturbada pelos preconceitos da educação jurídica haurida nas fontes romanas, reinícolas, nas tradições do antigo regime e nos expositores do direito público francês³⁰¹.

A inexistência de uma real transição do Judiciário na passagem da monarquia para o governo republicano ainda redundaria em contratempo ao exercício da jurisdição constitucional por meio do controle difuso de constitucionalidade³⁰², já que o Judiciário não estava acostumado a declarar a inconstitucionalidade de atos do Legislativo e, principalmente, do Executivo, do qual, como se viu, foi até então historicamente dependente³⁰³.

O Poder Judiciário da Primeira República, não obstante carregar o acúmulo histórico de dependência política dos períodos anteriores, apresentou novo desenho institucional, a exemplo da forma de nomeação dos membros do seu órgão de cúpula, que agora detinha direta participação do Legislativo por meio da aprovação das indicações presidenciais pelo Senado

²⁹⁸ ANDRADE; BONAVIDES, op. cit., p. 256.

²⁹⁹ Vale lembrar que o Supremo Tribunal Federal, como assim destaca Nunes, foi criado em 11 de outubro de 1890, através do Decreto 848. In. NUNES, Castro. **Teoria e prática do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1943, p. 166.

³⁰⁰ ALVES JR., op. cit., p. 147.

³⁰¹ NUNES, op. cit., p. 168.

³⁰² Inspirada no arquétipo estadunidense, a jurisdição constitucional foi prevista pela primeira vez no artigo 59, § 1º, da Constituição de 1891. In. BALEEIRO, Aliomar. **Constituições brasileiras: 1891**. 2. ed. Brasília: Senado Federal, 2001, p. 92-93.

³⁰³ ALVES JR., op. cit., p. 146.

Federal³⁰⁴. Essa injunção do Legislativo na escolha dos membros do STF, somada à vitaliciedade do cargo e ao federalismo como nova forma de Estado, renderia nova posição ao Poder Judiciário no arranjo do sistema político brasileiro. Ilustrativa, nesse sentido, a repercussão das decisões do STF da Primeira República em sede de *habeas corpus*.

De início antevisto no Código de Processo Criminal de 1832, o *habeas corpus* foi erigido ao patamar constitucional a partir da instalação da forma republicana de governo. Previsto no § 22, artigo 72, da Constituição de 1891, parecia repetir o Constituinte a mesma funcionalidade que lhe fora antes conferida, reservando-o à atribuição de remédio constitucional a ser empregado na defesa da liberdade de locomoção³⁰⁵. Sem embargo, a forma como o texto constitucional foi redigido permitiria adiante uma interpretação mais abrangente do *habeas corpus* na defesa de outros direitos fundamentais, ampliando semanticamente, com isso, o seu conceito original.

O remédio constitucional viria a ser utilizado tanto em favor de monarquistas no final do século XIX³⁰⁶, quanto na tentativa de impedir os efeitos do banimento da família real³⁰⁷. É, contudo, a interferência das decisões do STF no processo político da Primeira República o mais significativo dos efeitos, deixando transparecer a ainda imbricada relação do Judiciário com a política patrocinada pelas oligarquias.

Basta lembrar que os ministros eram escolhidos entre os homens de confiança do Presidente da República ou entre aqueles indicados pelas facções políticas a ele aliadas³⁰⁸. A vitaliciedade dos ministros permitia a existência de composições heterogêneas no STF, não sendo raro existir uma maioria no Supremo Tribunal que não correspondesse à aliança política dominante no âmbito federal. O resultado disso foi uma volubilidade das decisões por ele proferidas nos casos que envolviam política, em especial os que tratavam de questões que

³⁰⁴ Artigo 48, nº 12, da Constituição de 1891. BALEEIRO, op. cit., p. 89-90. Vale registrar que esse expediente foi bastante utilizado durante o período do governo de Floriano Peixoto (1891-1894) no sentido de rejeitar indicações do Presidente da República, contabilizando-se o total de cinco nomes rejeitados: Barata Ribeiro, Innocêncio Galvão de Queiroz, Ewerton Quadros, Antônio Caetano Sève Navarro e Demosthenes da Silveira Lobo. In. MELLO FILHO, José Celso de. **Notas sobre o Supremo Tribunal (Império e República)**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p. 19-20. Ver ainda, KOERNER, op. cit., p. 182.

³⁰⁵ O uso do *habeas corpus* apenas para sanear agressões ao direito de locomoção pode ser hoje considerado insuficiente, no entanto, para a realidade sociopolítica da época, representou enorme avanço e significativo precedente na luta pela garantia e pela proteção dos direitos considerados fundamentais ao homem.

³⁰⁶ Os monarquistas foram várias vezes detidos de forma arbitrária. Villa narra a história de um professor cearense, Tomás Pompeu, que foi detido por 25 dias por escrever um artigo, em 1899, recordando o aniversário do imperador Pedro II. Ingressado o *habeas corpus*, o STF só foi julgar depois que o professor já estava solto, mas, mesmo assim, condenou-o ao pagamento das custas processuais. In. VILLA, op. cit. p. 135.

³⁰⁷ RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal: defesa do federalismo (1899-1910)**. Tomo II. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, p. 13-34. O decreto n.º 78 A, de 1899, que baniu a família imperial do Brasil, só seria revogado em 3 de setembro de 1920, através do decreto n.º 4.120, no governo de Epitácio Pessoa. In. *Ibid.*, p. 34.

³⁰⁸ Esse arranjo político na escolha dos ministros do STF é ainda hoje bastante atual.

abraçassem interesses das oligarquias estaduais³⁰⁹. As decisões do STF em sede de *habeas corpus* oscilavam, a depender da facção política a que estava ligada a maioria dos ministros, não sendo raros pronunciamentos contraditórios da Corte em casos semelhantes³¹⁰.

Como meio de fazer valer suas aspirações políticas, as oligarquias estaduais muitas vezes recorriam ao provimento jurisdicional. Mesmo reconhecendo o seu valor institucional, engrandecido com sua elevação ao *status* de remédio constitucional, o *habeas corpus* foi, em alguns momentos, vulgarmente utilizado na Primeira República como instrumento da política. “Desse modo, podemos compreender a paradoxal recusa dos chefes políticos à intervenção judiciária na política, seguida de demandas de *habeas corpus* ao tribunal, desde que fosse necessário”³¹¹.

Não se pode, contudo, deixar de fazer justiça à atuação do STF na defesa das liberdades individuais durante esse período, como bem destaca Boechat. A autora afirma que as violências praticadas contra as liberdades, principalmente pelo Poder Executivo, a exemplo dos atos atentatórios à liberdade de imprensa, como o fechamento de jornais e a expulsão de estrangeiros motivada por questão ideológica, levaram os ministros do STF a ampliar a esfera de atuação do *habeas corpus*, interpretando-o de modo a recebê-lo na defesa de outros direitos fundamentais que não apenas o direito de locomoção, no que ficou conhecido na literatura jurídica como Doutrina Brasileira do *Habeas Corpus*³¹².

A reforma constitucional de 3 de setembro de 1926 fez cessar, contudo, a possibilidade de interpretação ampliativa do instituto do *habeas corpus*, limitando-o a remédio constitucional na defesa da liberdade de locomoção³¹³. No mesmo arranjo reformista foi também alterado o artigo que tratava da competência do STF, fazendo nele inserir dispositivo que lhe vedava o conhecimento de questões consideradas políticas (§ 5º, artigo 60).

³⁰⁹ KOERNER, op. cit., p. 179-83.

³¹⁰ Ibid., p. 193 et. seq.

³¹¹ Ibid., p. 182.

³¹² RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal: Doutrina Brasileira do Habeas-Corpus** (1910-1926). Tomo III. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, p. 29 et. seq. No mesmo sentido, afirma Corrêa que o constituiu-se no “... guardião do templo das liberdades ameaçadas”. In. CORRÊA, Oscar Dias. A missão atual do Supremo Tribunal Federal e a Constituinte. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 160, p. 1-31, abr./jun., 1985, p. 2.

³¹³ Os reformistas de 1926 substituíram o texto original que tratava da concessão do *habeas corpus*, passando ele a vigorar com a seguinte redação: “Dar-se-á o *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção”. In. BALEEIRO, op. cit., p. 114.

5.2 O STF diante do governo militar e sua participação no estabelecimento da atual ordem constitucional

A história da redemocratização do Brasil na década de 1980 e o papel desempenhado pelo Judiciário no transcurso da ditadura para a democracia reservam traços que, guardadas as particularidades, conservam semelhanças com o passado há pouco narrado. Mais precisamente, destaca-se a postura conservadora adotada pelo Judiciário, em particular o STF, quando da tomada de poder pelos militares em 1º de abril de 1964, até o momento em que se torna, após a promulgação da Constituição de 1988, um destacado ator político na defesa da Constituição e dos valores democrático e republicano do Estado de Direito brasileiro.

Dada a importância do Judiciário para o equilíbrio do sistema político, o primeiro presidente do governo militar, marechal Castello Branco, optou em realizar sua primeira visita oficial ao STF e, em seguida, ao Tribunal Superior Eleitoral – TSE. Mesmo diante de uma ruptura à ordem constitucional, o STF, por meio do seu então presidente, o Ministro Moutinho Ribeiro da Costa, recebeu-o com intrigante reverência.

No seu discurso, o Ministro Ribeiro da Costa enfatizou o suposto distanciamento do Judiciário com a política, o qual se mantinha, segundo ele, “[...] ininfluenciável pelos extremos da paixão política [...]”³¹⁴. No entanto, de forma contraditória, apontou como responsáveis por aquela situação em que se encontrava o país os detentores do Governo que havia sido deposto, a quem acusou de estarem “[...] movidos por um propósito vesânico [...]”³¹⁵, pronunciamento que demonstra se não uma opção pelo governo militar, um desapareço político pelo governo anterior.

Incoerente ainda a afirmação do presidente do STF, instituição eleita pelo Constituinte para a guarda da Constituição, e diante do golpe que havia rompido com a ordem constitucional vigente, de que o sacrifício de princípios e de garantias constitucionais seria aceitável em momentos de crise, quando se tem como objetivo a sobrevivência da democracia³¹⁶. Foi como se o Supremo, nas palavras do seu então presidente, reconhecesse uma espécie de legitimação do golpe militar, permitindo naquele momento que os insurgentes se desobrigassem com a Constituição sem que isso lhes rendesse qualquer desagravo, já que o estado de exceção criado havia sido para o bem, em defesa da democracia. Em nome da democracia, portanto, o arbítrio da autocracia parecia ter sido muito bem-vindo.

³¹⁴ VALE, Osvaldo Trigueiro do. **O Supremo Tribunal Federal e a instabilidade político-institucional**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1976, p. 26.

³¹⁵ Ibid.

³¹⁶ Ibid.

É certo que não se pode exigir do Judiciário a defesa incontinentemente do Estado Democrático de Direito diante de um regime de exceção, na esperança de que consiga fazer frente a investidas autoritárias de um poder armado, com todo o seu poderio bélico. De outro lado, espera-se sempre uma reação mais aguda daquele designado defensor da ordem política constitucional democrática, ou ainda, como advertem as palavras de Lima, uma “[...] resistência ainda que meramente discursiva, colocaria os juízes num patamar de apreço democrático por parte da sociedade; apreço referencial que eles, historicamente, não dispõem até os dias de hoje”³¹⁷.

O governo militar, na tentativa de não parecer antiliberal, preservou de início a ordem jurídica da Constituição de 1946, com sua tradição republicana, a divisão clássica do funcionamento dos Poderes e a Federação. Não se demorou, não obstante, a reger o país com viés unitarista, reduzindo-se, com isso, a importância dos Estados-membros ao neles interferir sob as mais diversas escusas, ora para combater a corrupção, ora para reprimir a subversão, e, quando possível, apropriando-se de fontes de receitas dos Estados³¹⁸.

Emblemática, nesse sentido, a concessão de *habeas corpus* pelo Supremo Tribunal Federal a governadores de Estado perseguidos ainda no início do regime militar, no que talvez tenha sido a mais significativa reação entre as poucas empreendidas pelo Judiciário durante esse período. Como descreve Vale, a nova ordem jurídica implantada pelo governo ditatorial “[...] permitia o afastamento abrupto de qualquer governador, através da suspensão dos seus direitos políticos e/ou cassação de seus mandatos”³¹⁹.

O governo militar afastou de início os ideólogos contestadores, deixando para um segundo momento aqueles governadores que pareciam não oferecer grande perigo naquele instante. Diante da ameaça de prisão, o STF concedeu *habeas corpus* preventivo a Plínio Coelho, governador do Amazonas³²⁰, que já se encontrava afastado do cargo. O entendimento esboçado pelo STF traria tensão ao já inflamado ambiente político, sobretudo em razão do descontentamento de alguns setores militares, que viam a decisão como afronta ao poder do governo central e ao seu interesse de usar do mesmo artifício da cassação para afastar outros governadores desidiosos.

³¹⁷ LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. A importância de uma cultura democrática no Poder Judiciário. In: Lília Maia de Moraes Sales (org.). **A cidadania em debate: estudos sobre a efetivação do direito na atualidade**. nº 1. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2003b, p. 161-171, p. 167.

³¹⁸ VALE, op. cit., p. 3.

³¹⁹ VALE, op. cit., p. 56.

³²⁰ HC 41.049, de relatoria do Min. Vilas Boas, julgado pelo Tribunal Pleno em 4 de novembro de 1964. In: KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. **Memória jurisprudencial: Ministro Ribeiro da Costa**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2012, p. 82.

Miguel Arraes, após ser despojado do cargo de governador do Estado de Pernambuco, ainda sofreria com a detenção de quase um ano³²¹ sem que lhe fosse aberto nenhum processo formal³²², cerceando assim o seu direito constitucional de defesa. Impetrado pelos advogados Sobral Pinto e Antônio de Brito Alves, o *habeas corpus* seria obtido por Miguel Arraes em 19 de abril de 1965, por decisão unânime do STF³²³. Outros governadores também sofreriam afastamento pelo governo golpista, como é o caso de Seixas Dória, governador de Sergipe, e Mauro Borges, governador de Goiás³²⁴.

A apreciação pelo STF de alguns desses conflitos federativos que envolviam interesse direto do governo militar revelou-se fundamental para o impasse entre Executivo e Judiciário, o que redundou na reação militar com a expedição do Ato Institucional n.º 2 (AI-2)³²⁵, que alterou a composição do Supremo de 11 para 16 ministros. O objetivo da medida era conseguir uma maioria favorável aos ímpetus do “governo revolucionário” naquela Corte; uma estratégia política, portanto, para neutralizar os ministros contrários ao governo militar. O AI-2 ainda seria conhecido por permitir ao presidente legislar através de decretos-lei em matéria de segurança nacional e por extinguir o multipartidarismo no Brasil³²⁶, preservando apenas dois partidos políticos, o MDB e a ARENA.

Após a publicação do Ato Institucional n.º 5 (AI-5), o governo militar ainda infligiria violento golpe ao Judiciário quando, em janeiro de 1969, aposentou compulsoriamente três ministros do STF: Evandro Lins e Silva, Hermes Lima e Victor Nunes Leal. Dos 13 ministros restantes, apenas dois se solidarizaram, um renunciando e o outro requerendo aposentadoria; os demais permaneceram silentes. A cassação dos ministros, somada à ampliação da composição do STF e à nomeação de ministros realizada pelos militares, tornou o STF ainda mais obediente às intenções do governo militar³²⁷.

Esse servilismo seria bem exposto no julgamento da Reclamação n.º 849, proposta pelo MDB, e que teria como pano de fundo o debate acerca da inconstitucionalidade do Decreto-Lei n.º 1.077, editado no governo de Médici em 26 de janeiro de 1970, que instituiu a censura prévia a livros, periódicos e espetáculos públicos. Em sessão de 10 de março de 1971, o STF julgou

³²¹ Miguel Arraes foi preso logo no início do golpe militar, em 1º de abril de 1964. In. ALVES JR., op. cit., p. 361.

³²² VILLA, op. cit., p. 141.

³²³ VALE, op. cit., p. 57

³²⁴ KAUFMANN, op. cit., p. 81.

³²⁵ O Ato Institucional n.º 2, de 27 de outubro de 1965, mesmo mantendo a Constituição de 1946, realizou importantes modificações no seu texto, entre as quais a alteração da composição do STF prevista no artigo 98, a qual passou de 11 para 16 o número de ministros. Para mais, ver o texto do AI-2, In ANDRADE; BONAVIDES, op. cit., p. 775-782.

³²⁶ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1995, p. 474.

³²⁷ VILLA, op. cit., p. 142-3. Ver ainda em ALVES JR., op. cit., p. 362.

contrariamente ao requerido na Reclamação, aprovando, em contrapartida, a referida legislação atentatória às liberdades fundamentais³²⁸. O Ministro Adauto Lúcio Cardoso, único a combater o malsinado decreto, protagonizou momento histórico contrário à passividade do Supremo quando, indignado com a decisão, retirou a toga e a jogou ao chão em plena sessão plenária, requerendo logo após a sua aposentadoria³²⁹.

Evandro Lins e Silva, um dos três ministros cassados em 1969, quando perguntado em entrevista sobre a existência de confronto aberto com os militares nos resultados dos julgamentos do STF, respondeu que o Supremo apenas cumpria com a Constituição da República: “Nós nunca decidimos um processo contra a Revolução em si, contra o movimento militar; nós decidíamos de acordo com a Constituição [...]”³³⁰.

Mesmo afirmando que o STF vinculava-se ao teor do texto constitucional ao decidir, as palavras do ministro denunciam certo estado de indiferença quanto à ruptura patrocinada pelos militares, já que essa fenda aberta no processo político brasileiro ia de encontro exatamente ao que propunham as diretrizes determinadas na Constituição. Essa passividade seria uma constante na história do Judiciário até o período de redemocratização, iniciado na década de 80, ficando o STF durante todo esse período, nas palavras de Villa, “[...] restrito ao juridicismo vazio, tão típico do Brasil”³³¹. E completa: “O tribunal estava de costas para o país”³³².

O imobilismo do STF também se fazia presente no processo de redemocratização. Os ministros do Supremo, não entusiasmados com a perspectiva de mudanças diante do novo cenário democrático que se avizinhava, adotaram posicionamento conservador diante da Constituinte. Filiaram-se a posições à direita do debate, tanto por não reconhecerem uma ruptura na ordem jurídica constitucional, quanto para desestimular transformações profundas na estrutura e no funcionamento do STF³³³. O discurso de instalação da Assembleia Nacional Constituinte, proferido pelo Ministro Moreira Alves, então presidente do STF, foi um prenúncio do juízo e do comportamento dos ministros do STF na Constituinte: “Ao instalar-se esta Assembleia Nacional Constituinte, chega-se ao termo final do período de transição com que, sem ruptura constitucional, e por via de conciliação, se encerra ciclo revolucionário”³³⁴.

³²⁸ ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. **Memória jurisprudencial**: Ministro Evandro Lins. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2009, p. 71.

³²⁹ SILVA, Evandro Lins e. **O salão dos passos perdidos**: depoimento ao CPDOC. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997, p. 407-8. Ver também em VILLA, op. cit., p. 143.

³³⁰ SILVA, Evandro Lins e. op. cit., p. 386.

³³¹ VILLA, op. cit., p. 144.

³³² Ibid.

³³³ FREITAS, Lígia Barros de; KOENER, Andrei. O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo. **Lua Nova**, São Paulo, n. 88, p.141-184, 2013, p. 144.

³³⁴ ALVES, José Carlos Moreira. Discurso de instalação da Assembleia Nacional Constituinte. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 24, n. 93, p. 5-14, jan./mar., 1987, p. 12.

Adotado o discurso de continuidade, que afirmava inexistir ruptura da ordem constitucional, os ministros do STF consideraram infundada a instalação de uma Constituinte, já que para eles o problema da Constituição repousava na sua execução, e não no seu texto³³⁵. A desconfiança externada nas palavras do Ministro Oscar Dias Corrêa, para o qual seria a convocação de uma Assembleia Constituinte objeto de exploração ideológica e demagógica³³⁶, reforça o teor conservador singular perpetrado pelos membros do STF naquele período, em que as preocupações repousavam mais em não deixar de ser o STF aquilo que nunca foi durante o regime militar, resguardando, em contrapartida, todos os privilégios, do que em projetar um melhor futuro na realização de um Supremo enfim investido de um patamar de apreço democrático ante a sociedade brasileira.

Propostas que tratavam da reestruturação do Judiciário eram vistas com desconfiança pelos membros do STF. Talvez a proposta de maior repercussão tenha sido a que criava um Tribunal Constitucional no Brasil. O ministro Oscar Dias Corrêa, *v.g.*, defendia posicionamento contrário à criação da Corte Constitucional. Para ele, não se poderia admitir a retirada de algumas competências do Supremo, como a que tratava de matéria que dizia respeito a certos direitos, a exemplo dos direitos à liberdade e à honra, e a que versava sobre atos políticos ou de soberania³³⁷.

Por pressões dos ministros do STF, a proposta levada por José Afonso da Silva ao Anteprojeto Constitucional da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais (Comissão Afonso Arinos), apelidado de “anteprojeto dos notáveis”, foi rejeitada³³⁸.

A proposta inicial da Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, de relatoria de Plínio de Arruda Sampaio, igualmente previa a criação do Tribunal Constitucional, com indicação paritária de ministros pelo Presidente da República, pelo Congresso Nacional e pelo Superior Tribunal de Justiça. Além disso, afastava a vitaliciedade do cargo, criando um mandato a ser exercido pelos ministros no prazo máximo de 12 anos, vedada a recondução³³⁹.

Não obstante, o anteprojeto aprovado definitivamente em 25 de maio de 1987 pela referida subcomissão excluiu a criação do Tribunal Constitucional, mantendo ainda a existência

³³⁵ FREITAS; KOENER. *op. cit.*, p. 146.

³³⁶ CORRÊA, *op. cit.*, p. 24.

³³⁷ *Ibid.*, p. 27.

³³⁸ FREITAS; KOENER, *op. cit.*, p. 147.

³³⁹ BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte de 1987. Anteprojeto inicial da Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público. Relatório sobre a organização do Poder Judiciário e do Ministério Público. Relator Plínio de Arruda Sampaio. Vol. 114. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-114.pdf>>. Acesso em: 4/12/2015.

de mandato de 12 anos para oito do total de 19 ministros previstos para a composição do Supremo Tribunal Federal, exercendo os 11 ministros restantes o cargo de forma vitalícia³⁴⁰.

O anteprojeto de Constituição formulado por Fábio Konder Comparato, a pedido da direção nacional do Partido dos Trabalhadores, abordou pontos ainda hoje bastante polêmicos a respeito do Judiciário brasileiro³⁴¹. Além de igualmente reclamar a criação do Tribunal Constitucional, com competência para julgar as altas questões políticas do Estado brasileiro, incluía o Tribunal de Contas na esfera do Judiciário, por entender que questões de natureza eminentemente jurídica não deveriam ser resolvidas pelo Congresso Nacional, órgão de predominância política³⁴². Mas o que mais impressionou foi a lucidez com que abordou a corrupção de magistrados, tema ainda hoje pouco debatido abertamente, destinando-lhe artigo específico no anteprojeto³⁴³.

Da leitura do texto original da atual Constituição, em particular o capítulo III do título IV (Da organização dos poderes), que trata do Poder Judiciário, percebe-se que o Tribunal Constitucional não foi implementado – ponto considerado negativo por muitos constitucionalistas, a exemplo de Bonavides³⁴⁴, assim como as demais propostas acima apontadas não foram acolhidas. O cargo de ministro do STF manteve-se vitalício; o STF, em vez de repartir, ampliou ainda mais o rol de competências, e a corrupção dos membros do Judiciário permanece um tabu, principalmente se comparado à forma aberta como é abordado o tema corrupção nas demais esferas de poder pelos meios de comunicação e pela sociedade em geral.

O discurso de que inexistiu uma ruptura constitucional com a ditadura militar e de que o processo político de democratização que se avizinhava era uma espécie de “passagem de bastão” de um “ciclo revolucionário”, concedido pelos militares por via de conciliação, atendia bem ao interesse de ministros do Supremo que pretendiam permanecer no cargo. Inexistindo ruptura, prescindível a instalação da Constituinte, que seria fruto de interesses vis, de joguetes políticos. Desnecessária, ainda, a alternância de poder no STF, cujos membros estariam,

³⁴⁰ BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte de 1987. Anteprojeto aprovado pela Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público em 25 de maio de 1987. Relator Plínio de Arruda Sampaio. Seção de documentação parlamentar. Vol. 119. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-119.pdf>>. Acesso em: 4/12/2015.

³⁴¹ COMPARATO, Fábio Konder. **Muda Brasil: uma Constituição para o desenvolvimento democrático**. 2. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1986, p. 7.

³⁴² *Ibid.*, p. 48-9.

³⁴³ Segue a transcrição do referido artigo: “Art. 158 – Qualquer cidadão tem o direito e a Ordem dos Advogados do Brasil o dever de denunciar ao tribunal competente os casos de corrupção de magistrados; § 1º - O tribunal é obrigado a processar a denúncia, em qualquer hipótese, com o acompanhamento do Ministério Público.; § 2º - A condenação do denunciado implica a perda de cargo”. In. *Ibid.*, p. 120-21.

³⁴⁴ ANDRADE; BONAVIDES, op. cit., p. 486.

durante todo o período “revolucionário”, blindados de quaisquer influências políticas, desempenhando heroicamente suas funções, ou, como afirmou o Ministro Evandro Lins e Silva quando perguntado sobre a repercussão no STF da efervescência política no final do governo de João Goulart, os ministros viviam numa espécie de “torre de marfim”³⁴⁵, alheios às disputas políticas, interessando-lhes apenas o cumprimento da Constituição.

Mas, como já se sabe, não foi preciso embarçar a abertura da Constituinte para que os ministros nomeados no governo ditatorial permanecessem como guardiões da Carta da nova ordem democrática.

5.3 O Supremo e alguns reflexos decorrentes da inexistência de uma cultura democrática no atual estágio constitucional

A biografia do Ministro Moreira Alves, Procurador-Geral da República no governo do general Emílio Garrastazu Médici, no período da história brasileira que ficou conhecido como “anos de chumbo”, e em seguida nomeado ministro do STF por Ernesto Geisel³⁴⁶, é exemplo de que a manutenção na redemocratização de ministros do STF nomeados pelo governo militar geraria impasses quanto aos valores cultivados na nova ordem democrática.

O próprio discurso do ministro enquanto presidente do STF – em parte acima transcrito – na instalação da Assembleia Nacional Constituinte, com o qual procurou suavizar quase vinte anos de ditadura militar, descrevendo-o como um “período de transição” e como um “ciclo revolucionário”, ignorando, com isso, a importância da resistência democrática da sociedade que culminou na Constituinte, demonstra em certo ponto seu acolhimento ao regime militar que tanto o havia prestigiado.

O julgamento do Mandado de Injunção n.º 107-3/DF (MI 107-3), no qual o Ministro Moreira Alves atuou como relator, foi e é ainda hoje apontado por diversos constitucionalistas como um duro golpe à democracia constitucional brasileira³⁴⁷.

³⁴⁵ SILVA, op. cit., 1997, p. 377.

³⁴⁶ Moreira Alves foi nomeado Procurador-Geral da República do Brasil por Médici em 19 de abril de 1972, exercendo o cargo entre 24 de abril de 1972 a 19 de junho de 1975. Nomeado ministro do Supremo Tribunal Federal por Ernesto Geisel, através de decreto datado de 18 de junho de 1975, tomou posse no dia 20 de junho do mesmo ano, permanecendo no cargo até 20 de abril de 2003, quando foi obrigado a se aposentar compulsoriamente por ter atingido a idade limite do funcionalismo público. Informações obtidas no próprio sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal. Para mais, vide: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. José Carlos Moreira Alves. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stf&id=10>> Acesso em: 7/1/2016.

³⁴⁷ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Mandado de injunção: do formalismo ao axiologismo? O que mudou? Uma análise crítica e reflexiva da jurisprudência do STF. In: CATTONI, Marcelo; MACHADO, Felipe (Coords.). **Constituição e processo: entre o Direito e a Política**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 13-29, p. 17. Ver ainda em: LIMA, op. cit., 2003b, p. 168-9; ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo:

O instituto do mandado de injunção foi introduzido no Direito Constitucional brasileiro com o objetivo, segundo Rocha, “[...] de superar o problema do não exercício dos direitos subjetivos fundamentais por paralisia do legislador”³⁴⁸. Tratou-se, em certa medida, do reconhecimento do Constituinte de que o arcabouço normativo constitucional, para além da regulação e organização dos poderes e da previsão de direitos fundamentais de primeira dimensão, externaria um sem-número de direitos que reclamariam um comportamento Legislativo positivo do Estado, com vistas a conformá-los socialmente, tornando efetiva a própria Constituição. Muita esperança foi depositada, a ponto de Andrade e Bonavides apontar o mandado de injunção, já em 1989, como o “... mais valioso, enérgico e provavelmente eficaz instrumento já criado para garantir a observância e a execução dos direitos e liberdades constitucionais [...]”³⁴⁹.

O entusiasmo de Andrade e Bonavides pode ser compreendido diante do terreno democrático no qual se edificou a nova Constituição, importando mais do que tudo a declaração de garantias e de direitos fundamentais com os quais poderia o povo contar, mesmo em face dos poderes políticos do Estado. Vale lembrar que as constituições brasileiras anteriores apresentaram sérias dificuldades de efetivação, em especial as normas de conteúdo social, as quais eram interpretadas como meras declarações de intenções (normas programáticas)³⁵⁰. Nesse panorama, o mandado de injunção se apresentava como remédio constitucional capaz de proporcionar o gozo pleno dos direitos fundamentais, conformando-os socialmente sempre que a falta de regulamentação legal impedisse o acesso desses direitos aos seus destinatários.

O Ministro Moreira Alves, cujo voto no referido MI 107-3 foi o vencedor, manifestou-se sobre dois pontos essenciais para a sobrevivência prática do então neófito remédio constitucional: o primeiro ponto dizia respeito à sua autoaplicabilidade, enquanto o segundo tratava da finalidade do mandado de injunção.

A regra que determina a imediata aplicação das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, prevista no § 1º, artigo 5º, da Constituição de 1988, não poderia excepcionar o mandado de injunção, cuja missão constitucional repousa exatamente em realizar

Malheiros, 1995, p. 145-53; GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: RCS Editora, 2005, p. 137 et. seq.

³⁴⁸ ROCHA, op. cit., p. 146. No mesmo sentido, ver CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do Poder Público**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 529 et. seq.

³⁴⁹ ANDRADE; BONAVIDES, op. cit., p. 510.

³⁵⁰ OLIVEIRA, Herzeleide Maria Fernandes de. Mandado de injunção. **Revista de Informação Legislativa**, v. 25, n. 100, p. 47-62, out./dez. 1988, p. 48. A autora lembra ainda que o mandado de injunção surgiu com a preocupação de garantir a defesa do direito público subjetivo à educação, cujas normas que dele tratavam eram concebidas até então como normas programáticas, sendo proponente da matéria o senador cearense Virgílio Távora. *Ibid.*, p. 49-50.

concretamente as normas constitucionais. Paradoxal seria exigir norma regulamentadora para se utilizar de um instituto criado pelo Constituinte exatamente como remédio apto a afastar a omissão do legislador que viesse a inviabilizar o exercício de algum direito fundamental.

Mesmo diante de círculos jurídicos contrários à autoaplicabilidade do mandado de injunção³⁵¹, considerado por Oliveira um entendimento puramente ideológico e desprovido de valor jurídico³⁵², manifestou-se o STF por sua imediata adoção. Os demais ministros seguiram o voto do Ministro relator Moreira Alves, segundo o qual seria o mandado de injunção seria “[...] autoexecutável, uma vez que, para ser utilizado, não depende de norma jurídica que o regulamente, inclusive quanto ao procedimento, aplicável que lhe é analogicamente o procedimento do mandado de segurança, no que couber”³⁵³.

No que tange à finalidade, decidiu o STF que ao Judiciário caberia declarar a inconstitucionalidade por omissão, confiando-lhe apenas dar ciência dessa declaração ao Poder, órgão, entidade ou autoridade responsável pela mora legislativa. Segundo o relator, o mandado de injunção possuiria como finalidade tão somente cientificar a omissão, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão prevista no § 2º, artigo 103 da Constituição Federal³⁵⁴, falecendo ao Judiciário, com isso, competência para suprir a omissão do legislador.

Rocha aponta o equívoco da decisão ao equiparar a finalidade do mandado de injunção ao da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, já que aquele concerne à defesa e à viabilidade do exercício de direitos subjetivos fundamentais, enquanto este é instrumento criado para a defesa do direito objetivo constitucional³⁵⁵. Essa decisão do STF, que optou claramente por uma postura de não ingerência nas omissões legislativas (autolimitação ou *self restraint*), mesmo existindo comando constitucional a autorizar a ruptura momentânea do monopólio legiferante no caso concreto com vistas ao exercício pontual de direito subjetivo, tornou o mandado de injunção, tão aclamado na Constituinte, um remédio sem efeito prático durante anos³⁵⁶.

³⁵¹ ANDRADE; BONAVIDES, op. cit., p. 512.

³⁵² Ibid., p. 53.

³⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de ordem no Mandado de Injunção 107-3/DF. Requerente: José Emídio Teixeira Lima. Requerido: Presidente da República. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Moreira Alves. DJ, 21 set. 1990. Ementário nº 1.595-1, p. 47-8.

³⁵⁴ Ibid., p. 47.

³⁵⁵ ROCHA, op. cit., 1995, p. 146 et. seq.

³⁵⁶ Diante do tratamento jurisprudencial despendido, Barroso chegou a propor a substituição do mandado de injunção, o qual classificou de “complexidade desnecessária”, atribuindo ao juiz a “... competência para a integração da ordem jurídica, quando necessária para a efetivação de um direito subjetivo constitucional submetido à sua apreciação”. In: BARROSO, Luís Roberto. O que foi sem nunca ter sido. Uma proposta de reformulação. In: BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Tomo I. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 189-198, p. 197.

O voto do Ministro Moreira Alves, que transformou em meramente declaratório um instituto de natureza explicitamente mandamental³⁵⁷, voto esse estranhamente considerado brilhante por alguns dos ministros que o seguiram, é apenas um (mas grave!) exemplo de que a ausência de cultura democrática no Judiciário pode pôr em xeque conquistas populares consolidadas após anos de debates e enfrentamentos sociais.

Mostrou-se um equívoco para a democracia brasileira absorver os ministros do STF nomeados durante o período de exceção militar, haja vista terem sido formados sob a égide de valores outros, sem apreço à cultura democrática, inadequados, portanto, à melhor compreensão das novas instituições e dos novos institutos lapidados para servir a um Estado Democrático. O destino do mandado de injunção, que se tornou inócuo durante anos, talvez haja sido apenas o parcial cumprimento de uma previsão (ou promessa) realizada pelo Ministro Moreira Alves de que as “imperfeições” do novo texto constitucional seriam corrigidas pelo Supremo com o tempo³⁵⁸.

É preciso registrar que a jurisprudência atual do STF abandonou o posicionamento adotado no MI 107-3/DF, aderindo hoje à teoria concretista³⁵⁹, segundo a qual o Judiciário está autorizado a adotar comportamento ativo diante da omissão legislativa levada ao seu conhecimento por meio do mandado de injunção. Um pouco antes da mudança de entendimento, o STF já vinha permitindo à parte requerer, ante a persistência da mora legislativa após determinado prazo, perdas e danos em razão da inviabilidade do exercício do direito fundamental perquirido³⁶⁰.

O debate atual em torno do mandado de injunção não mais diz respeito à falta de ingerência nas omissões legislativas (*self restraint*), mas trata da extensão dessa interferência, já que o STF vem admitindo, além do efeito aplicado apenas às partes do processo (teoria

³⁵⁷ Interessante é que o STF, na citada decisão do Mandado de Injunção 107-3/DF, afirma a natureza mandamental do remédio constitucional, para em seguida dizer que a sua finalidade é declarar a omissão, dando-se ciência ao omisso para que adote as providências que se fizerem necessárias.

³⁵⁸ LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. Democracia no Poder Judiciário. In: **Revista Direito e Liberdade**. Mossoró. v. 1. n. 1, p. 317-330, jul./dez. 2005, p. 322.

³⁵⁹ A teoria concretista, na qual compete ao Judiciário viabilizar o exercício do direito fundamental até que sobrevenha a norma regulamentadora, está dividida em duas: concretista geral, cujo efeito da decisão transborda a relação entre as partes (efeito *erga omnes*); concretista individual, em que o efeito atinge apenas as partes envolvidas no processo. A concretista individual ainda pode ser direta, que é quando o Judiciário viabiliza de imediato o direito, e intermediária, quando o Judiciário estabelece de início um prazo para que o poder competente possa suprir a norma faltante. Mantendo-se o poder inerte, só então poderá o Judiciário viabilizar o direito perseguido. Para mais, ver FERNANDES, op. cit., p. 16-17;

³⁶⁰ MEIRELLES, Hely Lopes; MENDES, Gilmar Ferreira; WALD, Arnaldo. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 332. Ver ainda CUNHA JÚNIOR, op. cit., p. 546-547, e CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 134-135.

concretista individual), o efeito *erga omnes* (teoria concretista geral) típico de ações de controle abstrato de constitucionalidade^{361/362}.

Mesmo diante do novo posicionamento do STF, não se pode esquecer o grave prejuízo de quase duas décadas de imobilismo, muito menos, também em face da frágil cultura democrática do Judiciário brasileiro, fechar os olhos e aceitar passivamente o seu atual avanço político de toada ativista, ampliando discricionariamente os efeitos do mandado de injunção para além do previsto na Constituição.

Não se pode supor que o desenrolar do MI 107-3/DF deveu-se tão somente à presença de Moreira Alves na composição do STF. Não se trata de sua competência técnica, mas do que ele representa, com sua formação sem base democrática. O Judiciário, assim como todas as demais instituições que serviram ao governo militar, deveria ter passado por um processo de democratização, a começar pela alteração na composição de seus membros, o que propiciaria uma ressignificação do seu papel na sociedade. Quem, por livre-arbítrio, serviu a um governo que encenou um dos períodos mais marcantes da nossa história, com grave afronta às liberdades, não poderia melhor servir a uma democracia, já que os valores nucleares deste regime foram defenestrados durante a ditadura militar.

A decisão do STF na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental de n.º 153 (ADPF 153) é mais um emblemático indicativo da cultura conservadora do Judiciário brasileiro. Protocolada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) em 21 de outubro de 2008, a referida ADPF tinha como objeto a Lei n.º 6.683, de 28 de agosto de 1979 (Lei de Anistia), na qual se questionava em especial a extensão dada à anistia política, que fora igualmente concedida aos agentes públicos civis e militares.

Pretendia a OAB ou a declaração de não recepção do disposto no § 1º do artigo 1º da Lei n.º 6.683/79³⁶³ pela Constituição Federal de 1988, ou a interpretação conforme à

³⁶¹ A exemplo, o STF adotou no ano de 2007 a teoria concretista geral no Mandado de Injunção 670/ES, aplicando a todos os servidores públicos a lei de greve vigente no setor privado (Lei n.º 7.783/89). In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 670/ES. Sindicato dos servidores policiais civis do Estado do Espírito Santo e Congresso Nacional. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Julgamento em 25 out. 2007.

³⁶² Estudo realizado por Batochio com o objetivo de averiguar o fundamento determinante para se atribuir determinado efeito ao mandado de injunção foi inconclusivo, não sendo possível extrair uma *ratio decidendi* dos acórdãos por ela analisados. Ver em BATOCHIO, Lígia Lamana. A interpretação do STF quanto aos efeitos da decisão no mandado de injunção. In: COUTINHOA, Diogo R.; VOJVODIC, Adriana M. (Coords.). **Jurisprudência constitucional: como decide o STF?** São Paulo: Malheiros, 2009, p. 161-175. Para entender as mudanças de entendimento do STF a respeito dos efeitos do mandado de injunção, ver ESTEVES, Bruna de Bem. O que mudou no entendimento do STF sobre os efeitos do mandado de injunção? In: GORZONI et al. (Orgs.). **Jurisdição constitucional no Brasil.** São Paulo: Malheiros, 2012, p. 141-157.

³⁶³ “Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais,

Constituição, de modo a declarar que a anistia não se aplicava aos agentes da repressão quando da prática de crimes comuns contra seus opositores políticos. Entendia inexistir conformidade com a atual Constituição caso se considerasse válida interpretação que concedesse a anistia a agentes públicos responsáveis, entre outras violências, por desaparecimentos forçados, homicídios, estupro e lesões corporais. A interpretação favorável à validade do dispositivo implicaria, segundo a OAB, desrespeito ao dever do Poder Público de não ocultar a verdade, aos princípios democrático e republicano e ao princípio da dignidade da pessoa humana³⁶⁴.

O Ministro Eros Grau, relator da ADPF 153, proferiu voto pela improcedência da ação, no que foi acompanhado pela maioria dos ministros. Por sete votos a dois, prevaleceu o entendimento de que a Lei de Anistia era válida, pois revestida de um propósito conciliador e de transição entre o regime militar e a atual democracia. Um dos argumentos utilizados pelo Ministro relator foi o de que a Lei de Anistia havia sido reafirmada pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988 através do texto da Emenda Constitucional n.º 26/85³⁶⁵. Dessa forma, estaria a anistia da Lei n.º 6.683/79 integrada à nova ordem constitucional.

Sobre o argumento esboçado pela OAB de que o dispositivo afrontaria os princípios democrático e republicano, já que a lei teria sido votada por um Congresso Nacional no qual seus membros foram escolhidos indiretamente – a exemplo dos chamados “senadores biônicos” – e sancionada por um general do Exército não escolhido pelo povo, e que, por isso, o diploma deveria ter sido legitimado por um Legislativo da atual ordem cujos membros fossem escolhidos através de eleições livres, o Ministro Eros Grau teceu comentários infelizes. Afirmou com desfaçatez que, fosse referendar o argumento sobre a legitimidade do diploma como explicitado na inicial, poder-se-ia considerar inconstitucional, ao menos formalmente, toda a legislação produzida antes da Constituição de 1988, a exigir legitimação de toda essa legislação pelos parlamentares ingressos por meio de eleição livre ou diretamente pelo povo soberano, mediante referendo³⁶⁶.

O Ministro Gilmar Mendes, que também votou pela total improcedência da ADPF, foi um dos adeptos da tese de que a anistia concedida através da Lei n.º 6.683/79 representaria uma

punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares (vetado). § 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política. [...]”. In. BRASIL. Lei n.º 6.683, de 28 de agosto de 1979. Concede anistia e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm>. Acesso em: 13 set. 2015.

³⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153 (ADPF 153). Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: Ministro Eros Grau. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 29 de abr. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

³⁶⁵ Emenda Constitucional que permitiu a realização da Assembleia Nacional Constituinte.

³⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 153 (ADPF 153), op. cit.

espécie de pacto ou acordo entre as forças políticas contrárias, “apresentando-se como meio de superação da dicotomia amigo/inimigo que havia sido potencializada no período de crise precedente”³⁶⁷. Essa argumentação em torno de um suposto pacto, que teria sido imprescindível para se chegar à atual democracia, não é nova, mas ganhou força após o julgamento da ADPF 153 pelo STF³⁶⁸.

Essa linha de argumento que orientou a decisão do STF ignora o contexto político-social e institucional no qual se encontrava o país quando da publicação da referida lei. Não se pode considerar um pacto ou um acordo quando uma das “partes” (v.g., sociedade civil) não dispunha da livre expressão de sua vontade, quando inexistia, portanto, um equilíbrio de forças políticas. Mencione-se, ademais, que embora a sociedade brasileira tivesse se esforçado para compor o processo de abertura, foi ele vaticinado na forma e no tempo do regime militar³⁶⁹.

Do diálogo travado entre um poder armado estabelecido ditatorialmente há anos e uma sociedade civil carente de liberdade, vivendo uma espécie de “estado de necessidade democrática”, não se poderia esperar um pacto, e sim uma imposição mediante coação da parte mais forte. Kozicki reforça o caráter impositivo da Lei de Anistia ao afirmar que “essa lei, tal como aprovada em 1979, frustrou a vontade popular e, ao contrário do que se quer fazer crer a histórica política hegemônica, não é fruto de acordo político algum”³⁷⁰.

Propondo uma releitura da ADPF 153 sob o aspecto argumentativo e principiológico, Roesler e Senra chegam à conclusão de que a decisão, embora racional e justificada, foi incoerente, dados “... os princípios e os valores defendidos no Estado Democrático de Direito”³⁷¹. A solução emprestada ao caso, ainda que eventualmente considerada uma excepcionalidade, não se adequaria ao requisito da universalidade de seus argumentos, não podendo, portanto, ser reproduzida em caso análogo³⁷².

³⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 153 (ADPF 153). Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: Ministro Eros Grau. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 29 abr. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

³⁶⁸ DAVID, Gomes; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. Transição de constitucionalismo: aportes ao debate público contemporâneo no Brasil. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de et al. (Orgs.). **O direito achado na rua: introdução crítica à justiça de transição na América Latina**. vol. 7. Brasília: UnB, 2015, p. 185-190, p. 186.

³⁶⁹ KOZICKI, Katya. *Backlash: as “Reações Contrárias” à Decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF*. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de et al. (Orgs.). **O direito achado na rua: introdução crítica à justiça de transição na América Latina**. vol. 7. Brasília: UnB, 2015, p. 192-196, p. 192-193.

³⁷⁰ *Ibid.*, p. 193.

³⁷¹ ROESLER, Claudia Rosane; SENRA, Laura Carneiro de Mello. Lei de Anistia e justiça de transição: a releitura da ADPF 153 sob o viés argumentativo e principiológico. **Revista Sequência**. 33, 64, p. 131-160, jan. 2012, p. 159.

³⁷² *Ibid.*, p. 157-158.

O julgamento do caso *Júlia Gomes Lund e outros* pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, ocorrido em novembro de 2011, no qual o Brasil foi condenado a investigar e a processar os responsáveis pelo desaparecimento de militantes no conflito que ficou conhecido como Guerrilha do Araguaia, reacendeu a discussão a respeito da decisão do STF na ADPF 153, proferida meses antes³⁷³. Isso demonstrou não apenas o equívoco do STF ao ignorar a necessidade de se responsabilizar agentes públicos que praticaram crimes contra a humanidade, como também revelou o descontentamento dos cidadãos e da comunidade internacional (*backlash*)³⁷⁴ com o acanhamento da mais alta Corte brasileira na defesa do Estado Democrático de Direito, já que expedientes transicionais são sabidamente importantes para a retomada e o fortalecimento de uma nova cultura.

A Ação Penal 470, processada e julgada pelo STF, que ficou popularmente conhecida como “Mensalão”, rendeu alguns pontos positivos para a democracia brasileira. A prisão de importantes políticos do cenário nacional e de representantes da elite econômica, independentemente do debate em torno dos erros e dos acertos cometidos pelos ministros do STF, trouxe esperança quanto à epidêmica sensação de impunidade, sobretudo quanto aos crimes praticados pelos que detêm poder econômico e político no Brasil.

O referido julgamento, não obstante, não apagou o motivo maior para essa (ainda) constante sensação de impunidade. O STF, mesmo competente para processar e julgar originalmente diversas autoridades nacionais³⁷⁵, só em maio de 2010 condenou o primeiro político da história brasileira pós-Constituição de 1988³⁷⁶. Desse modo, levou o Supremo Tribunal quase 22 anos após a promulgação da atual Constituição para condenar uma autoridade, mesmo repleto de casos de corrupção a envolver autoridades para as quais é originalmente competente a fim de processar e julgar.

³⁷³ BAGGIO, Roberta Camineiro. Tensionamentos sociais e justiça de transição: contribuições ao constitucionalismo latino-americano. *Revista Novos Estudos Jurídicos*. vol. 19. n. 2. mai.-ago. 2014, p. 627-660, p. 647 et. seq.

³⁷⁴ Kozicki define o termo *backlash* como “... reação, resposta contrária, repercussão. Dentro da teoria constitucional, vem sendo concebido como a reação contrária e contundente a decisões judiciais que buscam outorgar sentido às normas constitucionais. Seriam, então, reações que acontecem desde a sociedade e questionam a interpretação da Constituição realizada no âmbito do Poder Judiciário. No Brasil, penso ser o caso, especialmente, das reações populares às decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas em sede de controle concentrado/abstrato de constitucionalidade. O engajamento popular na discussão de questões constitucionais não apenas é legítimo dentro dessa perspectiva, mas pode contribuir, também, para o próprio fortalecimento do princípio democrático”. In. KOZICKI, op. cit., p. 193-194.

³⁷⁵ Inciso I do artigo 102 da Constituição Federal de 1988.

³⁷⁶ Vários jornais noticiaram o “feito” na época, dos quais podemos citar como exemplo: BRÍGIDO, Carolina. Deputado Zé Gerardo é a primeira autoridade condenada pelo STF. *O Globo*. 13 jun. 2010. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/politica/deputado-ze-gerardo-a-primeira-autoridade-condenada-pelo-stf-3008687>>. Acesso em: 4 ago. 2015; SELIGMAN, Felipe. STF condena 1º parlamentar desde 1988. *Folha de São Paulo*. 13 mai. 2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc1405201012.htm>>. Acesso em: 4 ago. 2015.

As competências reservadas ao STF na Constituição são deveres estipulados pelo Constituinte, não podendo ser exercidas de forma facultativa por seus membros. No que tange à sua competência criminal originária, o Constituinte reservou-lhe papel importante no combate a crimes como o de corrupção, de essencial importância para um Estado republicano e democrático, resultando em violação ao dever de prevenção a omissão perpetrada pelo STF durante mais de duas décadas, omissão essa talvez mais danosa para a democracia do que os crimes que deveria processar e julgar, porque, diante da promoção da impunidade, acabou por facilitar o cometimento de outros crimes.

A fim de compor o atual raciocínio, o qual busca afastar uma espécie de “neutralidade política” do Judiciário brasileiro, que, como se verá no próximo capítulo, serviu e continua a servir como lugar-comum à formulação ou ao acolhimento de uma dogmática jurídica que ignora a qualidade do político, não devem ser esquecidos casos protagonizados por membros do STF que denotam comportamento distante da figura abstratizada do juiz imparcial.

Merecem destaque, nessa perspectiva, notícias veiculadas em vários periódicos nacionais que divulgavam campanhas realizadas por ministros do Supremo para que parentes ocupassem cargos de relevância do Judiciário. Segundo noticiado, o Ministro Marco Aurélio Mello tratou da indicação de sua filha, Leticia Mello, com desembargadores do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF 2ª Região). Ainda segundo a reportagem, o ministro havia afirmado que em nenhum momento pedira voto, apenas ligava para agradecer a atenção despendida à sua filha³⁷⁷.

A mesma matéria, que recebeu o sugestivo título de “Filhas da corte”, informava ainda que a filha do Ministro Luiz Fux, Marianna Fux, liderava as apostas para assumir o cargo de desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro³⁷⁸. A reportagem destacava, além do parentesco, a pouca idade para assumirem cargos tão importantes e os currículos poucos encorpados das duas candidatas, principalmente quando comparados aos de experientes advogados e advogadas de grande reconhecimento no meio jurídico³⁷⁹. No mais, divulgou-se em diversos jornais que o Ministro Luiz Fux teria constrangido, por meio de telefonemas, vários

³⁷⁷ CAMPANHA, Diógenes; COLON, Leandro. Filhas da corte. **Folha de São Paulo**. 14 jul. 2013. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/118791-filhas-da-corte.shtml>>. Acesso em: 20 set. 2015.

³⁷⁸ Logo após, no ano seguinte, Marianna Fux foi nomeada desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Ver em: LEAL, Luciana Nunes. Pezão nomeia filha de ministro do Supremo como desembargadora. **Estadão**. 8 mar. 2016. Disponível em <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,pezoa-nomeia-filha-de-ministro-do-supremo-como-desembargadora,10000020105>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

³⁷⁹ Os cargos disputados eram destinados ao preenchimento de vagas pelo Quinto Constitucional, reservadas a advogados.

conselheiros da OAB e desembargadores do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, responsáveis pela escolha, o que teria forçado a OAB/RJ a mudar o processo de seleção³⁸⁰.

A atitude dos ministros, na tentativa de influenciar a tomada de decisão quanto à nomeação para cargos em favor de suas filhas, demonstra o uso do poder resultante dos cargos que ocupam para beneficiar parentes. Em nada muda, por exemplo, a situação relatada por Schwartz em que magistrados do período colonial utilizavam-se do poder e da influência do cargo para a obtenção de ganhos pessoais³⁸¹, com a diferença de que hoje se vive numa república democrática em que essa prática é exaustivamente condenada, por subverter os valores que guarnecem o modelo estatal adotado no Brasil. É como se, no extrato fático aqui utilizado e em outros casos como a decisão sobre o auxílio-moradia, anteriormente analisada, o Judiciário brasileiro houvesse perdido qualquer referência moral de suas próprias ações.

Desejou-se aqui demonstrar que, mesmo na análise de etapas distintas e sucessivas da nossa história, o Judiciário brasileiro exerceu em todas elas um papel político influente na conformação da nossa sociedade, e esse papel não decorreu apenas de sua atividade judicante. Isso ajuda a desmistificar o dogma da neutralidade política do Judiciário, com destaque para o Judiciário brasileiro, cuja imagem foi arquitetada politicamente sob uma compreensão idealizada de um pretenso juiz de superioridade ética e moral, sem que a própria realidade na qual se achava imerso pudesse descaracterizar esse imaginário criado em torno da magistratura.

Percebe-se também que em nenhum dos momentos de grande ruptura política da nossa história (do Brasil Colônia para o Brasil Independente; do Brasil Império para o Brasil República; do governo militar para a atual democracia) o Judiciário brasileiro foi alvo de transição, absorvendo-se magistrados cunhados em ordens jurídicas distintas e antagônicas. Dessa constatação fática podem-se extrair duas conclusões que não se excluem: a existência de uma provável dificuldade dos magistrados que serviram a uma determinada fase da política nacional de se adequarem a uma nova realidade, na qual os valores apregoados conflitavam com a velha ordem, assim como constatou Rigaux na passagem da monarquia para a República de Weimar na Alemanha de 1919³⁸²; e uma surpreendente adaptabilidade do Judiciário e de seus membros, apresentando-se “neutros” não diante da política em si, mas em razão de “qual

³⁸⁰ Ver em: MARTINS, Marco Antonio; LIMA, Samantha. Pressão de Fux por nomeação da filha faz OAB/RJ alterar processo de escolha. **Folha de São Paulo**. 22 set. 2014. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/09/1519761-pressao-de-fux-por-nomeacao-da-filha-faz-oab-alterar-processo-de-escolha.shtml>>. Acesso em: 23 set. 2015.

³⁸¹ SCHWARTZ, 2011, op. cit., p. 266-268.

³⁸² RIGAUX, op. cit., p. 128.

política”, fazendo com que se mantivessem no poder independentemente de quem estivesse no comando.

Incorrer-se-ia em erro caso se transpusesse para os dias atuais, sem qualquer filtro, todo o conhecimento até aqui dissertado a respeito do Judiciário e de sua estreita relação com a política. Nada obstante, não se pode afastar, por mera conveniência, toda a história construída pelo e em torno do Judiciário, como se as razões de sua origem e o seu acúmulo histórico não reverberassem a ponto de compor sua atual representação político-institucional.

Na pior das hipóteses, o conhecimento da história propiciaria uma reflexão crítica a respeito do Judiciário, não se permitindo, com isso, a construção de uma identidade institucional pautada a partir de uma presunção quimérica, sem que lhe desfigurem a imagem as marcas adquiridas no decorrer do tempo, não carregando consigo a responsabilidade das ações práticas e das omissões em momentos delicados da nossa história, nos quais foi o Judiciário chamado ou obrigado a se posicionar, como se se travestisse de porta-voz de uma desinteressada voz do Direito.

O conhecimento da história revela-se importante, ainda, para a compreensão do papel que as instituições exercem no atual recorte social, já que a leitura do passado é fundamental para a boa compreensão do presente. Quanto ao Judiciário, conhecer a fundo o papel que vem desempenhando no Brasil ao longo dos anos, cuja posição política não guardou, como demonstrado, regular afinidade com os propósitos da democracia, ajuda a estabelecer cautela diante da presente euforia que o recobre e das teorias que o consideram como o principal conformador do princípio democrático, sobretudo quando comparado ao Executivo e ao Legislativo, com suas supostas crises de representatividade e de legitimidade.

6 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA: A RETOMADA DO DISCURSO CONSTITUCIONAL COMO PRESSUPOSTO DEMOCRÁTICO AO CONTROLE DA ATUAÇÃO POLÍTICA JUDICIAL

6.1 Judiciário, democracia e a retomada do raciocínio em torno do político

O maniqueísmo entre Estado e mercado e a demonização daquele, apresentado muitas vezes como o grande vilão de uma “epidêmica corrupção à brasileira”, é um dos exemplos citados por Jessé Souza de como privilégios podem ser eternamente reproduzidos sob a égide de premissas falsas³⁸³. Uma das pretensões de Souza é demonstrar na sua obra *A tolice da inteligência brasileira* o caráter de violência simbólica do que chamou de “racismo culturalista”, espécie de visão científica hegemônica que justifica a diferença entre as sociedades consideradas avançadas e as tachadas de sociedades em desenvolvimento³⁸⁴, o que, segundo o autor, serve tanto quanto o “racismo científico”³⁸⁵ para dualizar sociedades que seriam, nessa visão, qualitativamente distintas.

A “violência simbólica” que faz manter a abissal desigualdade social e a elevada concentração de renda no Brasil viabiliza-se (também) pelo apoderamento da “inteligência brasileira” pela pequena fatia dos mais ricos. Essa tomada da inteligência é possível na medida em que a maioria dos intelectuais se presta a desenvolver raciocínios que acabam por justificar equivocadamente as razões das contingências sociais, dispersando o debate acerca da correlação entre os problemas sociais enfrentados no Brasil e a concentração de riqueza nas mãos de poucas famílias.

Apesar de atribuir significativa influência de Parsons e da teoria da modernização³⁸⁶ nas ciências sociais brasileiras a partir de 1960, Souza enxerga primeiramente na obra *Casa-grande*

³⁸³ Vale lembrar que um dos motivos para a criação do Estado foi exatamente tornar viável a produção capitalista, a qual não encontrava mais segurança para seu desenvolvimento no modelo instável e movediço do período medieval. No mais, sabe-se que o Estado é grande aliado do mercado, disponibilizando fatia significativa de financiamentos públicos e mantendo privilégios (a exemplo de dispensa de tributos) para o desenvolvimento do setor.

³⁸⁴ SOUZA, Jessé. *A tolice da inteligência brasileira*: ou como o país se deixa manipular pela elite. São Paulo: LeYa, 2015, p. 20 et. seq.

³⁸⁵ Nas palavras de Souza, “[...] do mesmo modo que o ‘racismo científico’, que possuía projeção internacional até a década de 1920, partia da superioridade ‘racial’ dos povos brancos e de olhos azuis, a versão ‘culturalista’ do racismo parte da superioridade de certo ‘estoque cultural’ das sociedades do ‘Atlântico Norte’ como fundamento da ‘superioridade’ dessas sociedades”. Ibid., p. 20-1. Noutra oportunidade, reforça a ideia: “[...] O que outrora era legitimado como diferença racial e biológica passa a ser obtido pela noção de ‘estoque cultural’ – em um caso, o das sociedades do Atlântico Norte, cognitiva e moralmente superior, e, no exemplo das sociedades latino-americanas, cognitiva e moralmente inferior”. Ibid., p. 25.

³⁸⁶ Afirma a utilização equivocada (na verdade, fala em “esforço científico”) da teoria weberiana que visava explicar a origem da singularidade do Ocidente e do aparecimento do capitalismo apenas nessa região, o que resultou na polaridade de viés qualitativo existente ainda hoje entre o “Ocidente” (Europa Ocidental, Estados Unidos e Canadá) e o resto do mundo.

& *senzala* de Gilberto Freire, publicada na década de 1930, e depois nas obras de Sérgio Buarque de Holanda, a origem do “culturalismo brasileiro”. As noções de patrimonialismo e de personalismo trabalhadas por esses autores são ainda hoje dominantes como estigma depreciativo cultural e social dos brasileiros – fortemente entranhadas no imaginário do povo e das instituições –, como se moralmente inferiores, sempre dispostos a lançar mão de um certo “jeitinho” nas suas relações³⁸⁷. Prossegue Souza: “O mais interessante no nosso contexto é examinar o modo como o mito da brasilidade e sua celebração das virtudes ambíguas da pré-modernidade se transformam em ‘ciência’ conservadora com toda a ‘aparência de ciência crítica [...]’³⁸⁸.”

O “homem cordial” de Sérgio Buarque, embora presente em todos os ambientes da vida, é fortemente atrelado às ações do homem que atua no Estado. O patrimonialismo e a corrupção seriam, portanto, inerentes à noção de Estado, enquanto o mercado virtuoso lhe faz oposição ao se apresentar como racional e eficiente. Pondera então Souza: “[...] Ora, se todos somos ‘cordiais’, por que apenas quando estamos no Estado desenvolvemos as consequências patológicas dessa nossa ‘herança maldita’? [...] E por que, inclusive, o mercado é, ao contrário, visto como a principal vítima da ação parasitária estatal? ”.

A noção de patrimonialismo inculcada socialmente, que condena o Estado à corrupção e diviniza o mercado, fazendo crer que o “lado ruim” desse homem cordial só se desenvolve em contato com aquele, “[...] dramatiza um conflito aparente e falso [...]”³⁸⁹, eternizando as desigualdades sociais diante de uma visão distorcida e simplificada da realidade social.

Na mesma toada do raciocínio de Souza, aplicando-o ao tema aqui proposto, pode-se afirmar, diante de tudo que foi exposto nos capítulos anteriores, que o Judiciário brasileiro foi construído e reproduzido sob a ideia de um “poder neutro”, como se estivesse distante e desinteressado no debate em torno do político, sempre alheio aos momentos de instabilidade democrática, o que ainda hoje dificulta uma reflexão mais crítica a respeito do papel que vem desempenhando ao longo da história brasileira e da compatibilidade da sua vida institucional com a projeção idealizada de guardião e condutor dos bons interesses da nação no atual estágio do nosso Estado Democrático de Direito.

Carl Schmitt descreve o que para ele seriam, a partir do século XVI, etapas da vida espiritual da história europeia, cuja progressão resultou numa séria de neutralizações e de despolitizações: “[...] do teológico, passando pelo metafísico e pelo moral, ao econômico

³⁸⁷ SOUZA, Jessé. op. cit., p. 29 et. seq.

³⁸⁸ Ibid., p. 31.

³⁸⁹ Ibid., p. 35.

[...]”³⁹⁰. Já no século XVIII, o próprio pensamento teológico tornar-se-ia neutro diante da realidade, deixando Deus, por exemplo, de ser uma entidade essencial para se tornar um conceito. No século seguinte, torna-se neutro o Estado, acompanhando o Judiciário, como reflexo dessa crença, a tendência do *stato neutrale ed agnostico* do Estado liberal.

O uso do Direito enquanto técnica, extraindo-se das leis o substrato de legitimidade e de juridicidade das decisões nas resoluções de conflitos, fez nascer a crença de que na técnica jurídica se encontraria esse campo absolutamente neutro. Daí se achar, ao menos no que tange ao senso comum, que o Judiciário mantinha (e ainda mantém) um distanciamento do conteúdo político, já que as decisões dos seus membros seriam pautadas tão somente por técnicas jurídicas. Schmitt afirma que “a crença na técnica [...] baseia sua evidência apenas no fato de que se poderia crer ter encontrado na técnica o solo absoluta e definitivamente neutro. Pois aparentemente não existe nada de mais neutro do que a técnica”³⁹¹. Mas logo adverte o jurista alemão que “[...] a técnica é sempre somente instrumento e arma, e justamente porque ela serve a qualquer um, ela não é neutra”³⁹².

A tentativa da Coroa portuguesa, já no século XVII, de distanciar os membros do Judiciário da sociedade para que pudessem decidir com pretensa isenção e imparcialidade – quando a imparcialidade era, na verdade, a parcialidade em favor da própria Coroa – e a afirmação do Ministro Evandro Lins e Silva, na tentativa de ilustrar suposta isenção política de seus pares, de que os ministros do STF viviam numa espécie de “torre de marfim” no período em que se concretizou o golpe militar de 1964, parecem oportunos extratos da realidade institucional do Judiciário brasileiro que denotam, se não um conveniente imaginário criado em torno do distanciamento entre Judiciário e política, a influência do ideal da neutralidade para justificar a manutenção de sua estrutura.

A procura de uma área neutra é, nessa visão, não só tentativa de pôr fim a disputas, de se buscar a paz, mas também uma forma de consolidar uma nova política, um novo modelo de dominação, através do deslocamento do centro do poder. Dessa maneira, a neutralidade resultante da cientificidade e do poder do monarca absoluto deu lugar, após as revoluções liberais, e em nome da economia, à neutralidade da técnica e ao Estado neutro.

A posição de neutralidade não deixa de ser uma posição de acordo com o interesse sobre a realidade que se apresenta. Nessa perspectiva, nem mesmo a neutralidade é neutra. Talvez daí decorra, como visto em capítulo anterior, a inexistência na história brasileira de transição do

³⁹⁰ SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Tradução de Álvaro. L. M. Valls. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 114.

³⁹¹ Ibid., p. 115.

³⁹² Ibid., 116.

Judiciário quando da mudança de uma ordem jurídica para outra; talvez advenha desse ideal a adaptabilidade de seus membros, ainda que formados em realidades institucionais tão distintas e, não raro, antagônicas.

Vale lembrar que, assim como o atual momento do constitucionalismo, no qual se justifica a supremacia de hermeneutas com base na racionalidade e na cientificidade de suas técnicas, a onipotência do legislador (soberania do parlamento), de matriz iluminista, que ganhou notoriedade no início do século XIX com o Código de Napoleão, antes de se transformar em “dogma” (ou de ser reconhecido como tal), repousava sua crença nesses mesmos valores da racionalidade e da cientificidade. Assim, a “neutralidade” da técnica do intérprete constitucional de hoje parece derivar da “neutralidade” do onipotente legislador de outrora, e esta da “neutralidade” do monarca absoluto, o que indica que em todos esses momentos da história humana o discurso da neutralidade da técnica e da cientificidade foi utilizado para atender à consolidação de um domínio político.

O conceito de neutralidade até aqui exposto refere-se à neutralidade no seu sentido negativo, ou seja, aquela que se afasta da decisão política³⁹³, na qual seria o Estado (e conseqüentemente o Judiciário) um meio técnico, instrumental, e por isso completamente despolitizado³⁹⁴. Admitir que essa ideia do Judiciário politicamente neutro conduziu à percepção ainda hoje incutida na sociedade de seu afastamento da política, o que lhe proporciona certa blindagem quando do debate em torno do político, não é o mesmo que afirmar essa neutralidade na realidade concreta, a ponto de, por isso, creditar todas as “fichas” da atual democracia e da interpretação constitucional na consciência imaculada por uma natural elevação moral dos membros do Judiciário.

Carl Schmitt afirma ainda uma suposta neutralidade do juiz, espécie de significação positiva do conceito de neutralidade (ou seja, que conduz a uma decisão), a qual se traduziria em objetividade e imparcialidade sobre a base de uma norma reconhecida³⁹⁵. Para Schmitt, “[...] só o compromisso com a lei (que contém compromissos de conteúdo) possibilita a objetividade e com isso esta espécie de neutralidade [...]; esta neutralidade conduz, não há dúvida, a uma decisão, mas não à decisão política”³⁹⁶.

³⁹³ Em razão da ambigüidade da palavra “neutralidade”, Carl Schmitt ensaia um quadro no qual aponta as diversas significações e funções do conceito de neutralidade do Estado quanto à política interna. SCHMITT, op. cit., 1992, p. 123-128.

³⁹⁴ A neutralidade enquanto concepção instrumental do Estado seria uma das formas de significação negativa do Estado. Ibid., p. 124.

³⁹⁵ SCHMITT, Carl. Op. cit., 1992, p. 127.

³⁹⁶ Ibid.

A neutralidade atribuída por Schmitt ao Judiciário o afastaria da decisão política. Assim, a interpretação da Constituição, documento para ele essencialmente político, não poderia ser realizada pelo Judiciário, um poder apolítico. É aqui que reside o equívoco do jurista alemão.

Mesmo que, sob o ponto de vista teórico, Schmitt atribua neutralidade ao Judiciário, essa neutralidade nunca existiu sob o aspecto empírico. Irreal seria acreditar na aplicação automática das leis pelo juiz, como se não lhe sobrasse nenhum espaço para o exercício do poder político. Surreal exigir o afastamento do magistrado de todos os valores acumulados durante sua vida para poder decidir. Dizer então que o Judiciário é (ou deve ser) neutro é um erro, até mesmo para o contexto histórico no qual estava inserido Carl Schmitt. Para alguém que se mostrava tão obsessivo pela experiência, o jurista de Plettenberg afastou-se, nesse ponto, da realidade concreta que tanto alardeava, para se perder, obstinado em apontar uma cerrada contradição entre Direito e Política³⁹⁷, no campo do idealismo.

Na atual fase do constitucionalismo brasileiro, o que mais preocupa não parece ser a judicialização das políticas públicas em si, já que não se pode admitir hoje em dia a completa inércia do Judiciário diante das omissões inconstitucionais perpetradas pelos demais poderes da República. O simples desejo de garantia da eficácia dos direitos fundamentais, principalmente quanto a direitos sociais básicos, não pode e não deve sacrificar gerações a esperar a mobilização política do Legislativo e do Executivo, tudo em nome da defesa de um equilíbrio estático entre esses poderes.

A legitimação do Estado na contemporaneidade vai além da clássica discussão a respeito da separação dos poderes e do princípio majoritário, o que não significa afirmar que esse debate já tenha sido superado e que mereça, por isso, esquecimento. No entanto, deve-se admitir que os poderes da república não são um fim em si mesmo, devendo obediência ao povo não só enquanto princípio (legitimação que justifica a formação do Estado), mas também enquanto fim (legitimação que justifica a atuação do Estado), principalmente quando esse Estado se revela republicano e democrático. Dessa forma, a legitimidade do Estado está (também) intimamente ligada, como bem lembra Krell, à “[...] satisfação das necessidades da sociedade, que somente pode ser alcançada mediante a realização de políticas públicas por parte do Poder Público”³⁹⁸.

A preocupação recai aqui sobre a forma como o Judiciário, em especial o STF, vem realizando a tarefa de interpretar a Constituição no atual momento do constitucionalismo

³⁹⁷ LAURIA, Carlos Romero; NETO, Paulo. Op. cit., p. 73.

³⁹⁸ KRELL, Andreas J. Para além do fornecimento de medicamentos para indivíduos. O exercício da cidadania jurídica como resposta à falta de efetivação dos direitos sociais: em defesa de um ativismo judicial moderado no controle de políticas públicas. In: CATÃO, Adualdo et al. (Orgs.). **O Judiciário e o discurso dos direitos humanos**. vol. 2. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2012, p. 135-179, p. 135.

brasileiro. Principalmente quando se admite, como já demonstrado, que a decisão judicial guarda também viés de conteúdo político e que o Judiciário brasileiro, com a justificativa de efetivação de direitos fundamentais, não vem sequer observando os métodos interpretativos que, por vezes, menciona em suas decisões, utilizando-os apenas como argumento de autoridade, a forçar uma aparente erudição do julgador, e exercitando de forma preocupante uma espécie de “neoconstitucionalismo à brasileira”.

Na atual era das valorações, os métodos interpretativos assumem papel fundamental no Estado de Direito, porque servem para indicar, de forma fundamentada, as razões que levaram o juiz a concluir em determinado sentido, afastando-se, com isso, eventuais dúvidas quanto à “justeza” da decisão e quanto às boas intenções do intérprete/aplicador. Talvez seja essa uma das mais convincentes formas de legitimação da decisão judicial em tempos de superavaliação da atividade judiciária.

Não é preciso grande esforço para notar que a jurisprudência produzida pelo Judiciário brasileiro não vem seguindo uma sistematicidade argumentativa que aponte para a construção de um direito de viés científico, como assim se propõe, em tese, essa vertente da teoria constitucional contemporânea. Nessa perspectiva, diante da privação de uma concreta instrumentalização das teses neoconstitucionais na construção sistemática e argumentativa para a resolução dos conflitos jurídicos, sendo muitas vezes citadas como adorno discursivo de uma solução personalista do juiz, o político característico da discricionariedade positivista que se visa superar renova-se diante da ausência das técnicas hermenêuticas que se propõem científicas e racionais.

A tomada da Moral pelo Direito no atual constitucionalismo acabou por aprofundar a crise da Política a ponto de marginalizá-la, sendo agora vista como um campo amoral, lugar onde tudo pode acontecer. Sob o pretexto de se superar a discricionariedade atribuída ao positivismo, o Judiciário brasileiro, ao desatender à obrigação de fundamentação que lhe é imposta pelo Constituinte e ao ignorar o efetivo exercício das técnicas de interpretação que vêm justificando o prefixo “neo”, acaba por se lançar sobre o decisionismo político, só que agora de forma muito mais perigosa do que a apontada (e criticada) na opositora corrente positivista que se queria superar, já que revestidas (e camufladas) suas decisões com o manto da moralidade.

No atual estágio do constitucionalismo, a vinculação da decisão judicial a regras metodológicas é de fundamental importância para a manutenção do Estado de Direito, conferindo segurança aos destinatários da decisão e auxiliando na arregimentação de uma previsibilidade jurisprudencial. A produção criativa do intérprete não pode ser um espaço sem

regras³⁹⁹, onde “tudo-pode”, haja vista não competir aos juízes “... decidir subjetivamente, de acordo com seu senso de justiça”⁴⁰⁰, ou, como critica incisivamente Streck, utilizar-se de uma espécie de “[...] critério inquisitivo do julgador”⁴⁰¹, devendo a construção da norma pelo juiz e o resultado do processo respeitar as normatizações predeterminadas nas leis e na Constituição.

6.2 O resgate do discurso constitucional democrático como freio ao avanço político do Judiciário brasileiro

Revela-se um equívoco a defesa da Constituição sob a ótica restrita da norma jurídica, haja vista se descartar, com essa perspectiva, a realidade concreta que circunscreve toda a vida constitucional. Como se pôde observar, a decisão jurídica, em especial aquela que contém conteúdo constitucional, carrega consigo o político, devendo por isso a política, aqui entendida como exercício de poder necessário à produção do Direito, ser também objeto de preocupação dos juristas.

Essa preocupação com o político deve se estender a dois momentos diferentes, mas que estão inevitavelmente interligados: o primeiro é o da formação da Constituição como resultado da decisão do titular do poder constituinte, que, para uma democracia, recai na figura do povo⁴⁰²; o segundo refere-se ao momento da produção da norma jurídica a partir do exercício do elemento decisório pelo juiz ao proferir uma decisão.

Retornando ao confronto entre Carl Schmitt e Hans Kelsen abordado no capítulo 3, a respeito de quem deve ser o guardião da Constituição, pode-se afirmar que os dois momentos acima apontados, sobre os quais recai a preocupação com o político, representam a trincheira teórica entre esses juristas na perspectiva aqui levantada: Schmitt indica a decisão do poder constituinte como fundamental, pois desvelaria a essência política da própria Constituição. “A Constituição, portanto, vale em virtude da vontade política existente tomada pelo poder constituinte [...]”⁴⁰³. Dessa forma, toda e qualquer interpretação do texto constitucional teria natureza política, porque contaminada com a essência política do objeto interpretado.

Kelsen, por sua vez, elegeu o momento da decisão judicial para rebater a afirmação de Schmitt de que o Judiciário não decidiria politicamente. Para o jurista austríaco, tendo-se o conceito do político como exercício de poder, a margem decisória discricionária atribuída pelo

³⁹⁹ Nesse sentido, critica Andreas Krell o uso indiscriminado dos princípios, sem o devido apoio em regras tradicionais de metodologia para a produção da decisão. Para mais, ver KRELL, op. cit., 2013, p. 109.

⁴⁰⁰ GRAU, op. cit., 2013, p. 16 e p. 22.

⁴⁰¹ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 26.

⁴⁰² SCHMITT, op. cit., 1996, p. 47.

⁴⁰³ BERCOVICI, op. cit., 2003a, p. 94.

legislador ao juiz na produção do Direito revelaria um caráter também político da decisão judicial.

Sob o aspecto ontológico, adotando-se a ideia de poder constituinte como a “[...] mais alta expressão do poder político [...]”⁴⁰⁴, como vontade política⁴⁰⁵, um poder histórico, “interconstitucional”⁴⁰⁶, na qual a Constituição repousa numa decisão política, não se pode fugir à condição também política do texto constitucional. No entanto, essa constatação não leva a afirmar que toda e qualquer decisão judicial que realiza interpretação constitucional é necessariamente política, como acreditava Carl Schmitt, a ponto de negá-la ao Judiciário, considerado por ele como apolítico.

A Constituição de um país de trato democrático é, em sua essência, um documento político que (re) produz fórmulas jurídicas (regras e princípios), sendo estas resultantes de escolhas políticas do seu povo. Nesse sentido, Hesse afirma que “questões constitucionais não são, originariamente, questões jurídicas, mas sim políticas [...]”⁴⁰⁷. Supor, no entanto, que “[...] o mero fato do embasamento de uma sentença em normas constitucionais [...]”⁴⁰⁸ a tornaria automaticamente numa decisão (apenas) política é ignorar o conteúdo jurídico de todo o ordenamento.

Por outro lado, condensar toda a problemática que envolve a Constituição numa dimensão técnico-interpretativa do Direito, fazendo crer que os conflitos que dela exsurtem devem ser resolvidos com o manuseamento de técnicas, induz a um equívoco que acaba por afastar questões tidas como centrais no Estado Democrático de Direito, como a própria democracia.

Adverte Bercovici que, “[...] com a tendência dos constitucionalistas se limitarem à esfera exclusivamente jurídica, acabam perdendo a visão da vida constitucional de um país, desprezando a esfera política e a realidade social”⁴⁰⁹. E completa, reafirmando o caráter político do processo constitucional e denunciando a atual tendência do constitucionalismo, que intenta

⁴⁰⁴ SILVA, José Afonso da. **Teoria do conhecimento constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 226.

⁴⁰⁵ SCHMITT, op. cit., 1996, p. 93.

⁴⁰⁶ Para Saldanha, “[...] o poder constituinte, distinto dos poderes constitucionais, pode ser chamado um poder preconstitucional, ou interconstitucional: pois liga uma Constituição a outra, continuando-se através delas; toda Constituição deve tacitamente prever sua substituição, e ao poder constituinte, no sentido de fonte de poder constitucional, suprapositivo, se atribui a faculdade de superar as constituições anteriores”. In SALDANHA, Nelson. **O poder constituinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 83-4. Ver, ainda, BERCOVICI, Gilberto. O poder constituinte do povo no Brasil: um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte. **Lua Nova**, São Paulo, n. 88, p. 305-325, 2013b, p. 314.

⁴⁰⁷ HESSE, op. cit., p. 9.

⁴⁰⁸ KRELL, op. cit., 2012, p. 147.

⁴⁰⁹ BERCOVICI, op. cit., 2013a, p. 14.

reduzir o debate constitucional em torno da interpretação e aplicação das normas constitucionais ao entender a Constituição exclusivamente como norma jurídica:

O direito constitucional não é meramente técnico, mas é político, pois deve tratar da difícil relação da constituição com a política. A Constituição não pode ser compreendida de forma isolada da realidade, pois é direito político, isto é, a Constituição está situada no processo político. A normatização unilateral da Constituição gerou sua dessubstancialização, ignorando seu caráter político. O entendimento da Constituição exclusivamente como norma jurídica provocou a ampliação das questões versando sobre interpretação e aplicação do direito constitucional, hoje no centro do debate constitucional. A jurisdição constitucional, assim, assumiu a pretensão de reduzir e concentrar nela toda a problemática da teoria da Constituição, abandonando questões centrais, como a da democracia⁴¹⁰.

A crença cega no normativismo autônomo e na qualidade idealizada do bom juiz, com sua moral e seu juízo excelsos, dotado de certa virtude que não se pode encontrar nos demais indivíduos, a ponto de se creditar à interpretação constitucional realizada pelo Judiciário a potência necessária (e quase exclusiva) para efetivar a Constituição, escapa à boa e equilibrada reflexão crítica que merece o conhecimento constitucional e a realidade que o cerca. O desprezo à política, tomando para si – “homens do Direito” – o sentimento constituinte⁴¹¹, revela a atitude soberba dos juristas diante dos demais atores sociais, a exemplo do Poder Legislativo.

A objetividade do acervo histórico aqui apresentado comprova que a tarefa constitucional não se realiza exclusivamente no credo à autonomia normativa da Constituição. Assim como não se pode definir a economia política através da “[...] fria tentativa de compreender apenas o mercado e as mercadorias [...]”⁴¹², da mesma forma parece imprudente traduzir a Constituição à exclusividade do conhecimento da norma jurídica e de sua divisão entre princípios e regras. É preciso, acima de tudo, compreender a realidade que cerca o fenômeno constitucional, a exemplo de sua própria formação, da vida institucional do Judiciário, principal intérprete e conformador eleito pela atual dominante vertente teórica constitucional, e como esse modelo vem refletindo na nossa democracia.

Essa preocupação é ainda maior quando considerado o Judiciário brasileiro e a sua falta de deferência democrática. Como exposto no capítulo anterior, da análise do comportamento do Judiciário em diversos períodos da história brasileira pôde-se concluir que sua atuação não se restringiu ao exercício da função primária de processar e julgar. Na verdade, sua posição de

⁴¹⁰ BERCOVICI, op. cit., 2013a, p. 14-5.

⁴¹¹ Sundfeld afirma, em suma, que o debate em torno da Constituição não se assenta no seu conteúdo, mas no sentimento constituinte, o que seria fundamental para a constitucionalização do Direito no Brasil. Esse sentimento, no entanto, foi apoderado por juristas e Tribunais. Nesse sentido, afirma Sundfeld: “O sentimento constituinte é, em suma, uma atitude soberba, construída na base do desprezo aos políticos (‘impuros’), que autoriza os homens do Direito (‘puros’) a elaborar, no interior de seu próprio mundo (as Academias e os Tribunais), soluções jurídicas para problemas administrativos, econômicos, sociais e de organização política, com relativa autonomia frente à ordem legal editada pelo Poder Legislativo [...]”. In SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para cééticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 346.

⁴¹² ALMEIDA; LIMA, op. cit., p. 432.

destaque na sociedade não permite a conveniência do discurso da neutralidade e da imparcialidade para afastar o debate político em torno do seu papel na dinâmica social, como se seus membros se posicionassem num patamar acima dos demais homens, a ponto de torná-los impermeáveis a qualquer influência política e alheios às vicissitudes da comunidade em que atuam.

A história mostra, com certa objetividade, que a atividade da magistratura brasileira não era exclusivamente judicial, quiçá exercida com predominância, a depender da etapa da história relevada. Essa observação conduz a uma reflexão a respeito da afirmação de Hirschl, para o qual “o Poder Judiciário não cai do céu; ele é politicamente construído [...]”, levando-o em seguida a afirmar que o fortalecimento do controle de constitucionalidade bem como a constitucionalização dos direitos verificados na atualidade são resultados de um “[...] pacto estratégico liderado por elites políticas hegemônicas, sempre ameaçadas, para procurarem isolar suas preferências políticas contra mudanças promovidas pela política democrática, em associação com elites econômicas e jurídicas que possuem interesses compatíveis”⁴¹³.

Mesmo que a visão de Schmitt seja, *a priori*, exagerada ou equivocada, por supor que o político da Constituição contaminaria toda decisão judicial que realizasse sua interpretação, isso não interfere na acertada compreensão inicial da existência do político na Constituição. Sob esse prisma, ciente de que esse político resulta, numa democracia, da decisão do poder constituinte do povo, serve esse entendimento como contraponto ao protagonismo político do Judiciário, alertando a respeito da necessidade de uma reação também política com vistas a frear o decisionismo inquisitivo que atualmente impera no Poder Judiciário brasileiro.

A perspectiva aqui lançada, no entanto, mais se assemelha à “Constituição política total” teorizada por Hermann Heller. Defende Heller que toda Constituição estatal (Constituição política total) contém uma Constituição não normada (não normativa) e uma Constituição normada (normativa), compreendendo esta ainda a normada juridicamente e a normada extrajudicialmente⁴¹⁴. A Constituição não normada é aquela reconhecida na própria realidade social, no plano do “ser”, enquanto a Constituição normada identifica-se com o plano do “dever-ser” e é forjada através da produção do texto constitucional. “[...] Vale dizer, a Constituição é

⁴¹³ No original: “Judicial power does not fall from the sky; it is politically constructed [...]. [...] strategic pact led by hegemonic yet increasingly threatened political elites, who seek to insulate their policy preferences against the changing fortunes of democratic politics, in association with economic and judicial elites who have compatible interests”. In HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2004, p. 49. Bercovici, nesse sentido, denuncia que “[...] o ativismo ampliado dos tribunais, inclusive, tem servido muito mais para preservar a ordem de mercado e limitar o poder de atuação do Estado do que para garantir ou ampliar direitos fundamentais [...]”. In BERCOVICI, 2013a, op. cit., p. 335.

⁴¹⁴ HELLER, op. cit., 1998, p. 318.

o resultado da integração dialética do ‘ser’ e do ‘dever-ser’ que, conjuntamente, conformam a realidade social e a normatividade jurídica, na configuração do Estado”⁴¹⁵.

Segundo Heller, o “ser” e o “dever-ser” não podem ser considerados completamente separados no conceito de Constituição⁴¹⁶. É mais adequado para a democracia, portanto, que o teórico constitucional não menospreze a importância nem do político nem do jurídico na análise da Constituição. A exclusão do político reduziria a Constituição ao conceito de norma jurídica, nublando-a materialmente ao renegá-la enquanto realidade social concreta; já o interesse somente pelo político impingiria situação de insegurança e instabilidade, na medida em que seria a Constituição o limite do interesse circunstancial de quem dita a política, sendo impossível invocá-la com vistas à normalidade ou ao equilíbrio caso se avocasse interesse contrário ao daquele que estaria a definir a pauta constitucional num determinado momento.

A teoria constitucional deve dar importância à hermenêutica jurídica, mas sua preocupação não deve limitar-se às suas técnicas. Sua necessidade de teoria transcende os apontamentos da dogmática jurídica, apresentando-se como caminho natural de observação, por exemplo, a história e a política, sendo impossível “[...] compreender mesmo a realidade normativa constitucional sem tais elementos”⁴¹⁷.

O conhecimento constitucional deve sempre levar em conta aquele que interpreta a Constituição, sua história, sua vida institucional, seu perfil (se democrático ou não), porque, a partir do momento em que interpreta, a ela também pertence. Interpretar é também escolher, e as escolhas do intérprete darão o tom semântico ao texto constitucional.

O ideal democrático não encontra guarida naquele que, sob o pretexto de firmar direitos fundamentais, desconsidera a ordem constitucional e ignora o dever de fundamentar suas decisões, neste ponto destacando-se o necessário exercício da boa-fé ao relacionar o método interpretativo e/ou a teoria da argumentação usada como adorno e sua efetiva adoção na construção da decisão. Ao descumprir esse dever de fundamentar, a prática no atual constitucionalismo brasileiro em nada difere, sob o olhar do decisionismo, da discricionariedade atribuída a correntes do positivismo, e que, em parte, serviu exatamente como uma espécie de “divisor de águas” entre “o velho e o novo”.

O livre exercício do poder político pelo Judiciário, travestido de “decido conforme minha consciência” ante a “liberdade criativa do intérprete”, é contraditório (e ilegítimo) quando pensado sob a perspectiva do princípio democrático. É que, como assinala Heller, a

⁴¹⁵ FREITAS, op. cit., p. 37.

⁴¹⁶ HELLER, op. cit., 1998, p. 318.

⁴¹⁷ ALMEIDA; LIMA, op. cit., p. 421.

democracia é “... uma forma de governo que, fundamentalmente, não reconhece poder algum de Direito que não dependa da vontade de todo o povo”⁴¹⁸, não se podendo aceitar, por isso, que um poder constituído exerça de forma absoluta sua função, ainda que justifique a legitimidade dos seus atos na efetivação de direitos fundamentais.

Fora da democracia, como bem lembra Heller, não existe outra possível legitimação do poder⁴¹⁹. Assim, sob o aspecto prático, o Judiciário brasileiro, com sua prática política deliberada, em nada se afastaria da figura de um déspota que justifica a legitimidade de práticas autoritárias com a concessão de medidas consideradas populistas.

Não se pode ignorar, contudo, a potência institucional do Judiciário na defesa das liberdades e o seu relevante papel na conformação democrática, especialmente quando intermedeia a realização dos direitos fundamentais do homem na sociedade⁴²⁰. Dessa forma, independentemente de eventual momento de fragilidade representativa do Legislativo e do Executivo, o Poder Judiciário não pode disso se valer para justificar o patrocínio do decisionismo político na esfera de juridicidade, devendo, assim como os demais poderes, sofrer limitação que permita sua adequação ao regime democrático.

Pouco se fez para enfrentar a crescente tomada do político pelo Judiciário. Merece menção, no entanto, a proposta de emenda à Constituição n.º 33/2011 (PEC 33/2011), que intenciona maior rigidez na declaração de inconstitucionalidade de leis pelos tribunais – passando de 3/5 para 4/5 a quantidade mínima necessária de votos –, condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo STF à apreciação do Congresso Nacional e submete a consulta popular a decisão do STF que declare a inconstitucionalidade material de emendas constitucionais, da qual discorde o Congresso Nacional⁴²¹.

A proposta intenta, ressalvada a judicialização das relações sociais, combater o ativismo judicial exagerado do STF, o qual, segundo se pode ler na justificação da proposta, deixou há

⁴¹⁸ “... una forma de gobierno que, fundamentalmente, no reconoce poder alguno de Derecho que no dependa de la voluntad del pueblo todo”. HELLER, Hermann. **Las ideas políticas contemporáneas**. Tradução de Manuel Pedrodo. Barcelona: Editorial Labor S.A., 1930, p. 63.

⁴¹⁹ “[...] La Democracia en sí, es decir, esa idea dominante de que toda fuerza política o social sólo puede justificarse por la voluntad de los que están sometidos a ella, se mantiene tan firme, que sin reparo alguno puede afirmarse que hoy, fuera de la Democracia no existe otra posible legitimación del poder [...]”. In *Ibid.*, p. 90.

⁴²⁰ Nesse sentido, afirma Mariano “[...] que o Judiciário, agora, está comprometido com uma nova atuação, que deve ser dirigida à defesa e à concretização dos direitos fundamentais, em oposição à concepção clássica do constitucionalismo francês, imortalizada na imagem do juiz ‘boca da lei’”. In MARIANO, op. cit., p. 144.

⁴²¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. PEC N.º 33/2011. 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. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

muito de ser um *legislador negativo* para se tornar um *superlegislativo*. Críticos da PEC n.º 33/2011 veem-na como grave ameaça à autonomia e à independência do Judiciário, já que sua eventual aprovação ensejaria o enfraquecimento da sua capacidade de fiscalizar os demais poderes e instituições.

Bercovici e Lima entendem pela constitucionalidade da referida proposta, sob o correto argumento de que ao Judiciário, poder constituído assim como o Legislativo e o Executivo, não é reservada a soberania, sendo, por isso, submetido (e limitado) às leis e à Constituição, razão pela qual se faz necessário seu controle, sob pena de incorrer em abuso de suas funções e no consequente comprometimento da democracia⁴²². Denunciam, ainda, que a reação contrária ao controle democrático sobre o Judiciário é motivada, em especial, pela “[...] repulsa a qualquer forma de ampliação da participação popular direta nas decisões políticas essenciais, como pretende a PEC n.º 33/2011”⁴²³.

Rocha, já em 2009 (ou seja, antes do surgimento da PEC n.º 33/2011), apontava para a dissonância entre a súmula vinculante, que intenta a defesa dos valores igualdade e certeza jurídica, e o próprio princípio democrático. Diante disso, sugere algumas formas que poderiam conciliar a súmula vinculante com o princípio democrático, a exemplo da possibilidade de oitiva dos congressistas, o que, segundo ele, atenuaria a ilegitimidade da decisão do STF. Indica, ainda, a mudança do processo de recrutamento dos ministros como uma importante forma para legitimar as decisões do STF, com a participação ativa do Congresso Nacional na escolha de seus membros e a permanência no cargo de ministro por tempo determinado⁴²⁴.

Outra proposta de emenda constitucional, a PEC n.º 35/2015⁴²⁵, reacende discussões travadas no calor da Constituinte de 1986/87, entre as quais a vitaliciedade dos ministros do Supremo que, segundo a justificção da proposta, traz inúmeros riscos à estabilidade institucional. Assim, propõe a fórmula do mandato fixo de dez anos, evitando-se, com isso, que um ministro ocupe o cargo por décadas e que venha a presidir mais de uma vez o STF.

A proposta retira ainda a liberdade absoluta do presidente da República para nomear ministros do Supremo, cabendo sua escolha entre uma lista tríplice a ser indicada por um colegiado composto pelos presidentes dos tribunais superiores, pelo presidente do Tribunal de Contas da União, pelo Procurador-Geral da República e pelo presidente do Conselho Federal

⁴²² BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martônio Mont’Alverne Barreto. Separação de poderes e a constitucionalidade da PEC N.º 33/2011. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 18, n. 3, p. 785-801, set./dez. 2013, p. 796.

⁴²³ *Ibid.*, p. 799.

⁴²⁴ ROCHA, José de Albuquerque. **Súmula vinculante e democracia**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 128-129.

⁴²⁵ BRASIL. Senado Federal. PEC N.º 35/2015. Altera o art. 101 da Constituição Federal, para modificar a forma de escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120337>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

da Ordem dos Advogados do Brasil⁴²⁶. No mais, com o propósito de evitar o uso do cargo como canal imediato de entrada para a política partidária, estabelece a inelegibilidade por cinco anos dos ministros, após o término do mandato, para qualquer cargo eletivo.

A maior reação ao protagonismo judicial talvez tenha sido a exclusão do “livre convencimento” no texto do novo Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015), que passou a produzir seus efeitos a partir de março de 2016⁴²⁷. O § 1º do artigo 489 traz, ainda, critérios objetivos que devem ser observados quando da fundamentação da decisão, não sendo considerada fundamentada decisão judicial que, por exemplo, empregue conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto da sua incidência no caso.

A ruptura vem gerando bastante polêmica, principalmente quanto à regra que estabelece a necessidade de o juiz enfrentar “todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar” a conclusão por ele adotada (art. 489, § 1º, IV). Essa exigência poderia comprometer a efetividade processual, elevando o tempo médio de duração de um processo judicial⁴²⁸, o que afetaria a observância do princípio da duração razoável do processo.

Por outro lado, impingir a necessidade de fundamentação proporcionaria maior legitimidade e qualidade às decisões, o que geraria maior convencimento dos jurisdicionados e, conseqüentemente, implicaria aumento da credibilidade democrática do Judiciário. “Consciente” será o juiz que visar atingir essas expectativas, já que, “[...] em uma democracia e com uma Constituição compromissória como a brasileira, não é possível pensar a figura do juiz como ‘acima das partes’ ou o ‘guardião-da-parte-que-falhou’”⁴²⁹.

⁴²⁶ Mariano, citando a Proposta de Emenda Constitucional n.º 342/2009, do então deputado federal pelo Maranhão Flávio Dino, igualmente defende a periodicidade de investidura dos ministros do STF e a mudança no modelo de indicação e nomeação. Ver em MARIANO, op. cit., p. 195-196.

⁴²⁷ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Estabelece o novo Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 21 fev. 2016.

⁴²⁸ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Os desafios do juiz no CPC/2015. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca (Org.). **Magistratura**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 383-402, p. 399.

⁴²⁹ STRECK, op. cit., 2015, p. 34.

7 CONCLUSÃO

A preocupação acadêmica que fez despertar o interesse nesta pesquisa repousa, como informado na parte introdutória, na forma como o Judiciário vem se comportando no atual momento do constitucionalismo brasileiro. Em especial, analisou-se se o *modus operandi* por ele adotado confronta a expectativa de um Estado Democrático, mesmo justificando a legitimidade de sua atuação na tarefa primeira de efetivação dos direitos fundamentais dispostos no texto constitucional.

Da análise crítica de pontos sistematicamente ordenados, pôde-se atingir a expectativa desta pesquisa, extraindo-se conhecimento suficiente e oportuno para lançar um olhar crítico, diante das exigências da democracia, sobre o Judiciário e sobre o protagonismo que ele vem assumindo na comunidade brasileira.

O neoconstitucionalismo tem causado fascínio nos juristas brasileiros, especialmente naqueles cuja ineficácia do texto constitucional, com baixa sobreposição à realidade, provoca inquietação e desesperança. Essa vertente da teoria constitucional contemporânea, que reúne um sem-número das mais diferentes correntes doutrinárias, visa à superação do antigo paradigma constitucional de dominação teórica positivista, a qual se atribui a responsabilidade pela ineficácia constitucional em razão de um formalismo que reduzia a legitimidade à legalidade. No mais, responsabilizou-se o positivismo jurídico, e o formalismo dele derivado, pelas escaladas de regimes totalitários na Europa, sendo o mais notório deles o governo nazista na Alemanha das décadas de 1930 e 1940.

No plano normativo, a infinidade de direitos derivados do constitucionalismo social continuava represada, sofrendo-se da mesma inefetividade que motivou a transição ideológica do Estado Liberal para o Estado Social. A programaticidade das normas reduzia a Constituição a um programa político, e sua eficácia dependia exclusivamente da vontade política, não se podendo, por isso, reivindicar judicialmente direitos nela contidos. Ao juiz não era permitido atuar fora dos ditames legais, mas apenas como interlocutor do legislador, sob pena de se caracterizar o exercício ilegítimo do poder político.

O reconhecimento da Constituição como norma jurídica, atribuindo-se imperatividade às normas constitucionais, em especial conferindo aos princípios natureza jurídica, foi passo fundamental para se chegar às bases teóricas do atual constitucionalismo. A força normativa que agora manifesta a Constituição permitiu aos jurisdicionados mobilizar o Judiciário para reivindicar o gozo dos direitos a eles reservados pelo constituinte no texto constitucional, resultando daí a escalada do protagonismo do Poder Judiciário.

A mobilidade do juiz na feitura da norma deu-se sobretudo em razão do acentuado número de princípios e de conceitos jurídicos indeterminados contidos na Constituição, com suas aberturas semânticas e elevada carga axiológica. Com isso, a tradicional subsunção tornou-se obsoleta, ao menos quanto à resolução de *hard cases*, desenvolvendo a dogmática jurídica técnicas específicas de interpretação e aplicação da Constituição.

A era das valorações exibiu não só uma evolução quanto à materialização da Constituição, como também “se exibiu” ante a discricionariedade positivista, apresentando-se racional e científica na forma de decidir, diversamente do decisionismo defendido por teóricos do positivismo, a exemplo de Hans Kelsen. Com a liberdade de escolha, o juiz deixa de seguir a cartilha estrita da legalidade, apresentando-se agora não apenas como um mero aplicador, mas como um intérprete “criativo” da Constituição e das leis.

A criatividade do juiz finca-se do terreno do construtivismo científico, da racionalidade prática, assenhoreando-se o magistrado de técnicas hermenêuticas e de teorias da argumentação para melhor decidir. Sua função agora parece ainda mais nobre, já que teria o condão de transformar a realidade com a realização material da Constituição (e vice-versa), estabelecendo forte conexão entre os planos fático e normativo.

Marco histórico do neoconstitucionalismo no Brasil⁴³⁰, a Constituição de 1988 previu que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais teriam aplicabilidade imediata (§ 1º, artigo 60). Além disso, surge na década de 1980 uma bandeira levantada por alguns juristas de que a Constituição, enquanto norma jurídica, deveria incidir diretamente, realizando-se na realidade social e política através da imediata efetivação de suas normas. Essa bandeira, à qual se atribuiu o nome de “doutrina brasileira da efetividade”, era, na verdade, uma modalidade de *positivismo de combate*, não havendo ainda, naquele momento, debate jurídico em torno da argumentação moral.

O debate sobre teorias principiológicas e de estudos que envolviam direito e moral alcançaria relevância ainda na década de 1990, experimentando o neoconstitucionalismo ampla divulgação logo no começo deste século XXI, com a publicação da obra *Neoconstitucionalismo(s)*, do jurista mexicano Miguel Carbonell. O encantamento dos juristas com a referida vertente, no entanto, além da efetivação de direitos fundamentais, não levou em conta o conseqüente incremento de poder (e de funções) do Judiciário, permitindo-lhe usufruir de um excessivo poder normativo através da abertura de espaços que autorizavam o livre e criativo exercício da atividade do juiz.

⁴³⁰ BARROSO, op. cit., 2005a, p. 321-22. Ainda em BARROSO, op. cit., 2006, p. 483, e SARMENTO, op. cit., p. 85-6.

Alguns juristas logo perceberam que essa abertura levou, na prática, ao que se denominou de “neoconstitucionalismo à brasileira”, no qual a racionalidade prometida com o uso de técnicas deu lugar a uma atuação personalista do juiz. Em razão disso, conclui-se que a discricionariedade positivista combatida pelos neoconstitucionalistas renovou-se, ou melhor, fortificou-se, ao permitir com a livre criatividade do juiz um decisionismo agora revestido de discurso racional e envolto numa capa moral.

Diante desse novo fenômeno, o debate em torno do conteúdo político da decisão judicial se avigorou, renovando o embate Carl Schmitt e Hans Kelsen a respeito do guardião da Constituição. Enquanto Schmitt acreditava que toda interpretação da Constituição deteria um caráter político, desaconselhando a tarefa de interpretá-la ao Judiciário, por ele considerado apolítico, Kelsen admite o caráter também político da decisão judicial, afirmando que a diferença entre o político da legislação e o da jurisdição seria apenas quantitativa, e nunca qualitativa. Assim, a margem de discricionariedade conferida pelo legislador ao juiz indicaria a proporção do político quando da sua decisão, enquanto a “moldura” legal revelaria o grau de vinculação (predeterminação) do julgador ao texto.

Com o objetivo de confirmar a natureza de uma decisão judicial, optou-se pelo estudo do conteúdo da decisão monocrática proferida pelo Ministro do STF Luiz Fux na medida cautelar da Ação Originária 1.773/DF⁴³¹, que concedeu tutela antecipada e garantiu a todos os juízes federais ajuda de custo para fins de moradia (auxílio-moradia). A escolha dessa decisão como paradigma se deu pelos seguintes motivos: mesmo monocrática, trata-se de uma decisão formulada por membro da Corte Constitucional brasileira; envolve interesse do Judiciário, o que possibilita observar mais claramente a efetividade da chamada “autocontenção” exercida pelo STF; a enorme repercussão que a medida causou.

A fim de contextualizar a teoria gradualista de Hans Kelsen ao fenômeno do Judiciário objeto de nossa preocupação, outros dois critérios foram observados: se mesmo diante de uma predeterminação constitucional, o magistrado opta por decidir fora do arcabouço estabelecido pelo legislador; se o magistrado se preocupa em aplicar corretamente o método hermenêutico utilizado para chegar à sua conclusão e a justificar a sua escolha, priorizando o dever de fundamentar suas decisões. A análise foi conclusiva no sentido de afirmar que, sob o aspecto quantitativo, a decisão do STF possui um perfil que mais evidencia uma natureza política do que jurídica do seu conteúdo. O discurso político que foi identificado, não obstante, restou além

⁴³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática na medida cautelar da Ação Originária 1.773/DF. Dimis da Costa Braga e outros(as) e União. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ, 17 set. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4395214>>. Acesso em: 27/8/2015.

da margem de generalidade mencionada por Hans Kelsen, revelando-se uma espécie de “política privada”, egocêntrica, e, por isso, ilegítima.

Diante do decisionismo político identificado na atual prática judicial, o próximo passo foi resgatar elementos históricos do Judiciário a fim de saber se ele manteve durante sua vida institucional diálogo com valores consagrados pela democracia. Constatou-se, da análise de etapas distintas da nossa história, a inexistência de deferência democrática pelo Judiciário brasileiro, o qual não foi alvo de transição em nenhum dos momentos de ruptura política. No mais, decisões do STF e o comportamento de alguns de seus ministros já no pós-1988 sugerem um distanciamento dos princípios republicano e democrático.

A imagem consolidada socialmente de um Judiciário neutro, desinteressado no jogo político, ainda hoje se impõe como barreira na análise crítica sobre o seu papel na história, dificultando o reconhecimento da sua potência política e do perigo para a democracia ao se permitir o atual modelo de protagonismo que vem realizando, que se mostra ainda mais grave do que a discricionariedade positivista, porque revestido de um discurso de refinamento científico e de valoração moral. O reconhecimento da política do Judiciário brasileiro, tanto sob o aspecto histórico-institucional quanto sob a ótica do decisionismo político de suas decisões judiciais, é essencial para, compreendendo a (sua) realidade, envidar esforços no sentido de estabelecer o equilíbrio necessário a um Estado Democrático.

Algumas reações à tomada do político pelo Judiciário já começam a aparecer, como é o caso das propostas de emenda à Constituição n.º 33/2011 e n.º 35/2015, e da exclusão do “livre convencimento” no texto do novo Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/2015). Não obstante, essas mudanças (ou propostas de mudanças) ainda se revelam pequenas diante do real perigo que o agigantamento do Poder Judiciário impõe à democracia brasileira.

As implicações resultantes do decisionismo patrocinado pelo Judiciário brasileiro, o qual, como se viu, vem ignorando a proposta interpretativa de caráter científico e racional do atual estágio do constitucionalismo, afastam a possibilidade de uma saída estritamente jurídica para o problema. É que, inexistindo uma limitação clara a respeito da atuação do intérprete constitucional, quase tudo serve para justificar uma decisão judicial, encorajando-se o magistrado a se manifestar sem que lhe seja necessário explicar a legitimidade do caminho percorrido que o fez concluir sobre uma determinada forma e não outra, ou melhor, sem expor de forma clara a fundamentação jurídica que reveste o caso por ele analisado.

Difícil compatibilizar com os valores democráticos a atuação de um Judiciário “justiceiro”, que exercita uma espécie de “política privada e egocêntrica”, ao não observar seu dever constitucional de fundamentar suas decisões, inclusive quanto à aplicação concreta de

técnicas hermenêuticas e teorias da argumentação, muitas vezes utilizadas apenas como adorno erudito e argumento de autoridade, num exercício narcisista de “diletantismo ou refinamento”⁴³².

Não é tarefa das mais fáceis fugir do usual já arquitetado e construir uma racionalidade de argumentação com base nos fenômenos da própria realidade, com vistas a afastar a imagem do Judiciário “neutro” e “politicamente correto” que foi lapidada durante séculos. No entanto, é este o primeiro passo para que se possa superar o “jogo de espelhos”⁴³³ entre a lógica abstrata sobre a qual foi moldado o senso comum em torno do Judiciário – e sobre a qual especula parte significativa da dogmática jurídica nacional – e a realidade que nos é historicamente apresentada, na qual foi possível identificar um Judiciário ativamente político, sem uma consistente consciência democrática, mas que agora se põe como principal (e talvez único) capaz de realizar a Constituição e consolidar a democracia.

Desconstituir a imagem do Judiciário moldado sob a ideia de neutralidade, politicamente inofensivo, para reconhecê-lo como ator influente no processo político, com sua inconsistência democrática, permite o real confronto do seu “estado de coisas” com os valores republicano e democrático adotados pelo Constituinte. Enxergar o político que envolve todo o Judiciário é essencial para entender a importância do controle democrático sobre os excessos por ele cometidos, afastando-se, com isso, o dogma de que toda e qualquer prática do Judiciário estaria blindada por sua independência e pela autonomia funcional de seus membros. Além disso, o reconhecimento do político tornaria mais confiável à realidade concreta o trabalho da dogmática jurídica na formulação ou na adaptação de teorias que visem satisfazer a Constituição, levando-se sempre em conta os possíveis efeitos para a democracia brasileira.

⁴³² ALMEIDA; LIMA, op. cit., p. 420.

⁴³³ Expressão usada por Jessé Souza na obra “*A tolice da inteligência brasileira...*”. In. SOUZA, op. cit., p. 163.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Neoconstitucionalismo: vale a pena acreditar. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, vol. 7, n. 12, Jan.-Jun., 2015, p. 196-214.
- AGU diz que decisão de Fux sobre auxílio-moradia de juízes é ilegal. **Consultor Jurídico**. 2 out. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-out-02/agu-decisao-fux-auxilio-moradia-juizes-ilegal>>. Acesso em: 21 ago. 2015.
- AGU pede ao STF suspensão de auxílio-moradia de magistrados. **Congresso em Foco**. 02 out. 2014. Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/agu-pede-ao-stf-suspensao-do-pagamento-de-auxilio-moradia-a-juizes-federais/>>. Acesso em: 22 ago. 2015.
- ALBUQUERQUE, Newton de Menezes. **Teoria política da soberania**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- ALMEIDA, Plínio Régis Baima de. LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. Constituição e idealismo – o dilema da efetivação constitucional sem a política. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de. **Teoria do Direito em debate: estudos em homenagem ao professor Arnaldo Vasconcelos**. Florianópolis: Conceito, 2014, p. 419-436.
- ALMEIDA FILHO, Agassiz. **Formação e estrutura do Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ALVES, José Carlos Moreira. Discurso de instalação da Assembleia Nacional Constituinte. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 24, n. 93, p. 5-14, jan./mar., 1987.
- ALVES JR., Luís Carlos Martins. **O Supremo Tribunal Federal nas constituições brasileiras**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- _____. **Memória jurisprudencial: Ministro Evandro Lins**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2009.
- ANDRADE, Paes de; BONAVIDES, Paulo. **História constitucional do Brasil**. Brasília: Paz e Terra Política, 1988.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do estado**. 22. ed. Porto Alegre: Globo, 1983.
- BAGGIO, Roberta Camineiro. Tensionamentos sociais e justiça de transição: contribuições ao constitucionalismo latino-americano. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. vol. 19. n. 2. maio-ago., 2014, p. 627-660.
- BALEIRO, Aliomar. **Constituições brasileiras: 1891**. 2. ed. Brasília: Senado Federal, 2001.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (Orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 111-147.

BARROSO, Luís Roberto. O que foi sem nunca ter sido. Uma proposta de reformulação. In: BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Tomo I. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 189-198.

_____. O novo direito constitucional e a constitucionalização do direito. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto (Orgs.). **Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005a, p. 321-331.

_____. A doutrina brasileira da efetividade. In: BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005b, p. 61-77.

_____. Neoconstitucionalismo e transformações do direito constitucional contemporâneo. In: ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes; LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto (Orgs.). **Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, p. 481-492.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BATOCHIO, Lígia Lamana. A interpretação do STF quanto aos efeitos da decisão no mandado de injunção. In: COUTINHO A., Diogo R.; VOJVODIC, Adriana M. (Coords.). **Jurisprudência constitucional: como decide o STF?** São Paulo: Malheiros, 2009, p. 161-175.

BERCOVICI, Gilberto. Carl Schmitt, O Estado Total e o Guardião da Constituição. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. São Paulo, n. 1, p. 195-201, jan./jun. 2003a.

_____. A Constituição dirigente e a crise da teoria da Constituição. In: BERCOVICI, Gilberto et al. (Orgs.). **Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003b, p. 75-150.

_____. **Constituição e estado de exceção permanente: atualidade de Weimar**. Rio de Janeiro: Azougue, 2004.

_____. **Soberania e constituição: para uma crítica do constitucionalismo**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013a.

_____. O poder constituinte do povo no Brasil: um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte. **Lua Nova**, São Paulo, n. 88, p. 305-325, 2013b.

BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. Separação de poderes e a constitucionalidade da PEC n. 33/2011. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 18, n. 3, p. 785-801, set./dez. 2013.

BESSA, Leandro Sousa. A dicotomia ser/dever no pensamento de Hans Kelsen. In: VASCONCELOS, Arnaldo (Coord.). ARAGÃO, Nilsiton R. A.; VIANA, Renata N. (Orgs.). **Temas de epistemologia jurídica**. Vol. 2. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

_____. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução de Márcio Pugliese, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

_____. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Teoria constitucional da democracia participativa:** por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 set. 2015.

_____. Lei Complementar n. 35, de 14 de março de 1979. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp35.htm>. Acesso em: 27 ago. 2015.

_____. Lei n. 6.683, de 28 de agosto de 1979. Concede anistia e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm>. Acesso em: 13 set. 2015.

_____. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Estabelece o novo Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 21 fev. 2016.

_____. Câmara dos Deputados. PEC nº 33/2011. 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. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

_____. Senado Federal. PEC n. 35/2015. Altera o art. 101 da Constituição Federal, para modificar a forma de escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120337>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática na medida cautelar da Ação Originária 1.773/DF. Dimis da Costa Braga e outros (as) e União. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ, 17 set. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4395214>>. Acesso em: 27/8/2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153 (ADPF 153). Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: Ministro Eros Grau. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 29 de abr. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em 20 nov. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 712. Sindicado dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará e Congresso Nacional. Relator: Ministro Eros Grau. Julgamento em 27 out. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em 22 ago. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Questão de ordem no Mandado de Injunção 107-3/DF. Requerente: José Emídio Teixeira Lima. Requerido: Presidente da República. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Moreira Alves. DJ, 21 set. 1990. Ementário n. 1595-1.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 670/ES. Sindicato dos servidores policiais civis do Estado do Espírito Santo e Congresso Nacional. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Julgamento em 25 out. 2007.

_____. Assembleia Nacional Constituinte de 1987. Anteprojeto aprovado pela Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público em 25 de maio de 1987. Relator Plínio de Arruda Sampaio. Seção de documentação parlamentar. Vol. 119. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-119.pdf>>. Acesso em: 4/12/2015.

_____. Assembleia Nacional Constituinte de 1987. Anteprojeto inicial da Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público. Relatório sobre a organização do Poder Judiciário e do Ministério Público. Relator Plínio de Arruda Sampaio. Vol. 114. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-114.pdf>>. Acesso em: 4/12/2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. José Carlos Moreira Alves. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stf&id=10>> Acesso em: 7/1/2016.

BRÍGIDO, Carolina. Deputado Zé Gerardo é a primeira autoridade condenada pelo STF. **O Globo**. 13 jun. 2010. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/politica/deputado-ze-gerardo-a-primeira-autoridade-condenada-pelo-stf-3008687>>. Acesso em: 4/8/2015.

BULLA, Beatriz. Ministro do STF dá auxílio-moradia a todo Judiciário. **Revista Exame**. 26 set. 2014. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/ministro-do-stf-da-auxilio-moradia-a-todo-o-judiciario>>. Acesso em: 22/8/2015.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Os desafios do juiz no CPC/2015. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca (Org.). **Magistratura**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 383-402.

CAMPANHA, Diógenes; COLON, Leandro. Filhas da corte. **Folha de São Paulo**. 14 jul. 2013. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/118791-filhas-da-corte.shtml>>. Acesso em: 20 de set. 2015.

CARVALHO, José Murilo de. **A construção da ordem: a elite política imperial**. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

_____. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CARVALHO, Lucas Borges de. Caminhos (e descaminhos) do pluralismo jurídico no Brasil. In: LIXA, Ivone M.; VERAS NETO, Francisco Q.; WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 13-36.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. **Muda Brasil: uma Constituição para o desenvolvimento democrático**. 2. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1986.

_____. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. O Judiciário no Brasil, segundo Comparato (1). Disponível em: <http://outraspalavras.net/brasil/o-judiciario-no-brasil-sugundo-comparato-1/>. Acesso em: 20 nov. 2015.

- _____. O Judiciário no Brasil, segundo Comparato (2). Disponível em: <http://outraspalavras.net/brasil/o-judiciario-no-brasil-segundo-comparato-2/>. Acesso em: 20 nov. 2015.
- CORRÊA, Oscar Dias. A missão atual do Supremo Tribunal Federal e a Constituinte. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 160, p. 1-31, abr./jun., 1985.
- CUNHA, Djason B. Della. O pluralismo jurídico e a ética do direito à alteridade. In: **Revista do Instituto Brasileiro de Direito Humanos**. V. 2, n. 2 (2001). Fortaleza: Instituto Brasileiro de Direito Humanos, 2001.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do Poder Público**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- _____. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **O futuro do estado**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. **Elementos de teoria geral do estado**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010a.
- _____. **Constituição e constituinte**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010b.
- _____. **A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao século XXI**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- DAVID, Gomes; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. Transição de constitucionalismo: aportes ao debate público contemporâneo no Brasil. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de et al. (Orgs.). **O direito achado na rua: introdução crítica à justiça de transição na América Latina**. vol. 7. Brasília: UnB, 2015, p. 185-190.
- Desembargador defende auxílio-moradia para ir a Miami comprar terno. E para não ter depressão. **Gazeta do Povo**. 31 out. 2015. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/blogs/caixa-zero/desembargador-defende-auxilio-moradia-para-ir-a-miami-comprar-terno-e-para-nao-ter-depresao/>. Acesso em: 21 ago. 2015.
- DIDIER JR., Fredie. Teoria do processo e teoria do direito: o neoprocessualismo. In: **Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial**. Vol. 2. Org. DIDIER JR., Fredie. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 257-263.
- DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006.
- _____. A relevância prática do positivismo jurídico. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 102, p. 215-253, jan./jun. 2011.
- DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição**. São Paulo: Landy, 2006.
- ESTEVES, Bruna de Bem. O que mudou no entendimento do STF sobre os efeitos do mandado de injunção? In: GORZONI et al. (Orgs.). **Jurisdição constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 141-157.
- FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Globo, 2001.
- FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1995.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Mandado de injunção: do formalismo ao axiologismo? O que mudou? Uma análise crítica e reflexiva da jurisprudência do STF. In: CATTONI, Marcelo; MACHADO, Felipe (Coords.). **Constituição e processo: entre o Direito e a Política**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 13-29.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel (Editor). **Neoconstitucionalismo (s)**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 13-29.

FERRAZ, Luciano de Araújo; MOTTA, Fabrício; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Servidores públicos na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FLORY, Tomas. **Judge and jury in Imperial Brazil, 1808 – 1871: social control and political stability in the new State**. Latin American monographs, n. 53. Austin: University of Texas Press, 1981.

FREITAS, Hudson Couto Ferreira de. **Teoria(s) do poder constituinte: visão clássica, visão moderna e visão contemporânea**. Belo Horizonte: Arraes, 2010.

FREITAS, Lígia Barros de; KOENER, Andrei. O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo. **Lua Nova**, São Paulo, n. 88, p. 141-184, 2013.

FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal**. São Paulo: Global, 2013.

GIBBON, Edward. **Os cristãos e a queda de Roma**. Tradução de José Paulo Paes e Donalson M. Garschagen. São Paulo: Penguin Classics/Companhia das Letras, 2012.

GOMIDE, Raphael; SALLES, Lívia Cunto. Juízes estaduais e promotores: eles ganham 23 vezes mais do que você. **Revista Época**. 12 jun. 2015. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/tempo/noticia/2015/06/juizes-estaduais-e-promotores-eles-ganham-23-vezes-mais-do-que-voce.html>>. Acesso em: 21 ago. 2015.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. **O direito posto e o direito pressuposto**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel. **Neconstitucionalismo (s)**. Madri: Editorial Trotta, 2009, p. 49-73.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: RCS Editora, 2005.

HELLER, Hermann. **Las ideas políticas contemporáneas**. Tradução de Manuel Pedrodo. Barcelona: Editorial Labor S.A., 1930.

_____. **Teoría del estado**. Tradução de Luis Tobío. 2. ed. México: FCE, 1998.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2004.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

HORTA, José Luiz Borges. **História do Estado de Direito**. São Paulo: Alameda, 2011.

KOZICKI, Katya. Backlash: as “Reações Contrárias” à Decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. et al. (Orgs.). **O direito achado na rua:**

introdução crítica à justiça de transição na América Latina. vol. 7. Brasília: UnB, 2015, p. 192-196.

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. **Memória jurisprudencial**: Ministro Ribeiro da Costa. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. Quem deve ser o guardião da Constituição? In: **Jurisdição constitucional**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KOERNER, Andrei. **Judiciário e cidadania na construção da república brasileira**. São Paulo: Hucitec, 1998.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

_____. Para além do fornecimento de medicamentos para indivíduos. O exercício da cidadania jurídica como resposta à falta de efetivação dos direitos sociais: em defesa de um ativismo judicial moderado no controle de políticas públicas. In: CATÃO, Adualdo et al. (Orgs.). **O Judiciário e o discurso dos direitos humanos**. vol. 2. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2012, p. 135-179.

_____. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

LAURIA, Carlos Romero; NETO, Paulo. **A decisão constitucional vinculante**. São Paulo: Método, 2011.

LEAL, Luciana Nunes. Pezão nomeia filha de ministro do Supremo como desembargadora. **Estadão**. 8 mar. 2016. Disponível em <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,pezaonomeia-filha-de-ministro-do-supremo-como-desembargadora,10000020105>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**. 5. ed. São Paulo: Alga-Omega, 1986.

LIMA, Martônio Mont’Alverne Barreto. A Guarda da Constituição em Hans Kelsen. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. São Paulo, n. 1, p. 203-209, jan./jun. 2003a.

_____. A importância de uma cultura democrática no Poder Judiciário. In: Lília Maia de Moraes Sales (org). **A cidadania em debate**: estudos sobre a efetivação do direito na atualidade. n. 1. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2003b, p. 161-171.

_____. Democracia no Poder Judiciário. In: **Revista Direito e Liberdade**. Mossoró. v. 1, n. 1, p. 317-330, jul./dez. 2005.

LUCHETE, Felipe. Auxílio-moradia de juiz não pode ser menor que de promotor, diz Fux. **Consultor Jurídico**. 22 set. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-set-22/auxilio-moradia-juiz-nao-menor-promotor-fux>>. Acesso em: 27 ago. 2015.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARIANO, Cynara Monteiro. **Legitimidade do direito e Poder Judiciário**: neoconstitucionalismo ou poder constituinte permanente? Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

MARTINS, Marco Antonio; LIMA, Samantha. Pressão de Fux por nomeação da filha faz OAB/RJ alterar processo de escolha. **Folha de São Paulo**. 22 set. 2014. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/09/1519761-pressao-de-fux-por-nomeacao-da-filha-faz-oab-alterar-processo-de-escolha.shtml>>. Acesso em: 23 set. 2015.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. Positivismo jurídico e autoritarismo político: a falácia da *Reductio ad Hitlerum*. In. DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Coords.). **Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?** São Paulo: Método, 2008, p. 103-127.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade “órfã”. In. **Novos Estudos**. Tradução de Martônio Lima e Paulo Albuquerque. São Paulo: CEBRAP, n. 58, nov. 2000, p. 183-202.

MEIRELLES, Hely Lopes; MENDES, Gilmar Ferreira; WALD, Arnaldo. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELO, Raissa de Lima e. **Pluralismo jurídico: para além da visão monista**. Campina Grande: EDUEO, 2001.

MELLO FILHO, José Celso de. **Notas sobre o Supremo Tribunal (Império e República)**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAIS, José Luis Bolzan de. STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria geral do estado**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição**. São Paulo: Método, 2008.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Tradução de Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. **Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo**. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NEVES, Marcelo. **O abuso de princípios no Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-abuso-de-principios-no-supremo-tribunal-federal>>. Acesso em: 17 jun. 2014.

NOGUEIRA, Octaciano. **Constituições brasileiras: 1824**. Brasília: Senado Federal, 2001.

NUNES, Castro. **Teoria e prática do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1943.

OLIVEIRA, Herzeleide Maria Fernandes de. Mandado de injunção. **Revista de Informação Legislativa**, v. 25, n. 100, p. 47-62, out./dez. 1988.

PASSARINHO, Nathália. Supremo nega pedido da AGU para suspender auxílio-moradia a juízes. **G1**. 10 out. 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2014/10/supremo-nega-pedido-da-agu-para-suspender-auxilio-moradia-juizes.html>> Acesso em: 21 ago. 2015.

- PRADO, Eduardo. **Fastos da ditadura militar no Brasil**. São Paulo: Livraria Magalhães, 1923.
- QUEIROZ, Maria Isaura Pereira de. **O mandonismo local na vida política brasileira**. São Paulo: Institutos de estudos brasileiros, 1969.
- RICHARD, Lionel. **A República de Weimar (1919-1933)**. Tradução de Jônatas Batista Neto. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- RIGAUX, François. **A lei dos juízes**. Tradução de Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.
- _____. **Súmula vinculante e democracia**. São Paulo: Atlas, 2009.
- RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal: defesa do federalismo (1899-1910)**. Tomo II. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.
- _____. **História do Supremo Tribunal Federal: Doutrina Brasileira do Habeas-Corpus (1910-1926)**. Tomo III. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: FGV, 2013.
- ROESLER, Claudia Rosane; SENRA, Laura Carneiro de Mello. Lei de Anistia e justiça de transição: a releitura da ADPF 153 sob o viés argumentativo e principiológico. **Revista Sequência**. 33, 64, p. 131-160, jan. 2012.
- SALDANHA, Nelson. **O poder constituinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLET, André L. F.; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti de. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 73-113.
- SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007a.
- _____. **Legalidade e legitimidade**. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007b.
- _____. **Teologia política**. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- _____. **Teoría de la Constitución**. Tradução de Francisco Ayala. Madri: Alianza Editorial, 1996.
- _____. **O conceito do político**. Tradução de Álvaro. L. M. Valls. Petrópolis: Vozes, 1992.
- SCHWARTZ, Stuart B. **Sovereignty and Society in Colonial Brazil – The High Court of Bahia and its judges: 1609-1751**. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1975.
- _____. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial: o Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores, 1609-1751**. Tradução de Berilo Vargas. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- SELIGMAN, Felipe. STF condena 1º parlamentar desde 1988. **Folha de São Paulo**. 13 mai. 2010. Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc1405201012.htm> >. Acesso em: 4/8/2015.

- SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. **Escritos y discursos de la Revolución**. Tradução de Ramón Máiz. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- SILVA, Evandro Lins e. **O salão dos passos perdidos**: depoimento ao CPDOC. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.
- _____. **Teoria do conhecimento constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 115-143.
- SOARES, Evanna. Validade e valor da norma jurídica em Hans Kelsen e Carlos Cossio. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **Teoria do direito em debate**: Estudos em homenagem ao Professor Arnaldo Vasconcelos. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, p. 155-170.
- SOUZA, Jessé. **A tolice da inteligência brasileira**: ou como o país se deixa manipular pela elite. São Paulo: LeYa, 2015.
- STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- _____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- SUNDFELD, Carlos Ari Vieira. Princípio é preguiça? In: BARBIERI, Catarina Helena Cortada. MACEDO JR., Ronaldo Porto (Orgs.). **Direito e interpretação**: racionalidades e instituições. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 287-305.
- _____. **Direito administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- VALE, Osvaldo Trigueiro. **O Supremo Tribunal Federal e a instabilidade político-institucional**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1976.
- VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial “à brasileira”. In: **Revista Direito GV**, São Paulo 4(2), p. 407-440, jul./dez. 2008.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, 4 (2), p. 441-464, jul./dez. 2008.
- VILLA, Marco Antonio. **A história das constituições brasileiras**: 200 anos de luta contra o arbítrio. São Paulo: Leya, 2011.
- WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José Cavalleiro de Macedo. **Direito e justiça no Brasil Colonial**: o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, 1751-1808. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- WOLKMER, Antonio Carlos. **Elementos para uma crítica do Estado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990.
- _____. **História do Direito no Brasil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.