

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS**  
**Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito**

Renata Martins de Souza

**DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DE MASSAS:  
da necessária expansão dos canais de acesso ao STF a novos atores  
sociais e a ressignificação da esfera pública jurídica.**

Belo Horizonte  
2020

Renata Martins de Souza

**DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DE MASSAS:  
da necessária expansão dos canais de acesso ao STF a novos atores  
sociais e a ressignificação da esfera pública jurídica.**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção de título de Doutora em Direito.

Orientador: Prof. Dr. José de Oliveira Baracho Júnior.

Área de concentração: Direito Público.

Belo Horizonte

2020

## FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

S729d Souza, Renata Martins de  
Da jurisdição constitucional de massas: da necessária expansão dos canais de acesso ao STF a novos atores sociais e a ressignificação da esfera pública jurídica / Renata Martins de Souza. Belo Horizonte, 2020.  
210 f.

Orientador: José de Oliveira Baracho Júnior  
Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.  
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF) - Jurisprudência. 2. Jurisdição constitucional - Brasil. 3. Comunicação de massa - Aspectos jurídicos - Brasil. 4. Democracia. 5. Defensoria pública - Brasil. 6. Poder judiciário e questões políticas. 7. Acesso à justiça - Brasil. 8. Legitimidade - Brasil. 9. Desigualdade social - Brasil. I. Baracho Júnior, José de Oliveira. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 347.919

Ficha catalográfica elaborada por Fernanda Paim Brito - CRB 6/2999

Renata Martins de Souza

**DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DE MASSAS:  
da necessária expansão dos canais de acesso ao STF a novos atores  
sociais e a resignificação da esfera pública jurídica.**

---

Prof. Dr. José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior (Orientador) - PUC Minas

---

Prof. Dr. Mário Lúcio Quintão Soares - PUC Minas

---

Prof. Dr. Edimur Ferreira de Faria - PUC Minas

---

Prof. Dr. Franklyn Roger Alves Silva - Universidade Cândido Mendes - Ucam

---

Prof. Dr. Bruno Camilloto Arantes – Universidade Federal de Ouro Preto - Ufop

---

Suplente: Prof. Dr. Lucas de Alvarenga Gontijo - PUC Minas

---

Suplente: Prof. Dr. Álvaro Ricardo de Souza Cruz - PUC Minas

Belo Horizonte, Belo Horizonte, 04 de fevereiro de 2020

## **AGRADECIMENTOS**

Aos assistidos da Defensoria Pública, pela grandeza de cada uma das histórias que vivi.

Aos meus familiares, amigos, combativos colegas defensores públicos, professores e alunos, por compartilharem comigo esse encantamento e por sempre me incentivarem a ser alguém melhor do que eu sou! De forma especial, aos meus pais, Terezinha e Joaquim, e ao meu esposo Rogimar, pela cumplicidade e pelo afeto.

Ao meu orientador, professor Dr. José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior, por sua contribuição decisiva para o desenrolar da pesquisa e para o meu referencial de docência.

A Deus, por tudo!

[...] o poder no Brasil sempre se estruturou à margem do cidadão. Na verdade, não é que o povo seja marginal ao poder estatal brasileiro. Esse é que nunca quis se misturar' com o povo e faz a sua própria história à margem daquele. [...] O poder público no Brasil tem sido, tradicional e infelizmente, muito pouco público, muito pouco do povo. Ele é exercido não pelo povo ou em seu nome e interesse, mas por uns poucos grupos que o dominam desde os primórdios, em seu nome e em seu próprio e único interesse (Carmén Lúcia Antunes Rocha)

## RESUMO

Com o objetivo de apontar caminhos para o aprofundamento da democracia brasileira, esta tese, além de explorar os impactos da centralidade da Constituição e as principais causas da ascensão do Poder Judiciário, com suporte numa leitura interdisciplinar, apresentou, por meio de breve abordagem histórica da modernidade brasileira, como se desenrola um processo de naturalização da desigualdade a partir de exclusões proporcionadas pelo próprio Estado. Demonstrou, ainda, que o grande desafio do projeto democrático brasileiro é a construção de um modelo capaz de promover a gradual superação do padrão estrutural de desigualdade no País, que aflige enorme contingente de subcidadãos, excluídos do projeto da sociedade vigente. Com efeito, observou-se que a despeito das modificações substanciais que o constitucionalismo abstrato tem sofrido, o acesso à justiça, assim como o exercício do poder político, permanece sendo privilégio de uma pequena parcela da população brasileira. Desse modo, com vistas a remover tais obstáculos, o foco principal do trabalho consistiu em repensar o acesso à jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal (STF). Empregou-se a metodologia essencialmente bibliográfica e, ao final, apresentou-se uma conclusão que aposta na ampliação dos canais de acesso à jurisdição constitucional de massas, precipuamente, por meio da mutação constitucional, de forma a possibilitar a superação da interpretação restrita e rígida do inciso IX do artigo 103 da Constituição, por parte do STF. Assim, as entidades de classe, cujos membros tenham por função a proteção de interesses de pessoas vulneráveis e hipossuficientes, tais como a Associação Nacional dos Defensores Públicos (que congrega defensores públicos de todo o País), também estariam aptas a manejar o mecanismo de controle abstrato de constitucionalidade, possibilitando a incorporação do marginalizado pelo Poder Judiciário, viabilizando sua emancipação por meio da participação cidadã na formação da decisão e na narrativa jurídica.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional de massa. Controle abstrato de constitucionalidade. Democracia participativa. Inclusão de novos atores. Defensoria Pública.

## **ABSTRACT**

This thesis has the objective of pointing out ways to deepen Brazilian democracy and explores the impacts of Constitution's centrality and the main causes of the rise of the Judiciary. Supported by interdisciplinary literature, it presents, through a brief historical approach of Brazilian modernity, how an inequality naturalization process results from the exclusions provided by the State. It have also demonstrated that the great challenge of the Brazilian democratic process is the construction of a model capable of promoting the gradual overcoming of structural inequality pattern in Brazil, which affects an enormous group of sub-citizens, excluded from the current society project. In fact, we have observed that despite the substantial changings affecting abstract constitutionalism, the access to justice, as well as the exercise of political power, remains a privilege of a small part of the Brazilian population. That way, aiming to remove these obstacles, the work focused in rethinking the access to the constitutional jurisdiction of the Supreme Court of Brazil (STF). We applied a primarily bibliographic methodology and, as conclusion, we bet on the expansion of the mass access to constitutional jurisdiction, especially trough the constitutional mutation, in order to overcome the limited and rigid interpretation by the STF of the item IX of the article 103 of the Constitution. Thereby, the class entities, which function is to protect the vulnerable and disadvantaged people's interests, such as The National Public Defenders Association (Anadep), which congregates public defenders all over the country, would be able to handle the abstract constitutionality control mechanism. Thus, it would be possible to incorporate the outcasts by Judiciary, enabling their emancipation through citizen participation in decision formation and juridical narrative.

Keywords: Mass constitutional Jurisdiction. Abstract constitutionality control. Participative democracy. Inclusion of new actors. Public defender.



## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

Art. – Artigo

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Anadep – Associação Nacional dos Defensores Públicos

CR – Constituição da República

Inc. – Inciso

Min. – Ministro

Procurador Geral da República – PGR

STF – Supremo Tribunal Federal

TSE – Tribunal Superior Eleitoral

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>15</b>
<b>2 DO PARADIGMA CONSTITUCIONAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....</b>	<b>21</b>
2.1 O sentido e a influência do paradigma no sistema jurídico .....	21
2.2 O paradigma constitucional do Estado Liberal .....	24
2.3 O paradigma constitucional do Estado Social .....	31
2.4 O paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito .....	38
2.5 O critério procedimental da legitimidade do Direito: a proposta discursiva de Habermas .....	48
<b>3 DOS ENTRAVERES À CONSOLIDAÇÃO DA DEMOCRACIA: A DESIGUALDADE SOCIAL, A SUBCIDADANIA E O ESTADO DE EXCEÇÃO NA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA .....</b>	<b>61</b>
3.1 Das raízes da desigualdade e a seletividade na sociedade brasileira.....	64
3.2 O simbolismo da linguagem do Direito e o estado de exceção na vivência social brasileira .....	77
<b>4 DA EXPANSÃO DO PODER JUDICIÁRIO E OS RISCOS DO ATIVISMO JUDICIAL.....</b>	<b>91</b>
4.1 Gênese do positivismo jurídico: sua insuficiência metodológica e sua renovação a partir da perspectiva argumentativista.....	92
4.2 A doutrina do <i>judicial review</i> e os riscos do voluntarismo judicial .....	108
<b>5 DA TÉCNICA DECISÓRIA DO MINIMALISMO JUDICIAL .....</b>	<b>123</b>
5.1 Dos fundamentos teóricos do minimalismo judicial:.....	126
5.2 As vantagens da adoção da postura minimalista em julgados do STF e a relativização da dificuldade contramajoritária no Brasil .....	134
<b>6 DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DE MASSAS: DA NECESSÁRIA ABERTURA DOS CANAIS DE ACESSO AO STF A NOVOS ATORES SOCIAIS.....</b>	<b>145</b>
6.1 O acesso à justiça: o papel da Defensoria Pública na consolidação do regime democrático e na reversão dos padrões de desigualdade .....	148
6.2 Do fortalecimento do sistema de controle abstrato no Brasil: do descompasso entre teoria e prática. ....	162
6.3 O mito da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. ....	173
6.4 Da necessária ressignificação do controle abstrato de constitucionalidade no Brasil por via da mutação constitucional.....	181
<b>7 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>194</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A crise das instituições públicas, o redimensionamento do Estado, em especial, a partir do paradigma social, o momento delicado atravessado pela democracia brasileira e a necessidade de garantir engajamento cívico ao cidadão marginalizado, a fim de que possa reconhecer-se não apenas como destinatário, mas sobretudo como autor da lei à qual se encontra submetido e legítimo participante da esfera pública do discurso jurídico, torna imprescindível a reflexão sobre o fenômeno da jurisdição constitucional, em especial diante da ascensão do Poder Judiciário no mundo e no Brasil nas últimas décadas.

Os limites e as possibilidades do exercício da jurisdição constitucional são alguns dos grandes temas contemporâneos do Direito, na medida em que se reconhece que não há mais como dissociar o texto normativo do seu contexto factual, como preconiza o positivismo. Práticas hermenêuticas estritamente formalistas cedem espaço à compreensão da experiência normativa como fruto de um processo que surge da correlação entre a norma, os dados da realidade e o ato hermenêutico, considerado o constante dinamismo de uma sociedade, cada vez mais complexa e plural.

O reconhecimento da força normativa da Constituição, o papel central que os direitos humanos ocupam no constitucionalismo mundial, bem como a ampliação dos instrumentos processuais de controle de constitucionalidade no Brasil, contribuem para o chamado protagonismo do Poder Judiciário.

Com efeito, cada vez mais, questões constitucionais complexas e controversas surgidas na sociedade são levadas ao crivo do Judiciário e às suas Cortes. Essa virada de postura hermenêutica faz com que o Poder Judiciário, inclusive no cenário nacional (do juiz estadual ao Supremo Tribunal Federal - STF), venha a assumir um caráter, incondicionalmente, político na condução de suas práticas decisórias, especialmente, no controle de constitucionalidade.

Confirmando essa tendência, o Supremo tratou, nos últimos anos, de temas de enorme interesse público, tais como a pesquisa com células-tronco, o aborto de anencéfalos, a demarcação de terras indígenas, a implementação do

sistema de cotas em universidades, a fidelidade partidária, o reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo, dentre outros.

Em meio a tal contexto e diante do discurso da falta de coincidência entre a Constituição formal e a Constituição material, a presente pesquisa desenvolve justamente esta indagação: a despeito do aperfeiçoamento dos mecanismos de controle abstrato de constitucionalidade no Brasil, é possível afirmar que tal instrumento de jurisdição constitucional pode alcançar, de forma efetiva, indivíduos e grupos historicamente marginalizados da sociedade brasileira, fomentando nestes a existência de um verdadeiro sentimento constitucional?

Dada a relevância da matéria, objetivando apresentar uma resposta ao problema, o presente estudo se propõe a realizar uma reflexão sobre o acesso à justiça e à jurisdição constitucional, notadamente em face do processo de ampliação do modelo abstrato de controle de constitucionalidade vivenciado pelo Direito Constitucional brasileiro. Para tanto, toma como marcos teóricos as observações formuladas, dentre outros, por Jürgen Habermas e Peter Häberle, acerca da construção de uma hermenêutica constitucional de base pluralista e discursiva.

O presente trabalho foi dividido em sete capítulos, sendo o primeiro composto por esta Introdução. No segundo capítulo, será feita uma abordagem sobre a evolução das concepções paradigmáticas de Estado, assim como sobre o processo contínuo de formação do Estado Democrático de Direito, apresentando breves noções sobre o modelo de democracia deliberativa.

No terceiro capítulo, a pesquisa se ocupa da análise do processo de modernização seletiva da sociedade brasileira, bem como sobre a influência do estado de exceção na vivência no País. O quarto capítulo discorre sobre a expansão do Poder Judiciário e sobre o desdobramento e as consequências do ativismo judicial.

Posteriormente, já no quinto capítulo, serão mencionados os fundamentos teóricos do minimalismo judicial e os argumentos que dão base de sustentação a julgados de caráter contramajoritário. Por fim, com os dados obtidos, nos capítulos finais, levantam-se algumas questões sobre o acesso à jurisdição constitucional do STF, demonstrando que, apesar da expansão e

fortalecimento dos mecanismos de controle abstrato de constitucionalidade realizados nos últimos anos, muitos ainda denunciam o mito da jurisdição constitucional democrática brasileira, afirmando que o acesso dos segmentos mais estigmatizados da sociedade à referida jurisdição é ainda restrito.

Com efeito, conforme será visto ao longo da pesquisa, apesar da abertura de novos horizontes científicos na filosofia jurídica, em grande parte dos países do ocidente, remanesce, ainda, sensivelmente limitada a consolidação de uma tradição democrática da jurisdição no Brasil.

O manejo das ações de controle abstrato de constitucionalidade no País, não raras vezes, se dá em favor da garantia de interesses corporativos, constatando-se, ainda, um predomínio do uso de argumentos formais no seu julgamento. Acresça-se a isso o fato de que ainda não resta possibilitada a abertura do diálogo entre o tribunal e a pluralidade de sujeitos pertencentes a grupos impopulares da sociedade.

Cabe citar, nesse sentido, que o STF vem emprestando compreensão restrita ao inciso IX do artigo 103 da Constituição, precipuamente do que vem a ser entidade de classe, reduzindo-a à noção corporativista de categoria profissional ou econômica.

Portanto, apesar da diversidade, do pluralismo e do próprio fortalecimento do controle abstrato, encampados na Constituição Brasileira de 1988, incumbe observar que nem todos se encontram envolvidos na dinâmica constitucional, no contexto do paradigma democrático de Direito no cenário nacional. Nele, afigura-se, como práticas corriqueiras, a apropriação do Estado e do espaço público pelo interesse privado dos segmentos sociais dominantes e a criação de mecanismos de exceção, pelos quais o Direito é suspenso e a pessoa marginalizada é desnudada da roupagem jurídico-política de cidadã, pela violência estatal.

Com isso em mente, sustenta-se a necessidade de superação dessa interpretação restrita e rígida empregada ao citado dispositivo da Constituição, possibilitando, por exemplo, que os defensores públicos, por meio de sua entidade de classe (Associação Nacional dos Defensores Públicos), possam mover as ações do controle abstrato de constitucionalidade,

instrumentalizando, assim, o pleno exercício dos direitos fundamentais da cidadania à esmagadora maioria da população.

Válido, nesse sentido, é destacar que a pesquisa não defende o emprego da fiscalização abstrata da constitucionalidade das leis em detrimento do sistema difuso, reconhecendo, apenas, que dado o número reduzido de defensores públicos lotados nas comarcas de todo País, o manejo dos mecanismos de controle abstrato pode figurar como mais uma ferramenta de emancipação de enorme contingente de pessoas que encontram obstáculos no tocante ao acesso à justiça.

Apresentado o tema proposto, impõe-se uma breve abordagem sobre a justificativa, a metodologia adotada, os objetivos gerais e específicos, com vistas a facilitar a compreensão sobre a tese.

No que toca à justificativa, cabe registrar que, além dos aspectos concernentes às transformações do Direito contemporâneo, a pesquisa também aborda a compreensão das especificidades da modernidade brasileira, através da revisão da literatura nacional, expondo o papel da Constituição de 1988, que pode figurar como elemento estratégico para romper com as tradições de exclusão no País.

Buscando, assim, a interdisciplinaridade, o estudo realiza breve análise sobre as razões que operam a marginalização e a exclusão social no País, por meio de aspectos sociológicos. Além disso, explora-se a construção teórica sobre o estado de exceção em Agamben, com vistas a compreender que o Brasil também se alia à tendência contemporânea de abolição gradual dos direitos e liberdades individuais.

O objetivo geral é demonstrar a viabilidade do emprego de uma interpretação capaz de possibilitar que novos atores possam deflagrar o controle abstrato de constitucionalidade, integrando a ordem jurídica como agentes privilegiados no manejo do instrumental processual constitucional, e não mais figurando como meros espectadores, trabalhando com a hipótese de que tal medida tenciona democratizar o exercício da jurisdição constitucional, contribuindo para o empoderamento de grupos oprimidos e para a garantia de seus direitos.

Para o alcance do objetivo geral da pesquisa, vários caminhos foram percorridos e, na parte dos objetivos específicos, encontram-se abordagens em campos sociológicos, filosóficos e jurídicos.

Assim, além de discorrer sobre a formação do Estado Democrático de Direito e sobre as interpretações em torno da seletividade no País, a pesquisa também se ocupou de apontar os principais fatores que implicaram a expansão global do Poder Judiciário, além de mencionar, sucintamente, algumas das principais ideias esposadas por correntes pós-positivistas do Direito, o enfrentamento dos temas ativismo judicial, o minimalismo e a dificuldade contramajoritária.

Por fim, o trabalho se propôs a demonstrar que a jurisprudência restritiva, notadamente no que se refere à legitimidade para deflagrar os instrumentos de controle abstrato, tem resultado em nefasta limitação do acesso da sociedade à jurisdição constitucional, reduzindo a potencialidade de interação entre o Supremo e a sociedade civil. Dessa forma, visando a conciliar realidade e normatividade constitucionais, a pesquisa propõe, como hipótese, a alteração, por meio de procedimento informal, da sistemática atual de controle de constitucionalidade, sugerindo a inclusão dos defensores públicos na jurisdição constitucional abstrata desempenhada pelo STF, via mutação constitucional.

O presente estudo possui, assim, grande utilidade teórica, uma vez que trata da investigação de tema de extrema importância para o campo do Direito e das demais ciências sociais, já que trabalha com questões afetas à judicialização da política e à consolidação da democracia.

Propõe, portanto, análise acerca expansão do Poder Judiciário no Estado contemporâneo, tendo por foco enaltecer a incorporação dos excluídos pelo Poder Judiciário e a viabilização da participação cidadã na formação da decisão e na narrativa jurídica.

A pesquisa emprega, para o seu desenvolvimento, o método dedutivo, mediante procedimento exploratório bibliográfico, apresentando como referencial teórico autores como Álvaro Ricardo de Souza Cruz, Boaventura de Sousa Santos, Cass Sunstein, Elival da Silva Ramos, Friedrich Müller, Jessé

Souza, José Alfredo Baracho Júnior, Jürgen Habermas, Mário Lúcio Quintão Soares, Peter Häberle, dentre outros.



## **2 DO PARADIGMA CONSTITUCIONAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

A compreensão dos conceitos desenvolvidos ao longo deste capítulo pressupõe o estudo acerca da evolução histórica do Estado, bem como a busca pelo real sentido do Estado constitucional Democrático de Direito, paradigma sobre o qual os argumentos esposados se assentarão.

### **2.1 O sentido e a influência do paradigma no sistema jurídico**

A busca de um referencial ou parâmetro para tentar compreender a realidade nos remete à noção de paradigma, termo de larga utilização no universo científico e nas discussões epistemológicas contemporâneas, que nos direciona aos estudos do historiador americano, Thomas Kuhn (1975). Segundo ele, tal expressão pode ser definida como uma rede de compromissos ou adesões conceituais, teóricas, metodológicas e instrumentais compartilhadas (1975, p. 65), qualificando, assim, como universais as realizações científicas que merecem ser denominadas paradigmáticas.

Priorizando em sua análise as ciências exatas e naturais, discorre Kuhn (1975, p. 218) que o conceito de paradigma tem algumas variantes de significado, esclarecendo que no sentido sociológico, o termo pode ser compreendido como um conjunto de crenças, valores e técnicas partilhados pelos membros de uma comunidade científica.

Na esteira do que enfatiza Kuhn, Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2009, p. 04) afirma que:

[...], paradigma deve ser compreendido como uma estrutura mental apta a classificar o objeto pesquisado, de modo a conceber não só a natureza metodológica da mesma, mas também suas dimensões psicológica, antropológica, moral e ética. Desse modo, mais do que um modelo, o paradigma conforma os problemas e as formas de solução de uma questão dada. Assim, um paradigma é o que os membros de uma comunidade científica compartilham, tal como suposições teóricas gerais, leis, proposições e técnicas, bem como os instrumentos de aplicação dessas leis e proposições.

Rafael Ferreira (2015, p. 37) também define a expressão paradigma como sendo “uma leitura de síntese na qual convergem opiniões de vários cientistas, os quais estabeleceram um parâmetro compreensível para um objeto que pode ser explorado segundo as ferramentas da ciência”.

Em virtude de o conceito de paradigma ter sido, originariamente, concebido para ser aplicável nas ciências da natureza, muito se questiona quanto a possibilidade de sua incidência na ciência jurídica, dado, dentre outros fatores tidos como entraves, o fato de a comunidade dos cientistas naturais apresentar uma maior coesão do que aquela que é encontrada nas ciências sociais. Com efeito, Boaventura de Sousa Santos (2008, p. 37-38) alerta para o fato de que

enquanto, nas ciências naturais, o desenvolvimento do conhecimento tornou possível a formulação de um conjunto de princípios e de teorias sobre a estrutura da matéria que são aceitas sem discussão por toda a comunidade científica, conjunto esse que designa por paradigma, nas ciências sociais, não há consenso paradigmático, pelo que o debate tende a atravessar verticalmente toda a espessura do conhecimento adquirido. O esforço e o desperdício que isso acarreta é simultaneamente causa e efeito do atraso das ciências sociais.

Nada obstante tal questionamento, sustenta Cruz (2009, p. 221) que o conceito de paradigma é também aplicável à ciência do Direito. Acrescenta, nesse sentido, a título ilustrativo, que o embate entre positivistas e pós-positivistas pode ser encarado nos termos de uma disputa paradigmática.

De fato, a ciência jurídica também “elege determinadas premissas teóricas, em suas diferentes searas, que são temporariamente subtraídas à dúvida e cuja legitimidade decorre da sua aceitação ampla pela comunidade jurídica” (BINENBOJM, 2014, p. 28).

Com isso, no campo jurídico, os operadores do Direito, tal como se dá com os cientistas das demais áreas, também tendem a seguir premissas básicas, compartilhar crenças, pontos de referência, fornecendo, com base em um conhecimento científico, padrões comuns para a solução dos problemas.

Assim, o paradigma, também aplicável à ciência do Direito, pode ser compreendido como um arcabouço teórico ou sistema utilizado por dada

comunidade, em um determinado tempo e espaço, para analisar o fenômeno e fornecer explicações convincentes e instrumentos úteis para seus operadores.

Tecidas essas breves considerações sobre a noção paradigmática, impõe-se o estudo dos paradigmas estatais que podem ser compreendidos como alicerces de várias determinações sócio-históricas.

Conforme será esclarecido mais à frente, visando a superar os déficits dos paradigmas liberal e social, o Estado Democrático, geralmente identificado como paradigma procedimental do Direito, passa a tomar força no Estado moderno. Nesse momento, delineia-se o modelo do Estado de Direito, impulsionado por movimentos revolucionários do século XVIII, insatisfeitos com os abusos praticados pelo Estado Absolutista. Desde então, aponta-se o povo como titular do poder constituinte, sustentando Ferrajoli (2014, p. 792) que “a limitação legal do poder soberano precede a sua fundação democrático-representativa”. O Estado, não mais absoluto, e sim condicionado e limitado, além de positivizar direitos naturais do cidadão (outrora súdito) no plano constitucional, também requer que suas instituições sejam instrumentos voltados à satisfação dos interesses primários de todos.

Com efeito, é na modernidade que o Estado Democrático de Direito concilia Estado Democrático e Estado de Direito, incorporando princípios desses dois conceitos, conforme esclarece o constitucionalista José Afonso da Silva (1988, p. 15-16). Assim, enquanto a ideia de Estado de Direito (que na sua origem era um conceito tipicamente liberal) implicaria a submissão de todos ao império da lei, a previsão da separação de poderes e a consagração de direitos e garantias individuais, o Estado Democrático agregaria o princípio da soberania popular, com a efetiva participação do povo na gestão da coisa pública.

Desse modo, é importante o estudo a respeito da evolução das concepções paradigmáticas de Estado e do constitucionalismo ocidental, como forma de demonstrar que dentre os modelos de Estado de Direito existentes, o Estado Democrático de Direito é tido como aquele que mais clama pela participação do povo nos assuntos do Estado e pela efetiva tutela dos direitos fundamentais. Por certo, a compreensão dos paradigmas relativos ao Estado Liberal e ao Estado Social oportuniza o entendimento dos fundamentos

justificantes do Estado Democrático de Direito, visto que, como será apontado logo adiante, as deficiências do individualismo clássico fizeram com que o Estado de Direito não pudesse mais se justificar como liberal. Do mesmo modo, também restou denotada a insuficiência do Estado Social como categoria explicativa do Direito, na medida em que passou a tolher a autonomia individual, fazendo surgir, assim, o Estado Democrático, com o objetivo de superar modelos anteriores.

Sob tal perspectiva, tal análise sucinta se torna imprescindível para possibilitar a reflexão de eventos que acarretaram significativas transformações sofridas pelo Direito contemporâneo, bem como para esclarecer a posição e o significado dos direitos fundamentais na Constituição de cada uma das concepções de Estado, além da própria ascensão da chamada jurisdição constitucional.

## **2.2 O paradigma constitucional do Estado Liberal**

A concepção de Estado e sua evolução é vital ao desenvolvimento do tema proposto. Não obstante a existência de teorias diversas relacionadas à sua origem, com frequência, afirma-se que a sua evolução se encontra diretamente atrelada a fenômenos históricos, sociais, culturais, econômicos, religiosos, entre outros, que se manifestam na sociedade.

Segundo escreve Dalmo de Abreu Dallari (2011, p. 60-61) inúmeras teorias se ocupam da origem do Estado. Na percepção de alguns, o Estado, assim como a própria sociedade, existiu sempre, pois desde que o homem vive sobre a Terra, acha-se integrado numa organização social, dotada de poder e com autoridade para determinar o comportamento de todo o grupo. Uma segunda concepção, tida como majoritária, entretanto, sustenta que por um determinado período, a sociedade existiu sem Estado, o qual surgiu para atender necessidades ou conveniências dos grupos sociais. A terceira posição, por sua vez, defende que o conceito de Estado não é um conceito geral válido para todos os tempos, mas é um conceito histórico concreto, que surge quando nascem a ideia e a prática da soberania (século XVII), sendo Karl Schmidt apontado pelo autor como adepto dessa tese.

Hermann Heller (1968), a partir de sua Teoria do Estado, busca compreender a entidade estatal a partir de características locais, sustentando a investigação da específica realidade social. Segundo leciona Mário Lúcio Quintão Soares (2008, p. 74), o citado teórico alemão é tido como marco para a compreensão da origem do Estado, uma vez que, abrindo mão das generalizações, estabelece “uma expressa limitação espacial do objeto de estudo da Teoria do Estado: o Estado como tal se formou no círculo cultural do ocidente desde a Renascença”.

Na percepção de Soares (2008, p. 73), a evolução do Estado é percebida desde a Antiguidade, com o advento da *pólis* grega e da *civitas* romana até o Estado Contemporâneo. Ao discorrer em sua obra sobre a importância da Teoria do Estado para a formação e compreensão jurídica, o autor escreve sobre a “existência de sociedades políticas pré-estatais, que são, dentre outras, a família patriarcal, o clã e a tribo, a *fatria* helênica, a *gens* romana, a gentilidade ibérica e o senhorio feudal”.

Assinala o mencionado autor (SOARES, 2008, p. 74-78), que a formação do Estado moderno (que nasceu de uma estrutura absolutista e se apresentou como produto da cultura ocidental), ocorreu no decorrer dos séculos XIV e XV. Com a decadência do poder dos senhores feudais, tem-se a ascensão do Estado Absolutista, tendo as arbitrariedades do monarca, porém, ocasionado a insuficiência de garantias individuais e sonegação de direitos políticos aos súditos, gerando questionamentos por parte destes. Paralelamente a isso, surgem as reivindicações por liberdade econômica por parte da burguesia ascendente. Logo, alicerçada na teoria dos direitos individuais, surge, nos séculos XVII e XVIII, a concepção liberal de Estado.

Em face disso, comumente argumenta a doutrina que somente após o advento do Estado liberal, em contraposição ao Estado nacional absolutista, centrado na figura e na vontade do monarca, é que o aparelho ideológico estatal passou a curvar-se à Constituição, com o propósito de legitimar-se perante o poder constituinte e os poderes constituídos (SOARES; BARROS, 2014, p. 159-160).

Dallari (2011, p. 73-79) sustenta que calcado nas deficiências da sociedade política medieval, fortemente influenciada pelo cristianismo, a

invasão dos bárbaros e o feudalismo, o surgimento do Estado moderno, em meados do século XVI, teve como marco a justificação racional do poder político estatal. Com isso, a denominação Estado, que implica situação permanente de convivência e ligada à sociedade política, surge somente no citado século, aparecendo pela primeira vez em “O Príncipe” de MAQUIAVEL, escrito em 1513 (DALLARI, 2003, p. 60).

Expõe José de Oliveira Baracho Júnior (2000, p. 23) que, “no período que antecede a formação das organizações políticas modernas, as normas que regulam o agir humano têm uma fundamentação transcendental, onde não se diferenciam religião, tradição, costume e moral”. Somente na modernidade, é que se tem a ruptura com a justificação sagrada da ordem normativa. O Direito, a partir de então, passa a ser compreendido como um ordenamento de leis racionais, impostas por uma organização política laica.

Com isso, a justificação do exercício do poder, outrora amparado pelo uso da força e por contornos religiosos, tradições e costumes de um povo, começou a ser concebida como um contrato entre homens racionais, na percepção dos contratualistas, tais como Hobbes e Rosseau.

A noção de pertencimento e a existência de uma organização social trazem a necessidade de uma Constituição, definida pelo autor português Gomes Canotilho (2003, p. 48) como uma “ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito, no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político”.

Acerca do significado do termo constitucionalismo, expõe Canotilho (2003, p. 51) que ele pode ser concebido como a teoria que ergue o princípio do governo limitado, indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade.

Dessa forma, afirma-se que o constitucionalismo moderno tem por finalidade a supremacia da lei (Estado de Direito), a separação dos poderes, e a limitação do poder do Estado, acarretando a previsão expressa em constituições escritas de direitos e garantias fundamentais (BULOS, 2007, p. 17).

Com isso, o constitucionalismo ocidental moderno é quase unânime em considerar a primazia axiológica dos direitos fundamentais, dada a

impressionante imagem de sua onipresença no Estado Constitucional.

Indubitavelmente, a ascensão dos direitos ao máximo patamar hierárquico-normativo dos ordenamentos jurídicos ocidentais, decorre do processo de transformação desenvolvido pelo Estado no decorrer dos séculos.

Em relação a evolução das concepções de Estado na modernidade, Paulo Bonavides, em sua obra intitulada *Teoria do Estado* (2007b), sustenta que

[...] de sua inauguração até os tempos correntes, o Estado Constitucional ostenta três distintas modalidades essenciais: a primeira é o Estado Constitucional da separação de Poderes (Estado Liberal), a segunda, o Estado Constitucional dos direitos fundamentais (Estado Social), a terceira, o Estado Constitucional da Democracia Participativa (Estado Democrático-Participativo). (BONAVIDES, 2007b, p. 41)

É imprescindível, pois, que o presente estudo demonstre a transição do primeiro modelo para o segundo e desse para o contemporâneo, a fim de observar, dentre outros fatores, a dimensão do grau de expansão substancial dos direitos fundamentais e a significativa alteração do papel desempenhado pelo Poder Judiciário ao longo do tempo.

A doutrina afirma que, em sua acepção “clássica”, os direitos fundamentais representam garantias cujo manejo se dá, precipuamente, em face do Estado, encontrando suas raízes, especialmente, na doutrina iluminista e jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII. Conforme assinala Willis Santiago Guerra Filho (2003, p. 22), os direitos fundamentais são, originariamente, direitos humanos; colhe-se, então, que o propósito de restringir o poder político fazia-se presente já na própria gênese de sua positivação.

As primeiras Constituições escritas do mundo ocidental adotam uma concepção liberal da ordem política, dado que implicavam a positivação das reivindicações burguesas, que se opunham aos ideais do absolutismo. Com isso, conforme pondera Baracho Júnior (2000, p. 53), “o paradigma liberal importa em que todos sejam, ou devam ser, proprietários, livres e iguais”, conduzindo tal ideário ao movimento constitucionalista e à implantação dos Estados de Direito.

O Estado de Direito surgiu, assim, como expressão jurídica de

democracia liberal, daí falar-se em Estado Liberal de Direito, cujas características básicas, segundo o ensinamento de José Afonso da Silva (2007, p. 112-113), foram a submissão ao império da lei, a divisão de poderes - como técnica que assegure a produção das leis pelo Legislativo e a independência e imparcialidade do Judiciário em face do Executivo, do Legislativo e das pressões de particulares, bem como do enunciado e garantia dos direitos fundamentais.

A partir de então, o modelo liberal, pregado por uma burguesia emergente e revolucionária e que teve como marcos a Constituição dos Estados Unidos da América (1787) e a Revolução Francesa (1789), foi adotado por vários países e consagrado em suas respectivas ordens constitucionais.

A propósito, esclarece Norberto Bobbio (1992):

[...], a afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva, característica da formação do Estado moderno, na representação da relação política, ou seja, na relação Estado/cidadão ou soberano/súditos: relação que é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos direitos dos cidadãos não mais súditos, e não mais do ponto de vista dos direitos do soberano, em correspondência com a visão individualista da sociedade [...] no início da Idade Moderna. (BOBBIO, 1992, p. 4)

O modelo liberal se caracterizava pela previsão constitucional dos direitos individuais, dentre os quais se destacava a proteção à propriedade privada. A realização desses direitos individuais se dava a partir de um não agir do Estado, ou seja, tais direitos figuravam como uma garantia do cidadão contra um comportamento positivo do ente estatal.

Os direitos da liberdade são elevados, por intermédio do vitorioso Estado burguês, ao ápice da ordem política. Liberdade indispensável à manutenção do poder político e que, só nominalmente, estendia-se às demais classes. Conforme impende Bonavides (1996),

[...]; disso não advinha para a burguesia dano algum, senão muita vantagem demagógica, dada a completa ausência de condições materiais que permitissem às massas transpor as restrições do sufrágio e, assim, concorrer ostensivamente, por via democrática, à formação da vontade estatal. Ademais, permitia aos burgueses falar ilusoriamente em nome de toda a sociedade, com os direitos da liberdade (fundamentais de primeira geração) que ela mesma proclamara, os quais se apresentavam, em seu conjunto, do ponto de



vista teórico, válidos para toda a comunidade humana, embora, na realidade, tivesse bom número deles vigência tão-somente parcial, e em proveito da classe que efetivamente os podia fruir. (BONAVIDES, 1996, p. 44)

Assim, compreende-se o porquê de as Declarações de direitos, manifestações jurídicas de maior relevância no período, voltarem-se com tanta ênfase para a salvaguarda da esfera privada de autonomia. Tais Declarações representavam as preocupações da burguesia. Especificamente sobre a Declaração Universal dos Direitos do Homem, carta de grande repercussão, diz Eric Hobsbawm (2005, p. 20-21):

Mais especificamente, as exigências do burguês foram delineadas na famosa Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Este documento é um manifesto contra a sociedade hierárquica de privilégios da nobreza, mas não um manifesto a favor de uma sociedade democrática e igualitária. 'os homens nascem e vivem livres e iguais perante as leis', dizia seu primeiro artigo; mas ela também prevê a existência de distinções sociais, ainda que somente no terreno da 'utilidade comum'. A propriedade privada era um direito natural, sagrado, inalienável e inviolável. Os homens eram iguais perante a lei e as profissões estavam igualmente abertas ao talento; mas, se a corrida começava sem empecilhos, pressupunha-se como fato consumado que os corredores não terminariam juntos. A declaração afirmava (posição contrária à hierarquia da nobreza ou absolutismo) que 'todos os cidadãos têm o direito de colaborar na elaboração das leis'; mas 'tanto pessoalmente como por meio de seus representantes'. E a assembleia representativa que ela vislumbrava como o órgão fundamental de governo não era necessariamente uma assembleia democraticamente eleita, tampouco, no regime que estava implícito, pretendia-se eliminar os reis. Uma monarquia constitucional baseada em uma oligarquia possuidora de terras era mais adequada à maioria dos liberais burgueses do que a república democrática que poderia parecer uma expressão mais lógica de suas aspirações teóricas, embora alguns também advogassem esta causa. Mas, de modo geral, o burguês liberal clássico de 1789 (e o liberal de 1789-1848) não era um democrata, mas sim um devoto do constitucionalismo, de um Estado secular com liberdades civis e garantias para a empresa privada e de um governo de contribuintes e proprietários.

Sob a égide do paradigma do Estado Liberal, há uma evidente divisão entre o que é público, ligado às coisas do Estado e o privado, em especial, a vida, a liberdade, a individualidade familiar, a propriedade, o mercado. Essa separação era garantida por intermédio do Estado, que, lançando mão do império das leis, garantia a certeza das relações sociais por meio do exercício estrito da legalidade.

Com a distinção entre o espaço privado e o espaço público, o indivíduo,

guiado pelo ideal da liberdade, busca no espaço público a possibilidade de materializar as conquistas implementadas no âmbito do Estado, que assumiu a feição de não interventor.

Nessa seara, pondera o professor Marcelo Cattoni de Oliveira (2002, p. 55), que competia ao Estado Liberal, por meio do Direito posto, “garantir a certeza nas relações sociais, através da compatibilização dos interesses privados de cada um com o interesse de todos, mas deixar a felicidade ou a busca da felicidade nas mãos de cada indivíduo”, rompendo-se, por via de consequência, com a anterior concepção de que o Estado era o único capaz de garantir a satisfação dos indivíduos.

Nesse cenário, consagra-se a igualdade de todos, de modo que, em sentido formal, todos são iguais perante a lei, ou “são iguais no sentido de todos se apresentarem agora como proprietários, no mínimo, de si próprios, e, assim, formalmente, todos devem ser iguais perante a lei, porque proprietários, sujeitos de direito, devendo-se pôr fim aos odiosos privilégios de nascimento”, segundo expõe Menelick de Carvalho Netto (1999, p. 478).

Além dos direitos da liberdade (fundamentais) e da separação de poderes, erige-se o ideal do império das leis. Com observância estrita ao Direito posto, garantiu-se ao indivíduo, além de outras prerrogativas, a segurança jurídica, permitindo um grau de previsibilidade das relações sociais. Tal perspectiva racional do Direito, de acordo com Cruz (2004a, p. 04) abriu espaço à visão de que tal instrumento poderia obter legitimidade dentro do próprio sistema jurídico (formalismo).

Em meio a tal contexto, a legislação codificada nascia para desempenhar o mesmo papel das Declarações de direitos: curvar o sistema jurídico aos interesses da classe economicamente mais forte. Nenhuma “concepção de mundo”, senão a burguesa, importava.

Nesse momento, indiscutivelmente, o grande paradigma legislativo foi o diploma napoleônico de 1804, que viria a exercer grande influência sobre o Direito Positivo de outros países. Esclarece Wolkmer (1998, p. 75-76) que o texto francês desencadearia uma codificação em vários países, como Áustria, Prússia, Itália, e, posteriormente, Brasil, cujo Código Civil de 1916, elaborado por Beviláqua, manteve-se fiel às mesmas bases liberais, ou seja, o antigo

binômio “indivíduo-patrimônio”.

Consagrados os direitos de primeira dimensão, o movimento reflete no reconhecimento do que, à época, se denominaram direitos naturais. Consagram-se a vida, a liberdade e a propriedade como valores máximos.

No cenário em que se desenvolveu o Estado Liberal, portanto, havia todo um arcabouço político-social a justificar que a geração pioneira dos direitos fundamentais assumisse natureza defensiva, impositiva de deveres de abstenção ao Estado. De outro lado, considerando que, nesse período, inexistiam direitos trabalhistas, previdenciários ou outros direitos sociais, a insatisfação das massas se acentuava. Era crescente a situação de pobreza e miséria nos grandes centros industriais que se desenvolviam.

Segundo relata Baracho Júnior (2000, p. 56), a expansão da indústria e os problemas colaterais derivados acarretaram a alteração significativa do quadro socioeconômico, revelando a inadequação da arquitetura liberal clássica.

Na virada do século XX, a Europa presenciava um crescente fortalecimento do modo de produção industrial. Assim, o descaso para com os problemas sociais, a crescente industrialização e as disparidades sociais deram origem a reivindicações. A sociedade aspirava por melhores condições, impondo ao Estado posição ativa na busca e concretização de uma justiça social, bem-estar social, capaz de garantir o desenvolvimento da pessoa humana.

O modelo liberal, no qual foi consagrada a abstenção do Estado, já não atendia de maneira satisfatória aos interesses da sociedade, que objetivava a materialização dos direitos formais e, conseqüentemente, outros direitos passam a ganhar espaço entre os direitos fundamentais. O Estado, frente a esses novos direitos, assume prestações positivas. Começa a se consolidar o paradigma do Estado Social, como será demonstrado a seguir.

### **2.3 O paradigma constitucional do Estado Social**

Como visto, a fragilidade do sistema liberal, que pregava um excessivo não intervencionismo por parte do Estado na sociedade, acaba acentuando

ainda mais as desigualdades, sejam elas políticas, econômicas, sociais ou culturais, fomentando “o desenvolvimento de ideias socialistas, comunistas e anarquistas, que animam os movimentos coletivos de massa cada vez mais significativos e neles reforça com a luta pelos direitos coletivos e sociais” (BARACHO JÚNIOR, 2000, p. 57). A vivência das ideias abstratas que conformava o paradigma do Estado Liberal de Direito, culminou por fundamentar ideias e práticas sociais, no período que ficou caracterizado na história como de maior exploração do homem pelo homem, segundo afirma o mesmo autor.

Nesse quadro de incremento de fortes desigualdades, tem-se que o acréscimo dos direitos fundamentais (de segunda dimensão) e a busca pela materialização dos direitos formais já estabelecidos (releitura dos direitos de primeira dimensão) tornam-se uma constante na segunda metade do século XIX e nas primeiras décadas do século XX, em diversos Estados.

Eclodiram, à época, as primeiras manifestações sociais, fomentadas por uma classe proletária insatisfeita com o aumento do desemprego, as péssimas condições laborais, o êxodo forçado para as cidades, dentre outros fatores. O liberalismo se esfacelava pela revolta do homem comum.

A crise da sociedade liberal fomenta o surgimento de uma nova fase do constitucionalismo e, em razão disso, inaugura-se o paradigma constitucional do Estado Social de Direito, “consolidando a perspectiva de tratamento privilegiado do hipossuficiente econômica e socialmente, dando colorações distintas ao princípio da igualdade, tal como concebido pelos revolucionários franceses” (CRUZ, 2001, p. 209).

Em meio ao contexto, ganham destaque as críticas ao Estado liberal e as proposições teóricas formuladas na década de 30 do século XX por Heller, segundo qual “o verdadeiro lema da sociedade civil não é a ausência de intervenção, mas sim a mobilização privada do poder estatal para uma poderosa intervenção no campo econômico” (1968, p. 154). Tal visão é claramente influenciada pela Constituição de Weimar, que já destacava a necessidade de o Estado possuir uma função social.

O Estado assume, a partir de então, o papel de protagonista em diversas esferas da vida social, o que acarreta a redução significativa da autonomia dos

indivíduos. Acerca dos direitos de segunda dimensão, dispõe Paulo Bonavides (1994):

São os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou da coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado Social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal deste século. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula. (BONAVIDES, 1994, 518)

Salienta Boaventura de Sousa Santos (2000, p. 148-149) que as medidas que envolvem a intervenção do Estado, nas questões relacionadas ao trabalho, segurança, emprego, habitação, planejamento urbanístico, dentre outros, conduziram a uma nova forma de política - o Estado Providência, bem como implicaram o reconhecimento dos direitos socioeconômicos. A preocupação com sua materialização fez com que o Direito do Estado se tornasse menos formalista e abstrato.

Dessa forma, a liberdade do Estado Liberal não pode mais ser considerada como desdobramento da legalidade estrita, mas, agora, segundo expõe Menelick de Carvalho Netto (1999, p. 480), “pressupõe precisamente toda uma plêiade de leis sociais e coletivas que possibilitem, no mínimo, o reconhecimento das diferenças materiais e o tratamento privilegiado do lado social ou economicamente mais fraco da relação”, de modo a satisfazer materialmente a igualdade.

Assim, para atender às necessidades do período, surge a estrutura do “Estado de Bem-Estar social”, assumindo o ente estatal a responsabilidade de suprir todas as demandas da população, nos moldes como proposto pelo economista britânico, John Maynard Keynes (1978), o qual criticava o modelo liberal pelo fato de este auxiliar os negociantes mais favorecidos em seu crescimento econômico, excluindo os comerciantes desfavorecidos, deixando evidente a cruel luta no mercado pela sobrevivência (p. 116).

Na percepção do citado autor, as duas principais falhas do sistema econômico liberal eram a sua incapacidade de proporcionar o pleno-emprego para os fatores de produção – notadamente o trabalho – e a extrema desigualdade na distribuição de renda e de riqueza. Assim, ao contrário do que

propunham os liberais, Keynes sugeria a necessidade da implantação de medidas de distribuição de renda para elevar a propensão a consumir. Trata-se da defesa do Estado como agente provedor do bem-estar-social através de polícias públicas.

Sob o paradigma do Estado Social, esclarece Cattoni de Oliveira (2002, p. 59), que “o cidadão-proprietário do Estado Liberal passa a ser encarado como o cliente de uma administração pública que garante bens e serviços”. O Estado ampliou significativamente o espaço público e também intensificou sua atuação legislativa e regulamentar, tornando os indivíduos meros destinatários das ações produzidas pela esfera pública.

Na mesma trilha, destaca Baracho Júnior (2000, p. 99), que, no âmbito do referido Estado, “a legitimidade do poder estatal é apurada em razão dos serviços que presta; da sua capacidade de controlar as relações sociais, de forma a reduzir as desigualdades econômicas”.

Com efeito, no modelo social, o Estado vivencia um momento de ampliação da sua esfera de atuação, mormente pela necessidade de abranger tarefas vinculadas aos novos fins econômicos e sociais que lhes são atribuídos, e, conseqüentemente, reduzir as disparidades através da materialização da igualdade. Assim, a atuação estatal já não é mais sinônimo de violação e supressão de direitos; ao contrário, ela passa a ser necessária para concretizá-los.

Nesse novo paradigma, portanto, os direitos fundamentais de segunda dimensão reclamam uma ação positiva do Estado, a fim de, efetivamente, garantir às pessoas uma existência compatível com a dignidade inerente a cada um.

Entretanto, o paradigma do Estado Social, no fim da Segunda Guerra Mundial, começa a ser questionado, dentre outras razões, em virtude de suas crises de legitimação e aprofundamento da crise econômica. Além da impossibilidade de o Estado prestar a devida assistência econômica ao cidadão, também, nesse período, já é possível observar que não se consegue proporcionar uma relativa autonomia da sociedade em relação ao Estado, pelo contrário, na medida em que aquela se torna cada vez mais dependente dele. Como pondera Santos (2000),

Há, aliás, argumentos para defender que, no período do capitalismo organizado, não se fortaleceram apenas os princípios do mercado e do Estado, mas também o princípio da comunidade. De facto, o carácter distributivo das políticas sociais assenta numa noção de solidariedade que se assemelha à obrigação política horizontal, de cidadão para cidadão, que considere ser a essência do princípio da comunidade. No entanto, convém não esquecer que o princípio da comunidade não foi reconhecido nos seus próprios termos. Tratou-se, antes, de um reconhecimento derivado, já que ocorreu sobre a égide do princípio do Estado e como parte integrante da expansão deste princípio. Na verdade, com o Estado-Providência, a obrigação política horizontal transformou-se numa dupla obrigação vertical entre os contribuintes e o Estado, e entre os beneficiários das políticas sociais e o Estado. Dessa forma, o exercício da autonomia, que o princípio da comunidade pressupunha, transformou-se num exercício de dependência relativamente ao Estado. (SANTOS, 2000, p. 148)

Diante desse quadro, menciona Santos (2000, p. 156-157), o Estado-Providência não mais reúne condições para assumir o monopólio do bem-estar social de que a sociedade necessita. Na mesma trilha, sobre a insuficiência do Estado Social de Direito, sustentam Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gustavo Branco (2009, p. 69) que ela “residiria em não ter conseguido realizar a desejada e sempre prometida democratização econômica e social, a economia do gênero humano proclamada pelos entusiastas do neocapitalismo”.

Assim, já no fim do século XX, a ineficiência, a morosidade e a burocracia que provocaram a crise deste modelo do *Welfare State*, além das múltiplas implicações da globalização, fazem com que significativas transformações passem a operar no âmbito da Administração Pública, que passa a valer-se de mecanismos gerenciais da iniciativa privada.

O intervencionismo pregado pelo Estado Provedor é colocado em descrédito por neoliberais como Milton Friedman (1997), o qual sustentava a necessidade de derrubar definitivamente o Estado-providência, advogando a ideia de que, em vez dele, as democracias ocidentais deveriam retomar os incentivos para produzir, empreender, investir; depositando, assim, sua confiança absoluta no mercado livre.

Surgem, à época, como consequência de tal quadro, propostas tendentes à redução do tamanho do Estado e abertura da economia à iniciativa privada, inclusive nos países da América Latina. Medidas como desregulação,

privatização das empresas estatais e concessão de serviços públicos passam a ser defendidas com o objetivo, dentre outros, de reduzir o endividamento dos Estados, conforme narram Carlos Menem e Roberto Dromi, citados por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (MENEM; DROMI *apud* DI PIETRO, 2005, p. 25).

Afirma Ana Paula Paes de Paula (2005, p. 47) que a Administração Pública burocrática (situada no contexto do Estado social) é substituída por um novo modelo, que, por meio da utilização de mecanismos gerenciais da iniciativa privada, busca dinamizar a Administração e torná-la mais eficiente

O modelo gerencial, apesar de ter sido adotado em muitos países, começou a ser fortemente criticado no início da década de 1990, quando a sociedade passou a requisitar maior participação, reconhecendo que a gestão pública não é atribuição exclusiva do Estado.

À vista disso, é de se notar que, da mesma forma que a concepção anterior, o Estado Social não pôde cumprir o seu desiderato. Sob a égide do paradigma liberal, a esfera pública restou desprestigiada, pois a ideia de sociedade do direito privado já estava consolidada, fundada na autonomia do particular e no império da lei. Atribuía-se ao sistema jurídico a garantia de uma igualdade formal, a defesa irrestrita da propriedade e da liberdade de contratar. Por seu turno, sob a égide do Estado Social, também se constatou a sua insuficiência como categoria explicativa do Direito, na medida em que se passou a tolher a autonomia individual, conferindo à burocracia especializada as principais tomadas de decisão. Com efeito, sob o pressuposto de viabilizar uma igualdade material, tal concepção de Estado passa a reivindicar o papel de condutor dogmático da teoria do Direito, através de uma atuação mais efetiva no plano normativo, substituindo a vontade dos indivíduos pela sua, desprezando a liberdade deles, que ficam a depender do apoio estatal irrestrito (FERREIRA, 2015, p. 42-50).

Sob essa perspectiva, não há como admitir, no seio da sociedade contemporânea, caracterizada sobretudo pela complexidade, que o Direito seja justificado a partir da autonomia privada, consoante o paradigma do Estado de Direito ou Liberal, nem a partir de uma autonomia pública do Estado, consoante o Estado Social. Nesse sentido, disserta Baracho Júnior (2000, p. 167) que



o paradigma liberal foi superado em razão de sua incapacidade de ver o caráter público da própria dimensão privada, pela redução que empreende do privado à esfera do egoísmo, da propriedade privada absoluta, e, conseqüentemente, por fazer do âmbito formal um fim em si mesmo, uma proteção velada do *status quo* burguês, uma mera defesa da propriedade privada e dos interesses dos grandes capitalistas, por desconsiderar, assim, as formas de vida concretas, e, em suma, por seu apego incondicional ao indivíduo isolado e egoísta. O paradigma do Estado Social, por seu turno, demonstrou que a redução do direito ao Estado retirou o vigor das tentativas de justificação racional do direito, ao impor a consecução de finalidades materiais a todo custo e, assim, ao menosprezar as suas necessidades de legitimação formal. Esse paradigma foi superado em razão de sua incapacidade de ver o caráter privado essencial à própria dimensão pública, enquanto *locus* privilegiado da construção e reconstrução das estruturas de personalidade, das identidades sociais e das formas de vida. É precisamente esse aspecto da dimensão pública que deve agasalhar necessariamente o pluralismo social e político, constituindo-se em condição *sine qua non* de uma cidadania ativa efetiva, que se reconstrói quotidianamente na ampliação dos direitos fundamentais à luz da Constituição vista como um processo permanente. Exatamente a redução do público ao estatal conduziu aos excessos perpetrados pelo Estado Social e sua doutrina.

Diante do referido contexto, em que se apresentam conflituosas as esferas pública e privada, o paradigma do Estado Democrático de Direito surge com o intuito de tentar resgatar a força integradora do Direito. Seguindo essa linha, destaca Baracho Júnior (2000, p.168) que “tais esforços têm em comum a valorização dos princípios constitucionais, que garantem a autonomia privada, e os que organizam processos decisórios públicos”. Com isso, sobressai a percepção de que o público e o privado são, na verdade, esferas complementares e essenciais uma à outra para configuração do regime democrático. E exatamente aí, acrescenta o autor, residiria o engano dos paradigmas anteriores, pois, “ao sacrificarem a esfera pública em favor da esfera privada ou vice-versa, no afã de garantir a cidadania, eliminavam precisamente o florescimento e consolidação de uma cidadania universal e efetiva”.

Assim, o caminho apontado para superar a aporia dos modelos anteriores está na edificação de um novo paradigma, de caráter democrático do Direito.

## 2.4 O paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito

Aponta-se, com frequência, que, no Estado moderno, as Constituições foram instauradas com o objetivo de limitar o governo, rompendo com o modelo absolutista de soberania estatal, tomando por base a separação dos poderes, a submissão do Estado às leis e a previsão de direitos fundamentais. Dessa forma, conectam-se direito e política, na medida em que começa a se impor a necessidade de legitimação do poder político.

Mantida a preocupação com a configuração democrática do poder, os Estados contemporâneos, em sua maioria, tornam-se signatários do Estado Democrático de Direito.

Ao longo do século XX, tem-se a redefinição do papel da Constituição (que enaltece o dever de concretizar os preceitos constitucionais), ocasionando o surgimento da concepção do Estado Democrático de Direito, tido como resposta à vontade popular e aos fins propostos pelos cidadãos. Além da submissão da lei, impõe-se, também, ao Estado a tarefa de fomentar valores.

A promoção da dignidade humana, o respeito aos direitos fundamentais e o pluralismo impulsionam esse novo paradigma estatal, dentro do qual a sociedade passa a ocupar espaços antes tidos como estatais.

Em meio a tal contexto, surgem novos direitos relacionados a valores como humanismo e universalidade, que não se voltam, especificamente, à proteção de um indivíduo ou de um grupo determinado e têm por destinatário o gênero humano. Trata-se dos direitos de terceira dimensão, de titularidade difusa, tidos como direitos de solidariedade ou de fraternidade, “em face de sua implicação universal ou, no mínimo, transindividual, por exigirem esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para sua efetivação” (SARLET, 2015, p. 49). Como exemplo de direitos de terceira dimensão, citam-se o direito à paz, à proteção do consumidor, ao meio ambiente, à comunicação, à autodeterminação dos povos e à conservação do patrimônio histórico.

Portanto, é importante observar que, ao analisar a evolução histórica dos direitos fundamentais, é possível aferir-se que eles vão sendo criados para atender à demanda de cada época, sendo redefinidos a cada novo paradigma

jurídico, variando, assim, de acordo com o momento e as novas aspirações da sociedade.

Além da previsão de novos direitos, sustenta-se, como visto linhas atrás, que, na seara de um regime democrático, a autoridade da Constituição deve repousar em sua legitimidade. Diz-se que todo poder emana do povo. De fato, o povo é frequentemente apontado como titular de certas prerrogativas e responsabilidades coletivas dos textos constitucionais atuais, autointitulados democráticos. Deveras, comumente afirma-se que, dentre os diversos sentidos que o termo “democracia” recebeu, em especial após a Segunda Guerra Mundial, o mais reivindicado pelas correntes ideológicas da maioria dos países aponta para a ideia cunhada pelo senso comum de que esse seria o regime pelo qual o governo é do povo, pelo povo e para o povo. Assim, a noção moderna de democracia se encontra diretamente atrelada à questão da fonte legítima do poder e de representação política, no contexto das sociedades plurais.

Segundo destaca Menelick (1999, p. 481), com a evidência de novos movimentos sociais (*hippie*, estudantil, pacifista, ecologista), que eclodem na década de 60 do século XX, o paradigma do Estado Democrático de Direito exsurge configurando uma alternativa ao modelo de Estado do Bem-Estar Social.

Por oportuno, é de se notar que a democracia surge de um processo dialógico e social de aprendizado, que supera modelos anteriores extremos e que busca conciliar os valores de liberdade e igualdade, lastros positivos deixados pelo Estado Liberal e pelo Estado Social, respectivamente. A ideia do novo paradigma é garantir a autonomia privada e a pública, sem que uma possa eliminar a outra. No tocante à distinção entre os Estados sociais e democráticos, Mário Lúcio Quintão Soares (1998) assinala que,

no Estado Social, pressupõe-se a crença de que a arbitrariedade ou abuso dos direitos fundamentais pode ser evitado mediante o aumento do poder político do Estado, para melhor controle das relações baseadas nesses direitos. No Estado Democrático de Direito, há o pressuposto de que as causas desses abusos situam-se nas desigualdades sociais geradas pelas condições econômicas, políticas e sociais. Uma política eficaz para evitar essas arbitriedades exige transformações econômicas, políticas e sociais, através a participação dos cidadãos nos centros de poder e fortalecimento das instituições democráticas. (p. 104-105)

Apesar dessas transformações ocorridas ao longo do século XX, é importante ressaltar que o termo “democracia” possui origem remota, concebido como uma construção jurídico-política, que, em tese, desde os gregos, estruturou-se sobre os princípios da soberania popular que concebe o povo como fonte do poder e busca proporcionar a participação direta ou indireta desse povo na gestão do Estado, como forma de construir e legitimar as suas decisões.

Nesse sentido, esclarece Baracho Júnior (2011), que a expressão democracia, utilizada para designar uma forma de organização do poder, teve suas formulações primitivas em Heródoto e Platão, tendo o conceito sofrido um refinamento a partir de Aristóteles. A democracia na teoria clássica, conforme sustenta o autor mineiro, era identificada como um governo do povo para si mesmo, opondo-se à monarquia, poder nas mãos de uma única autoridade, e à aristocracia, poder a cargo de um reduzido grupo. A ideia grega de povo abrangia o povo-cidadão, “que compreendia um grupo relativamente homogêneo, composto por homens, com cidadania ateniense e domínio sobre terras e exércitos” (2011, p. 95), excepcionados, pois, de tal esfera, as mulheres e os escravos. Aristóteles teria acrescentado uma reflexão qualitativa a essa perspectiva quantitativa: a noção de governo da maioria associada a uma das formas políticas por ele identificada como justa.

Baracho Júnior (2011, p. 95-96) ainda relata que a democracia medieval procurou elaborar a ideia de soberania popular a partir do Direito romano, em especial, no costume como fonte de Direito. Acrescenta, porém, que a democracia associada à vontade do povo surgiu apenas na modernidade, destacando, assim, que, a partir do século XX, ganha força a ideia de democracia como governo de maioria, dado que “o ‘povo’ vai se tornando cada vez mais heterogêneo, com a integração de mulheres, comunidades tradicionais, crianças e, em diversos aspectos, até estrangeiros” (2011, p. 96).

Com isso, a democracia, como vontade da maioria, só alcança densidade quando vinculada estruturalmente ao Estado de Direito, no qual os direitos e garantias fundamentais, tanto de natureza individual como política, são efetivados (BARACHO JÚNIOR, 2011, p. 97). Fora do Estado de Direito, expõe o autor, um líder carismático, em decisões plebiscitárias, poderia

restringir a arena dos debates políticos e sustentar os seus projetos em pauta bastante restrita, de fácil absorção por setores menos informados ou críticos do eleitorado.

Embora reconheça a universalização da titularidade dos direitos como um dos fatores responsáveis por tornar inviável a democracia direta propugnada por Rousseau, sustenta, ainda, Baracho Júnior (2011, p. 97) que isso não inibe a existência de mecanismos de deliberação direta, tais como os previstos na Constituição brasileira vigente. Contudo, no contexto da modernidade, prevalece, nos grandes Estados, a democracia representativa, seja pela extensão dos seus territórios, seja pela imensidão e complexidade da sua população. Seguindo a mesma trilha, expõe Bobbio (1994, p. 32) que

o que se considera que foi alterado na passagem da democracia dos antigos à democracia dos modernos, ao menos no julgamento dos que veem como útil tal contraposição, não é o titular do poder político, que é sempre o 'povo', entendido como o conjunto dos cidadãos a que cabe, em última instância, o direito de tomar as decisões coletivas, mas o modo (mais ou menos amplo) de exercer esse direito: nos mesmos anos em que, através das declarações dos direitos, nasce o Estado Constitucional Moderno, os autores de *O federalista* contrapõem a democracia direta dos antigos e das cidades medievais à democracia representativa, que é o único governo popular possível num grande Estado.

A democracia, pois, exercida na Antiguidade diretamente pela população, transmuda-se na sociedade moderna e contemporânea para a forma representativa, delegando-se, desde então, aos eleitos a atribuição de externar a vontade do país, o que, por certo, acaba por mitigar o perfil político do indivíduo.

A despeito disso, é de se asseverar, desde já, que a distância crescente entre representantes e representados acaba por demonstrar a incapacidade do modelo hegemônico de democracia liberal representativa. Além disso, implica a transformação sistemática das significações políticas, fomentando a elaboração de um projeto alicerçado em estratégias decisórias, que contemplem a efetiva participação de todos, seja pela forma direta, representativa e também participativa/deliberativa.

Importante, assim, é destacar que, não obstante o fato de se reconhecer que a política majoritária (conduzida por representantes eleitos) seja um

componente vital para a democracia, essa não pode ser tratada apenas em sua dimensão formal. Com efeito, é o seu sentido material/substancial, que abrange a preservação de valores e direitos fundamentais, que dá alma ao Estado Constitucional de Direito, na medida em que implica o governo para todos, e não apenas o governo da maioria. A essas duas dimensões, pondera Barroso (2015, p. 04), “soma-se, ainda, uma dimensão deliberativa, feita de debate público, argumentos e persuasão. A democracia, contemporânea, portanto, exige votos, direitos e razões”.

Assim, faz-se necessário reconhecer previamente que a concepção de Estado Democrático de Direito, resultado de um processo iniciado pelo Estado Liberal e que perpassa pelo Estado Social de Direito, possui um conceito que ainda se encontra em processo de construção. É certo que a necessidade de amparar a participação de todos nos processos decisórios do Estado, como forma de fazer cumprir a pretensão de legitimidade do governo, por vezes, esbarra na constatação da heterogeneidade de seu povo e da consequente multiplicidade das visões de mundo.

Quanto a isso, registra Galuppo (2001, p. 49-51) que, desde a Grécia Antiga até a Idade Média, a vida era orientada pela presença do centro que fornecia toda a segurança necessária ao indivíduo, sendo ele a *polis* na Grécia e a Igreja Católica no período medieval. Em ambos os casos, o traço característico da unidade se fazia presente. Porém, com a passagem do século XV ao século XVI e o surgimento da modernidade, o homem passa a ser o centro de sua própria ação e a identidade (uniformidade) deixa de ser a marca da sociedade democrática contemporânea. Assim, “ao invés da homogeneidade e da similitude, a diferença e o desacordo são os seus traços fundamentais (GALUPPO, 2001, p. 51).

A constatação da existência de grupos diversos na sociedade fomenta a tentativa de grupos minoritários (marginalizados) de alcançar o controle do centro decisório, pois, conforme expõe Galuppo (2001, p. 53),

Exatamente por causa da pretensão inerente aos vários grupos de se tornarem hegemônicos, uma sociedade pluralista só pode existir, enquanto sociedade *pluralista*, se for, também, uma sociedade tolerante. Pois somente em uma sociedade tolerante, é possível a coexistência de projetos distintos sobre como realizar a vida boa e,

mais do que isso, somente em uma tal sociedade, é possível que tais projetos se atualizem na maior medida possível.

Friedrich Müller (2003) também assinala o problema do caráter fragmentário do poder constituinte, dada a ausência de homogeneidade do povo. Esclarece, assim que,

Em consequência das lutas políticas, o conceito de povo se amplia cada vez mais. Uma multiplicidade de grupos sociais adquire consciência dos seus interesses, introduzindo-os no processo político. Durante o combate semântico em torno da ampliação do conceito de povo, os agrupamentos inicialmente excluídos forçam a sua inclusão e produzem assim, no término do processo, o povo soberano idêntico consigo mesmo. (p. 83)

De fato, torna-se necessário reconhecer que o Direito é múltiplo, pois não há uma unidade de povo. Assim, a criação, recriação e inclusão constante de diferenças no Estado fazem com que o poder do povo tenha a necessidade constante de se relegitimar e se ressignificar. Nessa trilha, uma Constituição democrática deve estar atenta para o fato de que a soberania popular vai se ampliando, na medida em que se reconhecem novos valores e diferenças.

O povo nunca é homogeneamente unido, daí ser imperioso que o Estado esteja sempre disposto a acatar a opinião de todos os diferentes grupos sociais, como forma de fazer cumprir a pretensão de legitimidade do governo do povo e também garantir a preservação da democracia constitucional.

O Estado Democrático é, pois, um conceito aberto, que se constrói permanentemente. Nessa esteira, disserta Mário Lúcio Quintão Soares (1998) que

Esse tipo de Estado não é uma estrutura acabada, mas uma assunção instável, recalcitrante e, sobretudo, falível e revisável, cuja finalidade é realizar novamente o sistema de direitos nas circunstâncias mutáveis, ou seja, melhor interpretar o sistema de direitos, para institucionalizá-lo, mais adequadamente, e para configurar o seu conteúdo mais radicalmente. (p. 106-107)

O Estado Liberal pressupunha uma forma de organização social, baseada no consenso radical e homogêneo entre os indivíduos que o compunham, tornando irrelevante o dissenso. O Estado Social, por meio do discurso de correção das distorções produzidas pelo poder econômico,

buscava eliminar juridicamente os conflitos. Segundo Galuppo (2001), o Estado Democrático de Direito, ao contrário, baseado no pluralismo, não pressupõe a eliminação de qualquer projeto de vida que componha a sociedade, reconhecendo que todos, inclusive os minoritários, são relevantes na composição de sua identidade. Assim, completa o autor,

Isso exige de nós, como já indicava Häberle, uma noção compreensão do que seja a Constituição. A Constituição não mais pode ser entendida apenas como um consenso de fundo, mas deve também ser entendida como a manifestação indireta de um dissenso, ou caso se prefira, de um *pluralismo*. (HÄBERLE *apud* GALUPPO, 2001, p. 53)

Além do pluralismo, afirma Hans Peter Schneider (1991, p. 18), que, sem uma tutela adequada dos direitos fundamentais, não existe democracia, pontuando que *la democracia [...] presupone los derechos fundamentales de la misma forma que, al contrario, los derechos fundamentales solo pueden adquirir su plena efectividad em condiciones democráticas*.

Também nessa perspectiva, assinala Sarlet (2015, p. 63), que a concretização dos direitos fundamentais constitui condição de existência e medida da legitimidade de um autêntico Estado Social e Democrático de Direito, consagrado em nosso Direito constitucional positivo vigente, e que é guiado pelo valor da justiça material.

Válido, por oportuno, neste sentido, é ressaltar a contribuição das proposições teóricas acerca da essencialidade dos direitos fundamentais formuladas por Konrad Hesse (2001), adepto do método concretista, que será estudado mais adiante. Pugna tal teórico pela força normativa da Constituição, enfatizando o condicionamento recíproco entre a Constituição jurídica e a realidade social. Na sua percepção,

a norma constitucional somente logra atuar se procura construir o futuro com base na natureza singular do presente. [...] a norma constitucional mostra-se eficaz, adquire poder e prestígio se for determinada pelo princípio da necessidade. Em outras palavras, a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva. A Constituição converte-se, assim, na ordem geral e objetiva do complexo de relações de relações da vida (HESSE, 1991, p. 18).



Com isso, comumente afirma-se que a Teoria Constitucional contemporânea privilegia, a partir da concepção de Hesse, a busca por efetividade das normas constitucionais, na medida em que sustenta que a pretensão de eficácia é elemento autônomo que vem associado às condições de sua realização e faz com que a Constituição não seja mera expressão do “ser”, mas constitua também um “dever ser”, o qual procura imprimir a ordem e a conformação à realidade política e social. (HESSE, 2001, p. 15).

É relevante destacar que além de focar no desenvolvimento de forma ótima da força normativa da Constituição, ao dispor sobre a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais no § 1º do seu art. 5º, o texto constitucional brasileiro de 1988, também afirma o pluralismo como um dos fundamentos do Estado, estabelecendo em seu artigo 1º, parágrafo único, que: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 1988). Segue, dessa feita, a tendência contemporânea, consistente na busca por legitimidade normativa do poder constituinte, que se encontra intimamente relacionada à noção de democracia.

Incumbe, registrar, nesse sentido, o processo de abertura à participação da sociedade civil e dos cidadãos em geral no trabalho da Constituinte, entre 1987-1988. A superação da ordem autoritária contou com a mobilização popular, que, através das entidades da sociedade civil organizada, exercia certa influência sobre os parlamentares. As audiências públicas, por exemplo, permitiam mapear com mais profundidade problemas postos à apreciação das comissões temáticas, possibilitando uma maior interlocução entre os constituintes e a população. O ex-deputado federal João Gilberto Lucas Coelho (1988) chegou a afirmar que

talvez o mais rico momento da Constituinte tenha sido o das audiências. O Brasil apresentou-se nu e real, com problemas e sonhos, tensões e divergências. Centrais sindicais, lideranças empresariais, movimentos os mais diversos, especialistas e membros do governo depunham, a convite ou por iniciativa própria. (p. 16-17)

Assim, encampada pelo espírito democrático de seu processo de elaboração, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CR/88)

nasceu com o objetivo de ampliar a capacidade de participação do povo nas decisões do Estado, recuperando a noção de democracia direta, bem como com a finalidade de fortalecer a democracia representativa, sem se olvidar dos benefícios da democracia participativa.

Com efeito, apesar da fragmentariedade do povo brasileiro, a democracia que o Estado Democrático de Direito realiza no cenário nacional, há de ser, segundo ensina José Afonso da Silva (2007)

[...]; um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3., I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1., parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos do governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de ideias, culturas e etnias [...]; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão, que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício. (p. 119)

Seguindo o caminho, adverte Müller (2003, p. 83), que se o Estado procura se prover da legitimidade específica assente no poder constituinte do povo, esse poder deve ser constitucionalmente positivado, resultando daí exigências práticas. Nas suas palavras, o termo “povo”, contido em textos de normativos, sobretudo nos constitucionais, deve ser compreendido como parte integrante, plenamente vigente, da formulação da prescrição jurídica, de forma a ser levado a sério como conceito jurídico.

O problema, porém, surge quando se constata que sociedades democráticas contemporâneas, politicamente heterogêneas, não conseguem cumprir seu desiderato, dadas, dentre outros fatores, as deficiências da democracia representativa. É o que ocorre no Brasil, onde habitualmente se denuncia que o parlamento é formado, prioritariamente, por integrantes do sistema econômico, que passam a exercer, com exclusividade, a atividade de criação das normas de Direito, deturpando a real vontade do povo.

Com efeito, apesar dessa busca pela legitimidade dos atos estatais encampada no texto constitucional, fato é que, mesmo tendo saído, ao menos em tese, de um período autoritário recente, no Brasil, tal como ocorre na grande maioria das sociedades contemporâneas, os processos decisórios

permanecem limitados às mãos de alguns poucos, devido à dificuldade de que as decisões políticas sejam tomadas pelos cidadãos em conjunto. De fato, com exceção da rara participação da sociedade civil e das instituições na Assembleia Nacional Constituinte, no final da década de 1980, o que prevalece, desde então, no País é a ausência de canais de expressão para que a população possa se manifestar, como será visto logo adiante. Sob essa perspectiva, a nociva influência de uma pequena elite política e financeira na gestão do Estado resulta no evidente descompasso entre a vontade dos representados e dos representantes.

Com isso, é de se notar que, a despeito de o conceito de democracia estar diretamente relacionado ao de cidadanização, não raras vezes, constata-se a nefasta influência da manipulação do consenso por parte dos detentores do capital no parlamento brasileiro, o que acaba ensejando a exclusão e estigmatização de uma grande parcela da população, que passa a clamar por proteção e visibilidade no âmbito judicial.

Assim, a crise da democracia representativa se torna um campo fértil para uma atuação robusta por parte do Poder Judiciário. Entretanto, mesmo reconhecendo as mazelas dos mecanismos tradicionais da democracia representativa, há também o receio de que tal protagonismo, por parte do Judiciário, possa acarretar o ativismo judicial, possibilitando a substituição do Direito legal pelas convicções pessoais dos magistrados (tendência do voluntarismo). Nesse caso, admite-se que eles possam moldar a Constituição de acordo com suas inclinações políticas e preferências ideológicas, o que também caracterizaria atividade nociva aos postulados democráticos.

Com vistas a superar tal quadro de instabilidade institucional, ganha destaque o paradigma procedimental do Direito formulado por Habermas, que, desde a década de 1970, prega que a legitimação do Direito deve se dar por meio de um procedimento deliberativo e contestatório, dentro de um discurso aberto, livre de dominação, envolvendo todos os destinatários da norma, conforme será visto a seguir, e transpondo a visão estanque do Direito, totalmente desconectada do poder comunicativo.

Apontam Leonardo Avritzer e Sousa Santos (2002, p. 51-52) que, ao postular um princípio de deliberação amplo, Habermas recoloca, no interior da

discussão democrática, um procedimentalismo social e participativo. A esfera pública valoriza a pluralidade de formas de vida existentes nas sociedades contemporâneas, constituindo-se um “espaço no qual indivíduos – mulheres, negros, trabalhadores, minorias raciais – podem problematizar em público”, realizando discussões, na tentativa de conquistar os seus interesses e de combater sua condição de desigualdade na esfera privada. Com isso, comunidades e grupos sociais subalternos, por meio de iniciativas locais, passam a ter condições de lutar contra a exclusão social e a trivialização da cidadania (SANTOS, 2002, p. 32).

Deveras, a proposta de retomada do espaço público, como um local aberto ao debate e ampliação das possibilidades participativas, pode inspirar o exame de processos de legitimação, inclusive o do direito judicial, fazendo do aparato judicial do Estado um canal de diálogo transparente e livre, constituindo-se como mais uma esfera pública de deliberação.

Com efeito, breves reflexões sobre a implementação de um paradigma procedimental do Direito tornam-se essenciais para possibilitar a compreensão de que a legitimidade do Direito passa pela dinâmica da linguagem e por um procedimento discursivo extremamente compatível com o paradigma do Estado Democrático de Direito. Pode contribuir, inclusive, de forma efetiva, para a democratização do Poder Judiciário e para o aperfeiçoamento da experiência jurídico-constitucional brasileira.

## **2.5 O critério procedimental da legitimidade do Direito: a proposta discursiva de Habermas**

Ao se insurgir contra o diagnóstico da modernidade, reconhecendo, sobretudo, que o espaço público é desgastado pela pressão econômica do sistema capitalista, Habermas enaltece a importância da racionalidade comunicativa (que se pauta no diálogo, e não na imposição), sustentando uma nova compreensão para o sistema jurídico. Na sua visão, defende Cruz (2004a, p. 3-5), a legitimidade do Direito não decorre de um Direito moral superior (Kant), e nem tampouco a instância formal seria suficiente para legitimá-lo (Weber). Ao contrário, as normas passam a ser reconhecidas como válidas

pelos discursos, e não mais pelo receio de manejo de coerção pelo Estado. A Constituição, compreendida como mecanismo de organização de procedimentos, é que irá garantir o fluxo de comunicação de argumentos para a justificação das ações estatais. Assim, pela teoria discursiva do Direito, é legítima a norma tida como justa e aceitável pela maioria e pela minoria.

Nesse sentido, o autor alemão (HABERMAS, 2000, p. 438) apresenta as possibilidades dos ideais da democracia deliberativa, visando a superar concepções distintas dos modelos de democracia liberal e comunitarista e atender à diversidade de concepções de mundo existente, apostando na “capacidade que tem um discurso de unificar sem coerção e instituir um consenso no qual os participantes superam suas concepções inicialmente subjetivas e parciais em favor de um acordo racionalmente motivado”.

Nas sociedades contemporâneas, apresentam-se, basicamente, três concepções normativas de democracia: a liberal, a republicana (ou comunitarista) e a deliberativa. Todas, como regra, têm por objetivo investigar qual o papel deve ser assumido pelo componente da comunidade, para que ele possa alcançar a condição de cidadão. Com efeito, esclarece Rainer Forst (2010, p. 116), que, enquanto o liberalismo propõe uma sociedade na qual todos sejam livres e tenham condições mínimas de executar os planos de vida, segundo a sua vontade e entendendo a cidadania como sendo primeiramente um *status* jurídico de liberdades subjetivas iguais (aparecendo a legitimação política como o equilíbrio justo de interesses subjetivos concorrentes), os comunitaristas valorizam as formas comunitárias de vida, sustentando que a cidadania é construída eticamente e caracterizada por determinadas virtudes da coletividade para o bem comum. Para esses, é impossível pensar no indivíduo fora da comunidade; por isso, criticam o individualismo exacerbado, a neutralidade estatal e a postura universalista e racionalista que transforma o indivíduo em um ser abstrato, desconectado da vida social.

Partidário do liberalismo, John Rawls, na obra *O liberalismo político* (2011), propõe a existência de uma sociedade na qual haja uma cooperação entre cidadãos livres e iguais, em que todos, apesar da existência de visões éticas distintas, incorporam uma concepção política de justiça. Assim, a atitude cooperativa das pessoas (divididas por doutrinas religiosas, filosóficas e morais

conflitantes) é o que possibilita a existência de uma sociedade justa e estável.

Os comunitaristas, ao revés, apostam em uma comunidade política integrada ética e culturalmente, a fim de possibilitar a unidade social, o autogoverno democrático e a solidariedade. Expõe Forst (2010, p. 116) que “a crítica comunitarista ao liberalismo parte da tese de que o liberalismo não consegue explicar adequadamente quais os pressupostos político-culturais necessários para uma comunidade democrática; ou seja, que o liberalismo, na prática destrói a comunidade democrática”. Acrescenta o autor (2010, p. 132) que é “desastrosa a tentativa de fundamentar uma comunidade política na qual os cidadãos são representados como indivíduos que apresentam suas próprias (e incompatíveis) concepções do bem”. Em síntese, segundo a tese comunitarista, não poderia haver liberdade subjetiva sem liberdade política, e essa não pode existir sem um cidadão virtuoso, democrático, orientado para o bem comum.

É importante, porém, destacar que os comunitaristas também sofrem críticas, ao pregarem, por exemplo, na versão substancialista, a necessidade de a comunidade política se apoiar numa base cultural ética, defendendo que a comunidade política pode ser identificada como um grande sujeito integrado eticamente (suposição Hegeliana). Parece desconsiderar a existência de uma pluralidade de comunidades éticas e de associações no espaço da comunidade política plural e complexa (FORST, 2010, p. 143-144).

Dessa forma, é fácil perceber que a controvérsia entre o liberalismo e o comunitarismo não consegue dar uma resposta aos problemas da sociedade moderna e pluralista. A sociedade atual é marcada pela complexidade e fragmentariedade, e, conseqüentemente, há uma impossibilidade de uma decisão política se fundamentar na soma das vontades individuais (liberalismo) ou mesmo em uma vontade geral comunitarista. Em decorrência, sustenta Rainer Forst (2010) que a democracia deliberativa proposta pelo professor alemão Jürgen Habermas representa uma alternativa, não apenas ao modelo liberal, mas às teorias comunitaristas de legitimação política. Segundo ele, a proposta de Habermas se afasta do individualismo exacerbado e da ideia de comunidade republicana que, praticamente, ignora os direitos individuais.

A ideia, pois, é compatibilizar a matriz político liberal (que valoriza a

autonomia privada e os direitos individuais) com a matriz democrática, republicana (que reclama a participação política), possibilitando que todos os submetidos à norma, com visões distintas de mundo, por meio de uma discussão racional, participem de sua criação. Assim, a democracia, segundo essa concepção, se funda no entendimento entre as pessoas.

No mesmo diapasão, expõe Cruz (2004a, p. 220) que “Habermas propõe uma estreita conexão entre as liberdades subjetivas, própria da visão liberal, com a participação dos cidadãos na política, tão cara aos comunitários”. A junção entre tais esferas e, com efeito, essa ligação entre Direito e Política impõe-se pelo discurso. Com isso, a legitimação do Direito, a partir de sua teoria do discurso, pressupõe um procedimento ideal para deliberação e tomada de decisão. Através da comunicação, há uma tentativa de consenso e acordo racional entre os homens.

Assim, o papel do Direito é tido como procedimental para a teoria da democracia deliberativa sustentada por Habermas, porque as normas se tornam legítimas através dos procedimentos jurídicos que asseguram a deliberação sobre seu conteúdo material na esfera pública. Sob essa ótica, a democracia não se satisfaz apenas com a escolha dos representantes, mas exige também que, aos cidadãos, seja oportunizado um espaço de debate, ou seja, o processo legislativo deve advir de um processo de integração social obtido pela troca discursiva. Com isso, além de eleições democráticas, a constante realização de discussões públicas e racionais, visando à formação da opinião pública para influenciar o processo de elaboração das leis, também se torna necessária. Assim, a democracia, nas sociedades modernas complexas, se sustenta em um terceiro elemento, qual seja, a esfera pública, arena na qual pode ocorrer a formação racional da opinião. Dessa feita, o cidadão não pode limitar-se à condição de destinatário da norma, devendo figurar como seu coautor.

A esfera pública é representada por Habermas (1997) como o espaço formal do agir comunicativo, instituto fundamental da modernidade. Na concepção do citado autor

a esfera pública não pode ser entendida como uma instituição, nem como uma organização, pois ela não constitui uma estrutura

normativa capaz de diferenciar entre competências e papéis, nem regula o modo de pertença a uma organização etc. Tampouco ela constitui um sistema, pois, mesmo que seja possível delinear seus limites internos, exteriormente, ela se caracteriza através de horizontes abertos, permeáveis e deslocáveis. A esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões; nela, os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos. (v.2, p. 92)

Habermas (1997, v. 2, p. 93) identifica, assim, como esfera pública o “espaço de situação de fala, compartilhado intersubjetivamente”, de discussão racional, que se ampara na sociedade civil e se distingue do Estado e do mercado, possibilitando ao público deliberante interferir nas tomadas de decisão do Estado. Tal esfera designa, assim, um terceiro momento fundamental das sociedades, que busca a legitimação discursiva do exercício do poder político. O sujeito dessa esfera pública seria, portanto, o público, como portador da opinião pública (HABERMAS, 2003, p.14).

Acerca da origem de tal categoria, esclarece Habermas (2003, p. 73-74) que, no século XVIII, ela estava vinculada à dinâmica da sociedade burguesa em contraposição ao poder estabelecido e poderia ser compreendida como a esfera “das pessoas privadas reunidas num público em seus duplos papéis de proprietários e de meros seres humanos”. Surge, inicialmente, em espaços culturais tornados públicos, num campo tensional entre Estado e sociedade civil. Logo, tal esfera se desenvolve movida pela luta dos burgueses para a transformação do Estado absolutista em Estado burguês. Essa forma de fazer política surge, primeiramente, na Inglaterra, na França e na Alemanha e, paulatinamente, se expande por toda a Europa (HABERMAS, 2003, p. 69-75).

Tal modelo, porém, sofre significativas transformações, em virtude do crescimento do capital, dos monopólios industriais, do engajamento de instituições, como os partidos políticos e a imprensa, a partir do século XIX. Todos esses segmentos começam a influenciar as decisões políticas, acabando com a simetria existente, até então, entre pequenos comerciantes. Assim, a partir daí, tal esfera deixa de exercer o papel de representação e dos interesses da sociedade em geral, para se transformar em uma arena de disputa por interesses particulares (HABERMAS, 2003, p. 170).



Com as novas mídias do século XX (rádio, cinema falado e televisão), a esfera pública se amplia, perde vitalidade e se modifica com os interesses privados, que se fazem presentes de modo privilegiado através do jornalismo publicitário. Diante disso, abre-se a possibilidade de a esfera pública vir a ser manipulada pelo poder e pelos meios de comunicação de massa (HABERMAS, 2003, p. 217).

A despeito de tais transformações e da própria revelação feita pelo autor no tocante à possibilidade de manipulação da opinião pública, sustenta Habermas que a esfera pública permanece figurando como categoria-chave do processo deliberativo, como espaço potencial para a ampliação e radicalização democrática, dada a possibilidade de os atores da sociedade civil poderem nela debater questões a serem elaboradas pelo Estado, valendo-se do discurso e da argumentação:

O núcleo institucional [da sociedade civil] é formado por associações e organizações livres, não estatais e não econômicas, as quais ancoram as estruturas de comunicação da esfera pública nos componentes sociais do mundo da vida. A sociedade civil compõe-se de movimentos, organizações e associações, os quais captam os ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensam-nos e os transmitem, a seguir, para a esfera pública política. O núcleo da sociedade civil forma uma espécie de associação que institucionaliza os discursos capazes de solucionar problemas, transformando-os em questões de interesse geral no quadro de esferas públicas. (HABERMAS, 1997, v. 2, p.99)

Tal esfera discursiva pode ser compreendida como um espaço vital de formação da opinião pública, que tende a aproximar a realidade da situação ideal de fala, assegurando, assim, legitimidade aos acordos assumidos pela sociedade ou pelo Estado. A referida esfera, esclarece Cruz (2004b, p. 234-235) pode ser materializada dentro das universidades, na produção acadêmica, em associações com interesses claramente definidos (como sindicatos e partidos políticos), igrejas, instituições do terceiro setor, tais como as organizações não governamentais, no trabalho desempenhado pela imprensa e até mesmo na comunicação difusa propiciada pela Internet.

Com isso, além das organizações da sociedade civil, os próprios meios de comunicação de massa, desde que democratizados e desmercadorizados,

são instrumentos indispensáveis para a democratização da produção de opiniões públicas.

Em vista disso, a proposta do autor alemão consiste, em síntese, em descartar o contrato social e valorizar a dinâmica dialógica da esfera pública, sustentando que a legitimidade do sistema deve decorrer, necessariamente, de um consenso livre. Afirma-se, assim, imperioso reconhecer que as normas precisam de boas razões para permanecerem válidas, assim como as decisões também precisam delas, para que sejam aceitas, e não meramente impostas. Dentro desse contexto, “somente podem pretender legitimidade as normas e decisões políticas que, num discurso entre cidadãos livres e iguais, podem ser questionadas e aceitas em suas consequências gerais e particulares” (FORST, 2010, p.154).

Desse modo, expõe Forst (2010, p.157-172) que, no contexto da democracia deliberativa, os discursos políticos devem apresentar três qualidades essenciais: a racionalidade e a equidade; a crítica e o conflito; a reconciliação e a solidariedade. A racionalidade e a equidade são os pressupostos que possibilitam a formação das preferências e a disposição de compreender, aceitar ou tolerar a posição dos outros. Com efeito, aqui o consenso, que não decorre de uma eticidade substancial prévia, e sim, de preferências ou concordâncias diante de outros discursos, pressupõe argumentações racionais e produz decisões provisórias, já que os discursos que levaram a elas podem ser questionados (toleram posições diferentes). A função da crítica e do conflito é exatamente a de reconhecer as reivindicações de grupos excluídos e a possibilidade de uma norma ou decisão poder ser modificada, tendo em vista a apresentação de melhores argumentos. É importante registrar que a possibilidade de dissenso decorre até mesmo da ausência de um elemento integrador no mundo da vida. Por fim, a reconciliação e a solidariedade estão atreladas à necessidade de reconciliar essas fissuras numa comunidade.

Assim, o estímulo ao debate e ao diálogo permanente acaba possibilitando a formação de consensos temporários. Para alcançar tal desiderato, é preciso reconhecer a importância da racionalidade comunicativa, a qual, por meio da linguagem, pode contribuir para a formação de consensos

racionais.

De fato, no contexto de uma sociedade plural, totalmente oposta à sociedade tradicional, a legitimidade do Direito passa pela dinâmica da linguagem e por um procedimento discursivo inclusivo, devido à impossibilidade de o regime se escorar, apenas, no elemento força. Por isso, afirma Ferreira (2015, p. 113), ao tratar da proposta habermasiana, que “ao encarmos o binômio presente em *Direito e democracia*, a legitimidade provém da validade, e não da truculência inerente à facticidade”. Assim, acrescenta Ferreira (2015, p. 128), “o uso legítimo da força (facticidade) só é possível se a norma violada gozar da validade (legitimidade)”.

A preocupação com a legitimidade, de fato, é uma corrente na obra de Habermas. Com efeito, ao dissertar sobre a tensão entre facticidade e validade, imanente ao Direito de um Estado Democrático em evolução, esclarece o sociólogo que somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do Direito, num processo jurídico de normalização discursiva. Por essa razão, afirma:

[...]; o direito não pode satisfazer apenas às exigências funcionais de uma sociedade complexa, devendo levar em conta também as condições precárias de uma integração social que se realiza, em última instância, através das realizações de entendimento de sujeitos que agem comunicativamente, isto é, através da aceitabilidade de pretensões de validade. (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 114)

Assim, a tensão entre a facticidade e a validade se traduz no Direito, que possui o dever de estabilizar essas exigências da sociedade, de forma a propiciar a maior abertura do uso da comunicação e da linguagem, a fim de gerar condições melhores de integração social.

Na linha da teoria do discurso, anuncia Habermas (1997, vol. 1, p. 213) que o princípio da soberania do povo significa que todo o poder político é deduzido da capacidade comunicativa dos cidadãos. Com isso, tem-se que o exercício do poder político se legitima e se orienta pelas leis que os cidadãos criam para si mesmos, numa formação da opinião e da vontade estruturada discursivamente.

Ao apresentar a proposta da teoria da comunicação, Habermas (1997) trabalha o discurso como uma forma de comunicação destinada a fundamentar

as pretensões de validade das afirmações e das normas nas quais se baseia implicitamente o agir comunicativo, argumentando que

a tensão entre princípios normativistas, que correm o risco de perder o contato com a realidade social, e princípios objetivistas, que deixam fora de foco qualquer aspecto normativo, pode ser entendida como admoestação para não nos fixarmos numa única orientação disciplinar e, sim, nos mantermos abertos a diferentes posições metódicas (participante *versus* observador), a diferentes finalidades teóricas (explicação hermenêutica do sentido e análise conceitual *versus* descrição e explicação empírica), a diferentes perspectivas de papéis (o do juiz, do político, do legislador, do cliente e do cidadão) e a variados enfoques pragmáticos na pesquisa (hermenêuticos, críticos, analíticos etc.). (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 23)

Em linhas gerais, é possível afirmar que, para Habermas, o modelo de democracia deliberativa (já inserida no giro linguístico) se funda no entendimento, obtido pela razão, entre as pessoas que estejam dispostas a ouvir e entender umas às outras. Apesar disso, boas razões estarão aptas a problematizar as normas em qualquer tempo, seja quando de sua produção ou mesmo de sua aplicação. A validade da norma pode, portanto, ser questionada a todo instante. Não se deve, de fato, desconsiderar a possibilidade de dissenso nos momentos de formação e aplicação da norma, dada a ausência de uma sociedade monista.

Em face de tais questões, aponta Ferreira (2015, p. 53-54) que, na visão de Habermas, a compreensão da existência da possibilidade do dissenso permite a aposta paradoxal de consensos que contribuirão para a consolidação da solidariedade social. Os anseios sociais que visem à alteração da ordem posta serão sempre possíveis e fomentarão a reformulação constante dos consensos dominantes, vez que o procedimento comunicativo será sempre capaz de incorporar novas demandas.

Da mesma forma, a jurisdição também não pode desenvolver o Direito por uma interpretação construtiva desconectada do poder comunicativo, não sendo, pois, a interpretação da Constituição monopólio da jurisdição. Dessa feita, faz-se necessário que todos os destinatários das leis e decisões judiciais participem de forma efetiva de seu processo de formação, bem como dos discursos de aplicação jurisdicional do Direito. Com efeito, somente por meio de um processo comunicativo, é que uma norma pode ingressar de modo

válido no sistema jurídico. Segundo Rafael Lazzarotto Simioni (2007, p. 12), essas transformações necessárias ao modo de produção e aplicação do Direito, indicadas por Habermas, provocam a reconfiguração da separação dos poderes, na medida em que tanto o Executivo, como o Legislativo e o Judiciário ganham atribuições e competências cuja legitimidade pressupõe um outro poder, tido como “poder comunicativo”, o qual resulta de uma discussão pública racional, em que todos os implicados passam a ser, ao mesmo tempo, destinatários e autores do próprio Direito.

O modelo deliberativo apresenta, assim, uma proposta de retomada do espaço político como um local para a discussão e deliberação de temas de interesse da coletividade, formulando uma crítica ao modelo de democracia representativa, pautada na regra da maioria, que não se encontra apta a atender às necessidades das sociedades contemporâneas, marcadas pelo pluralismo, pelo aumento da complexidade das tarefas do Estado e pela falta de representatividade política. Com isso, sustenta-se a necessidade de que as diversas posições e argumentos sejam levados em consideração, dado que a única base aceitável para a formação do Direito legítimo é um consenso não coercitivo e racional entre indivíduos autônomos. Daí o entendimento de que a presença das associações e organizações na sociedade revigora a ideia de democracia.

Não há, de fato, possibilidade de emancipação sem que haja efetiva participação popular. Nada contrário a essa constatação, a busca pelo alcance da legitimidade se depara com inúmeros entraves, conforme será visto adiante. Nesse sentido, reconhecendo as inúmeras mazelas envoltas na questão, alerta Cruz (2009, p. 204) para o fato de que “Habermas tem consciência do emprego ‘estratégico’ dessa participação popular, no qual os entes governamentais manipulam essa ‘participação’ meramente para legitimar decisões já tomadas”. O autor chama a atenção para o fato de que, no ocidente, são poucos os que se dispõem a participar de processos de deliberação pública, dada a ojeriza que, geralmente, têm pela política. Expõe, assim, um exemplo de ação estratégica que tende a macular o agir comunicativo:

Da mesma forma, sua análise sobre as organizações não governamentais não seria maniqueísta, ou pelo menos bastante

críticável? Habermas praticamente sanciona tais entidades como elemento que age no sentido de favorecer o 'agir comunicativo' e o princípio da solidariedade no mundo da vida. Ora, é inegável a contribuição dessas entidades. No entanto, Habermas parece não perceber, ou pelo menos não o destaca, o emprego 'estratégico' de tais Ongs. Entidades de fachada para lavagem de dinheiro e para corrupção estão na pauta do dia cotidianamente nas páginas dos jornais. Além disso, cada vez mais, o Estado tem chamado tais entidades a participar de órgãos colegiados do Estado. Assim, decisões que são tomadas por esses órgãos, mesmo com o voto contrário dessas entidades, enfraquecem a ação independente das mesmas, exatamente por sua participação. Assim, em razão de tal participação, as Ongs acabam se tornando 'governamentais' e dando foros de legitimidade a políticas muitas vezes inaceitáveis para elas mesmas. (CRUZ, 2009, p. 204)

Em vista disso, tem-se a denúncia de que, ao contrário do que ocorria nas sociedades pré-modernas, que, de regra, permitiam um certo consenso convencional sobre o sentido do mundo, as sociedades que as sucederam apresentam enorme diversidade de interesses e nível de complexidade, podendo, não raras vezes, constatar-se a manifestação de vontade do povo por meio de entidades teoricamente representativas. Logo, vê-se que a busca pela legitimação do poder do povo instituidor da ordem jurídica suprema no Estado Democrático de Direito torna-se uma tarefa muito complexa.

Em linhas gerais, não há como desconsiderar que as desigualdades existentes na sociedade refletem no processo deliberativo, sendo perceptível a existência de opressões simbólicas tendenciosas a gerar a invisibilidade social de determinados grupos, em especial, no ambiente político. Entretanto, isso não significa que fica impossibilitada a construção de uma efetiva esfera pública democrática. O problema, porém, consiste em como criar mecanismos aptos (e isentos de manipulação negativa) a alçar o cidadão à condição de membro de uma comunidade política, em conciliar democracia e complexidade social e, ainda, em encontrar instrumentos que possam assegurar a ampla participação popular nos atos estatais, acolhendo os anseios da "maioria" da população, sem, no entanto, aniquilar os interesses de grupos fragilizados, de regra excluídos dos debates no âmbito do Poder Legislativo, geralmente, dominado por pautas exclusivamente econômicas.

Nesse sentido, torna-se relevante uma breve reflexão acerca do processo de modernização seletiva da sociedade brasileira, objetivando identificar as causas da exclusão e da dominação da esfera pública, por uma

elite descompromissada com a efetivação da igualdade social e com a consolidação da democracia no País.

Seguindo essa linha, o capítulo seguinte busca apontar fatores que definem a configuração social, econômica e política do País, a fim de contribuir para o processo de construção da identidade do real destinatário da Constituição.

A definição da comunidade de sujeitos constitucionais é central para o Direito constitucional brasileiro. Além disso, a Constituição, por si só, não transforma a realidade. A compreensão do que compõe a sociedade brasileira se torna, de fato, necessária, de forma a proporcionar mudanças progressivas no universo do Direito, visando, em especial, à modificação da cultura jurídica. Nesse sentido, possibilitam-se a superação desse silenciamento de segmentos sociais estigmatizados e o fortalecimento de uma narrativa coletiva, que funcione como um roteiro para transformações sociais positivas. Seguindo essa ideia, o objetivo, ainda, é encontrar mecanismos aptos a incorporar ao sistema essas pessoas que não têm acesso à justiça, repensando as instituições para o povo, para o qual a Constituição foi criada.

Com efeito, a despeito de o constitucionalismo contemporâneo se dizer expressamente comprometido com o pluralismo, não se deve negar o fato de que a realidade brasileira se encontra, desde o seu processo de formação, profundamente marcada pela intensa violência contra toda uma população de oprimidos.

Nessa perspectiva, relevante também é investigar, com base no pensamento de Giorgio Agamben, se a exceção habita dentro do Estado de Direito brasileiro, criando espaços juridicamente vazios, com o propósito deliberado de excluir grupos marginalizados e indesejados do âmbito de proteção da norma geral.

A partir de tais reflexões sobre a construção identitária do País, amparada pela concepção de democracia participativa, mais à frente, o trabalho se propõe a pensar e apontar alternativas de justiça para os excluídos, gerando espaços comunicacionais com o próprio Poder Judiciário, a fim de que as instituições, no Brasil, deixem de ser usadas para atender a projetos pessoais. Portanto, propiciar a interação das pessoas comuns com a cultura

jurídica, estimulando-as a deliberar e apresentar seus argumentos no processo decisório, refutando concepções paternalistas e elitistas que ainda circundam as relações sociais brasileiras.



### **3 DOS ENTRAVES À CONSOLIDAÇÃO DA DEMOCRACIA: A DESIGUALDADE SOCIAL, A SUBCIDADANIA E O ESTADO DE EXCEÇÃO NA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA**

A crise de legitimidade do Estado é fenômeno recorrente em boa parte dos países do ocidente. A falência do modelo de democracia representativa advém, dentre outros fatores, do distanciamento entre os governantes e governados e do próprio redimensionamento do Estado, que, ao longo do século XX, passou a assumir a incumbência de realizar prestações positivas à sociedade (CRUZ, 2004a, p. 06).

Interesses escusos e, não raras vezes, meramente eleitoreiros de representantes do Poder Legislativo, atentam diretamente contra a cidadania, denotando a incapacidade de as ações estatais refletirem a vontade popular. Aliás, nesse sentido, adverte com muita oportunidade Friedrich Müller (2004):

Também tomado como texto de Estado de Direito (em vez de texto ideológico), o 'poder constituinte do povo' ainda não pôde desfazer-se das relações de propriedade herdadas da tradição: apesar de ser propriedade do povo, enchem a boca com ele somente os que justificam assim o seu Estado. O 'poder constituinte do povo' ainda continua sendo um texto dos dominantes; ainda continua sendo o seu conceito finalista e ainda não é o texto do povo, com o fim de permitir a este organizar-se a si mesmo. Talvez seja possível que algum dia o povo (uma multiplicidade em si distinta, mesclada, dividida em grupos, mas organizada igualitariamente e sem discriminações) ainda tome posse do texto sobre o seu poder constituinte. (p. 139)

Não se duvida, portanto, que a crise de representatividade se apresenta como um problema para as democracias contemporâneas. No entanto, a compreensão da questão no cenário nacional exige uma análise, ainda que sucinta, de seus traços históricos.

Como se procurou salientar até aqui, a ideia de limitação do poder e supremacia da lei (constitucionalismo) ganhou destaque no plano político e jurídico, no mundo ocidental, nos últimos séculos. Porém, mesmo reconhecendo a existência de alicerces culturais universalistas, as particularidades precisam ser consideradas e devidamente contextualizadas, de forma a contribuir para a reflexão sobre o papel da jurisdição constitucional

no Brasil, bem como para revelar o verdadeiro povo soberano que está por trás do texto dessa norma fundamental.

Assim, apesar dos traços comuns do constitucionalismo, anteriormente delineados, é relevante destacar que nem todos os países percorreram os mesmos caminhos. Dessa forma, mesmo sem a pretensão de uma abordagem totalizante sobre o tema, é importante proceder a um breve estudo sobre os fenômenos que permeiam o sistema jurídico brasileiro. Conforme ressalta Orlando Villas Bôas Filho (2009, p. 294) “a efetiva compreensão das especificidades da sociedade brasileira e de seu direito demanda a superação de uma concepção homogeneizada da sociedade”, não sendo razoável analisar, abstratamente, a dinâmica de modernização ocidental como se esta fosse um processo único.

Válido, por oportuno, nesse sentido, é mencionar que, ao abordar os traços do constitucionalismo, Canotilho (2003, p. 51) ressalva que

o movimento constitucional gerador da constituição em sentido moderno tem várias raízes localizadas em horizontes temporais diacrônicos e em espaços históricos geográficos e culturais diferenciados. Em termos rigorosos, não há um constitucionalismo, mas vários constitucionalismos (o constitucionalismo inglês, o constitucionalismo americano, o constitucionalismo francês).

Sob essa ótica, torna-se possível afirmar a existência de vários constitucionalismos, como o americano, o francês, o brasileiro, o português e outros, apresentando, cada um desses, seus movimentos constitucionais próprios, atendendo à influência de diferentes enfoques culturais.

No tocante ao cenário nacional, revela Barroso (2010, 67-69) que o colonialismo português nos legou o ranço das relações políticas, econômicas e sociais de base patrimonialista que predispõem à burocracia, ao paternalismo, à ineficiência e à corrupção. Acrescenta que a herança patrimonialista fez perpetuar no País, do seu descobrimento ao início do terceiro milênio, uma história feita de opressão, insensibilidade e miséria. O Estado, conforme ainda ressalta o citado constitucionalista, atua como corporativo e financiador dos interesses da burguesia industrial (sucessora dos senhores de escravos e dos exploradores de café).

Também atento a isso, ao tratar dos primórdios da jurisdição constitucional no Brasil, destaca Cruz (2004a, p. 50-54) que nossa hermenêutica e legislação apresentam particularidades próprias àquelas surgidas na Europa. Destaca que a gênese do Direito nacional, em sua essência, deu-se basicamente através do transplante do Direito português, vez que a colonização se materializou coercitivamente, na maioria das vezes, pautada pela eliminação física (índios) e moral (dos negros escravos). Acrescenta, ainda, o autor que a troca de favores recíprocos, bem como o caráter patrimonialista e conservador figuram como características marcantes do Direito nacional.

É interessante notar, assim, que, na experiência brasileira, ainda se confundem amplamente as esferas pública e privada (BARROSO, 2010, p. 60-68). A gestão da coisa pública, tradicionalmente, se deu em obediência a pressupostos privatistas e estamentais, sendo prática corriqueira no País a apropriação do Estado e do espaço público pelo interesse privado dos segmentos sociais dominantes. Com isso, não se pode negar a interferência desses últimos na esfera pública não estatal (fruto da transição da sociedade civil para a sociedade política, de conversão do indivíduo em cidadão) que deveria abrigar, em sua essência, um espaço de domínio da opinião pública, do debate, dos processos de deliberação.

A Constituição de 1988 se esforçou em resguardar o espaço público da apropriação privada, estabelecendo, dentre outras ferramentas, a exigência de concurso público para ingresso em cargo ou emprego público e a licitação para celebração de contratos com a Administração Pública. Também criou mecanismos diretos de participação popular no poder do Estado, como a ação popular e a ação civil pública e se comprometeu com a efetivação dos direitos fundamentais, especialmente, aqueles voltados às minorias políticas. Apesar disso, muitos ainda denunciam que boa parte das decisões políticas e das atividades legiferantes do Estado brasileiro se encontram pautadas na dinâmica mundial, e não, na vontade popular. Essa teria mais um caráter ideológico do que real, na medida em que a pretensão do texto constitucional de atribuir o poder do Estado ao povo não chega a ser cumprida integralmente. O povo, em sua integralidade, não participa das tomadas de decisão por parte

do Estado, conforme será visto adiante.

Com efeito, o caráter excludente das elites dominantes no Brasil se tornou objeto de estudo de diferentes autores. A propósito, a análise sobre as razões que operam a marginalização e a exclusão social no País, por meio de aspectos sociológicos, é instigante e convida à reflexão sobre o processo democrático e a crise de legitimidade do sistema jurídico nacional, já que nos possibilita ver a sociedade brasileira de uma forma diferente, mais crítica e realista.

### **3.1 Das raízes da desigualdade e a seletividade na sociedade brasileira**

Como visto até aqui, para muitos juristas a interferência de fatores sociais diversos, tais como, clientelismos e particularismos, prejudica o pluralismo democrático do sistema político e contamina o processo de positivação de Direito no Brasil, o qual, usualmente, visa a atender apenas a interesses de grupos privilegiados, afastando do sistema de proteção as camadas mais marginalizadas.

Sob essa perspectiva, é relevante destacar, mediante breves apontamentos e ideias centrais, de obras de autores como, Jessé Souza, Darcy Ribeiro, Gilberto Freyre, Raymundo Faoro, Sérgio Buarque de Holanda e Roberto da Matta, que a literatura brasileira pode auxiliar não só a compreensão da construção do caráter de singularidade do povo brasileiro, mas também da formação da identidade nacional, do desenvolvimento do constitucionalismo brasileiro, bem como do funcionamento das instituições estatais.

Nada obstante as eventuais divergências apresentadas por tais sociólogos, todas as narrativas, como regra, são capazes de revelar que a extrema desigualdade vigente em nossa realidade social não é uma decorrência do Estado contemporâneo. Grande parcela da população brasileira, carente de seu reconhecimento e de um plano efetivo de emancipação, permanece vinculada ao aprisionamento das práticas de poder e segregação de um Estado burguês, que manifesta total desprezo às causas

populares, tornando vazio e carente de significado o conceito de democracia trazido pela Constituição.

Nesse sentido, denuncia-se que os anseios do povo brasileiro sempre ficaram em segundo plano, desde o processo inicial da formação do País, da instalação do Império (com a concentração de exploração pela Coroa portuguesa) e dos primeiros anos da República. Esse é o sentido que se extrai da obra *O povo brasileiro*, do antropólogo Darcy Ribeiro (2006), que buscou apontar traços relevantes do processo de gestação do nosso povo. Na obra, retratou que, apesar das misturas étnico-raciais, o próprio processo de formação nacional produziu uma profunda distância social entre as classes, propiciando uma ordem social que privilegia uma minoria, deixando ao desalento a grande massa de oprimidos. Essa exclusão se perpetua até os dias atuais.

Destaca o autor que, dentre as várias modalidades de conflitos que envolvem as populações brasileiras está a de caráter classista, em que se enfrentam, de um lado, os privilegiados proprietários de terras ou bens de produção, predominantemente brancos, e de outro, as grandes massas de trabalhadores, majoritariamente mestiças ou negras.

Apesar da defesa da miscigenação como fator preponderante da diversidade que caracteriza o Brasil, destaca Ribeiro (2006, p. 177-190) que isso não foi suficiente para gerar democracia racial. O País viveu, no século XX, um processo de crescimento dos centros urbanos e de urbanização caótica, provocados pela atratividade da cidade e pela evasão da população rural (o monopólio da terra e a monocultura promoveram a expulsão da população do campo). Entretanto, as cidades não estavam em condições de receber um contingente espantoso de população, e, como consequência, tem-se a miserabilização da população urbana e uma pressão enorme na competição por empregos. Com isso, denota que a formação do povo brasileiro foi fruto de um processo violento. A imensa maioria da população é deixada ao abandono, e isso faz gerar criminalidade, já que, por conta da deterioração urbana, soluções esdrúxulas acabam sendo encontradas, tais como, edificação de favelas nos morros e comercialização de drogas como fonte de emprego. Todo esse processo intensifica a desigualdade social existente no País.

Acrescenta, assim, o autor que “desde a chegada do primeiro negro, até hoje, eles estão na luta para fugir da inferioridade que lhes foi imposta originalmente e que é mantida através de toda a sorte de opressões” (RIBEIRO, 2006, p. 157).

Roberto DaMatta (1993) reforça o discurso da perpetuidade da desigualdade na nossa sociedade, afirmando que,

hoje, não há mais escravidão e no momento mesmo em que o nosso esqueleto hierarquizante está ameaçado por todo tipo de propostas reformistas, inclusive por uma representação biocêntrica de natureza, ainda persiste a orientação tradicional. Continuamos a oprimir empregados domésticos e trabalhadores, continuamos a preda e a destruir a natureza com a mesma desfaçatez de antigamente, agora com o agravante de que nosso discurso se reveste de uma hipócrita retórica igualitária. (p. 117)

Ele está convencido de que, na sociedade brasileira, o preconceito velado é forma muito mais eficiente de discriminar pessoas de cor e de que essa mesma sociedade ainda não se viu como sistema altamente hierarquizado, na qual a posição de negros, índios e brancos está ainda tragicamente de acordo com a hierarquia das raças:

[...], temos um ‘triângulo racial’ que impede uma visão histórica e social da nossa formação como sociedade. É que, quando acreditamos que o Brasil foi feito de negros, brancos e índios, estamos aceitando, sem muita crítica, a ideia de que esses contingentes humanos se encontraram de modo espontâneo, numa espécie de carnaval social e biológico. Mas nada disso é verdade. O fato contundente de nossa história é que somos um país feito por portugueses brancos e aristocráticos, uma sociedade hierarquizada e que foi formada dentro de um quadro rígido de valores discriminatórios. Os portugueses já tinham uma legislação discriminatória contra judeus, mouros e negros, muito antes de terem chegado ao Brasil; e quando aqui chegaram, apenas ampliaram essas formas de preconceito. A mistura de raças foi um modo de esconder a profunda injustiça social contra negros, índios e mulatos, pois, situando no biológico uma questão profundamente social, econômica e política, deixava-se de lado a problemática mais básica da sociedade. De fato, é mais fácil dizer que o Brasil foi formado por um triângulo de raças, o que nos conduz ao mito da democracia racial, do que assumir que somos uma sociedade hierarquizada, que opera por meio de gradações e que, por isso mesmo, pode admitir, entre o branco superior e o negro pobre e inferior, uma série de critérios de classificação. Assim, podemos situar as pessoas pela cor da pele ou pelo dinheiro. Pelo poder que detêm ou pela feiúra de seus rostos. Pelos seus pais e nome de família, ou por sua conta bancária. As possibilidades são ilimitadas, e isso apenas nos diz de

um sistema com enorme e até agora inabalável confiança no credo segundo o qual, dentro dele, 'cada um sabe muito bem o seu lugar'. É claro que podemos ter uma democracia racial no Brasil. Mas ela, conforme sabemos, terá que estar fundada primeiro numa positividade jurídica que assegure a todos os brasileiros o direito básico de toda a igualdade: o direito de ser igual perante a lei! Enquanto isso não for descoberto, ficaremos sempre usando a nossa mulataria e os nossos mestiços como modo de falar de um processo social marcado pela desigualdade, como se tudo pudesse ser transcrito no plano do biológico e do racial. Na nossa ideologia nacional, temos um mito de três raças formadoras. Não se pode negar o mito. Mas o que se pode indicar é que o mito é precisamente isso: uma forma sutil de esconder uma sociedade que ainda não se sabe hierarquizada e dividida entre múltiplas possibilidades de classificação. Assim, o 'racismo à brasileira', paradoxalmente, torna a injustiça algo tolerável, e a diferença, uma questão de tempo e amor. Eis, numa cápsula, o segredo da fábula das três raças... (DAMATTA, 1986, p. 31-32)

Nesse quadro, a constante marginalização social do povo negro desqualifica o argumento daqueles que defendem que a mistura étnica promoveu, no País, uma democracia racial ao longo dos séculos, assegurando maior liberdade, respeito e harmonia entre as pessoas de origens, etnias e cores diferentes. Apesar de sua importância histórica, os negros continuam sendo vítimas de um racismo velado existente no País.

Além de criticar a ideologia da evolução racial, DaMatta (1986, p. 63-71) indica que outra forma dissimulada de o brasileiro demonstrar preconceito decorre também do uso da elocução "sabe com quem está falando?", que, ao lado de outros rituais e festivais brasileiros, como o futebol, o carnaval, a malandragem e o jogo de bicho, encobrem a realidade de uma sociedade autoritária. Nesse sentido, afirma o sociólogo: "De fato, quando se deseja utilizar o argumento (ou melhor, contra-argumento) da autoridade contra o funcionário, o jeitinho é um ato de força que no Brasil é conhecido como o famoso e escondido 'sabe com quem está falando'?" (DAMATTA, 1986, p. 68).

Raymundo Faoro (2001) também destaca que o País é marcado pela desigualdade na distribuição de riqueza e elevados níveis de pobreza, características, na sua percepção, herdadas no desenvolvimento do seu processo histórico, marcado pela ordenação de uma sociedade estamental, fundamentada no privilégio, que se constitui através de ligamentos e arranjos nos campos econômicos e sociopolíticos. Salienta o sociólogo que

A longa caminhada dos séculos na história de Portugal e do Brasil mostra que a independência sobranceira do Estado sobre a nação não é a exceção de certos períodos, nem o estágio, o degrau para alcançar outro degrau, previamente visualizado. O bonapartismo meteórico, o pré-capitalismo que supõe certo tipo de capitalismo, não negam que, no cerne, a chama consome as árvores que se aproximam de seu ardor, carvão para uma fogueira própria, peculiar, resistente. O estamento burocrático, fundado no sistema patrimonial do capitalismo politicamente orientado, adquiriu o conteúdo aristocrático, da nobreza da toga e do título. A pressão da ideologia liberal e democrática não quebrou, nem diluiu, nem desfez o patronato político sobre a nação, impenetrável ao poder majoritário, mesmo na transação aristocrático-plebeia do elitismo moderno. O patriciado, despido de brasões, de vestimentas ornamentais, de casacas ostensivas, governa e impera, tutela e curatela. O poder — a soberania nominalmente popular — tem donos, que não emanam da nação, da sociedade, da plebe ignara e pobre. O chefe não é um delegado, mas um gestor de negócios, gestor de negócios e não mandatário. O Estado, pela cooptação, sempre que possível, pela violência, se necessário, resiste a todos os assaltos, reduzido, nos seus conflitos, à conquista dos membros graduados de seu estado-maior. E o povo, palavra e não realidade dos contestatários, que quer ele? Esse oscila entre o parasitismo, a mobilização das passeatas sem participação política e a nacionalização do poder, mais preocupado com os novos senhores, filhos do dinheiro E da subversão, do que com os comandantes do alto, paternais e, como o bom príncipe, dispensados de justiça e proteção. A lei, retórica e elegante, não o interessa. A eleição, mesmo formalmente livre, lhe reserva a escolha entre opções que ele não formulou. (FAORO, 2001, p. 885)

Defende, assim, Faoro (2001, p. 866) que, desde o início da colonização, predominou, no Brasil, a força e o arbítrio do poder central, tendo o País reproduzido a forma patrimonialista de exercício do poder político de Portugal, a qual serviria como óbice ao acesso da sociedade brasileira à modernidade. Em sua perspectiva, a estrutura administrativa de poder patrimonial do Estado português foi inteiramente importada para a colônia.

No modelo patrimonialista, o governante adota um procedimento autoritário e centralizador sobre os governados. “Dominante o patrimonialismo, uma ordem burocrática, com o soberano sobreposto ao cidadão, na qualidade de chefe para funcionário, tomará relevo a expressão” (Faoro, 2001, p. 35). Em meio a tal contexto, não há que se falar em divisão entre os bens reais e os bens públicos ou do Estado.

Dessa forma, além de advogar que as especificidades brasileiras decorreriam de sua herança lusitana, Faoro (2001, p. 819) também concebe o estamento patrimonial como uma instituição que continua a controlar o Estado



brasileiro segundo interesses particularistas, fazendo perpetuar um sistema de privilégios no âmbito do aparelho estatal. O poder político, pouco republicano, permanece comandado por elites políticas pouco afeitas a se dedicar à boa gestão dos assuntos públicos e mais preocupadas em gerir os negócios particulares como uma extensão da esfera estatal. Em meio a tal cenário, destaca o autor não haver uma clara distinção entre público e privado.

Gilberto Freyre (1963) também sugere uma interpretação do Brasil a partir do legado de nossa matriz ibérica, entendendo a modernidade e a civilização brasileiras como resultado de uma forma específica da “reeuropeização”. A obra de Freyre, apesar de não negar a existência das classes sociais, de senhor e escravos, ou mesmo do autoritarismo e da hierarquização social, apresenta a teoria da integração social, na medida em que sustenta não haver conflito entre as classes; salientando, ao revés, a doçura na relação dos senhores com seus escravos domésticos (1963, p. 393).

Com isso, argumenta o autor, ser a mestiçagem um dado fundamental na constituição da sociedade brasileira. Em meio a dois nichos apartados, embora complementares – casa-grande e senzala-, o patriarcalismo (adaptado da família portuguesa ao ambiente colonial brasileiro) imperará, perpassando as instituições sociais, políticas e econômicas. A casa-grande e a senzala, símbolos da formação patriarcal, representaram

todo um sistema econômico, social, político: de produção (a monocultura latifundiária), de trabalho (a escravidão), de transporte (o carro de boi, o banguê, a rede, o cavalo); de religião (o catolicismo de família, com capelão subordinado ao *pater familias*, culto dos mortos etc.), de vida sexual e de família (patriarcalismo polígamo); de higiene do corpo e da casa (o ‘tigre’, a touceira de bananeira, o banho de rio, o banho de gamela, o banho de assento, o lava-pés); de política (o compadrismo). (FREYRE, 1963, p. 36).

Por seu turno, malgrado não desconsidere o peso de nossa herança ibérica, Sérgio Buarque de Holanda busca traçar a singularidade brasileira a partir do “homem cordial”, fruto da colonização portuguesa (HOLANDA, 1995, p. 40). Na visão do mencionado historiador e sociólogo, em virtude da dificuldade em construir barreiras mais sólidas entre o público e o privado, o Estado moderno brasileiro se desenvolve de uma forma que acaba sendo uma “extensão do privado”. O personalismo e o conservadorismo fazem parte de

sua constituição, chegando a afirmar que “é possível acompanhar, ao longo de nossa história, o predomínio constante das vontades particulares que encontram seu ambiente próprio em ciclos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impessoal” (HOLANDA, 1995, 146).

A realização de práticas nepotistas e clientelísticas que marcavam as relações entre os membros da aristocracia influenciou o modo de se fazer política no Brasil. Daí, que, na percepção do autor, o poder político se aproxima do poder paternal, dado que “a família patriarcal fornece, assim, o grande modelo por onde se hão de calcar, na vida política, as relações entre governantes e governados, entre monarcas e súditos” (1995, p. 85).

Em meio a este contexto em que o espaço público passa a ser visto como mera extensão do espaço privado, e em que perduram os traços próprios do patriarcalismo rural, a corrupção, por exemplo, teria suas origens relacionadas ao atendimento de interesses pessoais através do Poder Público, na medida em que o Estado passa a ser visto como uma extensão da família.

Ao tratar da organização política no País, Holanda (1995, p. 160) alerta para o fato de que

a democracia no Brasil sempre foi sempre um lamentável mal-entendido. Uma aristocracia rural e semifeudal importou-a e tratou de acomodá-la a seus direitos e privilégios, os mesmos privilégios que tinham sido no Velho Mundo o alvo da luta da burguesia contra os aristocratas. E assim puderam incorporar à situação colonial, ao menos como fachada ou decoração, alguns lemas que pareciam os mais acertados para a época, exaltados nos livros e discursos.

Com visão ainda mais crítica, Jessé Souza (2009, 2017) sustenta que a desigualdade no Brasil é fruto de um processo histórico que foi marcado por imposições de uma elite burguesa tradicional, remanescente da sociedade escravocrata. Pondera, nesse sentido, que, no cenário da modernidade periférica brasileira, inexistiam os ingredientes com os quais se fundaram e se difundiram as instituições das sociedades modernas centrais, tais como a percepção de igualdade como elemento fundante. Com efeito, a ausência de sociedades escravocratas na Europa teria facilitado o processo de universalização da cidadania em tal contexto. Já no Brasil, a desigualdade advinda do passado escravista recente é mantida no cenário da sociedade

brasileira moderna. Sob essa perspectiva, assinala o autor que o País deve ser lido por meio de suas continuidades:

Como houve continuidade sem quebra temporal entre a escravidão, que destrói a alma por dentro e humilha e rebaixa o sujeito, tornando-o cúmplice da própria dominação, e a produção de uma raça de inadaptados ao mundo moderno, nossos excluídos herdaram, sem solução de continuidade, todo o ódio e o desprezo covarde pelos mais frágeis e com menos capacidade de se defender. O resumo dessa passagem dramática entre duas formas de escravidão pode ser visto deste modo: como a escravidão exige tortura física e psíquica cotidiana como único meio de dobrar a resistência do escravo a abdicar da própria vontade, as elites que comandaram esse processo foram as mesmas que abandonaram os seres humilhados e sem autoestima e autoconfiança e os deixaram à própria sorte. Depois, como se não tivessem nada a ver com esse genocídio de classe, buscaram imigrantes com um passado e um ponto de partida muito diferente para contraporem o mérito de um e de outro, aprofundando mais a humilhação e a injustiça. Esse esquema funciona até os dias de hoje sem qualquer diferença. Esse abandono e essa injustiça flagrante é o real câncer brasileiro e a causa de todos os reais problemas nacionais. (SOUZA, 2017, p. 83-84)

Assim, contrapondo-se às análises que dão conta que a sociabilidade nacional se origina de Portugal e das relações patrimonialistas ou personalistas dele advindas, aponta Souza (2017) a escravidão como elemento fundador do Brasil moderno. Ela define a configuração social, política e econômica do País, na medida em que, além da eficácia social, também traz consequências duradouras. Alerta, ainda, que, para compreendê-la, é necessário “perceber como ela cria uma singularidade excludente e perversa. Uma sociabilidade que tendeu a se perpetuar no tempo, precisamente porque nunca foi efetivamente compreendida nem criticada” (SOUZA, 2017, p. 09).

Nesse sentido, por exemplo, critica o mito nacional da brasilidade, proposto por Gilberto Freyre (1963), que buscava singularizar o brasileiro, exaltando suas pseudoqualidades (sensual, hospitaleiro, pacífico, cordial, preguiçoso) em oposição ao homem americano. Em síntese, sustenta Souza (2009), que a negação do conflito, a construção da identidade nacional brasileira e o fomento de um pertencimento coletivo (o uso da miscigenação racial no Brasil como redutor de todas as diferenças) criam a falsa percepção de unidade entre brasileiros extremamente desiguais, silenciando toda forma

de opressão e potencializando a perpetuação de privilégios (SOUZA, 2009, p. 48).

Da mesma forma, o autor reprova a interpretação do Brasil de cunho folclorista, proposta por Roberto da Matta, e a apresentação que Sérgio Buarque de Holanda faz do homem brasileiro como sendo um indivíduo repleto de simpatia e cordialidade, que também implica o encobrimento das verdadeiras razões da desigualdade social.

Jessé também critica a afirmativa de Sérgio Buarque de Holanda de que o poder de corromper está no Estado, defendendo, ao revés, que em toda a sociedade capitalista moderna, o poder está no mercado, que é quem captura o Estado. Em linhas gerais, assevera serem as elites dominantes as responsáveis por traçar uma concepção própria de País e de nação para viabilizar seus interesses venais, legitimando uma sociedade hierarquizada no Brasil (SOUZA, 2017, p. 66). Na sua percepção, as leituras propostas pelos citados sociólogos estão equivocadas, em especial, pelo fato de desconsiderarem “a escravidão”, elemento fundador do Brasil moderno e de suas relações de classe.

A decadência do modelo escravagista no Brasil, no fim do século XIX, e a transição do modelo econômico do campo para as cidades, nos séculos seguintes, deixam de herança uma classe desfavorecida, originária da condição de escravos, englobando uma enorme gama de marginalizados. Vítimas de preconceito, não apenas pela cor da pele, na perspectiva de Souza (2017), eles continuam destituídos de recursos e oportunidades. Formam a “ralé brasileira”, que herdou todo o desprezo social. Embora não mais submetidos à violência do açoite, estão, então, subjugados a um tipo de violência simbólica, que os coloca à margem da sociedade.

Relata, assim, o autor que o processo de modernização do País, iniciado quando as principais instituições da Modernidade, o Estado e o mercado, passam a conformar a ordem liberal-burguesa no País, recebeu um legado escravagista, levando à formação de uma classe de excluídos do conceito de cidadania, dada a não integração dos escravos libertos. Com efeito, mesmo com a expansão do mercado e o crescimento econômico, entre 1930 e 1980,

as taxas de desigualdade e marginalização no País não se alteram (SOUZA, 2017, p. 38).

Por derradeiro, não se pode olvidar que, a despeito de algumas rupturas políticas e do desempenho econômico expressivo da época, a gênese da institucionalização do regime republicano tem seu impulso num movimento distanciando do povo e sem maiores vínculos com o reconhecimento de direitos. Configura-se, assim, um enorme descompasso entre o nível de modernização econômica e o grau de persistente exclusão social.

Em virtude disso, disserta Souza (2017) que a população negra liberta foi abandonada à sua própria sorte, dado que não houve nenhum tipo de política socioeconômica para assegurar a ela qualquer amparo. A isso se soma, hoje, a grande parcela da população brasileira submetida ao desemprego e à fome, dentre outras mazelas a que são subjugadas nas periferias e nas favelas das cidades (SOUZA, 2017, p. 74-75). O autor acrescenta que,

embora a dominação agora seja de classe e não de raça, a raça e o odioso e covarde preconceito racial continuam contando de um modo muito importante. A nossa 'ralé' atual de todas as cores de pele é o inadequado à competição social, que herdou todo o ódio e desprezo que se devotava ao negro antes. (SOUZA, 2017, p. 99)

Ele explica que, sem embargo do incremento do sistema produtivo e da urbanização, na Era Vargas, na década de 1930, possibilitando a criação do Direito Público (com a consequente expansão das ações do Estado brasileiro) e da esfera pública no Brasil, a elite econômica permanece interferindo no mundo social e político, por intermédio da construção da opinião pública e travestindo "seus interesses de proprietário em suposto interesse geral para garantir o controle da reprodução social, mantendo seus privilégios" (SOUZA, 2017, p. 114-116).

Com efeito, mesmo a consolidação do modelo republicano federalista não impede a ascendência das oligarquias no País, tendo a República herdado a estrutura político-econômica que concentra o poder político nas mãos de poucos. Ainda destaca que, ao contrário do que ocorre no contexto europeu, a imprensa brasileira não possui nenhuma pluralidade, e, estando vinculada a

interesses, exclusivamente, comerciais, em vez de atuar como instância de mediação da esfera pública, acaba por “transformar-se em arregimentadora e instrumento de interesses privados, que são expostos como se fossem públicos” (SOUZA, 2017, p. 116), atuando como espaço de opressão e não de convencimento.

Sob essa ótica, na visão do autor, a desigualdade brasileira não deriva apenas da precária institucionalização do mercado e do Estado, mas está diretamente relacionada a uma fragilidade estrutural da esfera pública, dada a influência do sistema econômico. Acrescenta, assim, que o ideal seria a existência de uma rede de televisão pública no Brasil, cuja programação pudesse ser determinada pela sociedade civil, superando, dessa feita, a lógica do mercado, que diuturnamente manipula as ações da mídia. Por meio de tal instrumento, teríamos uma esfera pública dotada de criticidade, apta a transformar a realidade social, tal como sustentado pelo pensamento habermasiano.

No que toca à violência contra os mais humildes, ele destaca que essa é perpetrada não apenas pela elite, que domina o mercado e como consequência o poder político, mas também pela classe média, que se aproveita do capital econômico e cultural para manter seus privilégios. É exatamente a aliança entre eles que faz perpetuar a violência material e simbólica contra os mais frágeis, que permanecem à margem da sociedade. Tal pacto forma seu conceito de nação, sem se preocupar com os nacionais, que sequer encontram espaço na mídia para fazer suas reflexões e debates (SOUZA, 2009, p. 64).

Desprezados pelas demais classes, os membros da ralé, que compõem 1/3 da população brasileira, que vive em condições precárias e encontra inúmeras dificuldades para construir qualquer fonte de autoconfiança, são assim identificados:

Os ex-escravos da ‘ralé de novos escravos’ continuam sendo explorados na sua ‘tração muscular’, como cavalos aos quais os escravos de ontem e de hoje ainda se assemelham. Os carregadores de lixo das grandes cidades são chamados, literalmente, de cavalos. O recurso que as empregadas domésticas usam é, antes de tudo, o corpo, trabalhando horas de pé em funções repetitivas, com a barriga no fogão quente, do mesmo modo que faxineiras, motoboys, cortadores de cana, serventes de pedreiros etc. Como o caminho do aprendizado escolar é fechado desde cedo para a imensa maioria dessa classe, não é o conhecimento incorporado no trabalhador que é a mercadoria vendida no mercado de trabalho, mas a capacidade

muscular, comum a todos os animais. Uma classe reduzida ao corpo, que representa o que há de mais baixo na escala valorativa do Ocidente. Por conta disso, essa classe, do mesmo modo que os escravos, é desumanizada e animalizada. Passa a não valer como ser humano que vimos exigir, em alguma medida, a dimensão do espírito, ou seja, no nosso caso, do conhecimento útil incorporado. (SOUZA, 2017, p. 102-103)

Submetida ao abandono social e político, consentido por toda a sociedade, a “ralé estrutural”, que abarca uma classe inteira de indivíduos precarizados, desprovida de capital econômico, cultural e das condições sociais, morais e culturais que permitem essa apropriação, “só é percebida no debate público como um conjunto de ‘indivíduos’ carentes ou perigosos, tratados fragmentariamente por temas de discussão superficiais” (SOUZA, 2009, p. 64). Com isso, tem-se que os privilégios acumulados pelas elites e sua subordinação ao sistema financeiro, aliados ao racismo estrutural, só fazem perpetuar as desigualdades no Brasil.

Não restam dúvidas de que o Direito Público no Brasil moderno e contemporâneo permanece representando o pacto entre oligarquias, que esvazia, por completo, o verdadeiro sentido de democracia encampado pela nossa Constituição. A vontade deliberada de tornar sem efeito os direitos previstos no seu texto normativo resulta na reprodução de privilégios e demonstra o quão frágil é o nosso projeto republicano (uma República sem povo).

Portanto, não há como negar que a crise das instituições brasileiras, a colonização da esfera pública e a ausência de efetividade de direitos básicos por parte dessa grande massa de oprimidos no Brasil, que ameaça a própria democracia, por certo são uma consequência dessa perpetuação do arraigado preconceito de classe no País.

O resultado desse processo de desenvolvimento seletivo, tido como traço marcante da construção histórica da sociedade brasileira, gera uma naturalização da exclusão. Com efeito, mesmo com o fim da escravidão, a sociedade hodierna convive com uma classe de subcidadãos, submetida a toda forma de exclusão e incapaz de influenciar as decisões políticas. De forma habitual, discursos articulados pela imprensa e pela classe política criam políticas implícitas, com apoio das classes média e alta, destinadas a manter e

justificar o abandono social dos setores mais fragilizados da sociedade (SOUZA, 2009, p. 426-427).

No contexto dessa modernidade singular e seletiva, o déficit de concretização dos direitos seria um mero reflexo da percepção de uma igualdade por parte da sociedade (manipulação simbólica), já que denotada a impossibilidade de o Direito se manter como forma de mediação social.

Por fim, importa reconhecer que a exclusão também pode se dar por meio do tecnicismo e da violência simbólica, presentes no texto das normas legais/constitucionais, conforme será examinado a seguir, utilizando-se do aporte teórico de Marcelo Neves (2007). Ele também se ocupa de explorar a figura da subcidadania, por meio da “constitucionalização simbólica”, atestando que, muitas vezes, a produção legislativa é apenas um álibi. Nesse sentido, cumpre registrar, a título de mera ilustração, que a instituição da possibilidade da reforma agrária seria uma demonstração de que o sistema brasileiro parece estar repleto de exemplos de legislação-álibi.

Com isso, as declarações de direitos, apesar de sua previsão em disposição legal, encontram-se em descompasso com a realidade social e com o próprio sistema constitucional. Nessa perspectiva, o sistema jurídico, com sua pretensão formal de igualdade e cidadania universalizadas, acaba se prestando, antes, à função de sustentar e perpetuar relações de dominação (modernidade negativa).

Além de delinear, de forma sucinta, a tese da constitucionalização simbólica, no próximo subtópico a pesquisa também buscará fornecer um breve mapeamento acerca da relação entre violência e direito, desenvolvida pelo italiano Giorgio Agamben (2004; 2010), que se esforça em demonstrar que há uma tendência dos Estados contemporâneos de empregar uma nova técnica de governo, encampada na suspensão da lei (ferramenta de um contínuo estado de exceção). Com isso, objetiva-se analisar as possibilidades de adequação de tal teoria à realidade brasileira, com vistas a demonstrar se a mencionada categoria também pode figurar como elemento destinado a tornar intocáveis as estruturas de dominação existentes no País.



### 3.2 O simbolismo da linguagem do Direito e o estado de exceção na vivência social brasileira

A linguagem e o Direito, como práticas sociais, constituem-se em elementos interligados. Não se questiona o fato de que o discurso jurídico no País, às vezes, vem estabelecido por meio de linguagem formal (expressões técnicas), inacessível à maioria das pessoas, o que leva alguns a denunciar que a matriz liberal do Direito se ocupa, assim, de ocultar a realização de propósitos autoritários. Antônio Celso Mendes (1996, p. 38) não desconhece isso, salientando que “a ordem jurídica é, dos fenômenos sociais, aquele que mais se apresenta sujeito ao jogo das manipulações ideológicas, dadas as suas características próximas à política e aos interesses do poder”.

Acrescenta-se a isso o fato de que a doutrina da não cogência e da não obrigatoriedade das normas constitucionais programáticas, bem como a teoria da limitação ao possível orçamentário, revelam uma prática reiterada de negação de direitos no Brasil. De fato, a corriqueira ausência de complementação legislativa e a implementação de políticas públicas necessárias à efetivação de direitos básicos por parte dos gestores públicos comprometem a efetivação dos direitos, dado o caráter dirigente da Constituição Brasileira de 1988, que passa a condicionar a aplicação das normas programáticas à realização de políticas públicas ou mesmo à concretização legislativa.

Com efeito, se os programas constitucionais não são atendidos, seja por ausência de vontade política, ou mesmo por ineficácia ou mau planejamento da ação estatal, resta comprometida a concretização de direitos diversos, tais como saúde, moradia, educação, acesso à justiça, dentre outros, geralmente, encampados em normas constitucionais sociais programáticas.

Sob essa ótica, vale registrar a lição de Canotilho (2001, p. 298), segundo o qual, embora reconhecidas como vinculantes e obrigatórias, as normas programáticas não seriam imediatamente aplicáveis, pois dependem da concretização legislativa para produzir efeitos positivos. Os conteúdos das normas programáticas “não constituem direito ‘*self executing*’ necessitando da

‘*interpositio*’ do legislador (ou de outros órgãos) no sentido da sua transformação em direito actual”.

Apesar disso, não se desconhece o fato de que permanece acesa a controvérsia na esfera doutrinária e jurisprudência no que concerne ao conteúdo e regime jurídico dos direitos sociais.

Nesse sentido, cumpre esclarecer que na visão de Barroso (1996, p. 284), por sua natureza, as normas que declaram a existência de direitos sociais não se encontram aptas a possibilitar aos jurisdicionados a exigência de comportamentos comissivos dos poderes públicos, na medida em que apenas traçam fins sociais a serem alcançados pela atuação futura desses, ou seja, não geram direitos subjetivos aos cidadãos.

O mesmo posicionamento é esboçado por Jorge Miranda (1990), quando conceitua normas programáticas:

[...], de aplicação diferida, e não de aplicação ou execução imediata; mais do que comandos-regras, explicitam comandos-valores; conferem elasticidade ao ordenamento constitucional; têm como destinatário primacial – embora não único – o legislador, a cuja opção fica a ponderação do tempo e dos meios em que vêm a ser revestidas de plena eficácia (e nisso consiste a discricionariedade); não consentem que os cidadãos ou quaisquer cidadãos as invoquem já (ou imediatamente após a entrada em vigor da Constituição), pedindo aos tribunais o seu cumprimento só por si, pelo que pode haver quem afirme que os direitos que delas constam, máxime os direitos sociais, têm mais natureza de expectativas que de verdadeiros direitos subjetivos; aparecem, muitas vezes, acompanhadas de conceitos indeterminados ou parcialmente indeterminados. (MIRANDA, 1990, p. 218).

A despeito do entendimento firmado por alguns teóricos no sentido de que os direitos sociais não se enquadrariam no catálogo dos direitos e garantias fundamentais, muitos argumentam o contrário, sustentando, inclusive, ser a deficiência do Estado no tocante à implementação de políticas públicas fator decisivo para que muitos desses direitos se tornem “fórmulas vazias”. Acerca do assunto, inclusive, sustenta o pernambucano Marcelo Neves (2007, p. 115), em trabalho destinado à discussão da função simbólica dos textos constitucionais carentes de concretização jurídica, em análise detida sobre a relação entre o texto e realidade constitucional, que é “através das chamadas normas “programáticas de fins sociais” que o caráter

hipertroficamente simbólico da linguagem constitucional apresenta-se de forma mais marcante”.

Esclarece Neves (2007, p. 31) haver indícios de legislação simbólica nas situações em que o legislador se restringe a formular uma pretensão de produzir normas, sem, no entanto, tomar providências no sentido de criar os pressupostos para a sua eficácia, mesmo estando em condições de criá-los. Segundo ele, a legislação simbólica pode ser conceituada como “produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficamente, às finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico” (NEVES, 2007, p.30).

A Constituição, do modelo proposto por Niklas Luhmann, citado por Neves (2007, p. 65-66) pode ser definida como um “acoplamento estrutural” entre política e direito. O problema da constitucionalização simbólica está relacionado à ausência de concretização normativa do texto constitucional, bem como na atividade do constituinte e na linguagem constitucional que possuem, em verdade, um papel político-ideológico, na medida em que funcionam como instrumentos que omitem problemas sociais. Salienta Neves (2007), dessa forma, que:

A constitucionalização simbólica vai diferenciar-se da legislação simbólica pela sua maior abrangência nas dimensões social, temporal e material. Enquanto na legislação simbólica o problema restringe as relações jurídicas de domínios específicos, não sendo envolvido sistema jurídico como um todo, no caso da constitucionalização simbólica, esse sistema é atingido no núcleo, comprometendo-se toda a sua estrutura operacional [...] Fala-se de constitucionalização simbólica, quando o problema do funcionamento hipertroficante político-ideológico da atividade e dos textos constitucionais afeta os alicerces do sistema jurídico constitucional. Isso ocorre quando as instituições constitucionais básicas - os direitos fundamentais (civis, políticas e sociais), a ‘separação’ dos poderes e a eleição democrática – não encontram ressonância generalizada na prática dos órgãos estatais e nem na conduta e expectativas da população [...] institutos abrangentemente na linguagem constitucional são deturpados na prática do processo concretizador, principalmente a respeito à generalização, à medida que se submetem a uma filtragem por critérios particularistas, em suma, contrária à normatividade generalizada e incluída proclamada no texto constitucional. (p. 99-101)

Quando a lei constitucional só atua de maneira simbólica no plano do Direito, Marcelo Neves (2007, p. 31-42) prevê a possibilidade de esse mesmo

diploma surtir efeitos reais no plano político, considerando três objetivos, quais sejam: confirmar valores sociais, demonstrar a capacidade de ação do Estado (que se autoimuniza) e adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatórios.

No primeiro caso, a constitucionalização simbólica é utilizada para corroborar valores sociais; baseia-se na elaboração de normas constitucionais que confirmam o *status quo* de determinado segmento da sociedade, porém, esses dispositivos não possuem relevância normativo-jurídica. No segundo, a Constituição simbólica se apresenta sob a forma Constituição álibi, vez que tem por objetivo apenas fortalecer a confiança dos cidadãos no respectivo governo, ou seja, no Estado, sem que, com isso, haja o mínimo de condições de efetivação das respectivas normas. Por fim, a norma surge com o objetivo de adiar a solução de conflitos sociais, estando presente, entretanto, a perspectiva da ineficácia da respectiva lei, por transferir, para um futuro indeterminado, a solução dos referidos conflitos.

Em todos esses casos, o Estado parece atuar com vistas a demonstrar sua capacidade de resolver problemas sociais, editando leis tão somente para causar a impressão de que eles serão dirimidos, transmitindo ao povo uma falsa noção da realidade (NEVES, 2007).

Lançando-se a uma análise do constitucionalismo brasileiro, Neves (1996) identifica que o caráter "hipertroficamente simbólico" das normas da Constituição simbólica se presta mais frequentemente a manter tais estruturas e relações do poder que a modificá-las, registrando que

A concretização desconstitucionalizante nos âmbitos das 'constituições nominalistas' dos países periféricos, destacando-se o Brasil, atua no sentido da manutenção do *status quo* social. Serve à permanência das estruturas reais de poder, em desacordo com o modelo textual de constituição, cuja efetivação relevante importaria em profundas transformações sociais. Em contraposição aos indícios de mudança, expressos no texto constitucional, impõem-se relações reais de poder com pretensão de eternizarem-se, embora desestruturadas e desestruturantes do Estado como instituição. Indaga-se, então, qual o sentido da elaboração de textos constitucionais em tais circunstâncias. (p. 324)

Assim, a falta de concretização de direitos constitucionais faz com que os subcidadãos permaneçam a vivenciar uma situação de exclusão. Conforme

pondera Villas Bôas Filho (2009, p. 319) “num contexto em que essa concretização não ocorre satisfatoriamente fica prejudicada a realização da cidadania e comprometida a consecução da função do direito”. Daí, na visão de muitos, a necessidade do desenvolvimento de uma interpretação constitucional que vise a eliminar os aspectos simbólicos que dificultam o processo de concretização das referidas normas previstas abstratamente no texto constitucional. Eis que, como observa Neves (2007), ao tratar da constitucionalização simbólica na experiência brasileira:

A falta de concretização normativa jurídica do texto constitucional está associada à sua função simbólica. A identificação retórica do Estado e do governo com o modelo democrático ocidental encontra respaldo no documento constitucional. Em face da realidade social discrepante, o modelo constitucional é invocado pelos governantes como álibi: transfere-se a ‘culpa’ para a sociedade ‘desorganizada e atrasada’, ‘descarregando-se’ de ‘responsabilidade’ o Estado ou o governo constitucional. No mínimo, transfere-se a realização da Constituição para um futuro remoto e incerto. No plano da reflexão jurídico-constitucional, essa situação repercute ‘ideologicamente’, quando se afirma que a Constituição de 1988 é ‘a mais programática’ entre todas as que tivemos e se atribui sua legitimidade à promessa e esperança de sua realização no futuro [...]. (p. 115)

Além do caráter dirigente e meramente simbólico das normas constitucionais, muitos doutrinadores ainda denunciam que o discurso totalizante do Direito atua como estratégia de exclusão dos oprimidos e marginalizados do sistema político, assumindo a linguagem da norma o papel de repressão de tudo quanto é distinto do padrão imposto pelas elites governantes, que tendem a se aproximar da ideologia dos liberais, privilegiando tão somente a autonomia privada dos indivíduos.

É inegável que o Direito formalizado na norma, a qual tem a pretensão de ser genérica, universal e imparcial, por inúmeras vezes, é indiferente às exigências dos marginalizados, que, por problemas geralmente relacionados à orientação sexual, raça, filiação religiosa, dentre outros, não têm a possibilidade de se integrar ao sistema político da comunidade e participar de forma efetiva na formação da vontade do Estado.

Sob essa perspectiva, defende Marinella Araújo (2016) a superação do modelo atual de Estado Democrático de Direito. Na sua concepção, ele se apresenta como um simulacro, cujo exercício do poder político é privilégio de

uma pequena parcela da população, que defende interesses próprios, em detrimento de direitos fundamentais de sua maioria, tida como vulnerável. Apenas na lei (discurso oficial), ela é a detentora do poder. Ela ainda sustenta que a natureza técnica e burocrática do discurso jurídico é que produz a exclusão do acesso dos cidadãos (ARAÚJO, 2016, p. 142). De tal forma, na visão da autora, o grande problema da sociedade moderna seria a homogeneização forçada do pensamento, vez que parcela considerável da complexidade da sociedade vem da similitude, da exigência do **mesmo**<sup>1</sup> (lógica chamada por Emmanuel Lévinas, 2011, de “maneira do mesmo”).

Com efeito, ao analisar o novo constitucionalismo latino-americano, em especial, por meio dos dispositivos inseridos nas Constituições da Bolívia, Venezuela e Equador, destaca a autora que estes instrumentos normativos apresentam o diferencial de reconhecer novas subjetividades, em plena sintonia com as singularidades que se projetam em espaços plurais. Aponta, ao revés, Marinella Araújo (2016, p. 135-136), que o discurso democrático de Direito institucionalizado pela Constituição Federal Brasileira de 1988, ao universalizar modos de ser e de viver sob o ideal uniformizador do Estado nacional, “suprime singularidades e aniquila diferenças sob um discurso jurídico que não reconhece o diferente, a não ser que se apresente da forma proposta pelo sistema vigente”. Essa padronização do pensamento e do comportamento das pessoas é o que possibilita a postura totalitária, da violência, da negação e da exclusão dos “diferentes” por parte do próprio Estado.

O professor José Luiz Quadros de Magalhães (2018, p. 210-211) também defende que o Direito é produto da política, utilizado como instrumento de manutenção de violências permanentes, na medida em que se constata que

[...]; somos seres históricos e vivemos ainda em uma modernidade colonial, em um Estado uniformizador que exclui o diferente, fundando a lógica binária de subalternidade que nos acompanha até hoje, uma vez que vivemos ainda na lógica moderna. Para que esse poder centralizado do Estado moderno seja viável, uma estrutura de pensar moderna foi criada: a) a uniformização forçada com a imposição da religião, do idioma nacional e logo com o estranhamento do outro, do diferente; b) a construção de uma lógica binária de subalternização do outro diferente (isto justifica as violências contra aqueles que não se enquadram no padrão moderno

---

<sup>1</sup> Conceito que a autora recupera a partir de Emmanuel Lévinas (2011).

masculino, branco e heterossexual; c) a linearidade histórica, conceito que fundamenta a história moderna que compreende artificialmente, as diversas civilizações em graus distintos de evolução, e logo, fundamenta o mundo colonial; d) a invenção de um falso universalismo, fundado nas ideias anteriores, que transforma em universal tudo que vem do colonizador branco europeu, e em étnico, regional, atrasado, o que vem do outro (pensando com Imanuel Wallerstein); e) a invenção do indivíduo, talvez a mais cruel e naturalizada ideia moderna, desconstruída facilmente pela física quântica, pela biologia contemporânea ou pelas 'outras' filosofias; f) e por fim, como consequência das anteriores, a separação deste 'homem' moderno da natureza, transformando a natureza em recurso, na subalternização final que condena este 'homem' moderno à depressão e desespero.

Álvaro Ricardo da Souza Cruz (2017) também denuncia que a história do ocidente está repleta de exemplos do “modo do mesmo”, do pensamento do ontologismo e da totalização, um modo de pensar/fazer que busca eliminar o diferente, o que não se encaixa na regra, seguindo o Brasil a mesma tendência. Com efeito, alinhados à visão do italiano Giorgio Agamben (2004, 2010), segundo o qual cenários de crises constantes levam a justificar práticas de exceção de direitos, configurando um estado de exceção não completamente estabelecido, afirmam Cruz, Bernacci e Guimarães (2017, p. 581), que

No Brasil, país repleto de diversidade, multicultural e de extensa miscigenação de raças, não há grande diferença. O modo como a sociedade, em grande medida, trata como inexistentes os favelados, chegando até mesmo a sustentar que devem ser eliminados, porquanto 'bandidos em potencial', uma vez que as comunidades carentes são berços da criminalidade e, portanto, uma mancha na cidade para os cidadãos de bem. Além deles, os moradores de rua são exemplos maior de invisibilidade. Demais minorias, como homossexuais, transexuais, mulheres, negros, índios, quilombolas e imigrantes sofrem com a marginalização. Todo aquele que foge do padrão colocado pela sociedade contemporânea é automaticamente marginalizado e, mais do que isso, não é visto, não é considerado. Zafaroni, de algum modo, denuncia esse 'direito do inimigo'. Um 'direito excepcional' que se insere na 'normalidade' cotidiana. Um 'direito' que impõe cela especial para diplomados em curso superior, mas, podemos ir além de Zafaroni e lembrar de um 'direito' que autoriza isenções e diferimentos fiscais para os 'amigos do rei'; um 'direito' que extermina conduções coercitivas e prisões preventivas/temporárias seletivas; um 'direito' que multiplica medidas provisórias tal como os Atos Institucionais do período da ditadura civil-militar de 1964; um 'direito' que transformam o STF num Poder Constituinte anômalo; um 'direito' que acerta previamente os vencedores de licitações já na confecção de seus editais; um 'direito' que impõe o peso maior da tributação aos pobres pelo consumo; um 'direito' que multiplica o discurso de que 'bandido bom é bandido

morto', legitimando os excessos policiais; um 'direito' que torna lixo os catadores de material reciclável, um 'direito' que despreza a adoção de crianças negras ou maiores de 6 anos de idade; um 'direito' que autoriza os 'cidadãos de bem' a furar a fila de transplantes de órgãos; um 'direito' que torna o ensino um modo de inflação do ego acadêmico. Se antes o 'comunista' era menos do que um ser vivo, Sobral Pinto tentou proteger seus direitos do sadismo na tortura dos asseclas de Filinto Müller pela Lei de Proteção aos Animais, agora o mesmo ocorre com os criminosos. Comunistas, bandidos, negros, idosos, crianças, mulheres, cada um de um jeito, se tornam no 'modo do mesmo' o 'inimigo'. A diferença se torna um insulto, razão para a violência e para o arbítrio.

Cumpra, nesse sentido, registrar que, buscando entender e explicar os desafios próprios à ação política na contemporaneidade, destaca Agamben (2004), que se tornou habitual nos Estados a suspensão dos direitos e garantias fundamentais (ausência de normatização), não mais tratando-a como medida excepcional, adotada apenas em estado de emergência. Sustenta, dessa feita, que as práticas usadas inicialmente como medidas de segurança, ligadas a fatos e acontecimentos excepcionais, que deveriam ser reservadas a situações de crise institucional, tornam-se regras de uso permanente. Com isso, uma medida com caráter de excepcionalidade se torna uma técnica de governo. Relevante, nesse quadro, é destacar que o estado de exceção é compreendido por Agamben (2004) como

A instauração, por meio do estado de exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político [...] o estado de exceção tende cada vez mais a se apresentar como paradigma de governo dominante na política contemporânea. (p.13)

Segundo o autor, o estudo mais importante sobre estado de exceção é feito pelo jurista alemão Carl Schmitt:

Schmitt sabe perfeitamente que o estado de exceção, enquanto realiza 'a suspensão de toda a ordem jurídica' (Schmitt, 1922, p.18), parece 'escapar a qualquer consideração de direito' (Schmitt, 1921, p.137) e que, mesmo 'em sua consistência factual e, portanto, em sua substância íntima, não pode aceder a forma do direito' (Schmitt, 1921, p.175). (AGAMBEN, 2004, p.54)

Com efeito, na visão de Schmitt, a Constituição é produto de uma decisão política fundamental. Sob essa ótica, o soberano é quem decide sobre



o estado de exceção; a Constituição é que tornaria legítima a violência. Dessa forma, o aporte científico da teoria de Schmitt é tornar possível a articulação entre o estado de exceção e a ordem jurídica. Diante de tal concepção, o estado de exceção nasce da própria lei.

Assim, o poder constituinte não seria um poder de Direito, e sim fruto da violência, pautada pelo poder político, o qual dá fundamento ao Direito. Nesse sentido, destaca Agamben (2004, p. 54) que, no estado de exceção proposto por Schmitt, a força existe a partir da suspensão da própria ordem jurídica, na medida em que se constata que o poder que faz parte da Constituição é também o poder de exceção. Assim, o detentor do poder de decisão, ou seja, que determina o que é o Direito, a regra, é também aquele capaz de suspender a lei e promover a exceção, o ato de exclusão. Por isso, se diz que o Estado de Direito convive com a exceção, e a exceção se sustenta com base no Estado de Direito.

Agamben (2004), por sua vez, não define o estado de exceção como modelo ditatorial, tal como faz Schmitt, mas sim como um espaço vazio de direito, “uma zona de anomia em que todas as determinações jurídicas – e, antes de tudo, a própria distinção entre público e privado - estão desativadas” (p. 78). Com isso, para ele, em que pesem os esforços de Schmitt, o estado de exceção não pertence ao mundo jurídico.

Em sua obra, Agamben (2004. p. 68) discorre acerca do instituto de exceção “*iustitium*”, mecanismo do Direito romano que implicava suspensão da ordem jurídica como tal, para demonstrar que a exceção consiste em um vazio jurídico, que se distancia do modelo ditatorial. De fato, na sua percepção, o estado de exceção está além do conceito de ditadura, visto que, mesmo em tempos de normalidade, medidas excepcionais são adotadas pelos governos, com a finalidade de impedir que diversos grupos sociais sejam reconhecidos como detentores de direitos. Isso revela que a criação voluntária de um “estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente, não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos” (Agamben, 2004, p. 13). Com isso, a exceção tornou a regra, de forma que a suspensão da norma

não se dá apenas como decorrência de um estado de emergência, diante de uma situação de grave anormalidade, a requerer medidas excepcionais.

Sob essa perspectiva, alerta Agamben (2004, p. 14) para o fato de que a exceção empregada por Hitler na Alemanha, em meados do século XX, irradiou-se para os quatro cantos do mundo, ainda que assumindo formas diversas da do modelo alemão. Nesse sentido, por exemplo, cita o “USA Patriot Act”, que autoriza os Estados Unidos a agir, inclusive aplicando detenção e atos de tortura como método de investigação, independentemente de acusação, em face de indivíduos suspeitos de terrorismo. Trata-se, pois, de medida de exceção, na medida em que a detenção escapa completamente à lei e a toda forma de controle judicial.

Portanto, ao estabelecer uma relação entre o Direito e a violência, o autor demonstra que o ordenamento jurídico que foi estabelecido para conter a violência, contém em si exatamente o seu contrário – a possibilidade jurídica da suspensão dos direitos estabelecidos e garantidos, que admite uma violência não regulada pela lei, na qual o estado de exceção se torna estrutura jurídico-política imposta ou mesmo estabelecida com permissão da própria sociedade.

Em meio a tal contexto, de criação voluntária de um estado de emergência permanente por parte dos Estados, também ganha relevância a noção de “*homo sacer*” e a relação de banimento a ele inerente (Agamben, 2010). Tal figura faz menção à existência de um sujeito desprovido de proteção política e jurídica, um ser cuja vida nada vale, estando submetido ao poder soberano e compelido a viver em “estado de exceção”. Extirpada de cidadania, a vida restante do indivíduo corresponde à categoria da vida nua de Agamben (2010):

[...] a vida nua, isto é, a vida matável e insacrificável do *homo sacer*, cuja função essencial na política moderna pretendemos reivindicar. Uma obscura figura do direito romano arcaico, na qual a vida humana é incluída no ordenamento unicamente sobre a forma de sua exclusão (ou seja, de sua absoluta matabilidade), ofereceu assim a chave graças a qual não apenas os textos sacros da soberania, porém, mais em geral, os próprios códigos do poder político podem desvelar os seus arcanos. (p. 16)

Com efeito, a percepção de que o Estado de Direito ainda hoje se traduz em um estado de exceção, que nega os direitos dos diferentes, criando um

invisível social, levam Cruz, Bernacci e Guimarães (2017, p. 569), a traçar um perfil do *homo sacer* de Agamben no cenário brasileiro:

O invisível ao sistema de direitos! O ‘apátrida’ de Hannah Arendt! O ‘marginal’ de Derrida! O órfão de tudo! A prostituta: aquela mulher abaixo da dignidade das mulheres. O presidiário: aquele que, mais do que ter cerceada sua liberdade, perde qualquer dignidade. O originário: aquele que não merece existir porque insiste em não ser branco. O favelado: aquele marginal que não merece ter direitos, porque é marginalizado pela sociedade. O imigrante: aquele que merece a rejeição, simplesmente por ser estrangeiro.

Nesse quadro, parece razoável sustentar que a constante adoção de práticas e atos estatais tendentes a suspender e vulnerar direitos e garantias fundamentais destinadas à preservação de pessoas desvalidas, tal como se dá no Brasil, parece nos remeter à um cenário alarmante de constante violação dos direitos humanos, similar a um verdadeiro estado de exceção, dado que tal ocorre mesmo fora dos momentos de anormalidade e sem que sejam decretados os mecanismos de solução de crises.

Na verdade, em tese, apenas durante a vigência do estado de sítio e estado de defesa, que integram o “sistema constitucional de crises” (informados pelos princípios da excepcionalidade, necessidade, temporariedade e obediência estrita à Constituição), é que direitos e garantias fundamentais poderiam vir a sofrer restrições. Entretanto, tal não é o que se constata na prática.

No cenário brasileiro, mesmo em tempos de “normalidade, há alguns exemplos de estado de exceção, com o fim de excepcionar os direitos das pessoas em situação de rua, pobres, moradores de comunidades, estrangeiros, dentre outros.

Cumprir destacar, nesse sentido, a ação intentada pelo estado de Roraima junto ao STF, para pedir o fechamento da fronteira entre o Brasil e a Venezuela ou limitar o ingresso de imigrantes venezuelanos no País, com a finalidade de endurecimento desproporcional das medidas de restrição às migrações irregulares, nada obstante o fato de a legislação doméstica reconhecer, à exaustão, na esteira da comunidade internacional, os direitos

específicos e as necessidades particulares de refugiados e outras pessoas que necessitam de proteção internacional<sup>2</sup>.

Um outro exemplo está relacionado à escolha do País para sediar a Copa do Mundo, oportunidade em que o Estado brasileiro possibilitou a remoção forçada das famílias de suas casas e comunidades, desapropriação de moradores sem justa e prévia indenização, além da existência de denúncias contra a política de “higienização social”. Isso significou o recolhimento de moradores de rua, de forma compulsória, de algumas capitais durante o evento, a suspensão de normas contidas na Lei de Licitações, Código de Defesa do Consumidor, dentre outros, conforme aponta documento que trata da violação de direitos humanos no Brasil, motivados por megaeventos esportivos, notadamente a Copa do Mundo 2014 e as Olimpíadas 2016<sup>3</sup>.

Na mesma linha, cita-se a expedição indiscriminada de Mandados de Busca e Apreensão (coletivos), autorizando a Polícia Civil a fazer revista nas casas nas favelas Nova Holanda e Parque União, subúrbio do Rio, no Complexo da Maré<sup>4</sup>, durante a realização de tais eventos esportivos, revelando flagrante abandono das regras e dos princípios jurídicos. Expedidos com eficácia territorial ampla, geograficamente imprecisa, sem se preocupar em determinar o fato concreto a ser apurado, tais mandados foram direcionados aos moradores de favelas, como se todos fossem inimigos ou adversários do interesse público.

O Ato Institucional n. 5, de dezembro de 1968, que marcou o início do período mais duro da ditadura militar no Brasil (1964-1985), também pode ser apontado como medida de tal natureza. Editado pelo então Presidente Arthur da Costa e Silva, ele deu ao regime uma série de poderes para reprimir seus opositores, dentre os quais, a possibilidade de suspender por dez anos os direitos políticos de qualquer cidadão, intervir em estados e municípios,

---

<sup>2</sup> BRASIL. STF. Pleno. ACO 3121 TPI / RR. Relatora: Min. Rosa Weber.

<sup>3</sup> **Dossiê da articulação nacional dos comitês populares da Copa**. Disponível em: <[http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/temas-de-atuacao/megaeventos/dossie\\_violacoes](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/temas-de-atuacao/megaeventos/dossie_violacoes)>. Acesso em: 2 agosto 2019.

<sup>4</sup> CORRÊA, Douglas. **Justiça autoriza revista a casas de moradores do Complexo da Maré**. EBC, 30 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/noticias/brasil/2014/03/justica-autoriza-revista-a-casas-de-moradores-do-complexo-da-mare>>. Acesso em: 2 agosto 2019.

decretar confisco de bens por enriquecimento ilícito e suspender o direito de *habeas corpus* para crimes políticos.

Sob essa mesma perspectiva, também pode ser enquadrada como medida de exceção, a constante execução, em favelas e presídios, de jovens negros e pobres, sem nenhuma oposição do Estado, por parte de seus agentes. Nesse sentido, cumpre citar, por oportuno, a passagem de Jessé Souza (2017, p. 78):

Outro fator que perdura até nossos dias é que o medo dos escravistas da ‘rebelião negra’ se transforma e é substituído pela definição do negro como ‘inimigo da ordem’. Sendo a ‘ordem’ percebida já no seu sentido moderno de significar decoro, respeito à propriedade e segurança. Vem daí, portanto, o uso sistemático da polícia como forma de intimidação, repressão e humilhação dos setores mais pobres da população. Matar preto e pobre não é crime já desde essa época. As atuais políticas públicas informais de matar pobres e pretos indiscriminadamente efetuadas por todas as polícias do Brasil, por conta do aval implícito ou explícito das classes médias e altas, têm aqui seu começo. As chacinas comemoradas por amplos setores sociais de modo explícito, em presídios de pretos e brancos pobres e sem chance de se defender, comprovam a continuidade desse tipo de preconceito covarde.

Diante desse quadro, torna-se inegável reconhecer que os marginalizados acabam excluídos, dentre outros fatores, pela exclusão de direitos e da própria cidadania, permanecendo vítimas de ações discriminatórias e tiranas de determinados grupos que controlam as ações do Estado, ocultados pelo próprio sistema, dada a precária representação institucional, a despeito de a Constituição vigente manifestar compromisso em garantir a proteção grupos historicamente estigmatizados, tais como indígenas e negros.

Em meio a tal contexto de expressiva exclusão social, “a questão da cidadania se torna extremamente problemática, engendrando, inclusive, uma evidente sobrecarga à capacidade do subsistema jurídico em responder às demandas que lhe são impostas”, dada a incapacidade por parte dos demais subsistemas sociais (Villas Bôas, 2009, p. 355).

Com isso em mente, incumbe observar se o exercício da jurisdição constitucional, em especial, o manejo do mecanismo de controle abstrato de constitucionalidade, se apresenta como alternativa eficiente e apta a suprir as

deficiências do sistema democrático representativo, detectadas ao longo dos anos, bem como apontar se ele pode figurar como instrumento de engajamento cívico dos subcidadãos e de proteção/garantia dos seus direitos fundamentais e da própria democracia.

O objetivo é demonstrar que a ampla abertura para a participação popular na jurisdição constitucional é um dos caminhos viáveis para que a Constituição possa transformar a realidade dessas pessoas, resgatando a sua capacidade de reação.

Antes disso, porém, dada a relevância do tema, o próximo capítulo se propõe a identificar as principais causas da ascensão do Poder Judiciário nas últimas décadas, apenas no intuito de fornecer elementos para a compreensão dos tópicos seguintes.

#### **4 DA EXPANSÃO DO PODER JUDICIÁRIO E OS RISCOS DO ATIVISMO JUDICIAL**

Processos históricos relevantes, ocorridos no século XX, implicaram profundas transformações no Estado e no Direito Constitucional. O papel central desempenhado pela Constituição, a superação do formalismo jurídico e o surgimento de uma nova hermenêutica constitucional são alguns dos fenômenos que contribuíram para a mudança institucional do Estado e para o protagonismo do Judiciário nas últimas décadas.

Destaca a doutrina que a superação da perspectiva de que as normas constitucionais comportavam meras diretivas políticas, endereçadas sobretudo ao legislador, ganhou impulso no Segundo Pós-Guerra, com a perda de prestígio do positivismo e com a ascensão dos princípios constitucionais, concebidos como uma reserva de justiça, na relação entre o Poder Público e os indivíduos, especialmente as minorias (BARROSO, 2010, p. 86).

Acresça-se a isso, o fato de que, desde a égide do Estado Social, a preocupação com a estrita separação dos poderes e a neutralidade típica do Liberalismo dá lugar à valorização do conteúdo e eficácia dos direitos e garantias fundamentais, com vistas à redução das desigualdades econômicas e sociais, decorrentes do neoliberalismo globalizante. Por conseguinte, resta reduzida sobremaneira a perspectiva clássica de divisão dos poderes, passando o Judiciário a assumir um papel de destaque na condução das decisões políticas do Estado.

Em suma, o que se observa é que, em meio a tais transformações, o positivismo passa a se revelar incapaz de enfrentar as dificuldades decisórias da atualidade, sobressaindo o pós-positivismo como movimento de reação ao legalismo. Ganha destaque a posição daqueles que sustentam que a norma somente se apresenta como tal, na parte final do processo de concretização.

Nessa linha de defesa, comumente se argumenta que o juiz, na atualidade, não mais pode ser visto como um mero aplicador das leis, ideia promovida pelo positivismo jurídico, que pregava o reducionismo do Direito à dogmática da legalidade. Hoje, reconhece-se a sua capacidade de copartícipe no processo de criação do Direito, por meio de suas decisões construídas

argumentativamente.

Nesse sentido, analisando a atual postura dos juízes, registra Baracho (2008, p. 577) que “a sujeição do juiz à lei não está mais assentada no velho paradigma positivista da sujeição à letra da lei, qualquer que seja seu significado. Trata-se de uma obediência à lei, quando é válida e coerente com a Constituição”. Acrescenta, ainda, o constitucionalista:

O modelo constitucional garantista da validade já não é um dogma ligado à mera existência formal da lei, mas à qualidade contingente da mesma, ligada à sua coerência de seu significado com a Constituição, mesmo nos momentos em que é remetida à avaliação do juiz. Não se pode considerar a lei em sua forma acrítica ou condicionada, mas submetê-la à hierarquia constitucional garantidora dos direitos fundamentais nela consagrados. Está neste entendimento a 'legitimação da jurisdição'. O ativismo jurisdicional ressalta o papel do maior alcance do protagonismo dos juízes. Não apenas como intérpretes finais da legitimidade dos atos do poder, mas uma variedade de situações que decorrem da multiplicidade da temática judicial, que surge nas modernas indagações da Bioética. (BARACHO, 2008, p. 577)

Assim, reconhecendo que a abordagem da jurisdição constitucional pressupõe uma análise, ainda que sucinta, da transição da hermenêutica clássica para a hermenêutica contemporânea constitucional, impende analisar, no subtópico seguinte, as razões que motivaram o advento da cultura jurídica pós-positivista e consequente expansão da jurisdição.

Já na seção posterior deste capítulo, a pesquisa se propõe a examinar a doutrina do *judicial review*, o ativismo judicial e a judicialização da política, por meio, inclusive, da análise de decisões recentes do STF.

#### **4.1 Gênese do positivismo jurídico: sua insuficiência metodológica e sua renovação a partir da perspectiva argumentativista**

A perda de vigor nas últimas décadas do predomínio das fontes estatais do Direito, bem como o abandono do culto à lei sustentado pelo positivismo são algumas das transformações do Direito contemporâneo.

Inicialmente, cumpre destacar que a expressão "positivismo" possui vários significados. No entanto, o "positivismo jurídico" a que nos referimos é aquele paradigmático, isto é, a doutrina pela qual não há outro Direito senão



aquele estabelecido e diretamente reconhecido pelo poder político. O positivismo caracteriza o universo jurídico dos países desenvolvidos, desde meados do século XIX. Consolidando o Estado Liberal, tal prática jurídica regulatória dos interesses burgueses acaba por confundir a norma jurídica com o texto da norma no código legal.

De fato, sob a égide do positivismo, a aplicação do Direito fica reduzida a uma operação que deduz da norma jurídica a solução aplicável aos fatos que nela se encaixam, não sendo quase possível adequar o Direito à realidade. A tarefa do aplicador da lei é exclusivamente cognitiva, cabendo ele, por meio da subsunção, apenas explicitar o conteúdo normativo do Direito Positivo ante um caso apresentado, sem dispor da possibilidade de se valer de sua atividade criativa diante do caso concreto. Assim, a norma legal e a realidade são tidas como elementos contrapostos, na medida em que o cumprimento do Direito deriva de uma aplicação meramente dedutiva da letra da lei.

No contexto pautado pela busca da neutralidade axiológica, bem peculiar à sociedade liberal, o Direito é idealmente considerado uma legalidade pré-dada e obrigatória, não tendo o problema seu lugar reconhecido no papel constitutivo da normatividade, encontrando-se toda a juridicidade na legalidade do Estado. Há, pois, uma desvinculação entre sociedade civil e Estado, esse último como autor exclusivo do Direito.

Esclarece Müller (2005a p. 24) que a Constituição é tida como um sistema formal de leis, sem lacunas, para o positivismo jusconstitucionalista. Com isso, a estatização do fenômeno jurídico e o ideal de completude gera a falsa impressão de que o Direito se apropria da totalidade dos fatos, problemas e situações da vida que pudessem se apresentar.

A Escola da Exegese, que floresce no início do século XIX, congregando os grandes comentadores do Código de Napoleão (Código Civil Francês de 1804) e pregando o culto ao texto da lei, é apontada como fator que contribui decisivamente para a gênese do positivismo jurídico e a hegemonia da legalidade estatal. A mencionada escola se constitui em um movimento de juristas, que prega a interpretação gramatical da lei, proclamando, assim, a onipotência jurídica do legislador. Por conseguinte, “a hermenêutica exegética deveria limitar-se ao exame dogmático dos textos normativos, priorizando

sensivelmente a interpretação literal dos mesmos” (CRUZ, 2004a, p. 75). Tal escola concebe a Constituição como simples lei.

A rigor, como observou Bonavides (2007a, p. 171-173), o texto das Constituições, nomeadamente formalistas e fechadas, é empregado como técnica de organização do poder e exteriorização formal de direitos por parte do positivismo jurídico-estatal, de feição formalista, esboçado por Laband, aperfeiçoado por Jellinek e conduzido às últimas consequências por Kelsen, que se empenhou em rejeitar quaisquer justificações metafísicas da validade do Direito.

Para Kelsen (2003), a ciência possui função meramente descritiva, seja ela natural (princípio da causalidade) ou social (princípio da imputação). Para o citado jurista, esclarece Marcelo Galuppo (2005, p. 198), não compete ao cientista avaliar o ordenamento jurídico, mas tão somente descrevê-lo, ficando indiferente à análise do conteúdo das normas jurídicas (justas ou injustas).

Logo, em tal contexto, na visão de Montesquieu, citado na obra de Elival da Silva Ramos (MONTESQUIEU *apud* RAMOS, 2015, p. 70), os juízes “são apenas a boca que pronunciam as palavras da lei; seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força, nem o vigor”. Contribui, assim, para a tese positivista da separação entre a Política e o Direito, ao conceber o texto normativo como a expressão mais fidedigna da vontade geral, exercendo os magistrados atividade de natureza meramente declaratória, já que adstritos à estrita concretização da vontade do legislador (restrição a qualquer consideração valorativa).

O dogma da supremacia do Direito legislado e a visão estritamente política atribuída à Constituição, segundo Cruz (2004a, p. 82), levam a uma perspectiva limitada de jurisdição, incompatível com o controle de constitucionalidade das leis.

Contudo, o racionalismo, empregado pelo positivismo, começa a ceder quando da decadência do Estado Liberal, na medida em que se percebe que o mero formalismo não mais atende aos interesses do próprio Estado. Agora, ele busca reconhecimento, juridicidade e efetivação dos direitos sociais previstos na Constituição, que tem reconhecida sua legitimidade. Conforme destaca Cruz (2004a, p. 106), “a ideia de uma igualdade substantiva/material, também

paulatinamente, sobrepunha-se à concepção de igualdade formalista da burguesia”. A sociedade se sente credora do Estado, e não mais se contentando com o Estado mínimo, passa a exigir prestações positivas por parte do ente estatal. Com isso, o Legislativo perde o seu papel de proeminência, passando o Executivo a exercê-lo.

A doutrina contemporânea, pois, reconhece que o referido sistema, positivista legalista, apresentava-se falho, na medida em que, além de avalorativo, também deixava de considerar as peculiaridades de cada caso. Sobre o déficit de concreção jurídico-normativa das normas constitucionais no período positivista, ressalta Müller (2005a) que,

insistindo na mera positividade do direito, transfigura-se longe da realidade da vida, o positivismo aceitou o preço da redução ou perda da normatividade jurídica, cujas condições específicas, bem como, genericamente, a peculiaridade do direito saíram do campo visual, à medida que o ideal de método de uma ciência natural que ainda não tinha começado a se questionar foi transferido acriticamente a prescrições jurídicas. Assim, o direito é compreendido equivocadamente como um ser que repousa em si, que só deve ser relacionado *ex post facto* com as relações da realidade histórica. A norma jurídica é compreendida equivocadamente como ordem, como juízo hipotético, como premissa maior, formalizada segundo os princípios da lógica formal, como vontade materialmente vazia. (MÜLLER, 2005a, p. 25)

Carlos Maximiliano (2003, p. 10-11) também aponta dificuldades no período positivista, ao esclarecer que, por mais hábeis e inteligentes que fossem os elaboradores do Código, jamais conseguiriam encerrar a solução para qualquer caso possível, ou seja, não teriam condições de prever, no texto expresso, a infinidade de situações que dependiam de regramento. Mesmo após fixado o Direito Positivo, permanece a evolução e a criação de novas exigências sociais, de forma que o Código, de fato, não pode se impor diante das tantas atividades e transformações constantes, fenômenos imprevistos, novas ideias, ocorridas na realidade na qual se encontra inserido.

Diante de tais constatações, a crença de que haveria uma identidade entre o texto da norma e a norma jurídica passa a ser questionada, na medida em que, conforme acrescenta Maximiliano (2003, p. 17), hoje não mais se acredita na onipotência do legislador, proclamada pela doutrina da Escola da Exegese, ou seja, não mais se interpreta o Direito como uma obra artificial.

Reconhece-se que a lei não nasce pronta, completa e perfeita.

Na mesma linha, Niklas Luhmann (2002, p. 217), versando sobre o lugar dos tribunais no sistema do Direito, atesta que, desde o século XIX, *“Frente al legislador se han amplificado los poderes de interpretación de los jueces -y esto no en último término debido a que las grandes codificaciones ya están caducas”*. Como decorrência de tal movimento, já no início do século XX, denota Cruz (2004a, p. 135-137), o modelo decisional de subsunção da norma e consequente defesa da jurisdição como ato meramente cognitivo não mais se coadunam com as crescentes antinomias e lacunas presentes no Direito. Tudo isso leva Kelsen (2003) a romper com a teoria decisional clássica, passando a sustentar a decisão judicial como um provimento no qual se associa também a vontade do julgador. Tal proposição implica ruptura com a tradicional estrutura de separação dos poderes, não sendo mais a produção normativa um monopólio do Legislativo.

Com isso, registra o professor Marcelo Campos Galuppo (2005, p. 202-205), que o pós-positivismo substitui o pensamento sistemático do positivismo pelo pensamento problemático, que entende que o conhecimento jurídico se faz a partir de casos concretos, recusando por completo o estatuto descritivo das ciências naturais, estabelecendo a distinção entre o plano de justificação e o plano de aplicação das normas jurídicas.

Invocando o pensamento jurídico de Klaus Günther, Cruz (2004a, p. 225) expõe a concepção de que existe uma profunda divisão nas atividades legislativa e judiciária. Enquanto na atividade legislativa, há uma forte predominância de seu caráter justificativo, marcado pela generalidade, abstração e universalidade em relação à produção de leis válidas *erga omnes*, na atividade jurisdicional, a sensibilidade do juiz para as especificidades do caso concreto, que tem diante de si, é fundamental, portanto, para que possa encontrar a norma adequada para produzir justiça naquela situação específica.

Nesse contexto, o operador do Direito passa a assumir uma posição de destaque, e a sentença judicial tida como um ato constitutivo, e não mais meramente declarativo. No lugar do superado positivismo, apontam autores nacionais, seguindo a tendência de constitucionalistas estrangeiros, para uma nova hermenêutica, que estaria assentada no denominado pós-positivismo.

Destaca Ramos (2015, p. 83) que “a moderna Teoria da Interpretação vê a etapa de aplicação, considerada em si mesma, como uma concretização normativa, porém, atribui ao vocábulo “concretização” sentido profundamente diverso daquele conferido pelo positivismo clássico”. É possível afirmar que hoje os magistrados não apenas declaram ou reproduzem um direito preexistente, senão contribuem efetivamente para a sua configuração, por meio da análise da adequabilidade da norma.

Por oportuno, é de se notar que as principais críticas ao positivismo ganharam destaque por meio da guinada na Filosofia do Direito, a partir da segunda metade do século XX. Sob essa ótica, o moralismo jurídico, pregado por Dworkin e Alexy, por exemplo, se afasta do positivismo, ao postular a coincidência entre o Direito e a moral, exaltando a importância dos princípios constitucionais, concedendo ao intérprete ampla liberdade, inclusive, para, se necessário, corrigir ou mesmo recusar o Direito posto. Tudo isso, conforme Ramos (2015, p. 323), “em nome de uma pretensa ordem objetiva de valores imposta pela razão (Alexy) ou pela vivência histórica de uma comunidade (Dworkin)”.

Assim, sustenta-se que o reconhecimento da eficácia normativa dos princípios, os quais são qualitativamente a viga mestra do sistema (o esteio da legitimidade constitucional), acaba por acarretar a invalidação das objeções do positivismo formalista, bem como na acolhida do plano constitucional de considerações axiológicas, de valor fundamental na concretização dos direitos, através de uma operação valorativa, fática e material (BONAVIDES, 2007a, p. 582). A partir de então, ao contrário do que ocorre no positivismo, a Constituição, mais do que lei, passa a ser vista como Direito, o que enseja a formação de uma teoria material da Constituição.

Argumenta-se, em síntese, que o contexto atual traz a necessidade de estabelecer novos critérios, que, adequados à realidade constitucional, privilegiem o desenvolvimento de métodos específicos para efetivar, concretizar os comandos normativos contidos na Constituição, sendo, pois, desconsiderada a concepção de interpretação como uma atividade acrítica de subsunção do fato à norma.

Desde então, a função meramente descritiva de eventos, por meio da

linguagem, passa a ser questionada. Dessa feita, reconhecendo a diversidade da linguagem, Gadamer (1997) sustenta que a compreensão parte sempre de uma pré-compreensão, da historicidade e da experiência em que o indivíduo se insere (CRUZ, 2004a, p. 144-145).

Assim, o papel da interpretação não mais está limitado à uma dogmática exegética, desvinculada do contexto de sua aplicação. Escrevendo sobre a “Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea”, ao tratar especificamente da hermenêutica de Gadamer, dispôs Manfredo Araújo de Oliveira (2001) que

Toda compreensão é interpretação, e toda interpretação se desenvolve no seio da linguagem, que quer deixar o objeto vir à palavra e, ao mesmo tempo, é a linguagem própria ao intérprete. Assim, o problema hermenêutico se revela como um caso especial da relação entre pensamento e linguagem. Toda compreensão se faz no seio da linguagem, e isso nada mais é do que a concretização da consciência da influência da história. Há, assim, uma relação essencial para Gadamer entre compreensão e linguagem. (p. 233)

Assim, seguindo a linha da nova hermenêutica filosófica, Gadamer (1997) desconsidera a ideia de que pode ser estabelecido um sentido único e fixo para as palavras, colocando que a linguagem é apreendida de acordo com a situação em que o sujeito se encontra. Ele sustenta que “a linguagem não é indício da finitude porque exista a diversidade de estruturação da língua humana, mas porque toda língua está em constante formação e desenvolvimento, quanto mais trazer à fala a sua experiência do mundo” (GADAMER, 1997, p. 663).

Assim, o modelo de interpretação do Direito de cunho objetivista é superado por um novo modelo, que cede lugar à intersubjetividade e que reconhece que toda linguagem é indeterminada. Seu sentido é esclarecido diante do contexto em que se coloca. Lênio Streck (1999, p. 158) assevera que tal passagem de um modelo para outro “começa a ser feita a partir dos aportes da semiótica, em sua matriz pragmática, e da hermenêutica filosófica, com a hermenêutica antirreprodutiva de Gadamer, pela qual se passa da percepção à compreensão”.

Nesse sentido, é possível dizer com Streck (1999) que, para Gadamer, a interpretação é uma atividade criativa, que não pode contentar-se com a busca

pela intenção do legislador. Seguindo tal entendimento, cabe ao intérprete concretizar a lei ou fazer uma nova leitura dela em cada caso, ou seja, na sua aplicação (GADAMER *apud* STRECK, 1999, p. 186).

O uso da linguagem é, pois, a questão central do pragmatismo. Quanto a isso, importante é registrar a existência de metodologias que optam pelo uso indiscriminado da retórica e da argumentação como ferramenta do Direito para a busca da decisão, que também ganham destaque, na segunda metade do século XX. Esse viés metodológico, compartilhado por teóricos como Chaïm Perelman (1997) e Theodor Viehweg (1979), marcado por concepções oriundas da retórica aristotélica, vem a ser conhecido como tópico-dialético e também se mostrou essencial para ruptura com a hermenêutica clássica, dominante no último milênio. A esse respeito, teve Bonavides (2001) ocasião de dizer que

durante as décadas de 40 e 50, pelo menos na Alemanha, onde a filosofia do direito sempre travou batalhas mais renhidas, houve uma ressurreição jusnaturalista, decorrente do pessimismo que invadira o ânimo dos juristas perplexos com a tragédia da Segunda Grande Guerra Mundial, movidos a uma reconsideração dos valores pertinentes à ordem jurídica legítima.

Entre os que prestigiavam a nova atitude, figurava o nome exponencial de Gustavo Radbruch, cuja cátedra positivista se converteu ao direito natural. Mas a restauração jusnaturalista foi um relâmpago, não foi uma lâmpada. Logo se apagou aquela claridade súbita. Não sendo possível o retorno do positivismo, a década de 50 viu abrir-se nova crise no pensamento filosófico do direito, de maneira que as dificuldades só foram removidas a partir da publicação de *Tópica e jurisprudência*, de Viehweg. Representa essa monografia uma abertura de rumos e horizontes para a ciência do direito. Com efeito, a 'tópica', ou 'nova retórica', inaugura um novo caminho para o conhecimento do direito pelas vias argumentativas. A palavra de ordem era pensar e representar o 'problema', vinculando, como nunca talvez se tenha feito, as soluções normativas à práxis e à realidade. (BONAVIDES, 2001, p. 207)

De forma sintetizada, é possível afirmar que, em sua pesquisa sobre a tópica, Viehweg (1979) constata ser o Direito fruto do bom argumento, superando os limites da teoria decisional marcada pelo silogismo. A tópica é a técnica do pensamento que se orienta no sentido do problema, sendo esse o centro em que gira o raciocínio. Com isso, ela deixa de se basear na dedução e opta por um sistema aberto, que permite ir além da norma, incorporando à hermenêutica a dimensão pragmática da linguagem. É relevante a contribuição

de Bonavides (2007a, p. 495), que argumenta que “com a tópica, a norma e o sistema perdem o primado. Tornam-se meros pontos de vista ou simples *topoi*, cedendo lugar à hegemonia do problema, eixo fundamental da operação interpretativa”.

A opção de Perelman (1997), também adotada com algumas diferenças por Viehweg, privilegia um enfoque que encara o Direito, basicamente, como um terreno de resolução de controvérsias, procurando desenvolver uma metodologia mais atenta à descrição da vida jurídica real. Ao desconsiderar a lógica formal, ele sustenta ser o Direito uma arte discursiva, focando na argumentação retórica, dado que a persuasão e convencimento do discurso fazem parte da decisão. Daí a necessidade de o julgador convencer seu auditório (toda a comunidade jurídica) de que a sua decisão se afigura como a resposta mais aceitável. A despeito disso, tanto Perelman (1997) quanto Viehweg (1979) fazem questão de ressaltar a presença do pensamento tópico-dialético na atividade jurídica.

Discorre Bonavides (2007a, p. 183) que a aplicação de tal entendimento consistente na ideia de argumentação permite uma abertura da hermenêutica constitucional, que passa a admitir a utilização de elementos concretos e valorativos, oportunidade em que o dedutivismo lógico dos normativistas é sucedido pelo decisionismo no caso concreto.

Nesse quadro de referências, diante dessa abertura e desprendimento do texto legal, é possível inferir que a utilização dos *topoi*, tidos como pontos de vista à livre disposição do intérprete, de certa forma, enfraquece a juridicidade do texto constitucional. Com efeito, a tópica cria uma técnica que faz com que a criatividade do intérprete não encontre limites sequer no texto da norma, asseverando João Maurício Adeodato (2002, p. 239) que, em razão disso, tal linha argumentativa vem sendo criticada por essa excessiva abertura em relação ao texto normativo, “que não consegue estabelecer um procedimento seguro para a decisão, indispensável em um Estado Democrático de Direito”.

Ora! É inegável reconhecer que a preocupação excessiva com o problema reduz a juridicidade dos atos normativos e da própria Constituição, gerando enorme insegurança e descompromisso com a estabilização das relações jurídicas.



Sem embargo de tais considerações, não há como deixar de reconhecer a contribuição da tópica para o desenvolvimento da hermenêutica constitucional concretista de Müller e Hesse, que também desmistificam a ideia de sistema jurídico fechado e completo, em que haja uma perfeita unidade do ordenamento jurídico. Esses autores também não desconsideram a insegurança trazida pela tópica, que concentra em destacar o pensar direcionado ao problema. Nesse sentido, disserta Bonavides (1984, p. 40) que

os constitucionalistas do Estado Social, nomeadamente Kriele, Hesse, Häberle, Horst Ehmke e Friedrich Müller, valeram-se da metodologia tópica para restaurar o prestígio da hermenêutica jurídica no Direito Constitucional. Emanciparam-na da servidão à metodologia clássica de Savigny, nascida de inspirações jusprivatistas. Os velhos métodos trasladados ao Direito Público tiveram duvidosos efeitos em sua aplicação desde que o Estado de moldes liberais do século XIX tomou configuração definitivamente social. Com as mudanças e transformações operadas em quase todos os institutos jurídicos, difícil se tornou para a metodologia de bases jusprivatistas conciliar o Direito com a Sociedade, a Constituição com a realidade, a norma com o fato.

O método concretista destaca a importância não só do problema concreto a solucionar, mas também da norma a ser concretizada e ainda da necessidade da pré-compreensão do agente da interpretação para a realidade objetiva existente. Assim, enquanto o método tópico-problemático privilegia ou pode privilegiar o problema em detrimento da norma, o método hermenêutico-concretizador privilegia o texto constitucional face ao problema. A centralidade do texto constitucional estabelece o limite para a construção.

Com efeito, como proposta à ausência de solidez da tópica, destaca o professor Elival da Silva Ramos (2015, p. 99-103), a teoria estruturante do jurista alemão Friedrich Müller, a despeito de ele a ter qualificado como pós-positivista, assenta seu edifício hermenêutico sobre os pilares do positivismo jurídico, do qual rejeita unicamente o reducionismo normativista, no tocante à solução de casos por meio de meros silogismos, jamais se afastando da interpretação do texto normativo.

Segundo a proposta apresentada por Müller (2009a), o texto normativo representa o limite à concretização da norma, ou seja, “o processo da metódica estruturante separa-se do puro pensar o problema, na medida em que mantém

a norma” (p. 197). Com isso, não se pode afirmar que seu método apresenta uma teoria de aplicação do Direito de forma ilimitada, ao contrário, já que deve seguir limites impostos pelo próprio Estado Democrático de Direito, através de seus textos normativos. Nesse sentido, relevante é entender que o texto da norma é apenas o ponto, a cabeça do *iceberg*, reconhecendo, assim, a juridicidade à integralidade do texto constitucional.

Portanto, acrescenta Ramos (2015, p. 99-101), a teoria de Müller passa longe do decisionismo realista, que admite a expansão desenfreada da discricionariedade, ou mesmo da reprodução de uma ordem objetiva de valores do moralismo jurídico defendido por Dworkin, o qual propõe uma abertura do Direito frente à moral, incluindo como fonte do Direito qualquer documento de valor histórico portador das mesmas tradições, afastando-se do positivismo. Consiste, assim, a teoria daquele na produção da norma de decisão a partir do texto do dispositivo constitucional, pertinente e dentro do espaço de interpretação por ele admitido.

Em síntese, abordando as características semânticas da linguagem, notadamente da linguagem constitucional, a metódica estruturante Müller se afasta da aplicação de simples regras de subsunção, reconhecendo que a norma constitui o ponto de referência para o processo de concretização, a qual, porém, permanece normativamente vinculada aos limites do programa normativo (MÜLLER, 2009a, p. 80).

Dessa forma, adiciona-se ao teor literal da norma, que apresenta diversas possibilidades de compreensão, o âmbito da norma consistente no recorte da realidade social e tido como fator coconstitutivo da normatividade, discussão e fundamentação dos resultados. Resta evidenciada, dessa feita, a importância não só do texto normativo, mas também da própria realidade social, em que se coloca o problema (MÜLLER, 1995, p. 47).

Ao partir do reconhecimento de que o Direito nunca funciona sem a mediação da linguagem, Müller elabora uma abordagem pragmática, considerando as possíveis variantes linguísticas no significado do texto normativo, tomando por base o contexto do caso individual a ser analisado. Sua teoria, portanto, não visa a prescrever regras precisas de solução para o caso concreto, buscando, em verdade, descrever a estrutura de concretização

da norma em um caso particular. Rechaça, assim, Müller o extremo legalismo, na medida em que reconhece que a decisão jurídica não decorre exclusivamente da lei, sustentando que

[...], ‘concretizar’ não significa, aqui, portanto, à maneira do positivismo antigo, interpretar, aplicar, subsumir silogisticamente e inferir. E também não, como no positivismo sistematizado da última fase de Kelsen, ‘individualizar’ uma norma jurídica genérica codificada na direção do caso individual ‘mais restrito’. Muito pelo contrário, ‘concretizar’ significa: produzir, diante da provocação pelo caso de conflito social, que exige uma solução jurídica, a norma jurídica defensável para esse caso no quadro de uma demonstração e de um Estado de Direito. (MÜLLER, 2009a, p. 131)

Sua proposta é, assim, pós-positivista e não antipositivista, uma vez que registra que a normatividade, embora reconhecida como um elemento dinâmico, fica limitada em sua composição pela positividade do texto, ao qual se acresce a realidade, trabalhando a necessidade de a jurisdição constitucional aplicar uma filtragem constitucional, distanciando-se dos chamados “decisionismos”, derivados de condutas ativistas e discricionárias.

Logo, razão assiste a Mário Lúcio Quintão Soares (1998, p. 147), ao assinalar que, ao pretender estruturar e racionalizar o processo de concretização da norma, a metódica estruturante de Müller, que possui de índole concretista e pragmática, possibilita “a vinculação da atividade interpretativa, deixada em aberto pelo método tópico, à racionalização metodológica, e, assim, mantida a obrigatoriedade ou normatividade da regra constitucional”.

A proposta concretizadora de Müller, além de diretamente envolvida com a democracia e com o Estado de Direito, apresenta o diferencial de considerar que a ciência jurídica não pode pautar-se por uma mediação meramente linguística. Há, em verdade, segundo sua acepção, uma junção da terminologia, da linguagem da lei e do contexto no qual essa se encontra. Assevera, nesse sentido, o autor que

o processo da implementação prática de normas jurídicas a casos regulamentados evidencia-se estruturado. Somente em casos-limite (raros e não caracterizados para o direito constitucional), ele pode ser compreendido como ‘aplicação’, ‘inferência silogística’ ou ‘subsunção’. A norma jurídica é mais do que o seu teor literal. O teor

literal funciona, de acordo como o tipo de norma, de maneiras distintas, como diretriz e limite da concretização admissível. A interpretação do texto da norma é um componente importante, mas não único da implementação de sinais de ordenamento normativo em casos determinados. Por isso não mais devemos falar de interpretação ou explicação, mas sim de concretização da norma. (MÜLLER, 2009a, p. 105)

Aquilo que a disposição legal prescreve para o 'respectivo' caso a ser decidido é sempre primeiramente averiguado em confronto com sua problemática material, mediante a consideração do programa normativo e a observação dos limites comprováveis de seu enunciado diretivo. Dessa forma, a concretização da norma necessariamente engloba tanto a construção e 'aplicação' como, com isso, a solução do caso jurídico. (MÜLLER, 2009a, p. 255)

Assim, ainda que demonstre o texto normativo uma determinada clareza, fato é que ele não é, desde já, aplicável. A norma é decisão extraída dos dados linguísticos pertinentes retirados daquele texto (programa da norma) e ainda dos dados reais que condicionam a sua significação (âmbito da norma). Dessa forma, fica claro que tanto o conteúdo quanto o alcance dos dispositivos constitucionais legais dependem também do âmbito normativo, que representa a realidade social. Portanto, a normatividade, segundo esclarece Müller (2005a, p. 48), “comprova-se apenas na regulamentação de questões jurídicas concretas”. Sintetizando as ideias até aqui exploradas, Ramos (2015, p. 89) destaca que

Deve-se atribuir a Friedrich Müller a mais bem elaborada transposição das conquistas da moderna Hermenêutica a campo do direito constitucional, dando origem à sua metódica estruturante, por ele próprio conceituada como ‘uma concepção global sistematicamente reflexionante dos modos de trabalho de direito (constitucional)’.

O método concretizador é também desenvolvido por Konrad Hesse (1991), o qual, em síntese, esclarecem Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gustavo Branco (2009, p. 130), estabelece que a interpretação é também concretização. Decerto que essa é realizável apenas diante de um caso concreto, na medida em que, somente através de sua análise, é possível ao intérprete determinar, mediante a incorporação da realidade, aquilo que não aparece de forma clara no texto constitucional.

Assim, tal como Müller (2005a), Hesse (1991) também não se coaduna com as limitações impostas por uma explicação da interpretação constitucional, que parte somente de uma concepção de lógica subsuntiva ou silogística. Convergem suas teorias em vários aspectos, na medida em que, além de identificar a norma constitucional com a sua concretização (afastando-se da identificação positivista entre norma e texto), também concebem a concretização da norma constitucional a partir da incorporação da realidade, sem deixar de reconhecer a primazia da normatividade constitucional.

Partindo de Gadamer, Hesse defende que o teor da norma somente se completa no ato interpretativo, sendo certo que a concretização da norma pressupõe sua pré-compreensão pelo intérprete. Encontra-se convencido o autor que a norma constitucional apenas será idealmente interpretada e integralmente compreendida por meio do problema concreto, fato este que assegurará a consolidação e preservação de sua força normativa. Por essa razão, ensina: “Em síntese pode-se afirmar: a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica” (HESSE, 1991, p.24).

Com efeito, afirma Hesse (1991, p. 13): “o significado da ordenação jurídica na realidade e em face dela somente pode ser apreciado se ambas - ordenação e realidade - forem consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto e no seu condicionamento recíproco”. A análise isolada de cada um desses aspectos se mostra insuficiente, podendo seu resultado influenciar a criação de norma despida de elementos de realidade ou de uma realidade esvaziada de elemento normativo (hipótese de abandono de normatividade). Acrescenta, ainda, o autor:

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na ‘vigência’, ou seja, a situação por ela regulada presente ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. (HESSE, 1991, p. 15-16)

A Constituição, dessa feita, além de ordenar a realidade social, dado seu elemento normativo, encontra-se também condicionada pelos elementos da realidade de seu tempo, de forma que a sua pretensão de eficácia deverá levar

em conta essa mesma realidade, muito embora não esteja condicionada, simplesmente, por essa realidade.

É importante, ressaltar, ainda, que, para Hesse (1991, p. 22), a interpretação, que se encontra submetida ao princípio da ótima concretização da norma (que não pode ser aplicada, tomando por base o método lógico da subsunção), tem um papel decisivo na consolidação e preservação da força normativa da Constituição.

A respeito, Bonavides (2007a, p. 605) diz reconhecer em Hesse (1991) o caráter criativo da interpretação jurídica, desde que operada nos limites da norma e do seu conteúdo de realidade. Assim, muito embora o processo de interpretação aqui também se inicie do problema, fato é que também se distingue tal posicionamento do que fora proposto pela tópica, na medida em que não admite a livre escolha de *topoi*.

Com isso, tem-se que as ideias, tanto de Hesse quanto de Müller, apresentam a vantagem de reconhecer que a aplicação do Direito, por via do procedimento da subsunção legal, é geralmente inadequada, pois, somente na argumentação jurídica, completa-se o sentido do texto da norma. Sustenta-se a percepção de que “o texto normativo é, pois, ao mesmo tempo, o ponto de partida do processo hermenêutico e o mais expressivo balizador da adequação de seus resultados”, conforme ressalta Ramos (2015, p. 171).

Assentada a premissa de que não há mais como conceber o Direito e a realidade como categorias abstratas opostas e restando enfatizado o peso do elemento argumentativo nos processos decisórios (buscando conferir legitimidade à ordem democrática), impõe-se analisar, neste momento, se a nova interpretação constitucional assume dimensão decisiva no sistema democrático brasileiro.

Destaca, em síntese, Cruz (2001) que, apesar da ascensão do Poder Judiciário nas últimas décadas, a despeito de resistências teóricas pontuais, tal constatação não nos permite afirmar que o STF no Brasil consolidou uma visão argumentativa similar àquela que já se observa, por exemplo, na Alemanha e nos Estados Unidos da América (EUA), países desenvolvidos, que abandonaram a hermenêutica mecânica e silogística, superando as exegeses ligadas à pesquisa pela extração da vontade legislativa ou do legislador, para

adotar um modelo de ação comunicativa dos discursos de aplicação do Direito. Acrescenta, assim, o autor que, no Brasil, “o grau de discussão não chegou a esse patamar, eis que a maioria do nosso Judiciário, oriundo de escolas de Direito visceralmente calcadas no paradigma liberal, insistem na aplicação mecânica da lei” (CRUZ, 2001, p. 244).

Da mesma forma, denuncia Streck (2001, p. 288), o problema da precária efetivação dos direitos no cenário nacional reside no fato de a cultura jurídica brasileira estar ainda enraizada em uma concepção positivista e privatista, “permeada e calcada no paradigma liberal-individualista-normativista, que concebe a Constituição apenas como um marco”. Em virtude disso, sustenta que a superação de tal paradigma e a adoção de uma nova postura hermenêutica, que possibilite ao operador do Direito a compreensão de uma sociedade excludente como a brasileira, são tidos como condições essenciais para tornar efetivo o texto constitucional.

Tais narrativas revelam que, embora o País tenha tentado superar o seu período ditatorial mais recente, através da promulgação de uma nova Constituição (1988), tida como cidadã e democrática, fundada no pluralismo e na promoção da dignidade humana, além de formalmente comprometida com a efetivação de direitos, tal, por si só, não teria sido suficiente para reduzir a perpetuação do abandono social e político de toda uma classe de indivíduos em situação de precarização.

A despeito desse quadro, salienta Cruz (2004a, p. 185-191) que, desde a década de 80, no século XX, questões axiológicas e trabalhos sobre a tópica, a nova retórica, o giro linguístico e hermenêutico e as teorias discursivas do Direito, paulatinamente, passam a ganhar espaço no cenário interno, lançando as bases para o exame de elementos políticos e axiológicos.

Esse início da renovação do discurso jurídico no Brasil apontado pelo autor, faz permanecer viva a esperança de viabilização de uma proposta de aprimoramento da jurisdição constitucional no País, capaz de refundar as bases do processo jurisdicional de viés positivista e individualista, que seja apto a permitir o diálogo da justiça com a sociedade civil, tão salutar para a democracia. Nesse sentido, o posicionamento esposado pelo próprio Müller ao tratar do constitucionalismo brasileiro:

As 'dificuldades de efetividade', a que sua questão se refere, se posicionam diante do triste pano de fundo da tradição latino-americana das constituições 'nominais', 'puramente simbólicas'. Os constitucionalistas brasileiros contemporâneos, engajados pela democracia e pelo Estado de Direito, lutam admiravelmente contra esse desprezo tradicional da validade de uma constituição, isto é, pela validade de sua constituição progressista de 1988. Eles lutam para que essa constituição seja levada a sério, para que seja cumprida 'ao pé da letra'. Nesta luta, eles encontram um apoio claro e inequívoco por parte da TED. (MÜLLER, 2009b, p. 296-297)

Importa, registrar, pois, que a incorporação das propostas formuladas pela hermenêutica constitucional concretista podem contribuir para o aprimoramento da jurisdição constitucional no Brasil, na medida em que, exaltando a mediação linguística, apresenta o diferencial de reconhecer o pluralismo axiológico intrínseco à ordem constitucional (afastando-se do dogma positivista), refutando, porém, o decisionismo, o qual pode ocasionar casuísmos nefastos, conforme será analisado adiante.

#### **4.2 A doutrina do *judicial review* e os riscos do voluntarismo judicial**

Como visto linhas atrás, num primeiro momento, a visão estritamente política da Constituição se mostrava incompatível com o controle de constitucionalidade das leis. O referido mecanismo, contudo, ganha destaque no início do século XIX, nos Estados Unidos, País que, desde a sua independência, concebia a Constituição como um ato normativo superior.

Com efeito, a maioria dos estudos que versam sobre as origens da revisão judicial (*judicial review*) aponta como marco histórico de tal fenômeno a decisão prolatada pela Suprema Corte norte-americana no caso *Marbury versus Madison*, em 1803, que inaugura o sistema de controle jurisdicional de constitucionalidade (CUNHA JUNIOR, 2014, p. 219-227). A decisão versa sobre o caso que envolve William Marbury, indicado para o cargo de juiz de paz no condado de Washington, distrito de Columbia, no último dia do mandato do então Presidente John Adams. A indicação é aprovada pelo Senado, mas o documento que lhe garantia a posse do cargo ("*commission*") não é entregue a tempo. Em virtude disso, o novo Presidente, o republicano Thomas Jefferson,



entende que a indicação ao cargo é nula, porque o prazo havia expirado, decidindo, assim, não entregar a *commission*. Seguindo tal posicionamento, o secretário de Estado, James Madison, cancela todas as nomeações pendentes, dentre elas, a de Marbury. Irresignado com tal postura, Marbury ajuíza, com fulcro na seção 13 do *Judiciary Act*, a chamada “*writ of mandamus*” (espécie similar ao mandado de segurança brasileiro), ao secretário Madison, na Suprema Corte Americana. Embora reconhecendo o direito de Marbury, a Suprema Corte, liderada pela opinião do *chief justice* John Marshall, decide denegar a ordem, em razão de uma preliminar de incompetência.

A Suprema Corte decide, assim, que Marbury não poderia ter ingressado com a ação diretamente na Suprema Corte, reconhecendo a inconstitucionalidade do dispositivo de lei acima mencionado, que atribuía competência à Suprema Corte para julgar originariamente ações daquela espécie. Segundo Cunha Júnior (2014, p. 222), “considerou-se que a competência da *Supreme Court* se encontrava taxativamente enumerada na Constituição, sem qualquer possibilidade de ampliação legal”.

Por meio de tal julgado, restou consolidada a supremacia da Constituição sobre todas as demais normas jurídicas e a jurisprudência do *judicial review*, o qual possibilita aos juízes a fiscalização da constitucionalidade das leis.

Aponta-se, com frequência, que, do referido julgado, são extraídos os fundamentos lógicos e conceituais para a atuação judicial voltada a assegurar a integridade do texto constitucional, preservando-o contra interferências indevidas originárias dos demais poderes estatais. Do mesmo ainda decorre a concepção de que o Judiciário tem legitimidade para atuar como instância de proteção das minorias, desempenhando a jurisdição contramajoritária. A doutrina também cita que a mencionada decisão encontra inspiração na doutrina de Alexander Hamilton, no clássico *O federalista* (*The federalist*), escrito 15 anos antes do caso, haja vista que, na citada obra, já se sustentava que, quando duas disposições legislativas de diversa força normativa estão em conflito com a norma constitucional, quando a Constituição é ‘rígida’ e não

‘flexível’, prevalece sempre sobre a norma ordinária contrastante. Acrescenta que

A Constituição é e deve ser considerada pelos juízes como lei fundamental; e como a interpretação das leis é a função especial dos tribunais judiciais, a eles pertence determinar o sentido da Constituição, assim como de todos os outros atos do corpo legislativo. Se, entre essas leis, se encontrarem algumas contraditórias, deve preferir aquela, cuja observância é um dever mais sagrado; que é o mesmo que dizer que a Constituição deve ser preterida a um simples estatuto; ou a intenção do povo à dos seus agentes. (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003. p. 460)

O controle, tido como desdobramento da teoria da separação dos poderes, dessa forma, era defendido por Hamilton, ao argumento de que a Constituição é uma norma jurídica e que deveria certamente ser aplicada como tal. Com isso, sustenta Hamilton, como esclarece Cruz (2004a, p. 88) que “ao Judiciário caberia a função de impedir a introdução de inovações legislativas ‘perigosas’ ou capazes de oprimir as minorias parlamentares”.

Assim, a justiça constitucional que, num primeiro momento, se caracterizava como defensiva, a partir da difusão do *judicial review*, assume posição de guardião da Constituição e da própria democracia.

Conforme escreve Mário Lúcio Quintão Soares (2014, p. 134), na trilha das concepções de Hamilton, o sistema norte-americano dotou o Poder Judiciário de capacidade para exercer a fiscalização da constitucionalidade das leis.

Embora tenha sido a tradição americana, por meio do controle de constitucionalidade, a primeira a contribuir para fazer desaparecer a soberania do órgão legislativo ordinário, é inquestionável a expansão da jurisdição constitucional (desempenho das atividades de interpretação, definição de conteúdo e efetivação dos direitos fundamentais) nos países do ocidente.

Com isso, o sistema da *judicial review*, originário do sistema americano (ambiente jurídico cujo berço é a tradição do *commow law*), expande-se para quase todo o mundo, inclusive para os sistemas jurídicos vinculados à família da *civil law*, como o Brasil.

Atento à tal fenômeno, Baracho (2008), ao tratar do controle desempenhado pelos tribunais sobre a Administração e da possibilidade de a

jurisdição aumentar suas competências de controle, envolvendo a temática da interpretação constitucional, apresenta a distinção entre o modelo de Direito continental e o modelo de Direito anglo-saxão, chamando a atenção para o fato de que,

Tradicionalmente, identifica-se o direito continental como um direito legislado, e o direito anglo-saxão como um direito jurisprudencial baseado no precedente. Este entendimento vem perdendo a sua importância, principalmente quando examinamos os Tribunais Constitucionais Continentais. (BARACHO, 2008, p. 312)

Com efeito, nas últimas décadas, o Brasil tem ampliado de forma gradativa os horizontes hermenêuticos e enfatizado a força da jurisdição constitucional, em especial, por meio do desempenho do controle de constitucionalidade. Apesar da intensificação de tal mecanismo da judicialização, alguns doutrinadores manifestam o receio de que condutas mais ativistas, por parte dos magistrados, possam ensejar desprestígio às decisões do parlamento e afronta a princípio sensível da Constituição, qual seja, a separação dos poderes.

Discorrendo sobre a evolução da separação dos poderes, lembram Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gustavo Branco (2009, p. 118), que o endurecimento ou dogmatização de tal técnica tem como causas determinantes a experiência do absolutismo e a desconfiança nos magistrados do rei. Asseveram, porém, que, atualmente, tal princípio não se reveste de tamanha rigidez, dada a ampliação das atividades do Estado contemporâneo, que impôs nova visão da teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e desses com o judiciário, atendendo às exigências de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição.

De fato, além da crise representativa, a mudança de interpretação do sistema jurídico e a própria evolução das concepções estatais também impõem uma nova roupagem ao princípio da separação dos poderes. Senão vejamos.

Aponta-se, com frequência, ser possível identificar que o Estado Liberal de Direito, consolidado pelo positivismo, resta desenvolvido como uma prática jurídica regulatória dos interesses burgueses (CRUZ, 2004a, p. 104). De viés

racionalista, fundado na separação absoluta de poderes e no princípio da legalidade, calcado em uma estrutura vertical e hierárquica, a preocupação de tal concepção de Estado é com a garantia da lei, sem qualquer pretensão de promover a harmonia entre os poderes. A aplicação do Direito, que se dá por meio de formalismo silogístico, refuta qualquer possibilidade de controle ou fiscalização judicial sobre os atos legislativos.

Contudo, a perspectiva limitada de separação de poderes passa a ser superada com o Estado Social, pautado na correção do individualismo clássico liberal, na afirmação dos direitos sociais e na realização de objetivos de justiça social. Movimentos revolucionários que se opõem ao *status quo* burguês sinalizam que o “direito não podia mais ficar eternamente insensível aos fatos” (CRUZ, 2004a, p. 106).

Assume primazia, em tal contexto, a atuação do Poder Executivo, tendente a corrigir as distorções do regime anterior, por meio de políticas públicas destinadas a assegurar à todos igualdade de oportunidades. Registra, inclusive, Cattoni de Oliveira (2002, p. 60-61), que, no Estado Social, não mais se fala em separação dos poderes e, sim, em funções do Estado, distribuídas a órgãos distintos que as exercem cooperativamente.

Por fim, completando os paradigmas do constitucionalismo, tem-se o Estado Democrático de Direito e sua função transformadora de efetivação dos direitos fundamentais sociais e pretensão de legitimidade de suas decisões, ganhando relevo em tal cenário o protagonismo assumido pelo Poder Judiciário. Buscando evidenciar a transformação substantiva e axiológica de tal poder dentro desse novo paradigma estatal, observa Bonavides (2001, p. 22), que, no contexto de um Estado democrático-participativo, reconhece-se que, ao juiz da legalidade do sistema positivista (que reconhecia ser o magistrado um simples aplicador da lei, restrito aos mecanismos da subsunção e dedução), sucede o juiz da legitimidade.

Nessa senda, ressalta Ramos (2015, p. 285) “o Estado Social-Democrático, em contraposição ao Estado absenteísta de liberalismo, é um Estado atuante, que a tudo provê e que em tudo intervém”. Diante de tal quadro, o intervencionismo estatal se verifica, especialmente, nas funções de governo legislativa e administrativa. No entanto, acrescenta o autor, também

recaem sobre o Poder Judiciário as expectativas e pressões da sociedade, que busca, por meio dele, a concretização dos fins traçados na Constituição, tais como a fruição de direitos sociais ou a extensão de benefícios.

Sem embargo, nessa visão contemporânea, atribuída ao princípio da separação dos poderes e do destaque da judicialização, uma das grandes questões que domina o pensamento, nas últimas décadas, diz respeito à dificuldade contramajoritária enfrentada pela noção de controle judicial de constitucionalidade. Tal mecanismo confere ao Poder Judiciário a possibilidade de invalidar leis editadas pelos representantes do povo, havendo por parte de alguns o receio de que a revisão judicial, sobretudo quando fundada em princípios abstratos, possa gerar enfraquecimento da cultura e do processo democrático.

Além disso, também se questiona a legitimidade da jurisdição constitucional frente às investidas criativas do Poder Judiciário. Como visto, nas sociedades democráticas contemporâneas, constituídas por uma variedade de convicções, opiniões e conceitos, a elevação do número de demandas não atendidas pelos órgãos vinculados aos poderes Legislativo e Executivo se torna constante. Como decorrência, tem-se o deslocamento na responsabilidade da promoção dos direitos assumidos pelo Estado constitucional ao Poder Judiciário. O problema, surge, porém, da constatação de que muitos direitos fundamentais contêm uma estrutura normativa imprecisa, dotada de elementos linguísticos que remetem a várias dimensões da moralidade, como a ética e a justiça. Em face disso, debate-se a possibilidade de o Judiciário atribuir sentido a princípios abstratos e conceitos jurídicos indeterminados.

A fim de embasar o estudo, serão expostos abaixo, de forma concisa, os principais argumentos das correntes procedimentalista e substancialista, que abordam o papel desempenhado pelo Poder Judiciário, no tocante à efetivação dos princípios positivados constitucionalmente e às políticas públicas.

Segundo expõe Cruz (2004a, p. 227-244), na visão dos procedimentalistas, tal como Habermas, carece de legitimidade qualquer ato discricionário do Poder Judiciário, manifestando este o receio de que a irracionalidade metodológica e o decisionismo possam transformar a atividade

jurisdicional em poder constituinte anômalo. A visão de Dworkin (2000), que traz, em sua teoria, elementos de uma ética substantiva, afasta-se da visão de Habermas, na medida em que defende a possibilidade de os argumentos de princípio poderem ser empregados pelo Judiciário.

Por conseguinte, é de se notar que, defensor do ativismo judicial, Dworkin (2000, p. 215-216) sustenta a capacidade dos tribunais de fixar e estabelecer o sentido de conceitos abstratos argumentando que

O programa do ativismo judicial sustenta que os tribunais devem aceitar a orientação das chamadas cláusulas constitucionais vagas (...). Devem desenvolver princípios de legalidade, igualdade e assim por diante, revê-los de tempos em tempos à luz do que parece ser a visão moral recente da Suprema Corte, e julgar os atos do Congresso, dos estados e do presidente de acordo com isso.

Logo, denota Barroso (2015, p. 14-15) que, na visão de Dworkin (2000), o Direito é essencialmente interpretativo, sendo reservado ao juiz a atribuição de sentido a princípios abstratos e conceitos jurídicos indeterminados, bem como a realização de ponderações.

Com isso, tem-se que, na visão dos substancialistas, não há razão para pensar que a transferência de decisões sobre direitos, do Legislativo para o Judiciário, inibirá o ideal democrático de igualdade do poder político, podendo, lado outro, contribuir para sua promoção. Acrescentam, inclusive, que é importante pontuar que o Direito deve ser visto como um plexo normativo consubstanciador de bens e valores fundamentais, cristalizados pelo texto constitucional e juridicamente estabelecidos por programas de ação, e a falta de efetividade jurídico-social de tais normas traz consequências sérias. Governantes mal-intencionados podem alegar a não efetividade e ausência de recursos orçamentários, para se eximirem do cumprimento de diversas regras e princípios constitucionais, ocasionando, assim, um sentimento de frustração constitucional e, ainda, um fosso entre norma e realidade, que culminará na descrença na ordem jurídica e ao desrespeito à Constituição.

A despeito de tais argumentos, não se pode desconsiderar o risco de o Poder Judiciário agir obstruindo os processos político-democráticos. Por isso, na visão dos procedimentalistas, os valores substantivos da sociedade são precipuamente resguardados pelos poderes Legislativo e Executivo, não sendo

legítima a atuação criativa, valorativa e substancial do Poder Judiciário. Com isso, defendem um papel mais modesto para a jurisdição constitucional.

Assim, ao contrário do que sustenta o substancialismo, que permite um alargamento do papel do judiciário na sociedade, o procedimentalismo entende ser parte do jogo democrático uma atuação restrita dos juízes e tribunais, visto que os poderes Legislativo e Executivo foram eleitos pelo povo e, portanto, expressam sua vontade.

Com efeito, argumentam que os magistrados exercem atividade de natureza meramente complementar, já que adstritos à estrita concretização da vontade do legislador, acrescentando que conceder ao Judiciário o poder legiferante, tal como pretendem os ativistas mais arrojados, redundaria grave e inaceitável ofensa ao princípio da separação dos poderes.

Na visão de Ramos (2015), no Brasil, especificamente, há também uma tendência teórica que desponta como elemento de impulsão ao ativismo, qual seja, o neoconstitucionalismo. Na sua percepção, os neoconstitucionalistas brasileiros são antipositivistas (e não pós-positivistas), que desprezam as regras do Direito posto, exagerando na valorização dos princípios constitucionais quando da interpretação, deles extraíndo desdobramentos que competiria ao legislador infraconstitucional disciplinar. Acrescenta o autor que a fragilidade teórica do neoconstitucionalismo pode ser demonstrada “pela indevida invocação de autores estrangeiros que, supostamente, teriam rompido com o positivismo jurídico, quando na verdade, o que professam nada mais é do que um positivismo renovado (em geral, com a incorporação de viragem hermenêutica ocorrida em meados do século passado)” (RAMOS, 2015, p. 299).

Seguindo a mesma trilha, assevera Mário Lúcio Quintão Soares (2014, p. 129) que

Nesse contexto de déficit normativo, surge a tentação do ativismo judicial, envolta no viés neoconstitucionalista, com o discurso de que o Supremo Tribunal Federal deve suprir as lacunas da legislação, para que prevaleça o espírito do texto constitucional, em busca da harmonia e equilíbrio federativo e da concretização dos direitos fundamentais.

Portanto, tem-se a denúncia de que os que se autointitulam

neoconstitucionalistas brasileiros, atrelados à principiologização do Direito, contemplam manifestações de moralismo jurídico, abrindo as portas do sistema jurídico ao subjetivismo das decisões judiciais e moldando a Constituição de acordo com suas inclinações políticas e preferências ideológicas. Como decorrência, decisões baseadas em ponderações carregadas de subjetivismos acabam por subverter a própria lógica democrática, expondo a Constituição a uma abertura que não contribui para as funções de certeza e segurança jurídica que lhe são inerentes.

Nesse sentido, demonstrando preocupação com o fato de o Judiciário atuar em alguns julgados, nos moldes de um poder constituinte anômalo, os professores Luís Virgílio Afonso da Silva e Conrado Hübner Mendes dissertam que

O sopesamento ou ponderação, é um critério que nada mais é do que uma forma pseudo-objetiva de canalizar as preferências pessoais do aplicador do direito. A partir dessa visão, o sopesamento apenas mascara uma substituição de posições jurídicas que podem ser igualmente sustentáveis: substitui-se a decisão do legislador, que, ao criar uma lei, expressa a sua forma particular de interpretar a Constituição, pela opinião alternativa do juiz sobre o mesmo problema. (MENDES; SILVA, 2008, p. 213).

Importa, registrar, por esse ângulo, que subjetivismos geralmente se encontram atrelados à ideia de ativismo judicial, expressão que passa a ser utilizada inicialmente nos Estados Unidos, para apontar a atuação de cortes constitucionais que, por meio de suas decisões, estariam mais tendenciosas a tratar da expansão do espectro das liberdades civis naquele País. Nesse sentido, esclarece Vanice Regina Lírio do Valle (2009, p. 21) que a primeira notícia acerca da utilização do termo se deu a com publicação de um artigo na revista americana *Fortune*, em 1947, pelo historiador americano Arthur Schlesinger, o qual, teria, através da reportagem *The Supreme Court*, traçado o perfil dos nove membros da Corte Suprema nos EUA, classificando alguns deles como ativistas judiciais.

Revela, ainda, a doutrina, que o termo ativismo é empregado como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte nos Estados Unidos, durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969, período marcado por fortes mudanças na atuação da Corte. Por meio de uma



jurisprudência sensivelmente progressista em matéria de direitos fundamentais, ela possibilitava a intervenção judicial em questões afetas à política, dada a incapacidade do Congresso americano em solucionar determinadas questões (BARROSO, 2013, p. 244-245). Exemplo de manifestação de conotação progressista da época é a decisão da Corte no julgamento *Miranda versus Arizona*<sup>5</sup>, em que restou afirmado o direito de suspeito da prática de crimes de permanecer calado e ser assistido por advogado.

Além desse, elenca Sunstein (2009b, p. 02-03) outros julgados da Corte àquela época, que também revelam tentativa de promover uma mudança social significativa em nome da Constituição, tais como aqueles que ocasionaram a invalidação da segregação das escolas, que reconheceu os amplos direitos de liberdade de expressão, retirou a oração das escolas públicas, reconheceu o direito à privacidade, incluindo o direito ao aborto, dentre outros.

Desde então, apesar da multiplicidade de sentidos dada à expressão ativismo, muitos atribuem a ela o significado de conduta que possibilita aos juízes legislar. Afirmam, assim, parcela considerável da doutrina que, enquanto a judicialização de questões políticas ou sociais decorre do modelo constitucional que culminou na ampliação das competências do Judiciário conferidas pelos próprios agentes políticos (tal como se dá com o controle de constitucionalidade), não caracterizando exercício deliberado de vontade política, a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais. Esse último, portanto, é comumente identificado como exercício arrojado da jurisdição, na medida em que se encontra umbilicalmente associado a um ato de vontade (BARROSO, 2009b, p. 06). Assim, ao contrário do que ocorre com a judicialização, o ativismo denotaria escolha comportamental do juiz ou tribunal.

Segundo ainda Lenio Streck (2014, p. 182), o ativismo judicial, no contexto jurídico brasileiro, surge a partir dos incentivos ao voluntarismo, por meio da “ponderação de valores”, do protagonismo judicial, do pamprinciologismo, do solipsismo judicial e da adoção da discricionariedade. Dessa forma, é possível dizer que o ativismo judicial extrapola os limites da

---

<sup>5</sup> ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Miranda versus Arizona*. 384 U.S. 436/1966.

judicialização, na medida em que faz da jurisdição o centro da tomada de decisões políticas (STRECK, 2014, p. 178).

O ativismo configura, portanto, uma representação da nefasta jurisdição constitucional agressiva, que abre espaço para os subjetivismos incontrolláveis e até mesmo para decisionismos judiciais. Essa estratégia, que visa a transformar os direitos fundamentais em meros mandados de otimização, também é criticada por Cruz (2001, p. 226), o qual ressalta que, por meio dela, “o juiz transformar-se-ia assim em um leviatã moderno, eis que alçado à condição de intérprete dos valores éticos e morais da sociedade. A subjetividade inata a esse modelo fere a ideia de pluralismo político dentro de uma moderna concepção de democracia”.

Demonstrando preocupação com a figura do ativismo, embasado em um positivismo moderado, Ramos (2015, p. 324) assinala que

Essa ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional se faz em detrimento, particularmente, da função legislativa, não envolvendo o exercício desabrido da legiferação (ou de outras funções não jurisdicionais), e sim a descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o ‘núcleo essencial’ de funções constitucionalmente atribuídas a outros poderes. Se no positivismo clássico a interpretação se submete à vontade do legislador, dando ensejo ao fenômeno do passivismo judiciário, a consequência do pragmatismo e do moralismo jurídico é o ativismo subjetivista do intérprete-aplicador; amplo e explícito no primeiro caso, circunscrito e implícito no segundo. Já no positivismo moderado ou renovado, o que prevalece é a vontade da lei, não no sentido de um pressuposto prévio, pronto e acabado, que o juiz tenha que meramente atender, mas no de que o texto normativo objeto de exegese contém algo de objetivo, que não pode ser desconsiderado, embora constitua apenas um limite no trabalho de construção da norma decisão, que também conta (embora não com o mesmo peso) a vontade do intérprete. Se as decisões judiciais não são elaboradas livremente e se, tampouco, a discricionariedade do juiz é tão ampla quanto a do legislador, é nos limites substanciais que o próprio direito a aplicar lhe impõe (e não nos procedimentos formais que deve seguir para fazê-lo – *due process of Law*) que se há de buscar os critérios para aferição da existência ou não de ativismo judiciário.

Por conta disso, sustentam Soares e Barros (2014, p. 157) que “como pressuposto para a limitação constitucional do ativismo judicial, deve se evitar, nos embates cotidianos, a judicialização da política”, posto que compete ao cidadão comum e não ao judiciário fazer política, questionando, criticando e deliberando, através de procedimentos de legitimação, sobre os problemas

suscitados. Aos juízes, por sua vez, incumbe assegurar a estabilidade do Estado de Direito e da ordem democrática.

Visando a alertar quanto aos desdobramentos e as consequências do ativismo judicial, Ramos (2015, p. 230-282) cita algumas decisões judiciais emanadas do STF que revelam, na sua percepção, nefasta tendência do voluntarismo por parte do Poder Judiciário e descaracterização de sua função típica. Dentre elas, destaca-se a doutrina brasileira do “*habeas corpus*”, que corresponde à construção exegética do STF, em torno do instituto no início do século XX, antes da criação do mandado de segurança pela Constituição de 1934, quando a vertente mais ativista do tribunal passou a admitir o uso alargado do instrumento, de forma a possibilitar que ele atingisse também finalidades desvinculadas de sua origem histórica (qual seja, a de proteção da liberdade física da locomoção).

O instituto da modulação dos efeitos temporais das decisões de controle concentrado de constitucionalidade, que possibilita ao STF atenuar os efeitos das sanções da nulidade do ato normativo considerado viciado, também é apontado como instrumento de vazão à criatividade dos órgãos incumbidos de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e atos normativos. Destaca, ainda, o autor, ser temerária a incidência de tal instituto no âmbito do controle incidental, dada a ausência permissiva jurídico para tal.

Da mesma maneira, tece críticas o citado professor à decisão do Supremo que tratou de combater o nepotismo, olvidando-se o tribunal do fato de que a nomeação por critério de confiança pessoal, respeitada, obviamente, a habilitação exigida por lei, é permeada por elevada dose de subjetividade.

Cita, ainda, o autor, o julgado do Supremo que atribuiu *status* supralegal aos tratados sobre direitos humanos celebrados anteriormente à Emenda constitucional n. 45/2004<sup>6</sup>, argumentando que a relação hierárquica entre atos normativos não comporta arbítrio doutrinário ou judicial, defluindo da própria Constituição, implícita ou explicitamente, vindo o Judiciário, em tal hipótese, a usurpar atribuição do poder constituinte de reforma.

Por fim, o mesmo doutrinador ainda manifesta sua desaprovação à atividade normativa atípica, desempenhada pelo STF, consistente na edição de

---

<sup>6</sup> BRASIL. STF. Pleno. RE 466.343/SP. Relator: Min. César Peluso. Julgamento em 3/12/2008.

súmulas vinculantes, que versam sobre matéria constitucional e que consubstanciam comandos dirigidos aos órgãos administrativos e judiciários, conferindo ampla liberdade de escolha ao tribunal. Embora reconheça os ganhos proporcionados pelas súmulas vinculantes em termos de uniformização jurisprudencial e eliminação da sobrecarga de trabalho do STF, o autor não deixa de considerar a natureza normativa e os efeitos colaterais perversos que o uso da súmula vinculante acarreta, na medida em que enrijece de forma exacerbada a interpretação constitucional e implica excessiva aproximação da atividade legiferante (RAMOS, 2015, p. 309 - 316).

Além de tais demandas elencadas por Ramos, é possível citar, ainda, outro julgado em que o STF proferiu decisão mais abrangente, tratando, de forma incisiva, de tema que envolve questões de larga repercussão política e social, qual seja, fidelidade partidária. Considerando a inércia do Legislativo em regulamentar a matéria, o STF optou por bem validar Resolução do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), que disciplina o processo de perda de mandato eletivo por infidelidade partidária. Embora o Procurador-Geral da República (PGR) tenha questionado o alcance do poder regulamentar da Justiça Eleitoral e sua competência para dispor acerca da perda de mandatos eletivos, o STF julgou improcedente a ação direta, declarando a constitucionalidade da resolução<sup>7</sup>.

Observa-se, com isso, que, em nome do princípio democrático, o tribunal criou uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar, além das que se encontram expressamente previstas no texto constitucional, a despeito de a resolução do TSE apresentar caráter normativo, geral e abstrato.

No tocante à implementação de direitos sociais veiculados por normas de eficácia limitada, por meio de decisões judiciais, tal como se dá nos casos em que o fornecimento de medicamentos ou tratamentos não se encontram disponíveis pelo Sistema Único de Saúde (SUS), tais julgados, na visão de Edimur Ferreira de Faria e Paulo Vinícius Azevedo (2017, p. 183), parecem ignorar o fato de que o Executivo é, constitucionalmente, o órgão ao qual foi atribuída a competência de concretizar as políticas públicas, notadamente a de saúde, e não o Poder Judiciário. Acrescentam os citados autores que essa

---

<sup>7</sup> BRASIL. STF. Pleno. ADI 4086/DF. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Julgamento em 12/11/2008.

orientação que o Judiciário vem adotando em relação à saúde, coloca a Administração Pública, em certa medida, “em situação de subserviência, visto ser cumpridora de ordem emanada de autoridade judicial sem levar em consideração indispensáveis informações da Administração Pública relativas ao orçamento, à disponibilidade financeira e à política de gestão da saúde” (FARIA; AZEVEDO, 2017, p. 173).

Da mesma forma, são corriqueiramente questionadas as decisões do STF que vêm estabelecendo norma regulamentar, que possibilita o exercício do direito para o impetrante diante das situações de omissão legislativa, bem como sobre casos idênticos, em vez de se limitar a declarar a mora do legislador, nos casos de procedência do mandado de injunção. Quanto a isso, alerta Mário Lúcio Soares Quintão (2014, p. 158-159), que, ao desconhecer a distribuição de competências entre legislador democrático e os efeitos do mandado de injunção ou o controle de constitucionalidade por omissão, o ativismo judicial acaba por colocar em xeque o princípio da separação dos poderes.

Destaca, assim, o autor, a necessidade de a tarefa interpretativa encontrar limites, não estando o intérprete apto a “extrair efeito jurídico mediante ilações não plausíveis na norma interpretada” (2014, p. 159).

Como se pode perceber, existe o receio de que decisões judiciais, tendentes a concretizar valores e fins constitucionais, sejam prolatadas ao sabor das preferências axiológicas dos julgadores, em detrimento de argumentos jurídicos. Não se deve, de fato, desconsiderar que a interpretação extensiva pode ocasionar incertezas normativas e a própria discricionariedade judicial, na medida em que se possibilitaria aos juízes moldar a Constituição de acordo com suas inclinações políticas e preferências ideológicas, em verdadeira substituição do Direito legal por suas convicções pessoais, passando o magistrado, a se valer, não raras vezes, de elementos não jurídicos para formar suas decisões.

Seguindo essa trilha, Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2004a, p. 232) manifesta preocupação com o fato de alguns tribunais no Brasil passarem a se valer do critério da ponderação de valores, tal como propõe a “jurisprudência de valores”, empregada pelas cortes constitucionais europeias. Aposta, dessa

forma, no discurso e na argumentação, como técnicas para tornar a decisão mais justa e íntegra possível, na medida em que tendem a harmonizar preferências concorrentes e fixar a identidade coletiva da sociedade, afastando a discricionariedade.

Dessa feita, visando a superar a tensão entre constitucionalismo e democracia, e como consequência, possibilitar a reconciliação entre o princípio democrático (governo de maioria) e a proteção dos direitos da minoria, muitos defendem a prática limitada do *judicial review*. Nessa toada, ganha destaque o minimalismo judicial, o qual, ao contrário do que sustenta Dworkin (2000), baseado na prudência e na postura mais modesta por parte dos juízes, tenta evitar o exercício de uma tirania por parte do Poder Judiciário, dado que não estariam os membros de tal poder capacitados para interpretar os valores morais que fundamentariam a prática constitucional, em virtude do profundo desacordo moral existente na sociedade.

Objetiva-se, pois, analisar, na seção a seguir, as possibilidades de adequação do minimalismo ao contexto da jurisdição constitucional, assim como aferir se os fundamentos apresentados por tal método são capazes de estabelecer limites ao exercício desmesurado de tal jurisdição.

## 5 DA TÉCNICA DECISÓRIA DO MINIMALISMO JUDICIAL

Como apontado no capítulo anterior, o debate acerca do papel da jurisdição constitucional no âmbito da separação dos poderes figura como um dos temas mais controversos da teoria constitucional. Por derradeiro, dada a constatação de que os interesses da classe que domina o poder, geralmente, estão em contraste com os interesses gerais da nação, não se pode olvidar que tal acarreta significativa ampliação da esfera de atuação do Poder Judiciário.

Quanto a isso, alerta Cattoni de Oliveira (2001a, p. 75) para o fato de que, no Brasil, os órgãos do judiciário, da primeira até a última instância, exercem jurisdição constitucional, na medida em que nosso controle de constitucionalidade pode dar-se como preliminar de mérito em qualquer processo, podendo os magistrados apreciar a constitucionalidade de lei ou ato normativo de variadas espécies.

Além de declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos, o STF, órgão de cúpula do judiciário brasileiro, aplica diretamente a Constituição a situações não contempladas, além de sanar omissões inconstitucionais dos poderes, tal como o fez ao declarar a plena constitucionalidade de resolução do TSE, que disciplina o processo de perda de mandato eletivo por infidelidade partidária, até que o Congresso Nacional exerça a sua competência e regule o assunto em lei específica (julgado ilustrado no capítulo anterior).

Em virtude disso, o constitucionalista José Alfredo de Oliveira Baracho (2008) registra que a criação judicial do Direito Constitucional, que muito se aproxima de um “verdadeiro fazer político”, tem gerado críticas e preocupações, afirmando que

a Dogmática Constitucional e a Jusfilosofia têm demonstrado preocupações com a crescente judicialização do Direito Constitucional. Entendem alguns que a Justiça Constitucional poderá gerar uma ameaça para a liberdade, desde que suas competências como legislador negativo afetam o equilíbrio e a separação de poderes, basilares na estrutura do Estado Democrático de Direito. As afirmações de que o direito é aquilo que os Tribunais resolvem e que o Tribunal Constitucional opera como a espécie de terceira câmara legislativa proporcionam uma ilegítima invasão do Tribunal Constitucional no Poder Legislativo. (BARACHO, 2008, p. 314)

Com efeito, muitos apostam na ausência da legitimidade democrática do processo contemporâneo, por meio da ampliação da atuação judicial nas questões afetas à política (em especial, no que toca à interpretação de princípios constitucionais abstratos), dado o fato de tal culminar em relativização do princípio da tripartição dos poderes e também da possibilidade, como demonstrado anteriormente, de o uso discricionário do poder por parte de alguns magistrados gerar decisões judiciais, não raras vezes, fundadas em suas próprias convicções pessoais. Isso tende a superar, sem critérios definidos, o disposto em normas legais impostas por instituições políticas, afastando, assim, a necessária deliberação sobre a matéria. Surge, portanto, o receio de que a jurisdição também passe a funcionar como fonte de exceção, legitimando práticas autoritárias.

Em meio ao contexto, muitos sustentam a proposta de que a judicialização adote a técnica decisória do minimalismo judicial, pregando que os magistrados decidam o mínimo necessário quando do julgamento e solução do conflito.

De fato, apesar do reconhecido avanço, ainda é questionada a legitimidade da atuação do Poder Judiciário no campo político e econômico, em especial, no que toca à efetivação de direitos, ao argumento de que, por não ser eleito diretamente pelo povo, não pode o Judiciário representar a vontade popular e, conseqüentemente, determinar o conteúdo de tais direitos.

Com efeito, se, por um lado, alguns aplaudem o protagonismo do Judiciário frente à uma suposta omissão do Poder Legislativo em exercer sua função precípua, outros vislumbram, em tal comportamento, verdadeira ofensa ao princípio da separação dos poderes. Seguindo essa última trilha, em artigo publicado no jornal *Folha de São Paulo*, edição do dia 12.07.2016, Ives Gandra da Silva Martins<sup>8</sup> expõe crítica ao novo papel avocado pelo Judiciário, mais especificamente pelo STF, denunciando:

---

<sup>8</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. O papel do Supremo Tribunal Federal. **Jornal Folha de S. Paulo**, Caderno de Opinião, Tendências/debates, 12 jul 2016. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2016/07/1790732-o-papel-do-supremo-tribunal-federal.shtml>>. Acesso em 23 julho 2019.



Creio que esse protagonismo crescente resulta em insegurança jurídica e, ao invés de ser, como era no passado, uma corte que garantia a estabilidade das instituições, por mais que sua intenção seja essa, termina por trazer um nível de instabilidade maior, visto que, contra a lei inconstitucional, pode-se recorrer ao Judiciário, mas, contra a invasão de competências, não há a quem recorrer.

No cenário internacional, seguindo a mesma linha, Jeremy Waldron (2006, p. 1.353) também critica a concessão de primazia do tribunal constitucional, na interpretação final e vinculante das normas constitucionais, em detrimento do posicionamento do Poder Legislativo ou popular, afirmando:

*It [judicial review] does not, as is often claimed, provide a way for a society to focus clearly on the real issues at stake when citizens disagree about rights; on the contrary, it distracts them with side-issues about precedent, texts and interpretation. And it is politically illegitimate, so far as democratic values are concerned: By privileging majority voting among a small number of unelected and unaccountable judges, it disenfranchises ordinary citizens and brushes aside cherished principles of representation and political equality in the final resolution of issues about rights.*

Na visão do citado professor, a forma mais adequada de solução de conflitos em sociedades razoavelmente democráticas é a deliberação, que ocorre no processo legislativo.

Da mesma maneira, outros autores também se opõem às decisões que empregam a construção judicial do Direito, sustentando que, em tais hipóteses, os destinatários da norma passariam a ocupar o papel de meros expectadores da criação jurídica por um terceiro estranho. Nesse sentido, o americano Cass Sunstein aponta severas críticas ao sistema do *judicial review*, defendendo que o papel dos tribunais é atuar como guardião da democracia deliberativa, garantindo o cumprimento de pressupostos de validade que assegurarão a escolha do melhor argumento sem nenhum tipo de coação externa.

Dada a sua relevância, a técnica decisória do minimalismo judicial será objeto de estudo no subtópico a seguir.

### 5.1 Dos fundamentos teóricos do minimalismo judicial:

Em oposição ao ativismo judicial, o qual propõe uma participação mais ampla, discricionária e intensificada por parte do judiciário, o constitucionalista norte-americano Cass Robert Sunstein (1999), através de sua teoria do minimalismo judicial, criada, em meados da década de 90 do século XX, representa uma corrente do pensamento jurídico, que sustenta a tese de que o modelo de atuação do judiciário, especialmente, em suas Supremas cortes, deve estar limitado às competências constitucionais e circunscritas à resguardar a qualidade do processo democrático, sem intervenções em questões que seriam mais adequadas ao Legislativo legislar. Ele se afasta do discurso daqueles que defendem uma atuação salvadora ou emancipatória por parte dos tribunais.

A partir dessas premissas, sustenta-se que o papel do juiz, diante de casos difíceis e controversos, deve estar restrito ao oferecimento de respostas que primem pela não interferência em questões de princípios, pautando-se por uma ação judicial que faz e diz apenas o que é essencial para o julgamento do caso particular, não alargando e expandindo a decisão, dado que “qualquer sistema sensato de interpretação deve tentar restringir a autonomia dos intérpretes e refrear o poder dos juízes sobre os processos democráticos” (2009b, p. 11).

O traço característico de tal método é, pois, a limitação dos argumentos ao núcleo minimamente indispensável à solução das controvérsias, alegando-se que a prudência por parte dos juízes tende a favorecer e enriquecer a democracia deliberativa, com a qual, segundo o autor, a Constituição americana teria se comprometido (2009b, p. 24-25).

Assim, propõe tal técnica, que os juízes procurem evitar regras gerais e teorias abstratas (SUNSTEIN, 1999, p. 9-10), alertando para o fato de que a ampliação da atuação judicial, em questões técnicas de alta complexidade e moralmente controvertidas, suscitaria efeitos colaterais negativos, sob o aspecto democrático, implicando risco de usurpação as funções atribuídas ao legislador, obstruindo o debate público e reduzindo as possibilidades de um autogoverno.

Ademais, a abordagem da interpretativa minimalista prega que as cortes possuem graves limites institucionais e que a ênfase no judiciário poderia prejudicar os canais políticos, que estariam mais aptos a promover reformas sensíveis e eficientes. Refuta, assim, a teoria pregada por Dworkin (2000), no sentido de que a Suprema Corte seria o “foro dos princípios”, dado que a Corte nunca foi projetada para ser a única instituição com princípios dentro do governo norte-americano. Ao revés, afirma Sunstein (2009b, p.187) que “os maiores reflexos de deliberações com base em princípios vieram do Congresso e do presidente, não das cortes”.

Com isso, ao contrário do ativismo judicial, que prega que os juízes são atuantes, no sentido não apenas de fazer cumprir a lei em seu significado exclusivamente formal, mas também no de reivindicarem para si a competência institucional e a capacidade para fixar conceitos abstratos, o método de autorrestrrição judicial empregado pelo método minimalista defende que o tribunal deve, de regra, se recusar a avaliar a posição do parlamento sobre temas moralmente ou politicamente controversos, aceitando o juízo proveniente no Legislativo ou Executivo. Por meio desse último, avalia-se que os juízes ativistas são prejudiciais à democracia, porque acabam por inibir o desenvolvimento da virtude cívica.

Ao criticar a concentração judicial nos Estados Unidos, Sunstein (2009b, p. 12) afirma:

Essa ‘concentração judicial’ é um problema para o pensamento constitucional dos Estados Unidos. Ela ajudou a enfraquecer o senso de responsabilidade de outros agentes públicos e de cidadãos comuns, além de desviar a atenção de estratégias não judiciais. Radicada no paradigma irresistível de *Marbury versus Madison*, que criou o controle de constitucionalidade, a noção de que a Constituição está voltada para os juízes foi intensamente alimentada pela nossa experiência na Corte Warren. Entretanto, a Constituição é direcionada a todos, não apenas aos juízes. Suas frases expansivas têm seu devido papel para legisladores, agentes executivos e também cidadãos comuns. (SUNSTEIN, 2009b, p. 12)

A partir dessas breves noções, torna-se possível extrair a ideia de que a técnica minimalista foca na criação de uma democracia deliberativa, que esteja voltada para a ampla discussão entre os representantes e os cidadãos como um todo, já que como dito, a Constituição é direcionada a todos, não apenas

aos juízes. Sob tal viés, o ativismo seria uma prática sem legitimidade democrática.

Sem embargo, afirma-se que “a interpretação pode repousar sobre princípios interpretativos, mas isso não significa que os juízes devem se sentir à vontade para optar pelos princípios de sua preferência” (SUNSTEIN, 2009b, p. 14), na medida em que se constata que a esfera pública não judiciária é o fórum adequado para o debate, que deve ser o mais amplo possível. O recurso à política é o canal mais adequado para a solução dos problemas sociais existentes, dado que tende a mobilizar corretamente os cidadãos sobre as questões públicas (fazendo valer a vontade democrática da maioria dos eleitores).

Prega, assim, o minimalismo, que a solução dos problemas sociais existentes seria atividade atribuída notadamente ao Legislativo, dado seu *pedigree* democrático superior e não ao Judiciário, sob pena de se transformar em uma força contramajoritária. Restaria, assim, ao Judiciário, a tarefa de garantir que esse processo deliberativo seja realizado de forma mais adequada, segundo os pressupostos de virtude cívica e da igualdade política dos participantes.

A defesa da concepção minimalista e de predominância da democracia deliberativa sustentada pelo autor se funda no respeito ao dissenso e na participação dos cidadãos nos processos que importam resultados políticos. Assim, os minimalistas preferem superficialidade à profundidade nas decisões judiciais. Com a predileção por passos mais modestos e atentos às práticas do passado, em decisões mais estreitas e menos profundas, e com o foco bastante delimitado pelo caso concreto, a abordagem minimalista procura restringir o âmbito de decisão dos juízes, em particular, no exercício da jurisdição constitucional, somente ao que seja indispensável à solução da controvérsia, de forma, inclusive, a evitar generalizações prematuras, preservando o espaço de deliberação democrática sobre a matéria e diminuindo os riscos de erros judiciais.

Nessa toada, aponta Travassos (2015, p. 643) que “atua o minimalismo como técnica de decisão, segundo a qual os órgãos julgadores devem decidir o mínimo necessário para a solução de determinado conflito concreto”.

Convencido de que perspectivas minimalistas podem promover a democracia, afirma Sunstein (1999, p. 5) que

[...]; certas formas de minimalismo podem ser promotoras da democracia, não somente no sentido de que elas deixam questões abertas para a deliberação democrática, mas também e, mais fundamentalmente, no sentido de que elas promovem a razão - dando e assegurando que importantes decisões sejam tomadas por atores democraticamente responsáveis.

A democracia deliberativa nos Estados Unidos, acrescenta o autor, tem forte ligação com a fundação da República e com os anseios constitucionais daquele País. Os princípios interpretativos construídos a partir desse ideal têm “a vantagem da continuidade com a estrutura e a história da Constituição” (SUNSTEIN, 2009b, p. 169). Não é demais lembrar que a base de tal teoria se assenta em um ordenamento jurídico construído dentro da família da *common law* e em bases democráticas bem definidas, entre elas, a separação dos poderes, o federalismo e o *judicial review*.

Seguindo tal critério, tem-se que as cortes não seriam dotadas de formação e nem tampouco de legitimidade democrática para tomarem decisões substantivas. Exatamente por isso, na condução de seus julgados, devem elas se afastar do ativismo judicial discricionário, que atua, não raras vezes, como alicerce para a supressão de uma construção coletiva (deliberações políticas tomadas democraticamente pelo parlamento) em prol da imposição de uma visão parcial de mundo sustentada por magistrados que visam a atender, sem nenhum respaldo, às suas inclinações políticas e preferências ideológicas, em verdadeira substituição ao Direito legal por convicções pessoais.

Sob essa perspectiva, os debates controvertidos não devem ser direcionados aos tribunais, sendo necessário que permaneçam nas arenas democráticas. Por isso, se diz que as características primeiras de uma abordagem ou decisão minimalista seriam a superficialidade e a estreiteza. Nesse ponto, sustenta-se que as decisões judiciais devem ser estreitas e superficiais; estreitas, na medida em que deve ser relativizada quando outras pessoas, em situações análogas, estão sendo tratadas de forma diferente; superficiais, no tocante à possibilidade de julgamentos solidificados a cada

caso, abandonando-se as considerações abstratas sobre os fundamentos desses julgamentos.

O minimalismo segue, assim, uma postura em que tribunais devem decidir estritamente, desconsiderando questões morais filosóficas para evitar futuramente refluxo social, bem como deixando de lado questões constitucionais controvertidas para deliberação popular. Conforme enfatiza Bunchaft (2014),

para Sunstein, os juízes devem decidir os casos de forma estreita sem invocar teorias filosoficamente profundas, permitindo que questões moralmente controvertidas sejam solucionadas pelas instâncias deliberativas. O argumento fundamental do autor é que certas formas de ativismo judicial propiciam o 'refluxo', inspirando articulação de forças políticas contrárias ao sentido da decisão. (p.128)

Seguindo tal trilha, seria por demais temerário possibilitar a substituição da soberania popular por uma soberania da elite judiciária. Nesse sentido, a proposta de que o tribunal não deve ser ativo em questões relativas ao conteúdo de um consenso válido, ou seja, não pode revisar o conteúdo de uma produção legislativa legítima. Deve figurar, preponderantemente, como guardião da democracia deliberativa, garantindo o processo democrático, na medida em que o Judiciário não possui os requisitos necessários para a formação de um consenso racional, dada a impossibilidade de participação de todos os destinatários em seu âmbito de atuação.

Segundo sinaliza Sunstein (1999, p. 56-59), a abordagem minimalista do Direito é usual na Suprema Corte dos Estados Unidos da América, que tende a adotar como regra o caminho da autocontenção (*self-restraint*). Cita, assim, o autor, dois casos que representam bem tal postura: *Washington versus Gluckberg*<sup>9</sup> e *Vacco versus Quill*<sup>10</sup>, que envolvem a constitucionalidade de leis estaduais que proíbem que as pessoas recebam assistência médica para cometer suicídio (suposta violação à cláusula do devido processo legal da Décima Quarta Emenda). Os dois casos versam, pois, sobre o “direito de

<sup>9</sup> ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. Petition for the Writ of Certiorari. *Washington vs Gluckberg*. 521 U.S. 702/1997. Julgado em 8 de janeiro de 1997.

<sup>10</sup> ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. Petition for the Writ of Certiorari. *Vacco versus Quill*. 521 U.S. 793/1997. *Vacco, Attorney General of New York, et al. versus Quill et al.* Decisão majoritária do Juiz Rehnquist. Julgado em 26 de junho de 1997.

morror”, ou seja, sobre a possibilidade de a Constituição Americana conferir a doentes terminais direito a um suicídio assistido por um médico. Em ambos os casos, a corte, demonstrando cautela, por maioria, entendeu que a Constituição não cria um direito genérico ao suicídio assistido, deixando em aberto a possibilidade de os estados fazerem determinações individuais sobre permitir ou não o suicídio assistido por médico.

Confirmando essa postura de autolimitação judicial na tradição constitucional norte-americana, destaca Mário Lúcio Quintão Soares (2014, p. 153) que, “em toda sua história constitucional, a suprema Corte dos EUA só declarou a inconstitucionalidade de cerca de 150 leis federais”.

Apesar de toda essa construção e defesa da técnica minimalista, afirma Sunstein que a intervenção dos juízes (a postura judicial mais ativa) se torna necessária em algumas situações, em especial, quando se tratar dos direitos centrais para a democracia, tais como a liberdade de expressão, a igualdade de oportunidades e o direito de voto. Do mesmo modo, nos casos em que houver necessidade de proteger minorias ou grupos de interesses que não têm espaços significativos no processo deliberativo, dada a “probabilidade de que as pessoas sem representação tenham sido prejudicadas” (SUNSTEIN, 2009b, p. 41).

De fato, reconhece Sunstein (2009b, p. 158) que existe um déficit importante entre as pressões dos constituintes e os resultados legislativos, que, por vezes, pode implicar não só na ausência de representatividade de determinados grupos, como também privilegiar certas preferências distorcidas, como o sadismo e a intolerância racial. Diante desse quadro, sustenta ser incumbência do controle de constitucionalidade identificar e minimizar os efeitos de tais preferências. Dessa forma, atento a tal questão, Sunstein (2009b, p. 188) não nega que o controle de constitucionalidade possa “compensar as desigualdades sistêmicas nos processos majoritários ou introduzir princípios que alcançam tais processos somente com muita dificuldade”.

Então, reconhece-se que, ocasionalmente, os tribunais tenham de decidir legitimamente sobre os valores mais densos da sociedade, de forma a resguardar pretensões de grupos estigmatizados, notadamente nos casos em

as instituições democráticas e os direitos fundamentais forem inobservados pela deliberação política majoritária.

Nessa toada, o autor considera que a perspectiva minimalista, embora seja adequada, não é apropriada para todas as situações fáticas, defendendo o aspecto abrangente da decisão da Corte no julgamento de *Brown versus Board of Education*<sup>11</sup>, que considera inconstitucional a segregação racial nas escolas. Destaca o autor que tal perspectiva maximalista não se configura como um ato isolado, sendo decorrente de toda uma construção jurisprudencial, na qual o princípio da segregação é objeto de reprovação por uma série de decisões, legitimando a atuação da Suprema Corte, no sentido de se pronunciar de forma mais amadurecida (SUNSTEIN, 1999, p. 38). Trata-se, com efeito, de grande exemplo de decisão contramajoritária, de judicialização que se revela fundamental na proteção de direitos de indivíduos e grupos estigmatizados, resguardando o tratamento jurídico isonômico entre eles.

Nesse sentido, a postura mais ativa do Judiciário em prol de grupos desamparados, ao qual “falta o poder político para protegê-los contra a tirania do sectarismo” (SUNSTEIN, 2009b, p. 38), encontra sustentação na cláusula de igual proteção, que parte da 14ª Emenda americana, que torna inconcebível validar um diploma legal que segrega grupos raciais minoritários (que possui forte presunção de invalidade). Acrescenta, ainda, o autor:

Os esforços para melhorar o grupo desfavorecido não deveriam ser tratados como inadmissivelmente tendenciosos, podendo até mesmo ser uma imposição constitucional, sobretudo quando há um desafio de igual proteção diante da discriminação racial contra negros. (SUNSTEIN, 2009b, p. 96)

Assim, embora defenda, como regra, uma ação judicial menos invasiva, pautada pelo objetivo de produzir decisões estreitas, superficiais e provisórias, o próprio minimalismo, ocasionalmente, em face de leis que comprometam o processo político ou que imponham uma cidadania de segunda categoria a membros de grupos menos favorecidos socialmente, sustenta ser aceitável que

---

<sup>11</sup> ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. Petition for the Writ of Certiorari. *Brown versus Board of Education*. 347 U. S 483 / 1954. Oliver Brown et al. versus Board of Education Topeka, et al. Voto majoritário: E. Warren. Decidido em 17 de Maio de 1954.



os tribunais decidam legitimamente sobre os valores mais densos de uma sociedade.

Em síntese, entre decisões minimalistas e maximalistas, o autor propõe, via de regra, o uso das primeiras, sem refutar a possibilidade de os tribunais emitirem decisões mais amplas e profundas em situações ocasionais. O ideal, portanto, é que o Judiciário não decida exaustivamente, devendo fazê-lo o mínimo possível, desde que seja suficiente para oferecer uma resposta adequada, não desconsiderando, pois, por completo, a posição mais ativa dos tribunais em certas situações.

Sob esse aspecto, impõe observar, conforme denotam Souza Neto e Sarmiento (2015, p. 90), que os próprios procedimentalistas, embora argumentem que a jurisdição constitucional deve adotar uma postura de autocontenção, admitem que estaria justificada uma atuação mais proativa, por parte do Poder Judiciário, nas hipóteses em que estiver em jogo a defesa dos pressupostos de funcionamento da própria democracia.

Atenta a tal realidade, a presente pesquisa reconhece que a proposta da técnica minimalista contribui para o aprimoramento da jurisdição constitucional. Estabelece parâmetros voltados para impedir o descaminho voluntarista do ativismo judicial e aposta no desenvolvimento de uma postura de autocontenção por parte dos tribunais, como forma de assegurar que a resolução de questões constitucionais e moralmente controvertidas se dê nas instâncias deliberativas primárias. Evitam-se, assim, polarizações na sociedade e apresenta também a vantagem de não desconsiderar a necessidade de proteção de grupos vulneráveis postos à margem pelo processo político.

Em virtude disso, é que a abordagem minimalista se apresenta como um meio alternativo para sociedades comprometidas com o diálogo aberto entre cidadãos livres e iguais, na medida em que também se preocupa em retirar grupos marginalizados e fragilizados da sociedade da invisibilidade.

Nessa concepção de ideias, é de se reconhecer que, a despeito de privilegiar a formação de consensos na seara essencialmente política, casos há em que a abordagem minimalista não se apresenta como técnica decisória mais indicada, em especial, no cenário brasileiro, no qual, como visto, há um déficit legislativo inaceitável, que impede a fruição de direitos e garantias

fundamentais por uma massa de oprimidos.

Dada a relevância do tema, impõe-se investigar, na seção seguinte, algumas das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal que optaram por adotar uma postura minimalista.

## **5.2 As vantagens da adoção da postura minimalista em julgados do STF e a relativização da dificuldade contramajoritária no Brasil**

Diante da análise sucinta das variadas teorizações e posturas judiciais interpretativas, é possível aferir que o minimalismo judicial se apresenta como uma postura muito coerente com o propósito civilizatório da sociedade democrática. Com efeito, o minimalismo mais do que uma técnica, constitui-se em um conceito de jurisdição que melhor preserva o princípio da separação dos poderes. Sustenta, como regra, que a Corte deve se ater ao caso em julgamento, deixando o campo de questões não decididas para as instâncias deliberativas, evitando a utilização de princípios amplos. Porém, a despeito da defesa da autocontenção, a abordagem minimalista admite que, diante de um quadro de desigualdade, torna-se justificável que a democracia seja fortalecida por uma decisão judicial que, embora específica, pode também demandar uma fundamentação mais profunda, possibilitando que, em momento posterior, o diálogo sobre a matéria possa ser retomado.

Assim, a vantagem do minimalismo consiste no fato de que não se encontra vinculado estritamente à autocontenção, nem tampouco prega apreço irrestrito às posturas maximalistas.

Como visto, seguindo tal proposta, nos Estados Unidos, as decisões judiciais da Suprema Corte tendem a se pautar pelo caminho da autocontenção, ao deixar de tratar, com exaustão, questões de maior complexidade.

No tocante ao Brasil, segundo menciona Marcelo Travassos (2015, p. 654-655), pela análise da jurisprudência do Supremo, é possível aferir a dificuldade de apontar um perfil único a respeito de sua técnica decisória, dada a existência de posturas diferentes entre os membros que o compõem, havendo ministros que decidem somente o estritamente necessário para a

resolução do conflito (minimalismo), e outros que adotam uma postura mais maximalista. Aponta, porém, o autor que as decisões de caráter mais abrangente e maximalistas são aquelas de autoria do ministro Celso de Mello.

Nesse sentido, cumpre registrar decisão monocrática, proferida pelo ministro Celso de Mello, por ocasião do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 45<sup>12</sup>. Referida ação foi promovida pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) contra veto presidencial de proposição legislativa destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004, já que, na percepção do autor, o citado veto teria implicado desrespeito ao preceito fundamental decorrente da EC n. 29/2000, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. Nessa oportunidade, mesmo diante da perda do objeto da ação, em virtude da aprovação de lei com o mesmo tema objeto da demanda, posicionou-se o ministro quanto à possibilidade de controle judicial de políticas públicas nas hipóteses de omissão administrativa, visando à implementação de direitos fundamentais de natureza econômica e social e compelindo o Estado a implementar ações para sua concretização. Na visão do autor Ricardo Torres Lobo (2009, p. 72-73),

o Min. Celso de Mello redigiu decisão maximalista, de cunho doutrinário (sem eficácia jurisdicional), pois a jurisdição se esgotara no despacho de arquivamento da ADPF, proclamando a 'intangibilidade do núcleo consubstanciador do mínimo existencial', mas confundindo os direitos fundamentais com os sociais e econômicos, emburilhando a reserva do possível com a disponibilidade financeira do Estado e dilargando a competência da jurisdição constitucional para o controle de políticas públicas relacionadas com os direitos sociais.

Travassos (2015, p. 656-657) também cita como exemplo de postura maximalista o julgado do STF, de relatoria do ministro Carlos Brito, que mantém a demarcação de terras indígenas do Parque Raposa Serra do Sol, homologado por decreto presidencial, que enfrenta inúmeras questões, tanto teóricas quanto práticas, oportunidade em que os ministros estabelecem

---

<sup>12</sup> BRASIL. STF. ADPF 45/DF. Relator: Min. Celso de Mello, Julgado em 29/4/2004.

condições para demarcação e ocupação de terras indígenas<sup>13</sup>. Na visão do autor (TRAVASSOS, 2015, p. 657), a intenção da maioria dos ministros, ao proferir o julgado pela manutenção da demarcação, é, conscientemente, estabelecer um *leading case*, transformando as condicionantes do acórdão em parâmetros norteadores de casos semelhantes, levando um pouco mais de segurança jurídica e previsibilidade acerca da matéria.

Cumprido, por oportuno, ainda mencionar que, apesar de apresentar julgados como esses, tidos como maximalistas, o STF ainda manifesta cautela no julgamento de determinadas questões tidas como mais controversas do ponto de vista moral. Tal é o que se extrai da decisão em que, por maioria, os ministros definiram que o aborto, em caso de anencefalia, não deveria ser considerado crime<sup>14</sup>. Apesar de pacificar a problemática do aborto em casos de fetos anencéfalos, fazendo prevalecer a liberdade, a saúde e a autodeterminação das gestantes, o mencionado tribunal adotou posição mais restrita, optando em não ir além da análise de tal hipótese, sustentando que a regulamentação dos demais casos de aborto incumbiria às instâncias políticas.

Vale, nesse sentido, observar que, no caso sob análise, a decisão, embora estreita quanto ao seu alcance, demandou uma profundidade maior de fundamentação, dada a constatação de que não havia na Constituição nenhuma previsão sobre a possibilidade de interrupção do parto em tal hipótese. Naquela oportunidade, assim se manifestou o ministro Luiz Fux<sup>15</sup>:

Há, como se percebe, um dissenso moral razoável sobre a matéria, a exigir uma postura minimalista do Judiciário neste julgamento. Seria extremamente prematuro que este Supremo Tribunal buscasse solucionar, como se legislador fosse, todas as premissas de um intenso debate que apenas se inicia na nossa sociedade, fruto do pluralismo que a caracteriza.

A decisão, portanto, ficou adstrita à questão da criminalização ou não da interrupção da gravidez de fetos anencéfalos.

---

<sup>13</sup> BRASIL. STF. Ação Popular. Pet 3388/RR. Relator: Min. Carlos Britto. Julgamento em 27/8/2008.

<sup>14</sup> BRASIL. STF. Pleno. ADPF 54/DF, Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento em 12/4/2012.

<sup>15</sup> STF. Voto do Ministro Luiz Fux. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54 DISTRITO FEDERAL, 12 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54LF.pdf>>. Acesso em: 16 junho 2019.

Outro caso emblemático, que denota a postura minimalista por parte do tribunal, consiste na decisão que reconhece a união estável homoafetiva no ordenamento pátrio. No histórico julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277<sup>16</sup> e da Arguição de Preceito Fundamental n. 132<sup>17</sup>, a decisão, que também não se mostrou larga, exigiu uma fundamentação mais significativa, haja vista a ausência de previsão constitucional e precedente no STF sobre a matéria.

Tais decisões, portanto, apresentam a mesma estratégia, uma vez que ambas revelam prudência por parte do tribunal, cujos ministros demonstram preocupação em deixar questões não decididas, de forma a não excluir a deliberação futura sobre a matéria.

Restam comprovados, assim, os benefícios da interpretação minimalista e os riscos das decisões que apresentam posturas maximalistas, dado que essas últimas podem denotar excessos de subjetivismos incontrolláveis por parte dos membros do Poder Judiciário, provocando a indevida supressão das deliberações políticas e ocasionando grave insegurança.

Na esteira do que aponta Travassos (2015, p. 643), os escopos principais da técnica minimalista são possibilitar que se atinja um consenso mínimo necessário na decisão de casos concretos, que as cortes judiciais revejam suas opiniões quando entendam pertinente, e que se evite incoerência entre os diversos julgados proferidos pelo órgão judicial.

Assentadas as vantagens do minimalismo judicial, torna-se também relevante registrar que, a despeito dos dois últimos julgados acima mencionados, a revisão judicial nem sempre é contramajoritária e mesmo quando o tribunal se manifesta em desconformidade com a vontade da maioria dominante tem-se que esta dificuldade contramajoritária de alguns julgados do STF pode ser minimizada, se considerarmos contextos fáticos, nos quais a expansão da atuação judicial se torna imprescindível para resguardar a autonomia privada de grupos minoritários estigmatizados, cujas aspirações normativas são desconsideradas pelo processo deliberativo no âmbito

---

<sup>16</sup> BRASIL. STF. Pleno. ADI 4277/RJ. Relator: Min. Ayres Britto. Julgamento em 5/5/2011.

<sup>17</sup> BRASIL. STF. Pleno. ADPF 132/RJ. Relator: Min. Ayres Britto. Julgamento em 5/5/2011.

legislativo, tal como ocorre no contexto brasileiro, no qual as insuficiências da democracia representativa são óbvias.

A decisão que reconheceu aos casais homoafetivos o mesmo tratamento atribuído às uniões estáveis heterossexuais, tomando por base o afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional (julgado acima citado) reflete, com absoluta fidelidade, a função contramajoritária que, ao STF, incumbe desempenhar no âmbito do Estado Democrático de Direito, com vistas a conferir efetiva proteção às minorias.

Com efeito, além de assegurar a liberdade para dispor da própria sexualidade, o julgado também possibilita que a união entre pessoas do mesmo sexo seja reconhecida como entidade familiar, em consonância com os direitos fundamentais por unanimidade, a despeito da ausência de regulamentação da matéria pelo legislador infraconstitucional.

Não obstante toda a complexidade moral e social da questão, os ministros argumentam que a postura mais profunda do tribunal se justificou ante a necessidade de proteção de minorias estigmatizadas. Durante o julgamento, os ministros destacaram a competência do tribunal para manter, interpretativamente, o texto da Constituição, eliminando o preconceito e exaltando o fato de que a concretização dos direitos constitucionalmente tutelados não pode submeter-se à inércia dos poderes majoritários, em especial, quando a questão se referir aos direitos de titularidade de pessoas historicamente estigmatizadas, caso dos homossexuais. Assim, com o fim de acompanhar a evolução social e resguardar o direito à igualdade, o Judiciário se viu instado a julgar como “legislador positivo”, suprimindo a omissão do parlamento, que optou por não tratar a matéria, seja por receio da intolerância social, seja por ausência de consenso entre os legisladores.

Importa, ainda, a título de ilustração, registrar outro julgado recente do STF, no âmbito das ações que pedem a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia. Em face da omissão do Congresso Nacional em editar a legislação pertinente, na oportunidade, o ministro Celso de Mello, destaca a função contramajoritária do tribunal, ao proferir seu voto no bojo de

Direta de Inconstitucionalidade por Omissão<sup>18</sup>. Incumbe destacar que a referida ação foi analisada conjuntamente com mandado de injunção coletivo, que apresentava a mesma finalidade<sup>19</sup>.

Apesar de classificar o tema como complexo e extremamente delicado, o ministro Celso de Mello<sup>20</sup> opta, por bem, reconhecer a necessidade de dar interpretação conforme a Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação, inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da CF, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais da Lei 7.716/1989, até que sobrevenha legislação autônoma editada pelo Congresso. Considerou, em seu voto, que as práticas homotransfóbicas se qualificam como espécies do gênero racismo, na dimensão do racismo social, consagrada pelo STF, no julgamento do HC 82.424/RS (caso Ellwanger). Tais condutas importam em atos de segregação, que inferiorizam os integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou identidade de gênero. Tais comportamentos de homotransfobia se ajustam ao conceito de discriminação e de ofensa aos seus direitos e liberdades fundamentais. Revelando a necessidade de o Judiciário resguardar os direitos das minorias que compõem os denominados grupos vulneráveis, enfatizou o citado ministro:

Muito mais importante do que atitudes preconceituosas e discriminatórias, tão lesivas quanto atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais de qualquer pessoa, independentemente de suas convicções, orientação sexual e percepção em torno de sua identidade de gênero, é a função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal, a quem incumbe fazer prevalecer, sempre, no exercício irrenunciável da jurisdição constitucional, a autoridade e a supremacia da Constituição e das leis da República.

Quanto a isso, incumbe, por oportuno, registrar que, apesar de louvável o argumento de que a autocontenção judicial (*judicial self-restraint*) seja a regra, tão importante quanto recuperar a credibilidade do Parlamento e da

---

<sup>18</sup> BRASIL. STF. Pleno. ADO 26/DF. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em 13/6/2019.

<sup>19</sup> BRASIL. STF. Pleno. MI 4733/DF. Relator: Min. Edson Fachin. Julgamento em 13/6/2019.

<sup>20</sup> STF. Voto do Ministro Celso de Mello. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26 DISTRITO FEDERAL, 20 de fevereiro de 2019. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMCM.pdf>>. Acesso em: 16 junho 2019.

soberania popular, é corrigir patologias identificadas no sistema e retirar da invisibilidade uma massa de oprimidos, implementando a democracia em seu sentido mais efetivo.

Dentro de uma perspectiva pluralista e material de democracia, embora o princípio majoritário desempenhe um relevante papel nos processos decisórios, não pode implicar frustração, tampouco aniquilação de direitos fundamentais, como o livre exercício da igualdade e da liberdade, sob pena de descaracterização da própria essência que qualifica o Estado Democrático de Direito.

Partindo dessas premissas, apesar de a jurisdição constitucional, por via da atuação contramajoritária ser acusada por alguns de adotar um caráter antidemocrático, ao argumento de que acarretaria violação ao equilíbrio necessário à separação de poderes, afirma Barroso (2015, p. 19-20):

A despeito das resistências teóricas pontuais, esse papel contramajoritário do controle judicial de constitucionalidade tornou-se quase universalmente aceito. A legitimidade democrática da jurisdição constitucional tem sido assentada com base em dois fundamentos principais: a) a proteção dos direitos fundamentais, que correspondem ao mínimo ético e à reserva de justiça de uma comunidade política, insuscetíveis de serem atropelados por deliberação política majoritária; b) a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos. A maior parte dos países do mundo confere ao Judiciário e, mais particularmente à suprema corte ou corte constitucional, o *status* de sentinela contra o risco da tirania das maiorias. Evita-se, assim, que possam deturpar o processo democrático ou oprimir as minorias. Há razoável consenso, nos dias atuais, de que o conceito de democracia transcende a ideia de governo da maioria, exigindo a incorporação de outros valores fundamentais.

Com efeito, muito embora a democracia possa ser tratada, em sua dimensão formal, que inclui a ideia de governo da maioria e de respeito aos direitos individuais, é o seu sentido material que dá alma ao Estado Constitucional de Direito, na medida em que denota governo para todos, e não apenas da maioria (BARROSO, 2015, p. 04), conforme já apontado inicialmente. Em virtude disso, algumas decisões mais profundas se afiguram, sim, legítimas e necessárias ao estabelecimento de patamares mínimos de igualdade material.

Deveras, não se pode ignorar o fato de que há um déficit de



representação de determinadas minorias nas instâncias deliberativas, notadamente no cenário brasileiro, o que, em muitas situações, enseja a necessidade de uma expansão da atuação judicial, visando à proteção de certos grupos estigmatizados.

Ratificando a posição acima, ao tratarem da legitimidade da atuação do STF no caso de financiamento privado de campanhas políticas no Brasil, no bojo da ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4650<sup>21</sup>, os autores Daniel Sarmiento e Aline Osório (2015, p. 673-700) sustentam que, a despeito do viés contramajoritário, a procedência do pedido é o caminho adequado. Eles argumentam que a disciplina jurídica, à época do financiamento de campanhas (por empresas privadas), violava gravemente os princípios da democracia, da igualdade, da República e da proporcionalidade, reconhecidos no texto constitucional. Assim, ao acatar o pedido, o Supremo não estaria usurpando a função legislativa, mas sim cumprindo sua função institucional de invalidar normas contrárias à Constituição. Com efeito, atacando o argumento de que a autocontenção judicial deveria ser a regra, afirmam os autores:

Há, porém, quem sustente que o STF deveria adotar uma postura de autocontenção nesse julgamento, tendo em vista tratar-se de matéria tipicamente afeita ao processo político-majoritário. Sob essa ótica, como não há regra clara na Constituição sobre o financiamento de campanhas, caberia ao Congresso tomar as decisões cabíveis sobre o respectivo regime jurídico, sem submeter-se às intervenções jurisdicionais da Suprema Corte.

Contudo, a argumentação não convence. Ela se baseia na premissa falsa de que não há parâmetros constitucionais em relação ao financiamento de campanha. É verdade que o texto constitucional não contém regras delineando qualquer modelo de financiamento eleitoral no Brasil. Entretanto – seja-nos escusada a recordação do óbvio-, princípios constitucionais são normas jurídicas que também condicionam positiva e negativamente o legislador. Em que pesem toda a riqueza e a multiplicidade de posições no debate metodológico contemporâneo, a normatividade dos princípios constitucionais parece fora de questão. (SARMENTO; OSÓRIO, 2015, p. 697)

Seguindo essa linha de pensamento, o referido tribunal, em setembro de 2015, opta por bem julgar parcialmente procedente o pedido formulado na Inicial, declarando, assim, a inconstitucionalidade do financiamento eleitoral de empresas a partidos políticos, adotando posição nitidamente contramajoritária.

---

<sup>21</sup> BRASIL. STF. Pleno. ADI 4.650/DF. Relator: Min. Luiz Fux. Julgamento em 17/9/2005.

Em todos esses casos, torna-se necessário destacar que tais questões além de morais, são também jurídicas, encontrando as decisões amparo em direitos conformadores do próprio regime democrático, tais como a igualdade e a liberdade, afigurando-se, pois, legítima a atuação expansiva do tribunal.

Dessa forma, não há que se falar em tensão entre constitucionalismo e democracia, na medida em que se reconhece que a tutela dos direitos fundamentais representa a base de sustentação do Estado Democrático. Conforme pondera Cruz (2001, p. 196),

nesse sentido, diante desse indissociável binômio Direitos Fundamentais/Constituição, percebe-se o quão preocupante é o contexto brasileiro. Num país de marginalizados, onde se exclui de qualquer perspectiva de cidadania pelo menos metade da população, certamente encontramos-nos diante de um sério obstáculo; o de concretizarmos o Estado Democrático de Direito.

No tocante ao receio de que as decisões contramajoritárias possam implicar desmesurado exercício do ativismo, lembra Travassos (2015, p. 653) que “a necessidade de fundamentação das decisões judiciais representa proteção indiscutível contra a possibilidade do exercício arbitrário de poder pelos órgãos judiciais quando dos julgamentos”.

Nesse mesmo sentido, ressalta Cattoni de Oliveira (2002, p. 78), o que garante a legitimidade das decisões judiciais não está no fato de o juiz ter sido eleito pela maioria, mas, sim, nas garantias processuais atribuídas às partes e a necessidade de fundamentação daquelas.

Quanto a isso, entretanto, torna-se válido registrar que, no Brasil, a atuação do tribunal não apresenta um forte viés contramajoritário; ao revés, dado que na maioria dos julgamentos das ações de controle abstrato de normas as decisões do STF tendem a confirmar a constitucionalidade das normas atacadas. Portanto, de regra, o mencionado tribunal tem preservado a vontade majoritária expressa na norma legal. Nesse sentido, o apontamento feito por pesquisa recente, realizada pela Universidade de Brasília, a qual constatou que “o número de decisões de improcedência nas ADIs é cerca de cinco vezes menor o de decisões de procedência, o que indica que, entre os processos que cumprem todos os requisitos para serem julgados, apenas 1/6

dos processos são considerados improcedentes” (COSTA; BENVINDO, 2013 p. 52).

Dessa forma, a título de ilustração, cabe citar a decisão do tribunal, que reconhece a validade da lei federal que prevê ações afirmativas em favor de negros, pardos e índios no acesso à universidade, preservando a decisão tomada pelo Congresso Nacional. No julgamento, realizado em abril de 2012, os ministros acompanham, por unanimidade, o voto do relator, ministro Ricardo Lewandowski. Segundo ele, as cotas da Universidade Nacional de Brasília (UnB) não se mostram desproporcionais ou irrazoáveis. O ministro considera que a regra tem o objetivo de superar distorções sociais históricas, empregando meios marcados pela proporcionalidade e pela razoabilidade<sup>22</sup>.

Na mesma linha, a decisão do tribunal que julga constitucional dispositivo de lei que autorizava pesquisas com células-tronco embrionárias, na qual resta mantida a validade da Lei de Biossegurança editada pelo Congresso. Argumentaram os ministros do STF, quando da decisão sobre o caso, que o disposto na norma não ensejava violação ao direito à vida, tampouco à dignidade da pessoa humana<sup>23</sup>.

Por fim, relevante é registrar que se argumenta, com frequência, que a jurisdição constitucional teria superado a dificuldade contramajoritária, a partir da abertura à participação democrática da sociedade, com a ampliação do elenco dos legitimados ativos para a propositura das ações de controle abstrato de constitucionalidade, bem como por meio da incorporação ao processo constitucional das audiências públicas e do *amicus curiae*, o que teria possibilitado que a jurisdição se transmudasse para uma instância de representação argumentativa da sociedade.

Dessa feita, impõe-se, no capítulo seguinte, investigar tais modificações substanciais que o constitucionalismo brasileiro tem sofrido no âmbito da jurisdição constitucional, com o fim de aferir se, de fato, o processo constitucional brasileiro vem se abrindo mais à sociedade, notadamente, a

---

<sup>22</sup> BRASIL. STF. Pleno. ADPF 186. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Julgamento em 12/4/2012.

<sup>23</sup> BRASIL. STF. Pleno. ADI/DF 3510. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Julgamento em 29/5/2008.

grupos marginalizados e fragilizados, de modo que consigam dar voz às suas necessidades e levantar suas reivindicações.

Entretanto, impõe esclarecer-se, desde já, o objetivo não é demonstrar que a deliberação judicial tem caráter superior à legislativa, mas sim revelar que a interpretação pluralista é salutar para a democracia, possibilitando o aprimoramento da jurisdição constitucional.

## **6 DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DE MASSAS: DA NECESSÁRIA ABERTURA DOS CANAIS DE ACESSO AO STF A NOVOS ATORES SOCIAIS**

A Constituição figura como instrumento do processo civilizatório que ordena e conforma a realidade social e política, impondo deveres e assegurando direitos. O controle de constitucionalidade, por sua vez, atua como principal mecanismo de defesa da sua supremacia.

Desenvolvido a partir de diferentes concepções filosóficas e experiências históricas diversas, o controle judicial de constitucionalidade pode ser exercido no Brasil de forma concentrada/abstrata ou difusa/concreta. Assim, o País adotou um sistema misto como especificidade. Enquanto o primeiro defere a atribuição para o julgamento das questões constitucionais a um órgão jurisdicional superior ou a uma corte constitucional, concedendo efeitos *erga omnes* às decisões, o segundo atribui a qualquer órgão judicial, incumbido de aplicar a lei a um caso concreto, o poder de afastar a sua aplicação se a considerar incompatível com a ordem constitucional.

Atualmente, os principais mecanismos de controle acionados são a Ação Direta de Inconstitucionalidade (vinculado ao modelo abstrato) e o Recurso extraordinário, esse último ligado ao sistema concreto/difuso.

A despeito de sua importância e das recentes inovações sobre o controle de constitucionalidade nacional, razão assiste a Cruz (2004a, p. 264) quando afirma que, apesar de Habermas conceber o controle da constitucionalidade das leis como verdadeiro mecanismo de ampliação da esfera pública jurídica, no País, o subdesenvolvimento econômico, a exclusão social e a cultura política repressora e autoritária ainda não possibilitam que as instituições, especialmente o Judiciário, logrem êxito na formação de uma tradição cidadã de controle de constitucionalidade.

Diante de tal quadro, o presente capítulo se propõe a demonstrar que, apesar da ampliação dos mecanismos de controle abstrato, tal, por si só, não foi o suficiente para revigorar o elemento de legitimidade do instituto, tendo, também, por finalidade apontar estratégias que sejam aptas a possibilitar o necessário fluxo comunicativo do STF com a comunidade. O objetivo é o de

assegurar que a seara judicial se torne uma arena pública de debate, ensejando a manifestação de todos os atores sociais que vivenciam a realidade no processo de construção de suas decisões judiciais, dada a necessidade de reconhecer que o emprego da regra da “maioria”, habitualmente adotado pelos Estados como mecanismo de formação do consenso, não pode inviabilizar a participação futura de qualquer interessado no discurso.

Assim, além do diálogo institucional entre os diferentes poderes, aposta-se, também, no diálogo social, oferecendo abertura para que a sociedade ou mesmo os órgãos que canalizam a sua vontade possam influenciar no resultado das decisões do Poder Judiciário.

Com efeito, registra Galuppo (1998, p. 237), que nos Estados Democráticos de Direito, as decisões tomadas por meio da regra da maioria, durante o processo legislativo, que se utiliza da representação política como filtro condensador de possíveis discursos de justificação de normas legais, viabiliza, apenas idealmente, a participação de todos os cidadãos no processo de formulação e fundamentação do Direito.

Como decorrência de tal constatação, impõe-se a defesa da efetivação da democracia numa dimensão mais profunda, tida como deliberativa e participativa, nos moldes como descrita linhas atrás, possibilitando o amplo discurso na tomada de decisões do Estado, inclusive, na seara judicial.

De fato, em virtude da tendência contemporânea de abolição gradual de direitos de uma maioria, carente de reconhecimento e de um plano efetivo de emancipação, torna-se imprescindível a busca pelo incremento da democracia junto às instâncias judiciais. Conforme expõe Marcelo Cattoni de Oliveira (2001a, p. 71),

o tema da jurisdição constitucional torna-se muito importante num país como o Brasil, com recorrentes momentos de inércia e de déficit de integração social, que são tradicionalmente percebidos e interpretados por teorias jurídicas especializadas em questões normativas como contrastes ou hiatos entre um Direito Constitucional que se pretende legítimo e realidades político-sociais e econômicas recalcitrantes, um ideal a ser buscado e uma crua realidade.

Seguindo essa trilha, ressalta Boaventura (2011, p. 09) que esse é um momento em que progressivamente os cidadãos, especialmente as classes

populares, têm consciência de que as desigualdades não são um dado adquirido, traduzindo-se em injustiças e, conseqüentemente, na violação dos seus direitos. Essa nova consciência de direitos estimula as vítimas desse crescente processo de diferenciação e exclusão a reclamarem, cada vez mais, individual e coletivamente, o direito de serem ouvidas e se organizarem para resistir.

Não se pode, pois, desconsiderar o fato de que, no Brasil, País com pouca tradição democrática, a grande maioria da sociedade permaneça até os dias atuais estigmatizada, silenciada e inviabilizada por um discurso falacioso de totalização do Direito, indiferente às suas exigências e necessidades. Atento à tal realidade, pondera Boaventura de Sousa Santos:

É evidente que o sistema judicial não pode resolver todos os problemas causados pelas múltiplas injustiças. Mas tem que assumir a sua quota-parte de responsabilidade na resolução. O sistema judicial está, hoje, colocado perante o seguinte dilema. Se não assumir a quota-parte da sua responsabilidade, continuará a ser independente de um ponto de vista corporativo, mas será cada vez mais irrelevante tanto social, como politicamente. Deixará de ter aliados na sociedade e isolar-se-á cada vez mais. Se, pelo contrário, assumir a sua quota de responsabilidade, politizar-se-á e, com isso, aumentará o nível de tensão e conflito, quer internamente, quer no relacionamento com outras instâncias do poder. Verdadeiramente, ao sistema judicial não resta outra alternativa senão a segunda. Tem que perder o isolamento, tem que se articular com outras organizações e instituições da sociedade que possam ajudar a assumir a sua quota-parte de responsabilidade. (SANTOS, 2011, p. 26)

É preciso, pois, assegurar a efetivação de direitos por parte também dos desvalidos, como forma de fazer minimizar as injustiças ocorridas à luz de uma ordem constitucional. Com vistas a suprir seu isolamento da sociedade, a democratização do Poder Judiciário deve ser completada pela maior participação dos cidadãos na administração da justiça e no processo de construção do significado da Constituição.

A referida proposta se encontra alinhada à teoria de Habermas (1997; 2000; 2003), a qual, como visto, ao apresentar sua versão de democracia deliberativa, enfatiza o peso do elemento argumentativo nos processos decisórios, perfeitamente compatível com a diversidade da sociedade contemporânea, bem como a hermenêutica de base pluralista sustentada por Häberle (1997).

Assim, reconhecendo o protagonismo assumido pelo Judiciário, notadamente pelo Supremo Tribunal Federal, nas últimas décadas e a possibilidade de o mesmo vir a encampar, em seus julgados, a demanda de grupos oprimidos, o foco é comprovar que o processo decisório também pode ganhar um cunho discursivo, através da efetiva expansão dos canais de comunicação entre a sociedade civil e o Judiciário.

Com efeito, no contexto de uma sociedade pluralista, como a brasileira, também é desejável empregar um processo de argumentação na tomada de decisões judiciais, embora se reconheça que a abordagem discursiva, no âmbito da jurisdição constitucional, ainda encontra inúmeros entraves, conforme será visto a seguir.

Dessa feita, tendo por base a visibilidade expansiva das instâncias do Poder Judiciário e a viabilidade de elas virem a figurar como um *locus* de cidadania inclusiva e participação popular, impõe-se analisar, inicialmente, a ênfase dada à questão do acesso à justiça no âmbito constitucional.

### **6.1 O acesso à justiça: o papel da Defensoria Pública na consolidação do regime democrático e na reversão dos padrões de desigualdade**

A possibilidade de todos terem acesso, sem restrições, à tutela jurisdicional se constitui em uma das grandes preocupações da sociedade contemporânea.

Em sua clássica obra *Acesso à justiça*, Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p.12), destacam que o acesso à justiça pode ser encarado “como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não proclamar os direitos de todos”.

A ideia de acesso à justiça, que tomou relevo sobretudo no bojo do Estado Social, não implica, porém, apenas possibilitar o acesso à justiça como instituição estatal, mas também viabilizar o acesso à ordem jurídica justa (GRINOVER, 1996, p. 115-116).

Cappelletti e Garth (1988, p. 31) revelam, em sua obra, que, a partir de 1960, notam-se três grandes ondas no movimento universal de acesso à



justiça. A primeira se constitui da representação postulatória individual em juízo, ou seja, a assistência jurídica gratuita; a segunda, a representação dos direitos metaindividuais; e a terceira, o chamado “novo enfoque do acesso à justiça”, ou, em outras palavras, os mecanismos e formas procedimentais diferenciadas, modificações estruturais nos tribunais, uso de pessoas leigas ou paraprofissionais e os meios alternativos de solução de conflitos.

Por fim, esclarecem, que na maior parte das modernas sociedades, o auxílio de um advogado é tido como essencial, senão indispensável, aos mais pobres. No entanto, para garantir eficiência a esse sistema de assistência judiciária, é imprescindível que haja um número maior de profissionais, o que demanda grandes dotações orçamentárias, já que “sem remuneração adequada, os serviços jurídicos para os pobres tendem a ser pobres também”, uma vez que poucos profissionais se dispõem a assumir o desempenho de tal função (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 32-49).

Nesse sentido, mesmo reconhecendo a gravidade do momento político vivenciado pelo País e alertando para o fato de que ainda não se chegou a formatar na cidadania brasileira o “sentimento de Constituição”, é que ressalta Cruz (2001, p. 198-199) o trabalho desenvolvimento pelas universidades e organizações não-governamentais em prol da difusão do respeito à Constituição e sedimentação dos direitos fundamentais. Destaca que, “no próprio Estado, órgãos como a Defensoria e o Ministério Público, particularmente em razão da nova fisionomia conferida pela Carta de 1988, têm dado demonstrações cada vez mais cadentes de que o “jogo” não está perdido”.

Quanto a isso, incumbe registrar que, comumente, afirma-se que a efetivação do direito ao acesso à justiça passa pelo reconhecimento de que a justiça social pressupõe o alcance efetivo à Defensoria Pública, instituição autônoma, essencial à função jurisdicional do Estado, responsável pela promoção da igualdade substancial, garantindo direitos e o próprio empoderamento de pessoas comuns.

A despeito disso, torna-se imprescindível reconhecer a necessidade de fortalecimento das Defensorias no Brasil, que, apesar de realizarem o relevante papel de interface entre os Poderes Públicos e os indivíduos excluídos e

vulneráveis, em sua grande maioria, enfrentam graves problemas, uma consequência da perpetuação do arraigado preconceito de classe no País.

Com efeito, superada a questão da legitimidade da jurisdição constitucional, impõe-se a eliminação de outro obstáculo: como transpor os inúmeros entraves (jurídicos e não jurídicos), que se colocam, contemporaneamente, à efetivação do acesso ao Judiciário aos mais marginalizados, a saber, a pobreza e a necessidade de advogado?

Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), divulgados pela *Revista Veja*<sup>24</sup>, em 2017, o Brasil tinha 54,8 milhões de pessoas vivendo com menos de R\$ 406,00 por mês, ou seja, mais de 25% da população brasileira vive em situação de pobreza. Apesar do crescimento do percentual de pessoas nessa faixa, permanece, ainda, em segundo plano, o aprimoramento das Defensorias do País por parte do Poder Público, que parece desconsiderar o fato de que o número reduzido de defensores não consegue abarcar a demanda dessa enorme massa de desvalidos, que se encontra destituída de condições para contratar os serviços de um advogado e ter garantido seu acesso à justiça.

Ao dissertar sobre as necessárias transformações para se alcançar uma revolução democrática da justiça no Brasil, Boaventura de Sousa Santos (2011, p. 25-47) menciona, dentre outros fatores, a importância de se combater a morosidade, a fim de alcançar celeridade e qualidade na prestação jurisdicional. Além disso, destaca a relevância do papel desenvolvido pelas Defensorias Públicas, no que toca ao acesso à justiça e na construção de uma justiça de proximidade, tendo em vista a qualidade do serviço público prestado. Salienta o autor:

Cabe aos defensores públicos aplicar no seu cotidiano profissional a sociologia das ausências, reconhecendo a afirmando direitos dos cidadãos intimados e impotentes, cuja procura por justiça e o conhecimento do/s direito/s têm sido suprimidos e ativamente reproduzidos como não existentes. (SANTOS, 2011, p. 35)

---

<sup>24</sup> AGÊNCIA BRASIL. Extrema pobreza aumenta e chega a 15,2 milhões de pessoas em 2017. **Revista Veja**, São Paulo, 5 dez. 2018. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/economia/extrema-pobreza-aumenta-e-chega-a-152-milhoes-de-pessoas-em-2017/>>. Acesso em: 2 abril 2019.

Apesar disso, reconhece o autor que a cobertura do serviço da instituição no País é baixa, dadas as deficiências estruturais e a sobrecarga de trabalho dos defensores públicos. Ele projeta que os serviços das Defensorias não ultrapassam mais que 50% das comarcas existentes. Quanto a isso, vale destacar que o Mapa da Defensoria Pública no Brasil (2013)<sup>25</sup> comprova a falta de defensores públicos em 72% das comarcas brasileiras. Seguindo a mesma trilha, asseveram os defensores públicos Diogo Esteves e Franklyn Roger Alves Silva (2018, p. 81) que a gradual atuação da Defensoria Pública no cenário brasileiro, marcado por profunda desigualdade social, ainda não foi suficiente para acompanhar o crescimento da demanda populacional pelos serviços jurídicos- assistenciais gratuitos.

Assim, faz-se imperioso reconhecer que a miséria assinala um abandono que inutiliza o exercício dos direitos fundamentais aos menos favorecidos, inclusive o direito universal de acesso à justiça, tolhendo sua cidadania e inviabilizando o projeto de efetiva democratização do Judiciário e das instituições jurídicas.

O diminuto número de defensores, a carência de pessoal e infraestrutura adequada, bem como a sobrecarga de trabalho suportada pelos defensores públicos atuantes em menos de metade das comarcas do País, corroboram a tese de que muito embora a Constituição tenha assegurado o direito de acesso à justiça aos necessitados, criando a Defensoria Pública como instituição incumbida pela defesa dos mais carentes, essa novel instituição vem encontrando inúmeros entraves para a sua plena efetivação. O Estado, usualmente, não cumpre sua tarefa que consiste na provisão de meios para que suas instituições, ligadas ao sistema de justiça, estejam devidamente estruturadas para atender aos reclamos da população.

Essa ausência ou mesmo intencional exclusão do Estado, no que toca a tal prestação do serviço de assistência judiciária gratuita, implica que haja um mero acesso formal, mas não efetivo, à justiça, bloqueando, dessa feita, os canais de comunicação entre os cidadãos mais humildes e as instâncias do Poder Judiciário.

---

<sup>25</sup> MAPA DA DEFENSORIA PÚBLICA NO BRASIL. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria>>. Acesso em: 15 agosto. 2019.

Diante desse quadro, a efetividade perfeita de tal direito encontra obstáculos, especialmente, para os pobres. Cappelletti e Garth (1988, p. 21) apontam:

Pessoas ou organizações que possuam recursos financeiros consideráveis a serem utilizados têm vantagens óbvias ao propor ou defender demandas. Em primeiro lugar, elas podem litigar. Podem, além disso, suportar as delongas do litígio, cada uma dessas capacidades, em mãos de uma única das partes pode ser uma arma poderosa; a ameaça de litígio torna-se tanto plausível quanto efetiva. De modo similar, uma das partes pode ser capaz de fazer gastos maiores que a outra e, como resultado, apresentar seus argumentos de maneira mais eficiente.

O descaso no tratamento oportunizado às Defensorias, em toda a federação, demonstra não apenas a ineficiência do Estado no cumprimento de seus deveres jurídicos e programas sociais, mas também a sua intenção de fazer perpetuar a distância social existente entre as classes, compelindo a população marginalizada da economia e da sociedade a um tratamento constante de negação, exploração, opressão e deterioração de sua dignidade.

Acerca de tal impasse, pondera Cruz (2001, p. 228- 231) a necessidade de que o Poder Público equipe adequadamente a Defensoria, a fim de que o princípio do acesso universal da jurisdição, assim como os demais princípios processuais, seja efetivamente assegurado, com vistas a possibilitar a formação de decisões democráticas. Destaca o autor:

O princípio da igualdade processual, do qual decorrem o contraditório e a ampla defesa, torna-se elemento central na construção de um processo constitucional que realmente efetive direitos fundamentais. A ideia de que nenhuma parte deve ser tratada com privilégios manda um recado direto ao nosso ordenamento jurídico e aos operadores do direito.

Assim é que o contraditório está a exigir do governo a construção de uma assistência judiciária (defensoria pública) que dê dignidade a milhões de brasileiros incapazes sequer de compor os 'fluxos comunicativos' de Habermas. (CRUZ, 2001, p. 231)

Não se desconhece que o processo de consolidação de uma democracia pressupõe a existência de instituições que trabalhem em prol da redução das desigualdades sociais e da expansão da cidadania. Nesse sentido, relevante torna-se destacar o papel desempenhado pela Defensoria,

na medida em que a assistência jurídica integral que presta aos vulneráveis (CR/88, art. 134) envolve também a conscientização e educação de seus assistidos em direitos e deveres, dando-lhes conhecimento acerca dos processos históricos, sociais e políticos de dominação que caracterizam a sociedade brasileira, assegurando-lhes condições de poder expressar-se, juridicamente, a partir de mecanismos postos à sua disposição para combater essa desigualdade.

Sem dúvida, o receio do Estado em ver a autossuficiência do cidadão se afigura como a principal razão para a persistente resistência à implantação das Defensorias por todo Brasil. Não há interesse, por parte dos detentores de poder político e econômico, em reconhecer valores e mecanismos emancipatórios aos indivíduos marginalizados, conforme visto linhas atrás. A respeito do assunto, inclusive, ressalta Boaventura de Sousa Santos (2006, p. 111) que

[...], o acesso à justiça é um fenômeno muito mais complexo do que à primeira vista pode parecer, já que para além das condicionantes econômicas, sempre mais óbvias, envolve condicionantes sociais e culturais resultantes de processos de socialização e de interiorização de valores dominantes muito difíceis de transformar.

Com efeito, não só o número diminuto de defensores, mas a própria linguagem, estrutura e formalidade ínsita ao Poder Judiciário são fatores que demonstram que, apesar de conscientes de seus direitos, os cidadãos, em grande medida, sentem-se impotentes para reivindicá-los, quando violados. Nada obstante tal resistência, o acesso à justiça, ao menos em tese, ou seja, no plano formal, é um direito humano consagrado pela grande maioria das Constituições modernas.

Quanto a isso, é oportuno destacar que, no Brasil, a exemplo dos demais Estados Democráticos de Direito, a garantia do acesso à justiça tomou feição constitucional, assegurando o artigo 5º, inciso LXXIV, da CR/88, que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. A instituição tende, pois, a propiciar aos hipossuficientes, individual ou coletivamente, em todos os ramos do Direito, judicial ou extrajudicialmente, a resolução de seus conflitos. Por

consequente, o artigo 134 do mesmo diploma legal acima mencionado concedeu à Defensoria Pública *status* de instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, inciso LXXIV.

Com vista à regulamentação do disposto no artigo 134 da Constituição, foi introduzida no ordenamento jurídico pátrio a Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Em conformidade com o art. 3º da citada legislação, constituem objetivos institucionais da Defensoria Pública: a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais; a afirmação do Estado Democrático de Direito; a prevalência e efetividade dos direitos humanos; e a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Vale registrar que a Defensoria, dotada de autonomia funcional, administrativa e financeira, não se presta apenas ao patrocínio judicial da causa dos necessitados, na medida em que também é responsável pela orientação jurídica dessa enorme parcela da população que não pertence à elite, fomentando o conhecimento acerca dos direitos básicos e a participação popular. Por derradeiro, pondera Paulo Osório Gomes Rocha (2007, p. 190) que

A atuação da Defensoria Pública, na defesa dos grupos vulneráveis, não se limita a intervenções judiciais. Pelo contrário, a orientação extrajudicial aos necessitados reflete, definitivamente, um essencial escopo do sistema normativo constitucional, pois possibilita a prevenção de litígios, além de educar esses grupos vulneráveis na consolidação de seus direitos e garantias fundamentais.

Assim, a missão da Defensoria não se encontra limitada à prestação de orientação jurídica e exercício da defesa dos necessitados, já que ainda constitui sua função institucional, dentre outras, promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios. Com isso, a judicialização de ações torna-se a *ultima ratio* (GORGOSINHO, 2009, p. 107).

Cumprе ressaltar, nesse sentido, que a própria Constituição estimula a busca pela solução extrajudicial de conflitos, através da atuação da Defensoria,

visando, indubitavelmente, a reduzir o volume de demandas judiciais e a desafogar a máquina judiciária. Nessa linha, incumbe enfatizar a realização de diversos acordos pré-processuais, como aqueles realizados pela unidade da Defensoria Pública do Rio de Janeiro, na cidade de Cantagalo, no interior do estado, que criou um projeto de Atuação Extrajudicial na Saúde Pública, garantindo acesso e qualidade aos serviços para a população carente. Implantado no início de 2015, segundo dados do CNJ<sup>26</sup>, a iniciativa tem conseguido reduzir em até 30% o número de ações judiciais referentes a pedidos de questões de saúde, como medicamentos e autorizações para a realização de exames e internações, na comarca de Cantagalo, por meio de negociação direta com a Prefeitura Municipal, evitando, dessa feita, a judicialização da saúde. Na pequena cidade de Cantagalo, de apenas 20 mil habitantes, o diferencial do trabalho ofertado pela Defensoria é que, além da orientação e assistência jurídica, o órgão se coloca como agente ativo na busca pela solução da questão, indo diretamente aos gestores municipais para um acordo extrajudicial.

Nessa mesma perspectiva, válido também é registrar o trabalho desempenhado pela Defensoria Pública de Minas Gerais, que representando os atingidos e familiares das vítimas do rompimento da barragem da mina Córrego do Feijão, em Brumadinho, na região metropolitana de Belo Horizonte, ocorrido em janeiro de 2019, firmou inúmeros acordos individuais e extrajudiciais com a mineradora Vale<sup>27</sup>. Além de promover a redução de litígios judiciais, a medida também contribui para que as partes envolvidas vejam satisfeitas suas pretensões de forma mais célere.

Consoante preceituam Diogo Esteves e Franklyn Roger Silva (2018, p. 154), com o advento da Lei Complementar n. 132/2009 (que altera dispositivos da Lei Complementar n. 80/1994), além de restar ainda mais evidenciada a separação ontológica entre advogados e Defensores Públicos, também foram,

---

<sup>26</sup> CNJ. **Defensoria Pública reduz em 30% ações judiciais de saúde em Cantagalo (RJ)**. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81354-defensoria-publica-reduz-em-30-acoes-judiciais-de-saude-em-cantagalo-rj>>. Acesso em: 15 março 2019.

<sup>27</sup> Vale já fechou 49 acordos individuais com vítimas da tragédia de Brumadinho. **Estado de Minas**, Belo Horizonte, 26 de junho de 2019. Disponível em: <[https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2019/06/26/interna\\_gerais,1064895/vale-ja-fechou-49-acordos-individuais-com-vitimas-da-tragedia-de-bruma.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2019/06/26/interna_gerais,1064895/vale-ja-fechou-49-acordos-individuais-com-vitimas-da-tragedia-de-bruma.shtml)>. Acesso em: 8 abril 2019.

significativamente, ampliadas as funções institucionais de caráter eminentemente coletivo da Defensoria Pública. Afirmam os autores:

A reafirmação da legitimidade para a propositura de demandas coletivas (art. 4º, VII, VIII, X e XI), a autorização legal para convocar audiências públicas (art. 4º, XXII) e para participar dos conselhos de direitos (art. 4º, XX) demonstram que a atuação funcional da Defensoria Pública não mais se encontra adstrita à defesa dos direitos subjetivos individuais das pessoas economicamente necessitadas. Com essa nova racionalidade funcional, a ideia simplória de que os Defensores Públicos seriam simples advogados dos pobres restou definitivamente soterrada.

É importante lembrar, ainda, que a evolução das demandas sociais e a ampliação da busca pela satisfação do direito da coletividade trazem como consequência a legitimidade da instituição para o exercício da ação civil pública, na tutela das coletividades hipossuficientes, seja sob o aspecto econômico, seja sob o aspecto organizacional, conforme entendimento sedimentado no Supremo Tribunal Federal<sup>28</sup>.

A possibilidade de a Defensoria Pública, em nome próprio, ajuizar Ação Civil Pública para tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos denota maior respeito para com as coletividades necessitadas. Com isso, tem-se que tal reconhecimento constituiu grande avanço do universo jurídico, de modo a aperfeiçoar a atuação institucional, evitando as inúmeras demandas multitudinárias que ocupam as prateleiras do Judiciário brasileiro. Senão vejamos.

Com vistas a demonstrar a atuação pujante da instituição em prol dos mais estigmatizados por meio de tal mecanismo, cabe citar que a Defensoria Pública do Rio de Janeiro obteve, no ano de 2018, decisão judicial favorável ao fim da prática da revista vexatória nas unidades prisionais do estado e nas unidades de cumprimento de medidas socioeducativas privativas de liberdade<sup>29</sup>. Por maioria de votos, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro acatou o pedido da instituição para suspender a

---

<sup>28</sup> BRASIL. STF. Pleno. ADI 3943/DF, Relator: Min. Cármen Lúcia. Julgamento: 6 e 7/5/2015.

<sup>29</sup> RICHTER, André. **Pesquisa do CNJ aponta 80 milhões de processos em tramitação no país**. 27 de agosto 2018. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2018-08/pesquisa-do-cnj-aponta-80-milhoes-de-processos-em-tramitacao-no-pais>>. Acesso em: 2 abril 2019.



revista íntima dos familiares, por entender que a medida é desproporcional, humilhante, além de violar a dignidade humana.

Em face de tais questões, torna-se possível afirmar que apesar dos inúmeros entraves apontados, vocacionada, a instituição permanece reconhecendo na alteridade um pressuposto filosófico relevante e capaz de fundar um discurso que reconhece os invisíveis como humanos, empreendendo esforços para assegurar aos seus assistidos patamares mínimos necessários de tutela da dignidade humana.

É importante, ademais, frisar outra importante conquista da instituição. Como sabido, na reforma do Judiciário, realizada pela emenda constitucional n. 45/04, houve a introdução da Súmula Vinculante, instituto destinado à uniformização da jurisprudência e à interpretação das normas constitucionais. O art. 3º da Lei n. 11.417/06 elenca o Defensor Público-Geral da União como autoridade apta a provocar a edição, revisão ou cancelamento dos enunciados da Súmula Vinculante, denotando tal previsão legal a constatação de que a instituição vem se mostrando apta a oferecer uma decisiva cooperação na materialização dos preceitos constitucionais.

Deveras, não raro se vislumbra também a contribuição da atuação da instituição em prol de setores mais invisibilizados da sociedade no próprio âmbito do STF. Nesse sentido, atendendo ao pedido impetrado pela Defensoria Pública da União, em fevereiro 2018, a 2ª Turma do STF concedeu *Habeas corpus* a todas as mulheres presas que ostentavam a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade ou com filhos portadores de deficiência sob sua responsabilidade<sup>30</sup>.

Na ocasião, asseverou a Defensoria<sup>31</sup> que a política criminal responsável pelo expressivo encarceramento feminino é discriminatória e seletiva, impactando de forma desproporcional as mulheres pobres e suas famílias. Argumentou, ainda, que se fazia necessário reconhecer a condição especial da mulher no cárcere, sobretudo da mulher pobre, que, privada de acesso à

---

<sup>30</sup> BRASIL. STF. HC n. 143.641. Segunda Turma do STF. Relator: Min. Ricardo Lewandowsky. Julgado em 20/2/2018.

<sup>31</sup> STF. HC. 143.641. Acompanhamento processual. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5183497>>. Acesso em: 6 agosto. 2019.

justiça, vê-se também destituída do direito à substituição da prisão preventiva pela domiciliar.

Refutando o argumento apresentado pela Procuradoria Geral da República, no sentido de que seria impossível a concessão de ordem genérica (sem individualização do seu beneficiário e de expedição de salvo-conduto a um número indeterminado de pessoas), a Defensoria sustentou a possibilidade de impetração do remédio em sua modalidade coletiva, invocando, para tanto, o histórico da doutrina brasileira do *habeas corpus*, a existência do mandado de segurança e do mandado de injunção coletivos e a legitimação da Defensoria Pública para a propositura desse último. Assim, demonstra-se (i) a caminhada das ações constitucionais em direção às soluções coletivas e (ii) o reconhecimento da representatividade da Defensoria Pública. Acrescentou que, embora seja indiscutível que várias situações tuteláveis por *habeas corpus* dependam de análises individuais pormenorizadas, outras há em que os conflitos podem ser resolvidos coletivamente.

Seguindo essa trilha, o ministro Ricardo Lewandowski<sup>32</sup>, relator da ação, por sua vez, ponderou que, na sociedade contemporânea, burocratizada e massificada, as lesões a direitos, cada vez mais, assumem um caráter coletivo, “sendo conveniente, inclusive por razões de política judiciária, disponibilizar-se um remédio expedito e efetivo para a proteção dos segmentos por elas atingidos, usualmente desprovidos de mecanismos de defesa céleres e adequados”. Acatando tal argumento, os demais ministros reconheceram o cabimento do *habeas corpus* coletivo, além da vulnerabilidade social do grupo das mulheres presas, bem como de seus filhos, que sofrem, injustamente, as consequências da prisão da mãe, concedendo a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes. Os ministros ainda estenderam a decisão às adolescentes em situação semelhante do sistema socioeducativo e mulheres que tenham sob custódia pessoas com deficiência,

---

<sup>32</sup> STF. HABEAS CORPUS 143.641 SÃO PAULO. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em: 20/2/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>. Acesso em: 18 janeiro 2019.

reconhecendo que o cárcere, na forma como recebe e abriga gestantes, mães e crianças, é ilegal e inconstitucional.

Com efeito, o referido julgado se afigura como um marco de superação do encarceramento em massa feminino, estando voltado para a sua humanização e para dignidade não só da mulher, como também de seus filhos. Como sabido, a desvirtuação do Direito Penal como sendo a *última ratio* do ordenamento jurídico, bem como o processo de vulgarização da edição de leis penais desencadeou como consequência direta, a superlotação das penitenciárias brasileiras, tornando-se imperioso reconhecer que o processo de encarceramento em massa é um reflexo direto da política de criminalização da pobreza empregada no País.

Diante do referido contexto, o recente julgado do STF se apresenta como mecanismo que parece, *a priori*, atender às peculiaridades femininas, em especial, às questões da maternidade, tratando-se de experiência transformadora e assegurando a tutela coletiva de direitos de grupo dos socialmente mais marginalizados (a população carcerária).

Em meio a tal quadro, não se objeta que, no plano difuso, ou seja, pela via de exceção, a Defensoria Pública se encontra apta a manejar, de forma louvável, o controle de constitucionalidade, tendo em vista a possibilidade de utilização do Recurso Extraordinário e do próprio *habeas corpus*, conforme demonstrado na situação acima, beneficiando indivíduos e coletividades necessitadas.

A despeito de tais avanços, sob o foco da teoria constitucional, imperiosa ainda se faz a ampla integração da instituição no processo de interpretação e proteção da Constituição, que deve ser reconhecida como legitimada para o controle abstrato de constitucionalidade das leis, tal como se dá com a instituição Ministério Público, de forma a possibilitar a isonomia entre as funções essenciais à justiça.

Com efeito, a inclusão da instituição no rol de legitimados para propositura das ações abstratas de controle (por meio da inserção do Defensor Público-Geral Federal no art. 103, da CR/88), afigura-se viável para possibilitar o desempenho de uma judicialização de massa, capaz de assegurar visibilidade aos mais marginalizados no País.

Vale, nesse sentido, registrar que a Defensoria Pública aparece como legitimada para a propositura das ações diretas de inconstitucionalidade, em um considerável número de constituições estaduais, como por exemplo, Ceará, Mato Grosso, Pará, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Alagoas e Minas Gerais. Entretanto, o mesmo reconhecimento não se dá no âmbito federal.

Em meio a esse quadro, parece ilógico acreditar que, mesmo focada no compromisso de consolidar a cidadania e a efetivação dos direitos dos mais alijados, a Defensoria Pública não esteja inserida no processo de construção interpretativo das normas constitucionais, as quais, ao menos em tese, encontram-se direcionadas à redução das desigualdades sociais.

Partindo dessas premissas e dada a constatação de que quanto mais se limita a atuação da Defensoria, mais se reduz as possibilidades de acesso à jurisdição, válida é a hipótese apresentada, que se encontra notadamente assentada no resgate dos direitos ainda não realizados e na redução da desigualdade social no País. Há uma possibilidade de a instituição poder assegurar voz aos desprovidos de um mínimo existencial e incorporar o sentido de jurisdição de massas, a qual, na visão dos ex-ministros do STF, Nelson Jobim e Sepúlveda Pertence, citados na obra de Baracho Júnior (2009, p. 154) visa a "atender a uma comunidade de titulares de direitos complexa, que deixou de ser composta apenas por homens brancos, proprietários e capazes para integrar negros, mulheres, crianças, índios, idosos, dentre outros".

Dentro de tal perspectiva, mais do que o próprio acesso à justiça, a proposta busca possibilitar a própria cidadania, ou seja, que "o oprimido tenha condições de, reflexivamente, descobrir-se e conquistar-se como sujeito de sua própria destinação histórica" (FREIRE, 1987, p. 09).

Nesse aspecto, cumpre, por oportuno, registrar que tramita no Congresso Nacional proposta de emenda que visa a alterar a Constituição, para conferir legitimidade ao Defensor Público-Geral Federal, para a promoção de ações do controle concentrado/abstrato de constitucionalidade e do incidente de deslocamento de competência<sup>33</sup>. A PEC n. 61/2019, de autoria do

---

<sup>33</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS. Página Inicial / Atividade Legislativa / Projetos de Lei e Outras Proposições / PEC 61/2019. Disponível em:  
<<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2199410>>.  
Acesso em: 2 agosto 2019.

então senador Antônio Carlos Valadares (PSB/SE), já restou aprovada pelo Senado Federal, estando em tramitação na Câmara dos Deputados. Alega o autor da medida existir distorção na sistemática atualmente em vigor, já que, nos termos da redação da Constituição Federal, a Associação Nacional dos Defensores Públicos tem legitimidade para propositura de ADI e ADC, enquanto a instituição Defensoria Pública da União não possui tal competência.

A aprovação de tal proposta, por certo, ensejará o aprimoramento não apenas da Defensoria Pública, instituição que já se revela sensível à realidade dos mais desabrigados da sorte, como também para a própria legitimidade da jurisdicional constitucional desempenhada pelo STF. Assim, possibilitar-se-á que esse tribunal possa voltar seu olhar para segmentos sociais marginalizados, contribuindo para o empoderamento de grupos oprimidos e a garantia de seus direitos, além de propiciar a interação das pessoas comuns com a cultura jurídica e estimulá-las a deliberar e apresentar seus argumentos no processo decisório, refutando concepções paternalistas e elitistas.

Além de garantir o efetivo acesso de grupos mais vulneráveis, do ponto de vista social e econômico, à justiça, tal medida, voltada ao desbloqueio da jurisdição constitucional do STF para o homem comum através do aperfeiçoamento de instituto já existente, ainda reforça o compromisso dos indivíduos com a Constituição, alçando-os à condição de verdadeiros cidadãos.

Entretanto, não obstante a ausência por parte de norma legal expressa de capacidade da Defensoria para deflagrar o controle abstrato de constitucionalidade perante o STF, muitos juristas sustentam que a ampliação do elenco dos legitimados a manejar tal sistema, operada por meio da Constituição de 1988, representou inequívoca abertura do processo de interpretação das normas constitucionais, tornando o modelo mais inclusivo.

Diante disso, impõe-se observar se, de fato, as alterações inseridas no texto constitucional são capazes de alçar o Judiciário, notadamente o STF, à condição de mais uma esfera pública destinada à democracia participativa.

## 6.2 Do fortalecimento do sistema de controle abstrato no Brasil: do descompasso entre teoria e prática

Ao tratar da evolução do sistema de controle de constitucionalidade no Direito brasileiro, expõe a doutrina que, num primeiro momento, como cabia ao Poder Legislativo, segundo a Constituição de 1824, exercer a guarda da Constituição (CLÈVE, 2000, p. 81), não foi adotada por meio de tal instrumento normativo nenhuma modalidade de controle judicial de constitucionalidade.

Posteriormente, dada a influência do Direito norte-americano, através de decreto datado de 1890, consolidou-se, no País, o sistema difuso de controle. Tal modelo, contudo, mostrava-se muito incipiente à época, dado o contexto oligárquico e agrário da República Velha. Registra Cruz (2004a, p. 95-96) que, adotado o positivismo jurídico, o Judiciário brasileiro (distanciado da realidade), mesmo após a Constituição de 1891, era entendido como um aplicador imparcial da vontade do legislador, sendo refutada qualquer atividade criativa por parte dos seus órgãos, que deveriam ater-se a questões estritamente jurídicas. As questões políticas seriam de interesse exclusivo dos poderes Executivo e Legislativo, revelando-se, assim, limitado o exercício da jurisdição.

A Constituição de 1934, por sua vez, trouxe influências do constitucionalismo austríaco e alemão. Inseriu-se o primeiro embrião do controle abstrato de constitucionalidade no País, qual seja, a representação interventiva, cuja legitimidade ativa competia exclusivamente ao Procurador-Geral da República. Também restou consagrada a competência do Senado Federal para suspender a execução de qualquer ato normativo, quando o Judiciário (o STF) o houvesse declarado inconstitucional incidentalmente, consignando efeito *erga omnes* à decisão. Incumbe registrar, nesse sentido, que tal mecanismo não possui nenhuma associação com a doutrina de vinculação de precedentes, a regra do *stare decisis*, que confere às decisões do judiciário norte-americano uma eficácia que ultrapassa as partes envolvidas no processo.

A partir da Emenda Constitucional n. 16/1965 foi criada a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), com o mesmo rito da representação interventiva, e que também apenas podia ser deflagrada por iniciativa do PGR.

Todavia, a partir da Constituição de 1988, além do acréscimo dos instrumentos do controle abstrato (sendo criada a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão), houve, também, significativa ampliação do elenco de legitimados ativos para provocação de tal mecanismo (que implicou ruptura do chamado “monopólio da ação direta” outorgado ao PGR). Desde então, ficou consignado, no art. 103, da CR/88, que poderão propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade: o Presidente da República, a mesa do Senado Federal, a mesa da Câmara dos Deputados, a mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Logo, na sequência, foram criadas, por meio de emendas constitucionais, a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Nessa senda, narra o ministro do STF, Gilmar Mendes (2005, p. 89-90), que a ênfase ao modelo abstrato por parte da Constituição de 1988 representa uma evolução no sistema de controle pátrio. Além da ampla legitimação, o ministro, ainda, destaca a presteza, a uniformidade e a celeridade desse modelo processual, acrescentando que a outorga do direito de propositura da ação direta aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional concretiza a ideia de defesa de minorias.

Acresçam-se a isso a própria evolução jurisprudencial e as inovações legislativas sobre a matéria, que passaram a estabelecer novas formas de controle, tais como a interpretação conforme a Constituição, a declaração de nulidade parcial sem redução do texto, a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, a previsão de efeito vinculante nas decisões de via abstrata, além de ser instituída a possibilidade de modulação de efeitos da decisão no controle abstrato.

Destaca Mendes (2005, p. 362) que tais técnicas tendem a melhorar o senso de segurança e igualdade na prestação jurisdicional, buscando dar coesão e coerência ao sistema de decisões judiciais brasileiro e reforçando o

papel do mencionado tribunal como guardião da Constituição e centro decisório final do aparato estatal, o que reduz, ainda, os males causados pela divergência jurisprudencial. Partindo dessas premissas, sustenta-se que a adoção de tais mecanismos acaba por revelar a opção e tendência do STF brasileiro por uma "jurisdição de massa".

Assim, o fortalecimento da jurisdição constitucional abstrata e a vinculação dos órgãos do Poder Judiciário às decisões proferidas pelo STF, defendidas por Mendes e por parte considerável da literatura jurídica, estariam, em tese, aptas a fomentar a tomada democrática das decisões por parte do órgão colegiado, possibilitando a ampla deliberação sobre a matéria constitucional, ao mesmo tempo em que contribuiriam, significativamente, para a redução de demandas judiciais idênticas.

Seguindo a mesma interpretação de Mendes (2005), José Afonso da Silva (2007) e Paulo Bonavides (2007a) também enaltecem a tendência de preferência por via abstrata de controle, sustentando ser a jurisdição atividade específica de um tribunal constitucional e reforçando o caráter cada vez mais próximo do STF da condição de uma corte constitucional.

Com efeito, argumenta-se que, diante de um quadro de acentuado volume de causas repetitivas, o reforço do sistema abstrato de constitucionalidade evitaria, sobretudo nos processos de massa, a multiplicação de processos idênticos. Nesse sentido, por exemplo, o efeito vinculante das decisões, proferidas no bojo do controle abstrato, poderia resultar desafoamento do Judiciário e de sua morosidade. Além de tal argumento de viés utilitário, ainda se apresenta a justificativa de que o efeito vinculante também pode assegurar a isonomia da jurisdição em casos idênticos, o que garantiria maior respeito ao Judiciário.

Assim, na percepção do ministro Gilmar Mendes, a utilização de modelos voltados para uma jurisdição de massas estaria propícia a atingir uma infinidade de pessoas, além de solucionar o problema da sobrecarga do Poder Judiciário.

A despeito de tal argumento, segundo um levantamento realizado pelo



Conselho Nacional de Justiça (CNJ)<sup>34</sup>, o Poder Judiciário brasileiro finalizou o ano de 2016 com 79,7 milhões de processos em tramitação. Em média, a cada grupo de 100 mil habitantes, 12.907 mil ingressaram com uma ação judicial, ao longo do ano de 2016. Dados mais recentes, divulgados pelo CNJ<sup>35</sup>, atestam que, em 2018, mais de 80 milhões de processos estavam em tramitação em todo o País.

As estatísticas, também, indicam que os quadros de pessoal da primeira instância continuam insuficientes diante da enxurrada de processos que chegam anualmente à porta de entrada do Poder Judiciário. Em 2016, a carga de trabalho de um juiz de primeira instância (7.192 processos) foi quase o dobro de um colega da segunda instância (3.384).

Tais dados revelam que a expansão jurisdicional não foi planejada no Brasil, uma vez que ultrapassados os 30 anos de vigência da Constituição, o Poder Judiciário não conseguiu ainda resolver o problema do congestionamento de demandas judiciais.

Em meio a esse contexto, o discurso da ampliação democrática do sistema de controle abstrato, através da CR/88, e o aprimoramento dos efeitos de suas decisões pelo STF ainda geram questionamentos.

Com efeito, essa reformulação do papel do STF é criticada por alguns juristas, dentre os quais, Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2004a), que sustenta que a expansão do controle abstrato reduz as potencialidades de uma sociedade plural, além de criar obstáculos à formulação de discursos diversos da Constituição. Na sua percepção, tais alterações encontram amparo nas pretensões comunitaristas do constitucionalismo brasileiro, os quais se rendem a um ativismo político, compreendendo a Constituição como um sistema de valores, um projeto social adotado pelo constituinte a exigir uma ação positiva do Judiciário para sua implementação, e não como uma garantia de projetos individuais de vida, como ocorria no paradigma liberal.

---

<sup>34</sup> JUSTIÇA EM NÚMEROS. CNJ. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/e5b5789fe59c137d43506b2e4ec4ed67.pdf>>. Acesso em 5 fevereiro 2018.

<sup>35</sup> RICHTER, André. **Pesquisa do CNJ aponta 80 milhões de processos em tramitação no país**. 27 agosto 2018. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2018-08/pesquisa-do-cnj-aponta-80-milhoes-de-processos-em-tramitacao-no-pais>>. Acesso em: 2 abril 2019.

Na visão de Cruz (2004b, p. 224-225), a tentativa de verticalização do sistema, em virtude das inovações do modelo abstrato de controle brasileiro, não encontra guarida no viés procedimentalista (o qual adota como marco teórico a teoria do agir comunicativo de Habermas). Tende-se a enfraquecer a tutela dos direitos fundamentais e ocultar as bases próprias do Estado Democrático de Direito, ao conferir ao STF exclusividade no exercício da jurisdição constitucional. Segundo essa concepção, não haveria que se falar numa opção do poder constituinte brasileiro pela fiscalização abstrata da constitucionalidade das leis em detrimento do sistema concreto, uma vez que a Constituição não pode ser identificada como um projeto fixo e unilateral da Assembleia Constituinte. Acrescenta Cruz (2004b):

A opção pela teoria do agir comunicativo sustenta-se na ideia de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, o que favorece o desenvolvimento da via de exceção, sob o argumento de que a perspectiva do constitucionalismo positivista e comunitário que adota uma sociedade fechada de intérpretes, preferencialmente, através de uma Corte Constitucional, estaria ferindo de morte a própria legitimidade do direito. (p. 225)

Cruz (2004a, p. 11), assim, alerta para o risco de as leis n. 9868/1999 e n. 9882/1999 (que disciplinam o processo e julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade e arguições de descumprimento de preceito fundamental) ocasionarem o perigoso congelamento da jurisprudência constitucional. Elas implantam, por meio da concentração no STF, verdadeira verticalização do modelo brasileiro de controle de constitucionalidade, delineando uma sociedade fechada de intérpretes, dada a possibilidade de o modelo abstrato atuar em detrimento da fiscalização difusa, na medida em que a eficácia *erga omnes* e vinculante da decisão pode ser equiparada aos efeitos da aplicação de uma lei.

Argumenta-se, assim, que o efeito vinculante (que atinge não apenas a parte dispositiva da decisão, mas também os próprios fundamentos determinantes das suas premissas argumentativas) constrange a atuação futura de atores públicos e privados. O controle difuso, nesse aspecto, seria muito mais democrático, sob o ponto de vista do acesso e participação da

sociedade, do que o controle abstrato, possibilitando ao cidadão se sentir não apenas destinatário do Direito, mas seguramente seu coautor, viabilizando, de forma mais efetiva, o fluxo intercomunicativo das autonomias públicas e privadas.

Além da crítica, no tocante ao fato de o controle abstrato poder engessar os debates em torno da Constituição (ao fazer do STF seu único e legítimo intérprete), pondera, ainda, Cruz (2004a, p. 99), que essa busca do tribunal pela certeza e segurança jurídicas remontam à Escola da Exegese e, mais ainda, ao racionalismo cartesiano.

Críticas também são direcionadas à possibilidade de afastar a incidência do princípio da nulidade nas decisões de controle abstrato (que pela lei, pode se dar quando houver necessidade de fazer prevalecer a ideia de segurança jurídica ou interesse social). Essa análise dependeria de um juízo de ponderação. Tal viabilidade de manipulação dos efeitos temporal e repristinatório das decisões declaratórias de constitucionalidade das leis reafirma, na visão de Cruz (2004a, p. 177), o caráter de verdadeiro poder constituinte originário das cortes constitucionais.

Nessa esteira, refuta, o citado jurista, o argumento de que a concentração de forças no STF produz um senso de segurança e resgata a credibilidade do Judiciário, de forma a torná-lo mais ágil, célere e equânime na tomada de decisões. Tais argumentos, de fato, parecem não convencer Cruz (2004a, p. 446-447), o qual continua a asseverar o risco de se conferir poderes de natureza constituinte ao STF, especialmente, pelo emprego da ponderação de valores e das modernas técnicas do controle de constitucionalidade, permitindo que ele passe a atuar por meio de decisões gerais e vinculativas.

O ideal, portanto, assinala o autor, seria a compatibilização dos modelos difuso e abstrato, de forma a não conceder aos tribunais atribuição exclusiva para apreciação da constitucionalidade de leis. Com isso, exerceria o controle abstrato um papel complementar, de forma a não implicar a nefasta restrição da jurisdição constitucional difusa, a qual contribui, de forma significativa, para a argumentação na tutela judiciária.

Quanto à divergência sobre a matéria, pondera Cattoni de Oliveira (2001b, p. 212):

[...] no Brasil, apesar de algumas vozes discordantes, o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e dos atos normativos é fundamentalmente difuso e incidental, como exigência constitucional basilar no esteio da melhor tradição democrática e constitucional brasileira. Assim, no Brasil e cada vez mais em toda parte, a Constituição estabelece um verdadeiro 'modelo constitucional do processo', estruturante do Direito Processual, que não pode ser desconsiderando, sob pena de inconstitucionalidade e até mesmo de descaracterização do instituto do processo enquanto tal.

A despeito de tais divergências, não há como desconsiderar que as profundas transformações ocorridas no âmbito legislativo e jurisprudencial concederam ao STF uma ampliação de sua força decisória, seja no modelo abstrato de constitucionalidade (dotando suas decisões de efeitos vinculantes e gerais), seja no difuso, em que o tribunal também atua uniformizando as diversas interpretações da Constituição, realizadas pelos juízes e tribunais, podendo, inclusive, empregar efeitos gerais às decisões de inconstitucionalidade proferidas de forma incidental, por meio da edição de súmula vinculante.

Assim, é inquestionável que o mencionado tribunal atua preponderantemente na uniformização da interpretação constitucional, em especial, por meio do favorecimento do sistema abstrato em detrimento do difuso. Impõe-se, porém, observar se ele vem cumprindo o propósito de consolidação da democracia, possibilitando a manifestação de todos os atores sociais que vivenciam a realidade no processo de construção de suas decisões judiciais.

Como apresentado até aqui, o redesenho do sistema de controle brasileiro de constitucionalidade, em tese, parece ter causado, na visão de Mendes (2005), a ampliação não apenas do poder de controle do STF, mas também dos próprios canais de acesso ao tribunal a diversos atores políticos.

Entretanto, apesar da defesa de tal entendimento, a análise da jurisprudência do citado tribunal indica a insuficiência de tal narrativa, apontando, ao revés, para a restrição do alcance de sua atuação na esfera política. Nesse sentido, indicam-se como demonstração de tal assertiva as interpretações restritivas quanto ao controle abstrato de constitucionalidade adotadas pelos ministros do STF. Estes se ocuparam, nada obstante a

ausência de previsão constitucional nessa direção, do desenvolvimento do conceito e da abrangência da pertinência temática, impondo, como exigência para a propositura das ações de controle abstrato, o preenchimento de tal requisito implícito para alguns dos legitimados do artigo 103, dentre os quais, as mesas das assembleias legislativas e da Câmara Legislativa do Distrito Federal, os governadores dos estados e do Distrito Federal, as confederações sindicais e as entidades de classe de âmbito nacional.

Assim, embora o STF tenha saído da Assembleia Nacional Constituinte com ampla e significativa gama de poderes para o desempenho do controle abstrato, ao tratar da distinção entre legitimados universais (que podem propor ADI sobre qualquer tema) e legitimados especiais (que apenas poderiam propor a ação sobre temas ligados à sua esfera de atuação), seus ministros acabaram por restringir o grau de representatividade e o alcance de sua atuação na esfera política, conforme argumenta Diego Arguelhes (2015, p. 214).

Cumprir ter presente, ainda nesse ponto, o fato de que, além da exigência de pertinência temática em relação aos propósitos e às linhas de atuação da associação, o STF também se esforçou para constituir outros requisitos, para que uma associação se apresente como entidade de classe no âmbito nacional, assegurando rígida interpretação ao disposto no artigo 103, inc. IX, da Constituição. Com isso, afirma Mendes (2005, p. 164) que, segundo a orientação firmada por tal tribunal, não configuraria entidade de classe de âmbito nacional a organização firmada por associações pertencentes a categorias diversas, nem tampouco as pessoas jurídicas de direito privado que reúnam, como membros integrantes, associações de natureza civil e organismos de caráter sindical, exatamente em decorrência desse hibridismo. Além disso,

a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem consignado, no que concerne ao requisito da espacialidade, que o caráter nacional da entidade de classe não decorre de mera declaração formal consubstanciada em seus estatutos ou atos constitutivos. Essa particular característica de índole espacial pressupõe, além da atuação transregional da instituição, a existência de associados ou membros em, pelo menos, nove estados da Federação. Trata-se de critério objetivo, fundado na aplicação analógica da Lei Orgânica dos

Partidos Políticos, que supõe, ordinariamente, atividades econômicas ou profissionais amplamente disseminadas no território nacional.<sup>36</sup>

Em virtude de tal compreensão, registra-se, a título de mera ilustração, que o STF entendeu que a União Nacional dos Estudantes - UNE, entidade de notória importância na resistência à ditadura militar, não possuía legitimidade para provocar o controle abstrato, por não se tratar de categoria profissional, “entidade de classe de âmbito nacional”<sup>37</sup>.

Com isso, tem-se que o filtro da pertinência temática, que não possui previsão expressa no texto constitucional, compromete a necessária ampliação dos legitimados para instauração do controle abstrato.

Além das insuficiências no campo de atuação do controle abstrato, por via da restrição jurisprudencial ao direito de propositura das ações, relevante ainda é pontuar que tal modalidade de controle, mais do que defender a Constituição e os direitos e garantias fundamentais, tem figurado como grande instrumento para a defesa de interesses corporativos, explicitando-se, assim, uma clara dissonância entre discurso doutrinário e prática judicial.

Essa é a conclusão da pesquisa já citada ao longo deste trabalho, realizada pela Universidade de Brasília, entre 2012 e 2014, destinada a compreender como têm funcionado os mecanismos de controle abstrato de constitucionalidade no Brasil, após análise das quase 4.900 Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI), ajuizadas no STF entre 1988 e 2012. O estudo focou na análise das ADI's, dado o fato de elas serem preponderantes dentro do controle abstrato, correspondendo, em média, a 94% dos processos de controle ajuizados. A partir da análise de dados empíricos, o estudo chega à conclusão de que o delineamento geral das decisões e dos atores mostra que a combinação do perfil político dos legitimados com a jurisprudência restritiva do STF, em termos de legitimidade, conduziu à constatação de que o modelo de controle concentrado brasileiro “possui uma predominância jurisprudencial de argumentos formais ou de organização do Estado, cumulada com uma atuação ligada à garantia de interesses corporativos” (COSTA; BENVINDO,

---

<sup>36</sup> BRASIL. STF. ADI 79 QO, Relator: Min. CELSO DE MELLO. Julgamento em 13/4/1992.

<sup>37</sup> BRASIL. STF. ADI n. 984/DF. Relator: Min. Néri da Silveira. Julgamento em 18/11/1993.

2013, p.77-78). Retrata, ainda, serem poucas as decisões em que o STF anula normas com base na aplicação de direitos fundamentais.

Dados levantados pela mencionada pesquisa ainda refutam a tese, pregada por parcela da literatura brasileira, no sentido de que a ampliação do controle abstrato é especialmente interessante para partes que não têm poder de alterar essas normas na arena legislativa, como partidos minoritários e entidades corporativas sem grande peso político. Constata-se, por exemplo, que, apesar da atribuição de legitimidade aos partidos políticos para a propositura de ADIs, esses atuam, preponderantemente, em função de seus interesses institucionais e de conveniências político-eleitorais, dado que a grande maioria das decisões se refere à impugnação de normas de Direito eleitoral ou normas que se refletem na distribuição de cargos eletivos. É o caso do desmembramento de municípios, e do exercício do poder, como a criação e a nomeação de cargos, buscando os partidos, de forma eventual, a defesa de interesses considerados difusos.

No mesmo sentido, aponta o estudo que todas as decisões de procedência em ADIs movidas pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) se vinculam a interesses ligados a demandas judiciais, e não a uma proteção mais ampla dos interesses individuais e coletivos. Conclui, assim, que a atuação de tal instituição tende a tutelar interesses específicos, e não interesses mais amplos da coletividade (COSTA; BENVINDO, 2013).

Com efeito, revela, ainda, a pesquisa, que os partidos políticos, o Procurador-Geral da República, as entidades de classe e os governadores de estado são os principais demandantes de controle abstrato de grande porte, respondendo cada um deles por 20 a 30% do total de ações propostas (assim, juntos, compõem mais de 90% do total de demandas). Tais dados demonstram que, de fato, o Brasil não apresenta uma jurisdição diversificada (COSTA; BENVINDO, 2013).

Resta denotado, assim, que a jurisprudência do STF aprecia, sobretudo, questões que lhe foram submetidas por grupos econômicos e/ou profissionais, estando, de regra, excluídos do manejo do processo, as associações da sociedade civil e grupos de defesa de direitos. Dessa forma, tem-se que, a despeito do discurso do aprimoramento democrático do sistema de controle

abstrato de constitucionalidade nos últimos anos, é fácil constatar que setores estigmatizados da sociedade brasileira ainda encontram dificuldades no acesso à jurisdição constitucional, o que compromete a necessária abertura do processo constitucional a uma pluralidade de sujeitos.

De fato, apesar da adoção ocasional de decisões proferidas em prol de grupos oprimidos, ainda predomina, no cenário jurídico nacional, a visão de matriz formalista, que, de regra, refuta a possibilidade de que cidadãos comuns e organizações da sociedade civil possam interagir no processo de criação e interpretação das leis, concedendo ao Judiciário o monopólio sobre o Direito Constitucional.

Por oportuno, incumbe, ainda, registrar que relatório emitido pelo projeto *Supremo em Números*, que tratou de levantar dados referentes ao acesso ao Supremo, entre os anos de 1988 a 2009, atesta que a alteração no âmbito do controle abstrato não significou transformar o STF em corte constitucional que operaria apenas com base no controle concentrado de constitucionalidade, dado que “a absoluta maioria dos processos recebidos pelo Supremo se origina da Corte Recursal, correspondendo a quase 92% dos casos, de 1988 até 2009” (FALCÃO; CERDEIRA; ARGUELHES, 2011, p.21). Quantitativamente, portanto, o tribunal não pode ser tido como “corte constitucional”, no sentido original em que esse tipo de instituição foi pensado.

Resta claro, dessa forma, que a sobrecarga de trabalho no STF está muito mais associada à abrangência das suas competências recursais, sendo consideravelmente reduzido o número de ações de controle abstrato que ali tramitam, considerado o seu acervo decisório global. Esse, inclusive, é mais um elemento apto a demonstrar a necessidade de supressão da exigência da pertinência temática em controle abstrato, no que toca às entidades de classe.

A pesquisa ainda aponta que o Estado, em especial o Governo Federal, figura como parte, protagonista absoluto, dessa grande quantidade de recursos que assolam o STF (FALCÃO; CERDEIRA; ARGUELHES).

A análise desses dados, assim como o emprego da interpretação restrita do inciso IX do artigo 103 da Constituição, por parte do STF, revela que o acesso à jurisdição constitucional no tribunal se encontra, consideravelmente,



bloqueado ao cidadão comum e/ou mesmo às instituições que poderiam canalizar seus reais interesses.

Com vistas a facilitar a compreensão acerca das deficiências do sistema da jurisdição constitucional brasileira, a presente investigação, ainda que de forma sucinta, pretende revelar, no subtópico a seguir, outros aspectos problemáticos capazes de ilustrar que o STF, na realidade, não se porta como um verdadeiro fórum deliberativo, dado, entre outros aspectos, o papel modesto desempenhado pelas audiências públicas e o caráter predominante agregativo do tribunal.

### **6.3 O mito da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**

A participação é um direito fundamental inserido no contexto da Constituição brasileira. Buscando afirmar a centralidade desse direito e sua fundamentalidade no Estado Democrático, assevera Luciana da Silva Costa (2004, p. 66):

[...], os instrumentos participativos previstos na legislação podem contribuir para a construção de uma esfera pública democrática no âmbito das três funções estatais. Tal compreensão abre o horizonte para a percepção das funções estatais enquanto poder dialógico, deslegitimando as ações fundadas em um poder meramente mandatário; tal abordagem traz consequências na análise do princípio da separação dos poderes em contextos pós-positivistas, permitindo a abertura das funções estatais às diferentes visões de mundo que integram a tessitura social do Estado Democrático de Direito.

Com efeito, a pretensão do Estado Liberal, que desejava se ver livre de quaisquer intervenções estatais e a tentativa do Estado Social de eliminar qualquer resquício da autonomia privada “cedem lugar a uma nova sociedade, na qual os direitos humanos e a soberania política fundem-se em apoio/proteção ao pluralismo socioeconômico, subculturais e credos religiosos” (CRUZ, 2004a, p. 223). Com isso, a legitimidade democrática do poder estatal passa a demandar a efetiva participação dos atores sociais nos processos institucionalizados de deliberação pública, conforme proposta formulada por Habermas (1997; 2000; 2003), que transpõe os elementos da democracia representativa.

A Constituição é um processo e está em constante mudança. A responsabilidade por sua interpretação não deve, portanto, ser atribuída apenas a uma instituição isoladamente, vez que, dentro de um contexto republicano e democrático, não há espaço para pretensões totalizantes na experiência constitucional.

Além do desbloqueio dos canais de acesso à jurisdição constitucional, por via da adoção de nova roupagem interpretativa, é também imprescindível o estímulo e aperfeiçoamento do perfil decisório por parte dos ministros do STF, bem com a abertura da participação popular no processo de formação de seus julgados.

Não se duvida que a previsão de abertura de um canal permanente de comunicação entre todos os participantes do processo de interpretação se enquadra, perfeitamente, na proposta de uma hermenêutica constitucional adequada à sociedade aberta, proposta por Peter Häberle (1997). De fato, na visão sustentada por tal jurista alemão, a interpretação constitucional não deve ser desempenhada, exclusivamente, pelos membros do Judiciário, dado que todo cidadão dispõe de condições de extrair o sentido da norma constitucional. Nas palavras de Peter Häberle (1997, p. 13), imperativo, hoje, faz-se reconhecer que “quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por cointerpretá-la”. Assim, propugnando pela adoção de formas interpretativas adequadas à sociedade pluralista, ressalta o autor:

Interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos ‘vinculados às corporações’ (*zünftmäßige Interpreten*) e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade (*weil Verfassungsinterpretation diese offene Gesellschaft immer Von neuem mitkonstituiert und Von ihr konstituiert wird*). Os critérios de interpretação constitucional não de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade. (HÄBERLE, 1997, p. 13)

Tomando por base a construção teórica desse autor, salienta Bonavides (2007a, p. 512), que a hermenêutica constitucional contemporânea pode se resumir a uma passagem da sociedade fechada dos intérpretes da Constituição

a uma interpretação constitucional por via da sociedade aberta, na medida em que se reconhece que a interpretação da Constituição não é uma operação que fica restrita aos órgãos estatais, seus destinatários também são seus legítimos intérpretes.

Surge, assim, na visão de Antônio Carlos Wolkmer (2001, p. 119), a possibilidade – talvez mais que isso, o direito - de que novos sujeitos também ajudem nesse processo de construir a normatividade, funcionando como fontes paralelas ao tradicional processo legislativo e jurisdicional. Em outras palavras, trata-se de “evidenciar que, num espaço público descentralizado, marcado pela pluralidade de interesses e pela efetivação real das necessidades humanas, a juridicidade emerge das diversas formas do agir comunitário”.

Com efeito, a ideia de que o monismo jurídico, ou seja, de que apenas o Estado produz Direito, não se coaduna com o universo de uma sociedade multifacetária, em que tanto o multiculturalismo como o pluralismo jurídico apontam para caminho contrário, qual seja, a necessidade de participação coletiva na produção, aplicação e ampliação de direitos. Nas palavras de Canotilho,

[...] o princípio democrático implica em democracia participativa, isto é, a estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efectivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer o controlo crítico na divergência de opiniões, produzir *unputs* políticos democráticos. (CANOTILHO, 2003, p. 288)

Em virtude disso, propõe-se a formação de um modelo coletivo de processo, que fomente a utilização de instrumentos da democracia deliberativa e participativa efetiva dos cidadãos na esfera judicial. Quanto a isso, válido é registrar que a tese de Peter Häberle (1997) é comumente utilizada para justificar o fortalecimento das audiências públicas e do *amicus curiae*, instrumentos de controle abstrato brasileiro, por meio dos quais, em tese, propõe-se abertura para que a sociedade possa se comunicar com o tribunal.

De fato, a efetiva abertura do diálogo pode auxiliar o Judiciário na construção de uma decisão discursiva e deliberativa dentro do processo constitucional, já que, conforme afirmado, a ideia de democracia não mais se reduz à prerrogativa popular de eleger representantes, implicando constante

necessidade de participação e legitimidade do poder. Portanto, a abertura à participação dos cidadãos nos processos decisórios, em tese, tende a enfatizar o peso do elemento argumentativo, tornando legítimas as deliberações.

Semelhante é a leitura de Moraes, Saldanha e Espíndola (2009), que, referindo-se ao perfil coletivo do processo, afirmam ser preciso reconhecer que “somente por intermédio dessa jurisdição aberta à sociedade é que o processo responderá às exigências republicanas de seu exercício democrático, enquanto poder do Estado que tem por finalidade maior concretizar os valores constitucionais” (p. 130). Os referidos autores ainda ressaltam a relevância das audiências públicas para a própria legitimidade do STF perante a sociedade, argumentando que

[...], um dos resultados mais claros deste novo cenário é a participação popular no processo, cenário aberto ao diálogo e à construção coletiva das decisões, consistindo em poderoso meio de aperfeiçoar o próprio processo político pelo qual a sociedade manifesta seu consentimento para com os poderes constituídos. (MORAIS; SALDANHA; ESPINDOLA, 2009, p. 136)

As audiências públicas no Poder Judiciário foram previstas, inicialmente, pelas Leis n. 9.868/99 e n. 9.882/99, sendo atribuída competência ao presidente ou ao relator para convocá-las a ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no tribunal.

A primeira audiência pública realizada pelo tribunal foi convocada pelo ministro Ayres Britto, Relator da ADI 3510<sup>38</sup>, que impugnava dispositivos da Lei de Biossegurança, ocorrido em 2007. Na ocasião, foram ouvidos 22 especialistas, sendo que, desse total, apenas 23% eram formados por representantes da sociedade civil organizada.

Desde então, tal instituto restou aplicado em diversos outros julgados: aborto de fetos anencéfalos em 2008, judicialização do direito à saúde em 2009, ação afirmativa para acesso à universidade em 2010, dentre outros.

---

<sup>38</sup> STF. **Supremo vai realizar a primeira audiência pública de sua história em ADI que contesta Lei de Biossegurança**. 23 de março de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalle.asp?idconteudo=69419>>. Acesso em: 16 junho 2019.

Recentemente (2018), o Supremo ainda promoveu audiência pública que discutiu a descriminalização da interrupção voluntária da gestação até a 12ª semana da gravidez. A audiência foi convocada pela ministra Rosa Weber, relatora da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 442, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) para questionar os artigos 124 e 126 do Código Penal, que criminalizam a prática do aborto.

A ministra convocou a audiência para ouvir especialistas de instituições e organizações nacionais e internacionais, por considerar que a discussão é um dos temas jurídicos “mais sensíveis e delicados”, pois envolve razões de ordem ética, moral, religiosa e de saúde pública e, ainda, a tutela de direitos fundamentais individuais. Ela ainda afirmou que “o próximo tempo é de reflexão, e esse tempo de reflexão se faz necessário para o amadurecimento da causa, e precederá necessariamente o momento do julgamento”<sup>39</sup>. Além de possibilitar o esclarecimento sobre conhecimentos específicos, subsidiando os ministros no processo decisório, as audiências públicas também deveriam servir para promover a efetiva participação da sociedade civil na atividade de interpretação e aplicação do Direito.

Sob essa ótica, assevera Conrado Hübner Mendes (2011, p. 348), que, na fase pré-decisional da “deliberação”, que antecede a tomada de decisão propriamente dita, torna-se possível (até desejável) a criação de canais para a coleta das contribuições dos envolvidos, dos quais são exemplos as audiências públicas e a concessão de voz aos *amicus curiae*. Esses mecanismos teriam, pois, o propósito de intermediar o diálogo entre o tribunal e os interessados, criando uma verdadeira interação do Judiciário com a esfera pública.

No que toca ao “amigo da Corte” (*amicus curiae*), vale registrar que se trata de mecanismo processual previsto na Lei n. 9.868/99, o qual se configura pela manifestação de órgãos ou entidades (de acordo com a sua representatividade), acerca de determinada matéria que se mostre relevante ao interesse social. Dispõe o citado instrumento legal, que o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir

---

<sup>39</sup> STF. **Relatora encerra audiência pública sobre descriminalização do aborto**, 6 agosto 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=386005>>. Acesso em: 16 junho 2019.

sua manifestação, sendo, porém, exigida a representação formal por advogado.

O referido instituto também foi admitido em diversos julgados, tal como aquele em que se debateu a necessidade de autorização prévia para a publicação de biografias<sup>40</sup> e aquele em que se discutiu a suposta omissão do Congresso Nacional em editar lei que efetive a criminalização para atos de homofobia e transfobia<sup>41</sup>.

Assim, não restam dúvidas de que a adequada utilização de tais institutos possibilitaria a pluralização do debate em torno da lide, atendendo, dessa forma, à proposta de realização da sociedade aberta dos intérpretes de Häberle (1997) e aos apelos da teoria deliberativa/discursiva de Habermas (1997; 2000; 2003), assegurando maior interação entre a sociedade e os tribunais.

A despeito disso, a efetividade prática de tais institutos é corriqueiramente questionada. Com efeito, não se pode desconsiderar o argumento de alguns especialistas, no sentido de que as audiências públicas não implicam uma efetiva participação social nos debates de relevância nacional, dado que os argumentos trazidos pela sociedade sequer chegam a ser levados em consideração nas decisões do Supremo. Nesse sentido, destaca Conrado Hübner Mendes (2012, p. 71), “apesar da possibilidade de convocar audiências públicas e de receber petições de ‘amigos da causa’ (*amicus curiae*), a prática recente do STF com esses valiosos instrumentos tem cumprido papel modesto”. Acrescenta, ainda, o autor:

Embora diferentes atores sociais recebam a oportunidade de manifestar oficialmente suas posições, estas ainda repercutem pouco nas fases decisional e pós-decisional. Quer dizer: o Tribunal já permite que alguns desses atores falem, mas ainda não demonstra interesse em escutar, e muito menos em responder (seja para concordar ou para discordar). (MENDES, 2012, p. 71)

No mesmo sentido, Ferreira (2015, p. 161-172) também argumenta que a possibilidade de membros da sociedade civil serem ouvidos em processos

---

<sup>40</sup> BRASIL. STF. Pleno. ADI 4815/DF. Relatora: Min. Carmém Lúcia, Tribunal Pleno. Julgamento em 10/6/2015.

<sup>41</sup> BRASIL. STF. Pleno. ADO 26/DF. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em 13/6/2019.

judiciais, como ocorre na hipótese do *amicus curiae*, possuem o intuito de forjar uma roupagem democrática para as decisões políticas tomadas pelos tribunais brasileiros, que possuem verdadeira formação elitista.

Além disso, apesar de a pesquisa revelar que o número de participantes selecionados que se manifesta em favor de um posicionamento ou de outro é bem distribuído, o que evidencia uma preocupação de paridade de armas, denunciam os autores citados que a reduzida participação presencial dos demais ministros nas audiências públicas (convocadas pelo relator) e o baixo percentual de menção do material obtido nas audiências nos votos dos demais ministros indicam que a oitiva de segmentos da sociedade não tem sido capaz de, efetivamente, influenciar na tomada de decisão durante o processo decisório.

Por oportuno, é de se notar, ainda, que, salvo raras exceções, na maioria das audiências públicas realizadas no STF, apenas é admitida a participação de especialistas. Suas argumentações ficam restritas ao esclarecimento de questões técnicas e científicas, alheias a questões cotidianas vivenciadas pelos possíveis afetados pela decisão, o que compromete a percepção de que tal mecanismo possa ser representado como arena de dissenso.

Assim, na prática, tais mecanismos de “permeabilidade social” não representam um espaço verdadeiramente acessível à sociedade, apto a captar o dissenso decorrente dos diversos mundos de vida que interagem cotidianamente no seio social.

Além das deficiências acima apontadas, oportuno também se faz observar a ausência do perfil deliberativo por parte do STF, quando da etapa decisional (momento da deliberação em si), o que, da mesma forma, acaba por comprometer o ideal deliberativo e a implementação de uma proposta coletiva de processo. Sob tal aspecto, Hübner Mendes (2011, p. 357) observa que

há, na prática decisória do STF, sintomas preocupantes que sugerem um caráter predominantemente agregativo do tribunal. Em primeiro lugar, gera óbvia a baixa frequência de mudança de posicionamentos individuais em virtude dos argumentos novos suscitados no julgamento. O fato de que os votos já chegam prontos e são, com muita frequência, meramente lidos na sessão pública, dá alguma medida de descaso relativo à opinião dos outros membros. Parece

evidente não haver consciência do valor da convergência de posições individuais, quando não se faz sequer um esforço de composição de votos que alcançam um mesmo ponto de chegada, apesar de percorrerem caminhos diversos.

Com isso, o autor considera que a decisão escrita empobrece a deliberação, fazendo com que se torne baixa a frequência de mudança de posicionamentos individuais, em virtude dos argumentos novos suscitados no julgamento.

Outra prática nefasta, sustenta Hübner Mendes (2011, p. 357), consiste na constante interrupção dos julgamentos em virtude da utilização do voto-vista permitido a qualquer ministro.

Virgílio Afonso da Silva (2015a, p. 205-212), também destaca que a ausência de um debate prévio nos julgamentos é apontada por muitos ministros como a causa predominante do número elevado de votos divergentes no Supremo, registrando que a enorme quantidade de trabalho no tribunal também contribui para levar ao aumento do número de divergências, na medida em que empobrece a deliberação.

Dada a ausência, como regra, da deliberação, vez que os ministros não estão dispostos ou mesmo não dispõem de tempo hábil para argumentar, persuadir e ouvir posições contrárias, a tomada de decisão no STF acaba partindo do somatório de posições, decisões e votos individuais. A interação argumentativa cede espaço à simples agregação de votos, segundo a regra da maioria.

Sobre o tema, comporta registrar, ainda que de maneira sucinta, que a tendência de fragmentação das decisões nos tribunais, mediante a adoção de decisões monocráticas, como estratégia de combate à morosidade e ao congestionamento de demandas judiciais, além de ir de encontro à proposta coletiva de processo, implica verdadeiro aniquilamento do modelo discursivo de sociedade aberta de intérpretes constitucionais, inibindo a maximização do desempenho deliberativo do STF. Quanto a isso, vale mencionar que, no ano 2018, o STF proferiu 124.975 decisões, sendo que, desse total, 110.467 foram



monocráticas (88,4%) e somente 14.508 colegiadas (11,6%), segundo informou o atual presidente do tribunal, ministro Dias Toffoli<sup>42</sup>.

Sem embargo de todas essas deficiências elencadas, é de se notar que o modelo coletivo de processo deve sempre ser incentivado, inclusive como forma de limitar os subjetivismos dos ministros do STF, dado que, nas decisões monocráticas, como não há deliberação, muitas vezes, não são levados em conta pelos magistrados os interesses e perspectivas dos afetados.

Partindo dessas premissas, chega-se à conclusão de que ainda se encontra consideravelmente inviabilizada a construção de uma decisão discursiva e deliberativa dentro do processo constitucional brasileiro.

Com vistas a superar tais obstáculos, propõe-se o rompimento com a cultura decisória consolidada pelo tribunal (STF), que tende a empregar, como regra, o procedimento de caráter agregativo, o qual, ao dedicar primazia às performances individuais de cada ministro, tende a aniquilar a necessária interação entre eles na tomada de decisão. Segundo a trilha do que propõe Häberle (1997), os ministros do Supremo devem se conscientizar do fato de que, a despeito de figurarem como intérpretes oficiais, sua interpretação acerca das normas deve sempre buscar correlação com os demais intérpretes da sociedade, adotando uma postura mais aberta ao diálogo e à deliberação.

Atrelado a isso, impõe-se a reinterpretção, por meio de um processo informal de alteração constitucional, do mecanismo de controle abstrato de constitucionalidade, em especial, no que toca ao alargamento de atribuição do sentido do disposto no art. 103, da CR/88.

#### **6.4 Da necessária ressignificação do controle abstrato de constitucionalidade no Brasil por via da mutação constitucional**

Tomando por base o contexto anteriormente delineado, fica evidenciado que a Constituição Brasileira de 1988, almejando superar um regime autoritário e reconhecendo os sinais de esgotamento apresentados pela democracia representativa liberal clássica, opta por dotar o Poder Judiciário brasileiro de

---

<sup>42</sup> Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=399126>>. Acesso em: 17 junho 2019.

importantes instrumentos de proteção das demandas individuais e sociais, além de contemplar um abrangente sistema de controle abstrato de constitucionalidade.

A despeito de tais transformações, ficando comprovado o acesso restrito e o acentuado viés corporativo no manejo dos mecanismos de controle abstrato de constitucionalidade, torna-se imperioso avançar, por meio do incremento de instrumentos de efetiva democracia participativa, reconhecendo, sobretudo, que a construção de uma jurisdição constitucional democrática passa pelo assentimento de que o cidadão comum deve integrar a ordem jurídica como um agente privilegiado no manejo do instrumental processual constitucional, não podendo figurar como mero espectador.

Com efeito, não se deve olvidar que o sentido da Constituição precisa ser permanentemente construído por todos aqueles que a vivenciam. A atividade da elaboração dessa identidade constitucional não pode ficar a cargo de um único sujeito, ou seja, apenas as entidades públicas, na esteira do que sustenta Michel Rosenfeld (2003). Segundo ele, “sempre haverá a possibilidade de a identidade constitucional ser reinterpretada e reconstruída” (p.18). A teoria esboçada pelo citado autor encontra amparo no paradigma estatal democrático, na medida em que tende a valorizar a pluralidade de formas de vida, possibilitando novas interações no âmbito da esfera pública.

Seguindo a mesma linha, destacando a necessidade de a Constituição ser levada a sério pela sociedade, ponderam Soares e Barros, citando Pablo Lucas Verdú, que o sentimento constitucional se manifesta como “expressão de afeição do cidadão pela justiça e pela equidade, relacionando-se diretamente à norma fundamental, pois esta dispõe sobre valores como liberdade” (VERDÚ *apud* SOARES; BARROS, 2014, p. 163).

Logo, estando assentado que o modelo discursivo de jurisdição pode ser tido como aquele que melhor cumpre os propósitos democráticos da jurisdição constitucional, figurando como instrumento imprescindível para o surgimento de uma cidadania ativa, comprometida com a proteção da democracia e dos direitos fundamentais, impõe-se a ressignificação da esfera pública jurídica.

A Constituição é um texto vivo, seu sentido deve ser construído num processo constante e dinâmico. Os intérpretes constitucionais não podem

despir-se completamente de sua identidade nacional ou cultural (ROSENFELD, 2003, p. 22-23). Portanto, a construção dessa identidade só pode ser compreendida através da intersubjetividade circunscrita pelo texto constitucional.

Partindo dessas premissas, afirma Juliana Gomes (2015, p. 405) que “a ideia de deliberação leva a uma postura da alteridade e incentiva a compreensão do ponto de vista do outro”. Além de valorizar a leitura que cada um faz da Constituição, buscando, por meio da troca e do questionamento, encontrar pontos de convergência, ela também estimula práticas e procedimentos de todos que irão sofrer os efeitos da decisão.

Em meio a tal cenário, torna-se importante registrar, desde já, que a presente pesquisa não se propõe a apresentar uma alternativa infalível, capaz de possibilitar a criação de uma jurisdição acessível a qualquer cidadão junto ao STF (por meio, por exemplo, da adoção de um modelo de controle abstrato com acesso universal – as chamadas ações populares - tal como se dá no modelo boliviano). Por certo, isso agravaria ainda mais a situação de sobrecarga processual já vivenciada pelo tribunal.

Contudo, mesmo sem a pretensão de esgotar o tema, dada as inúmeras complexidades que o circundam e reconhecendo que o ato de construção de uma decisão judicial pode resultar num significativo impacto sobre a identidade constitucional, o trabalho apresenta, como sugestão e com o intuito de provocar novos debates, o alargamento da legitimidade ativa para acionar os mecanismos de controle abstrato junto ao STF, bem como a supressão da interpretação limitadora operada pelo tribunal, no que toca à fixação de critérios precisos sobre classe de âmbito nacional. De fato, esses deveriam ser estipulados pelo legislador constituinte, acaso julgasse necessária a medida, e não pelo tribunal, no exercício de sua atividade jurisdicional, dado que implica nefasto bloqueio ao acesso da jurisdição de instituições voltadas à salvaguarda de interesses de populações oprimidas.

Cabe, nesse sentido, mencionar, a título de ilustração, que a própria entidade de classe de âmbito nacional da Defensoria Pública pode vir a encontrar obstáculos na defesa de grupos vulneráveis, uma vez que, seguindo a interpretação restritiva empregada sobre a matéria na jurisprudência do

próprio STF, a entidade estaria apta a questionar apenas temas afetos às suas finalidades estatutárias, não servindo para a discussão abstrata de temas relevantes para a sociedade.

Quanto a isso, cumpre registrar que, no ano de 2016, a Associação Nacional dos Defensores Públicos (Anadep) protocolou no STF Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5581, de relatoria da ministra Cármen Lúcia)<sup>43</sup>, juntamente com arguição de descumprimento de preceito fundamental. Questionam-se dispositivos da Lei 13.301/2016, que trata da adoção de medidas de vigilância em saúde relativas aos vírus da dengue, chikungunya e Zika. A associação alega violação de diversos dispositivos constitucionais, bem como da Convenção de Direitos das Pessoas com Deficiência. Sustenta, em síntese, a necessidade de interpretação, conforme a Constituição, do dispositivo questionado da Lei 13.301/2016, por entender que não é possível restringir a concessão do benefício de prestação continuada pelo prazo máximo de três anos, pois as crianças afetadas pela síndrome da microcefalia sofrerão impactos e consequências por toda a vida, o que está cientificamente demonstrado. Conclui que os atos do Poder Público atacados se constituem numa série de omissões, quanto à garantia de acesso à informação, a cuidados de planejamento familiar, incluindo o acesso a métodos contraceptivos reversíveis de longa duração, ao acesso aos serviços de saúde para atendimento integral de todas as crianças com deficiência associada à síndrome congênita do vírus Zika e à possibilidade expressa e literal de interrupção da gravidez nas políticas de saúde do Estado brasileiro para mulheres grávidas infectadas pelo vírus Zika.

A despeito da relevância e abrangência da matéria, a Procuradoria Geral da República questiona a legitimidade ativa da associação para propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental, manifestando-se pelo não conhecimento das ações<sup>44</sup>. Como

---

<sup>43</sup> STF. Defensores públicos questionam lei sobre combate a doenças transmitidas pelo *Aedes aegypti*, **Notícias STF**, 25 agosto 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=323833>>. Acesso em: 6 agosto 2019.

<sup>44</sup> STF. ADI 5581. Acompanhamento processual. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310258215&ext=.pdf>>. Acesso em: 6 agosto 2019.

preliminar processual, tal órgão do Ministério Público Federal argumenta, em síntese, que a Anadep, que representa defensores públicos ativos e aposentados, não detém legitimidade para propor tais ações, em face de atos estatais que disponham sobre políticas públicas associadas ao Zika vírus e à microcefalia. Não haveria, na concepção do Ministério Público, pertinência temática entre os objetivos institucionais da Anadep e o objeto das ações interpostas.

Acrescenta o órgão ministerial que, conquanto o art. 2º, VI, do estatuto da Anadep descreva grupos específicos em prol dos quais a associação poderia atuar, a situação não se confunde com a legitimidade própria das entidades de classe de âmbito nacional, habilitadas a ajuizar ações de controle concentrado de constitucionalidade, prevista no art. 103, IX, da CR/88. Alerta para o fato de que o STF somente reconhece viabilidade de ações diretas propostas por entidades de classe de abrangência nacional, desde que o objeto da ação guarde pertinência com os interesses próprios da classe representada. Assevera, por fim, que o tema questionado não possui relação com interesses jurídicos típicos de defensores públicos, suas prerrogativas e direitos, tratando-se de matéria estranha aos interesses da Anadep. Assim, considera que, por não ser possível confundir a Anadep com a própria Defensoria Pública, é manifesta a ausência de legitimidade da autora para propor essas ações, por falta de pertinência temática.

De fato, não se objeta que a legitimidade da instituição (Anadep) para as ações por ela interpostas pode vir a sofrer a incidência interpretação restritiva, até hoje vigente, da expressão “entidades de classe” do art. 103, IX, da Constituição, por parte do STF. Tal, por certo, acarretará limitação do acesso de grupos estigmatizados da sociedade à jurisdição constitucional abstrata do STF, resultando em um enfraquecimento das potencialidades da chamada atuação contramajoritária do tribunal. Em face de tais questões, sustenta-se a necessidade de a noção de classe ser reconceitualizada pelo tribunal.

Com efeito, afigura-se problemática a exigência de que haja uma relação de pertinência entre o objeto da ação e a atividade de representação da entidade de classe ou da confederação sindical, visto que, conforme ressalta o ministro Gilmar Mendes (2005, p. 174), “cuida-se de inequívoca restrição ao

direito de propositura, que, em se tratando de processo de natureza objetiva, dificilmente poderia ser formulado até mesmo pelo legislador ordinário”.

Alega, ainda, o citado ministro (MENDES, 2005, p. 175-178), que a intensa discussão sobre a caracterização como entidade de classe acaba por tumultuar a já problemática situação do STF no que concerne à sobrecarga de trabalhos estatísticos, sustentando, dessa feita, que a concessão de manejo do controle abstrato aos demais legitimados, descritos no art. 103 da Constituição, já seria suficiente para colocar o sistema brasileiro entre os benevolentes, no que tange à possibilidade de instauração do controle abstrato de normas.

Entretanto, torna-se imperioso refutar essa última ponderação formulada por Mendes (2005), visto que, conforme mencionado, a absoluta maioria dos processos recebidos pelo Supremo não está atrelada à sua competência originária, e sim à sua competência recursal. Logo, ao contrário do que sustenta o ministro, a abrangência dos legitimados é, sim, válida e, por certo, não figurará como fator preponderante para superabundância de processos no tribunal.

Em meio a tal cenário, desarrazoadas são as restrições interpretativas do STF (no que toca ao manejo do controle abstrato), as quais por certo, não compatibilizam com o intuito manifestado pelo legislador constituinte, que optou por bem ampliar o leque de legitimados sem qualquer distinção.

Tomando por base o caso acima, é perfeitamente viável considerar a Anadep, entidade de classe de âmbito nacional que congrega defensores públicos de todo o País, legitimada para provocar o controle abstrato. Nesse sentido, pois, ela visa a atender aos interesses de todos os seus membros, defensores públicos em pleno exercício de suas funções e prerrogativas constitucionais. A eles incumbe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição. Deveras, não se deve olvidar do fato de que serão os defensores públicos de todo território nacional que realizarão a defesa das mulheres e crianças acometidas pelo vírus Zika e suas

consequências, já que, em sua maioria, trata-se de pessoas vulneráveis e hipossuficientes economicamente.

Quanto a isso, é necessário registrar que o vírus Zika se espalhou por todas as regiões do Brasil, embora com distribuição desigual entre elas. O maior número de casos ocorreu nas regiões Nordeste e Sudeste, conforme atesta pesquisa recente realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea)<sup>45</sup>. O estudo ainda revela que a febre pelo vírus Zika e sua consequência mais devastadora, a microcefalia em bebês, são males endêmicos, que atingem, principalmente, famílias pobres, residentes nas regiões menos desenvolvidas. Com efeito, a grande maioria de casos da síndrome congênita do Zika tende a afetar a população que se encontra em situação de extrema pobreza. Tais dados demonstram que o atendimento às demandas dessas famílias afetadas, por certo, será abarcado por órgãos de execução da Defensoria de todo o País.

Assim, não resta dúvida de que a questão versada no caso sob análise tende a repercutir diretamente sobre a atividade profissional desempenhada pela classe envolvida.

Como sabido, por determinação constitucional, incumbe aos defensores públicos atuar por meio da defesa judicial e extrajudicial dos direitos das mulheres e das crianças em situação de vulnerabilidade, sendo aquelas afetadas pelo Zika, majoritariamente hipossuficientes e necessitadas. Desse modo, há repercussão direta no trabalho executado pelos associados da Anadep.

Ainda, existe expressa previsão no Estatuto Social da referida entidade para proposição de ação constitucional concentrada e para atuação em benefício das pessoas em situação de vulnerabilidade.

Desse modo, no mínimo, impõe-se uma visão constitucionalmente adequada do instituto “pertinência temática”, de forma a possibilitar a legitimidade da instituição citada, não apenas no caso sob análise, mas também em todas as demais hipóteses em que se constatar a necessidade de

---

<sup>45</sup> GARCIA, Leila Posenato. Epidemia do vírus Zika e microcefalia no Brasil: emergência, evolução e enfrentamento. Fevereiro de 2018. Disponível em: <[http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8282/1/td\\_2368.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8282/1/td_2368.pdf)>. Acesso em: 15 agosto 2019.

proteção dos interesses das populações e pessoas vulneráveis e hipossuficientes economicamente, aptas a terem seus interesses representados pela instituição Defensoria Pública.

Com efeito, a mudança de comportamento por parte do tribunal quanto à matéria torna-se imperiosa, dado que apta a contribuir para a superação dessa perspectiva limitadora da jurisdição constitucional, atribuindo, ainda, maior poder à sociedade civil, que, por intermédio de órgãos e instituições canalizadoras de sua vontade, poderá provocar o STF na tomada de decisões judiciais cruciais à própria efetivação da cidadania.

No que toca ao argumento de que o mecanismo de controle difuso seria mais democrático que o abstrato, sob o ponto de vista do acesso e participação da sociedade, relevante registrar que apesar das vantagens inquestionáveis do citado modelo, fato é que o número reduzido de defensores públicos no País impossibilitaria o seu manejo por parte dos mais alijados, não havendo dúvida de que os efeitos obtidos por meio das ações de controle abstrato estariam muito mais aptos a alcançar um contingente maior de pessoas.

Assim, na expectativa de que haja uma gradativa construção de uma democracia participativa e deliberativa, recomenda-se o alargamento da compreensão de entidade de classe de âmbito nacional, por parte da jurisprudência do STF, possibilitando o acesso de grupos minoritários à jurisdição constitucional abstrata e fortalecimento das potencialidades de sua atuação.

Deveras, considerando que a via formal (representada pela emenda constitucional) não constitui hipótese exclusiva de alteração do conteúdo das normas constitucionais e reconhecendo as dificuldades do legislador em acompanhar as transformações políticas e sociais que se sucedem no tempo, propõe-se a ressignificação do mencionado modelo, por meio de um processo informal de alteração constitucional, qual seja, a mutação constitucional, com vistas a remover obstáculos que desafiam a própria legitimidade dos defensores públicos para o manejo do controle abstrato de constitucionalidade.

De fato, não se questiona que a mudança de compreensão sobre a matéria, sem que se demande, para tanto, o desgaste político de aprovação de uma proposta de emenda à Constituição, torna-se perfeitamente compatível



com o fenômeno da mutação constitucional, que implica a possibilidade de ampliação do espaço interpretativo das normas constitucionais, notadamente no que toca ao seu sentido e alcance. Sobre o tema, aponta Barroso (2010) que:

[...] a mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. Esse novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. Para que seja legítima, a mutação precisa ter lastro democrático, isto é, deve corresponder a uma demanda social efetiva por parte da coletividade, estando respaldada, portanto, pela soberania popular. (p. 126-127)

Seguindo o mesmo pensamento, ponderam Mendes e Branco (2013, p. 134) que “por vezes, em virtude de uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma, ou ainda por força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade, a Constituição muda, sem que as suas palavras hajam sofrido modificação alguma”.

Daí, decorre a possibilidade de se atribuir ao texto um novo sentido, em especial, diante da constatação de que a norma não se confunde com o texto.

Por isso, o presente trabalho prega a possibilidade de os defensores públicos, através de sua entidade de classe (Anadep), se verem inseridos no rol de legitimados para suscitar ações abstratas de controle junto ao STF, dado que tal corresponde à demanda apresentada por parte considerável da sociedade brasileira, que tem clamado, cada vez mais, pelo serviço prestado pelos órgãos de execução da Defensoria. De fato, embora tenha pouco tempo de existência, a instituição é considerada pela sociedade brasileira como a mais importante do Brasil na garantia de direitos fundamentais. É o que revela levantamento concluído pela GMR Inteligência e Pesquisa, encomendado pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)<sup>46</sup>. A pesquisa ouviu 5.035 pessoas de todo o País, de todas as classes sociais e idades, e tem nível de confiança de 95%, segundo a GMR. Conforme o levantamento, a Defensoria está à frente, por exemplo, do Ministério Público, da Polícia e das Forças

<sup>46</sup> Defensoria Pública é a instituição mais importante do país, diz pesquisa. **Revista Isto É**, São Paulo, 15 setembro 2017. Disponível em: <<https://istoe.com.br/defensoria-publica-e-a-instituicao-mais-importante-do-pais-diz-pesquisa/>>. Acesso em: 15 agosto 2019.

Armadas. Para quase 50% dos entrevistados, a Defensoria é muito importante, enquanto 43% a consideram importante. Além disso, ela é avaliada como a mais relevante na proteção de crianças e jovens.

Em relação à confiança nas instituições, novamente a Defensoria se destaca, só ficando atrás das Forças Armadas. A pesquisa compara os dados de 2017 com os de 2014, quando foi realizada pesquisa semelhante. Em todos os quesitos avaliados, a Defensoria melhorou sua posição no *ranking* das instituições. É o caso, por exemplo, do conhecimento da população sobre o trabalho da Defensoria, que passou de 7º lugar, em 2014, para 5º na pesquisa de 2017. Na importância, saltou de segundo para primeiro lugar.

De forma semelhante, pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) e pelo Instituto de Pesquisas Sociais, Políticas e Econômicas (Ipespe), por encomenda da Associação dos Magistrados do Brasil (AMB)<sup>47</sup>, divulgada no ano de 2019, atesta que a Defensoria Pública é a instituição do Sistema de Justiça mais conhecida, confiável e mais bem avaliada pela sociedade (78% dos brasileiros aprovam a sua atuação), alcançando o maior índice de aprovação entre as instituições pesquisadas.

O reconhecimento do trabalho da instituição por parte da sociedade configura, por óbvio, forte argumento para justificar a sua legitimidade para o manejo das ações de controle abstrato, por via mutação da constitucional. A referida construção implica interpretação plausível, distanciando-se do temido ativismo judicial, dado que não ultrapassa os limites da jurisdição. Senão, vejamos.

Conforme visto, com amparo nas teorias concretistas da interpretação constitucional (notadamente, Konrad Hesse e Friedrich Muller), hoje não se desconsidera o fato de que o Direito interage com a realidade sobre a qual incide. Seguindo essa trilha, apresenta-se a necessidade de adaptar os instrumentos do Direito às novas e múltiplas demandas por parte da sociedade, as quais, usualmente, não chegam a ser amparadas pelos processos formais e dificultosos de reforma legislativa. Assim, identifica-se, na mutação

---

<sup>47</sup> Defensoria Pública é a instituição mais bem avaliada pela população. **Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais**, 03 dezembro 2019. Disponível em: <<https://www.defensoria.mg.def.br/destaque/defensoria-publica-e-a-instituicao-mais-bem-avaliada-pela-populacao/>>. Acesso em: 4 dezembro 2019.

constitucional, um mecanismo legítimo de transformação da Constituição. Essa, porém, encontra limites, não podendo desvirtuar-se do seu espírito. Com efeito, esclarece Celso Ribeiro Bastos (2007, p. 163):

[...] a atividade interpretativa não é absoluta - é dizer, sem limites. Por mais que a norma constitucional possua um alto grau de abstratividade, generalidade e imprecisão, é evidente que existem amarras que delimitam o campo de atuação do interprete. Este, ao realizar seu mister, não pode ir além da interpretação literal da norma interpretada e da vontade desta (*voluntas legis*). Caso o faça, o interprete atuará como legislador positivo, e não como interprete, pois estará criando norma jurídica, ao invés de descobrir o sentido da norma constitucional analisada.

Quanto a isso, ponderam Soares e Barros (2014, p. 183), que a tarefa interpretativa, a despeito do subjetivismo que encerra, “encontra limites incontornáveis, demarcados pela Constituição em si”, alertando, ainda, para o risco da utilização de argumentação alienígenas, inadequadas à realidade estatal, quando do seu desempenho.

No mesmo sentido, o Professor Elival da Silva Ramos (2009, p. 74-75) afirma:

Na escolha da variante exegética (programa normativo) compatível com o espaço de interpretação não se está trabalhando fora da dogmática e sim sob seus pressupostos, já que a opção há de ser justificada racionalmente e de se mostrar coerente com o sistema jurídico em vigor. Admite-se aqui a influência da consciência ética que o intérprete-aplicador partilha com a sociedade em que vive. Não se trata da imposição voluntarista de concepções éticas pessoais, que não atenderiam às necessidades de uma justificação correlata ao desempenho de função estatal, mas da tentativa de expressar o sentimento de justiça radicado no meio social de onde provém o operador do direito e para o qual se dirige. Não se está, por outro lado, a admitir a complementação da ordem jurídica vigente com prescrições provenientes de um direito natural ou de uma ordem objetiva de valores; ainda que se parta de imperativos éticos construídos em consideração ao que melhor convém à pessoa humana, não se poderá jamais recusar a juridicidade de propostas interpretativas distintas, desde que compatíveis com o espaço que se está a densificar.

Seguindo a mesma trilha, ainda no que tange à cautela, destaca Barroso (2010, p. 128-129) que o sentido novo trazido pela mutação à Constituição deve estar atento às possibilidades semânticas do relato da norma (atendendo aos sentidos possíveis do texto que está sendo interpretado), bem como preservar os princípios fundamentais que dão identidade àquela específica

Constituição, sob pena de implicar manifestação inconstitucional, ou mesmo na nefasta usurpação de poder.

Com isso, a construção da norma, que prescinde coparticipação do intérprete, capaz de adaptar a Constituição a novas realidades, não poderá acarretar atividade criativa. Destaca Barroso (2010, p. 130-131) que a interpretação construtiva e a interpretação evolutiva não se confundem com a mutação constitucional, asseverando:

A interpretação construtiva consiste na ampliação do sentido ou extensão do alcance da Constituição – seus valores, seus princípios – para o fim de criar uma nova figura ou uma nova hipótese de incidência não prevista originariamente, ao menos, não de maneira expressa. Já a interpretação evolutiva se traduz na aplicação da Constituição a situações que não foram contempladas quando de sua elaboração e promulgação, por não existirem nem terem sido antecipadas à época, mas que se enquadram claramente no espírito e nas possibilidades semânticas do texto constitucional. A diferença essencial entre uma e outra está em que, na interpretação construtiva, a norma alcançará situação que poderia ter sido prevista, mas não foi; ao passo que, na interpretação evolutiva, a situação em exame não poderia ter sido prevista, mas, se pudesse, deveria ter recebido o mesmo tratamento.

A mutação constitucional por via da interpretação, por sua vez, consiste na mudança de sentido da norma, em contraste com entendimento preexistente. Como só existe norma interpretada, a mutação constitucional ocorrerá quando se estiver diante da alteração de uma interpretação previamente dada. No caso da interpretação judicial, haverá mutação constitucional, quando, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal vier a atribuir a determinada norma constitucional sentido diverso do que fixara anteriormente, seja pela mudança da realidade social ou por uma nova percepção do direito.

Com efeito, incumbe ao Judiciário adequar o Direito vigente à realidade circundante e às mudanças originadas a partir do desenvolvimento de novos comportamentos sociais, atendendo, todavia, às possibilidades normativas, sob pena de tal procedimento transfigurar-se em verdadeiro decisionismo. Deveras, a despeito de a mutação implicar aperfeiçoamento do programa normativo, seria inconcebível possibilitar a atualização descompromissada do texto constitucional, atribuindo a este uma infinidade de sentidos desconexos.

Diante do quadro delineado, de incontestável mudança da realidade social, notadamente diante da constatação de que a nova consciência de direitos estimula as vítimas do processo de exclusão social existente no País, cada vez mais, reclamarem o direito de serem ouvidas e do indiscutível reconhecimento

do trabalho desempenhado pela Defensoria, em prol dos mais necessitados, a proposta formulada se mostra plenamente viável. Além de realidade diversa, a citada medida, também, encontra abrigo na possibilidade aberta do sentido semântico da norma disposta no art. 103, da CR/88, a qual restou criada pelo constituinte com o claro intuito de ampliar o leque de legitimados para manejo do controle abstrato, sem qualquer distinção.

Tal proposta, decerto, não se enquadra nas hipóteses de interpretação construtiva ou evolutiva acima mencionadas, dado que revela mera mudança de sentido da Constituição, operada por meio de interpretação possível no espectro textual e que se distancia por completo de abordagens marcadas por um acentuado grau de substancialismo.

O objetivo, assim, é ajustar a interpretação da Constituição à realidade dos subcidadãos, possibilitando a inclusão da Defensoria Pública, instituição inclusiva e representativa daqueles no rol dos legitimados, para provocar o controle abstrato de constitucionalidade (por meio da atuação de sua entidade de classe). Por fim, cumpre fazer a ressalva que não se deve olvidar do fato de que fortalecer a Defensoria Pública é fortalecer, em última análise, seu destinatário final, qual seja, o cidadão necessitado, o excluído da nação.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste estudo se propôs realizar uma reflexão sobre a jurisdição constitucional, notadamente, com o propósito de sugerir uma ampliação dos canais de acesso ao controle abstrato de constitucionalidade, a fim de atender às exigências de criação de uma jurisdição constitucional de base democrática, discursiva e pluralista.

Ficaram evidenciados, inicialmente, alguns eventos que ensejaram transformações significativas sofridas pelo Direito nas últimas décadas. Modificações de cunho normativo-hermenêutico, operadas no âmbito constitucional, em especial após a segunda metade do século XX, permitem afirmar que ganha relevo a busca pela concretização dos direitos fundamentais e pela legitimidade do sistema jurídico. Além da indissociação entre norma e realidade, entre constitucionalismo e democracia, também foi destacado que o mundo contemporâneo vivencia, desde o fim da Segunda Guerra Mundial, um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária.

Foi possível observar, ainda, pelos traços gerais da hermenêutica de viés concretista, que tal proposta teórica se configura sólida para a argumentação jurídica, apta a equacionar os anseios e expectativas por justiça e conferir legitimidade ao exercício da jurisdição constitucional, sem desprezo ao necessário equilíbrio das forças institucionais, na medida em que os enunciados textuais traduzem os limites e as possibilidades semânticas para os atos de concretização.

Ficou demonstrado, também, que a crise do modelo de democracia representativa faz com que o processo de tomada de decisões no Estado e na sociedade passe por profundas transformações. Com efeito, nos últimos anos, o Brasil, paulatinamente, tem ampliado os horizontes hermenêuticos e enfatizado a força da jurisdição constitucional, em especial, por meio da ampliação dos mecanismos de controle abstrato de constitucionalidade.

A despeito de tais transfigurações, a distância sentida pelo cidadão entre a Constituição, sua realidade e suas necessidades é patente. O modelo tradicional de representação política é incapaz de atender à vontade popular, e o exercício da jurisdição constitucional do STF tem se prestado a pouquíssimos

atores. Deveras, sérias insuficiências são constatadas no que diz respeito à diminuição das desigualdades sociais que, há muito, se protraem no tempo.

Nesse sentido, incumbe destacar que, ao longo da pesquisa, restou comprovado que, nada obstante a ampliação do controle abstrato de constitucionalidade, essa se não se afigura apta a gerar um debate mais amplo das questões constitucionais relevantes para a população em geral, especialmente, diante da constatação de que os atores que podem acionar tais instrumentos estão mais vinculados aos seus interesses corporativos e institucionais que à garantia do interesse comum. Assim, o discurso que deu margem à ampliação do rol de legitimados na Constituição de 1988, como uma forma de tornar socialmente mais aberto o controle abstrato, mostra-se na prática vazio.

Quanto a isso, vale registrar que, por meio de breve diagnóstico sobre a formação do Estado “republicano” desenvolvido no Brasil, foi possível aferir que uma multidão de subcidadãos se encontra submetida a uma série de estigmatizações e desumanizações permanentes, o que faz fortalecer a percepção do distanciamento da população do reconhecimento da tutela constitucional e seu consequente descrédito. Com efeito, o estudo sobre as singularidades da sociedade brasileira revelou que o problema da exclusão social implica a ausência de concretização de direitos básicos de um contingente de subcidadãos, impondo ao Judiciário a necessidade de perder seu isolamento e de articular-se com as instituições da sociedade civil, de forma a contribuir para fazer minimizar as injustiças ocorridas à luz de uma ordem constitucional.

Diante desse quadro, a presente pesquisa focou na construção de uma proposta que tende a possibilitar a integração dos destinatários da norma no discurso jurídico, notadamente, na jurisdição constitucional, dado que, a partir de tal vivência, seria possível fomentar em todos, não apenas a existência de um verdadeiro sentimento constitucional, mas a própria crença na construção de uma hermenêutica emancipatória.

Atento a tal realidade, buscando o aprimoramento da jurisdição constitucional democrática, a ressignificação da esfera pública jurídica (ainda fortemente influenciada pelos sistemas burocrático e econômico), a superação

do legado elitista e conservador que marca o Poder Judiciário brasileiro e o desbloqueio dos seus canais de acesso à sociedade civil, o presente trabalho defende a ampliação da performance deliberativa do STF no seu processo de tomada de decisões. Do mesmo modo, propõe a supressão da interpretação restritiva empregada pelo tribunal, notadamente, no que tange ao alcance do disposto no art. 103, IX, da CR, de forma a possibilitar que mais atores tenham acesso à jurisdição constitucional abstrata.

Mesmo reconhecendo que a reinvenção das instituições democráticas e o alargamento do acesso democrático à justiça impõem esforço e aprendizado contínuos, aposta-se que tal proposta estaria apta a fomentar que a sociedade seja fonte legitimadora do poder na interpretação constitucional e possibilitar que a jurisdição constitucional seja exercida com a participação das várias e dissonantes vozes da sociedade, com vistas a atender às exigências de uma democracia participativa e a estimular a realização de uma efetiva sociedade aberta dos intérpretes.

Essa modificação tendente ao desbloqueio da jurisdição constitucional do STF, por meio do aperfeiçoamento de instituto já existente, representaria significativos benefícios para a população mais vulnerável do País, além de possibilitar o necessário engajamento cívico do “autêntico” povo brasileiro.

Com efeito, buscando conciliar realidade e normatividade constitucionais, torna-se viável, por meio da mutação constitucional, a transformação e maximização da sistemática atual do controle de constitucionalidade abstrato. Nesse sentido, associando a normatividade ao fato e ao texto legal, viabiliza-se, por exemplo, que a entidade de classe que representa os defensores públicos de todo País (a Anadep), os quais atuam na defesa de pessoas e grupos vulneráveis, tenha acesso ao sistema de jurisdição constitucional junto ao STF, possibilitando, desse modo, a representação dos interesses de populações carentes e desassistidas, postas à margem do sistema jurídico.

Tomando o programa normativo como ponto de partida, e estando condicionado a atender à nova realidade e aos valores da democracia, tal processo informal de mudança da Constituição torna-se relevante instrumento de aplicação do Direito e evolução da sociedade.



Por fim, válido se faz ressaltar que a despeito da lógica, não declarada, de enfraquecimento e aviltamento da instituição Defensoria, que não raras vezes tem de se opor à resistência de poderes e órgãos públicos, entidades detentoras de poder econômico e político, senão também da própria opinião pública (muitas vezes manipulada por grupos de interesses específicos), é inegável reconhecer seu papel transformador. Com efeito, sua inclusão no controle abstrato trata-se de situação que, embora não prevista inicialmente no texto legal, impõe-se como realidade e condição da própria ressignificação da jurisdição.

## REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002.

AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

\_\_\_\_\_. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

ARAÚJO, Marinella Machado. Reflexões sobre a existência de um estado plurinacional latino-americano. In: MUZZI FILHO, Carlos Victor et al. (Orgs.). **Constitucionalismo democrático e reordenação jurídica**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. (Coleção Instituições Sociais, Direito e Democracia). Vol. 4. p. 133-169.

ARGUELHES, Diego Werneck. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Jurisdição política e constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 211-241.

AVRITZER, Leonardo; SANTOS, Boaventura de Sousa. Para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. **Democratizar a democracia**: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 39-82.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral da cidadania**. São Paulo: Saraiva, 1995.

\_\_\_\_\_. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

\_\_\_\_\_. Democracia. In: TRAVESSONI, Alexandre (Coord.). **Dicionário de teoria e filosofia do direito**. São Paulo: LTr, 2011. p.95-98.

\_\_\_\_\_. Dimensões paradoxais da jurisdição constitucional. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe (Org.). **Constituição e processo**: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 153-167.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. O Supremo Tribunal Federal e a teoria da Constituição. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Quinze anos de Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 209-218.

\_\_\_\_\_. Os 25 anos da Constituição brasileira e sua efetividade. In: BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira; COSTA, Luciana da Silva (Org.). CONGRESSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 5., Belo Horizonte, 2014. **Anais...** Belo Horizonte: Editora Lutador, 2014. v. 1. p. 21-31.

BARROSO, Luís Roberto. “Doze anos da Constituição Brasileira de 1988”. In.: \_\_\_\_\_. Temas de direito constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. Tomo I.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009a.

\_\_\_\_\_. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Direito do Estado**, ano 4, n. 13, p. 71-91, jan-mar 2009b.

\_\_\_\_\_. Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

\_\_\_\_\_. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Jurisdição política e constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 3-34.

\_\_\_\_\_. **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro de; P-FLUG, Samantha Meyer. A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização as normas constitucionais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

\_\_\_\_\_. A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n.1., p. 73-95, jan-mar, 2005.

\_\_\_\_\_. **Uma teoria do direito administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BITTAR, Eduardo C. B. Crise política e teoria da democracia: contribuições para a consolidação democrática no Brasil contemporâneo. **Revista de informação legislativa**, v. 53, n. 211, p. 11-33, jul-set 2016.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

\_\_\_\_\_. **Liberalismo e democracia**. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

\_\_\_\_\_. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007a.

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

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

\_\_\_\_\_. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 1996.

\_\_\_\_\_. O método concretista da Constituição Aberta. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará**, v. 25, n. 1, p. 33-44, jan-jun, 1984.

\_\_\_\_\_. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BULOS, Uadi Lamêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAMILLOTO, Bruno. **Direito, democracia e razão pública**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

CAMILLOTO, Bruno. **Hermenêutica jurídica**: a construção de um conceito de objetividade. Ouro Preto: Ed. Ouro Preto, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. **Revista de Direito Comparado**, n. 3, p. 473-486, maio 1999.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.  
COELHO, João Gilberto Lucas. A participação popular na Constituinte. **Revista de Cultura Vozes**, v. 82. n. 2, p. 14-22, jul-dez 1998.

CONRADO, Maria do Carmo. A Defensoria Pública e o clamor dos excluídos: o elo para uma revolução social. **Revista Jurídica Consulex**, ano VIII, n. 172. p. 46-48, 15 mar 2004.

COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano Zaiden. **A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?** O descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais. Brasília: UnB, 2013.

COSTA, Luciana da Silva. O direito fundamental à participação: reflexões à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. In: CONGRESSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 5., Belo Horizonte, 2014. BARACHO JUNIOR, José Alfredo de Oliveira; COSTA, Luciana da Silva (Orgs.). **Anais...** Belo Horizonte: Editora Lutador, 2014, v. 1. p. 65-91.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004a.

\_\_\_\_\_. Habermas, ação estratégica e controle de constitucionalidade brasileiro. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Quinze anos de Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004b. p. 219-280.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica jurídica em debate**: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

\_\_\_\_\_. **O discurso científico da modernidade**: o conceito de paradigma é aplicável ao direito?. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_; DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. **Além do positivismo jurídico**. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

\_\_\_\_\_; BERNACCI, Mariana Camilo; GUIMARÃES, Ana Luiza Tibúrcio. O estado de exceção e os invisíveis sociais: um encontro de Agamben e Lévinas. **Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor**. Brasília, v. 4, n.2, p. 560-584, jul-dez 2017.

\_\_\_\_\_. Processo constitucional e efetividade dos direitos fundamentais.

Hermenêutica e jurisdição constitucional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**: estudos em homenagem ao Professor José Alfredo de Oliveira Baracho. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 195-248.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DAMATTA, Roberto. **O que faz o brasil, Brasil?** Rio de Janeiro: Rocco, 1986.

\_\_\_\_\_. **Conta de mentiroso**: sete ensaios antropologia brasileira. 2. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1993.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público Privada e outras Formas. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Direito administrativo pós-moderno**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

DORF, Michael. The Supreme Court 1997 term – the limits of Socratic deliberation. **Harvard Law Review**, v.4, p. 4-83, 1998.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. **I Relatório Supremo em números**: o múltiplo Supremo. FGV Rio: Rio de Janeiro, 2011.

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

FARIA, Edimur Ferreira. **Curso de direito administrativo positivo**. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

FARIA, Edimur Ferreira; AZEVEDO, Paulo Vinícius Alves de. Aspectos controversos na judicialização da saúde. **Duc In Altum Cadernos de Direito**, v. 9, p. 171-200, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERREIRA, Rafael Alem Mello. **Jurisdição constitucional agressiva**: o STF e a democracia deliberativa de Jurgen Habermas. Curitiba: Juruá, 2015.

ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves da. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

FORST, Rainer. **Contextos da justiça**. Filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo. São Paulo: Boitempo Editorial, 2010.

FREIRE, Alonso. Desbloqueando os canais de acesso à jurisdição constitucional do STF: Por que não também aqui uma revolução de direitos?. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Jurisdição política e constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 591-640.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

FREYRE, Gilberto. **Casa grande e senzala: formação da família brasileira sob o regime de economia patriarcal**. Rio de Janeiro: Global, 1963.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. 3. ed. São Paulo: Nova Cultura, 1997.

GADAMER, Hans Georg. **Verdade e método**. Petrópolis: Vozes, 1997.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Direito, discurso e democracia**: o princípio jurídico da igualdade e a autocompreensão do Estado democrático de direito. 1998. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1998.

\_\_\_\_\_. Hermenêutica constitucional e pluralismo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 48-65.

\_\_\_\_\_. A epistemologia jurídica entre o positivismo e o pós-positivismo. **Revista do Instituto de Hermenêutica jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 3, p. 195-206, 2005.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

GOMES, Juliana Cesário Alvim. O constitucionalismo difuso e seus fundamentos. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Jurisdição política e constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 391-424.

GORGOSINHO, Gustavo. **Defensoria Pública**: princípios institucionais e regime jurídico. Belo Horizonte: Dictum, 2009.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1-2.

\_\_\_\_\_. **O discurso filosófico da modernidade**: doze lições. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HAMILTON, Alexandre; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Belo Horizonte: Líder, 2003.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Trad. de Lycurgo Gomes da Motta, São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HOBSBAWM, Eric. **A revolução francesa**. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**: introdução à problemática do direito. Tradução de J. Cretella Jr., Agnes Cretella. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

KEYNES, John Maynard. **Economia**. Tradução de Mirian Moreira Leite. São Paulo: Ática: 1978

KUHN, Thomas s. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1975.

LEAL, Rogério Gesta. Perfis democrático-procedimentais da jurisdição comunitária: uma possibilidade para o Brasil. **Revista eletrônica de Direito do Estado**, n. 16, p. 01-31, out-dez 2008. Disponível em: <http://fliphtml5.com/fdns/jpew/basic>>. Acesso em: 15 maio 2017

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe (Orgs.). **Constituição e processo**: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 113-141.

PAULA, Ana Paula Paes de. **Por uma nova gestão pública**: limites e potencialidades da experiência contemporânea. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2005.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002.



MAGALHÃES, José Luiz Quadros. Crime e direito: entendendo a lógica moderna pela visão do novo constitucionalismo decolonial. In: LIMA, Bárbara Nascimento de; GONTIJO, Lucas de Alvarenga; BICALHO, Mariana Ferreira (Orgs.) **Congresso Internacional sobre democracia, decolonialidade e direitos humanos**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 207-215.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: forense, 2003.

MENDES, Antônio Celso. **Direito: linguagem e estrutura simbólica**. Curitiba: Champagnat, 1996.

MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional courts and deliberative democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

\_\_\_\_\_. Desempenho deliberativo das cortes constitucionais e o STF. In: MACEDO, Ronaldo Porto; BARBIERE, Catarina (Eds.). **Direito e interpretação: racionalidade e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 337-361.

MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma corte deliberativa. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; PAGANI, Rodrigo (Orgs.). **Jurisdição constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiro, 2012. V.1. p. 53-74.

\_\_\_\_\_; SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Habermas e a jurisdição constitucional. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (Orgs.). **Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 199-222.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1990.

MORAIS, José Luiz Bolzan de; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPINDOLA, Angela Araújo da Silveira. Jurisdição constitucional e participação cidadã: por um processo formal e substancialmente vinculado aos princípios político-constitucionais. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe (Org.). **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 113-141.

MERQUIOR, José Guilherme. **O argumento liberal**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005a.

\_\_\_\_\_. Dez propostas para a reforma do Judiciário da República Federativa do Brasil. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, v. 1, n. 3, p. 27-36, 2005b.

\_\_\_\_\_. **Direito, linguagem e violência**: elementos de uma teoria constitucional, I. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995.

\_\_\_\_\_. **Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009a.

\_\_\_\_\_. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009b.

\_\_\_\_\_. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito. In: GRAU, Eros; GUERRA FILHO, Willis S. (Orgs.). **Direito constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 356-376.

\_\_\_\_\_. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. **Revista de Informação Legislativa**, ano 33, n. 132, p. 321-330, 1996.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico**: pragmática na filosofia contemporânea. São Paulo: Loyola, 2001.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

\_\_\_\_\_. Jurisdição constitucional: poder constituinte permanente?. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001a. p. 67-91.

\_\_\_\_\_. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001b.

OLIVEIRA, Gabriel Faria. Acesso à justiça: um desafio para a democracia brasileira. **Revista Jurídica Consulex**, ano XVII, n. 387, p. 44-45, mar 2013.

PERELMAN, Chaim. **Retóricas**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. **Parâmetros dogmáticos do ativismo judicial em matéria constitucional**. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, para inscrição em concurso público visando ao provimento de cargo de Professor Titular, junto ao Departamento de Direito do Estado – área de Direito Constitucional, São Paulo, 2009.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

RESTREPO, Ricardo Sanín. **Teoría crítica constitucional**: rescatando la democracia del liberalismo. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2013.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro**: a formação e o sentido do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais. **Revista do Centro de Estudos Jurídicos da Justiça Federal**, Brasília, v. 1, n. 3. set./dez. 1997.

ROCHA, Paulo Osório Gomes. Concretização de direitos fundamentais na perspectiva jurídico-constitucional da Defensoria Pública: um caminho ainda a ser trilhado. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, ano 15, n. 60, p. 184-206, jul./set. 2007..

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

SAMPAIO, José Adércio Leite A epistemologia jurídica entre o positivismo e o pós-positivismo. **Revista do Instituto de Hermenêutica jurídica**, v. 1, n. 3, p. 195-206, 2005

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2000.

\_\_\_\_\_. Prefácio. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **Democratizar a democracia**: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 29-38.

\_\_\_\_\_. **Um discurso sobre as ciências**. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

\_\_\_\_\_. Condições republicanas para a democratização e modernização do judiciário: entrevista. **Constituição & Democracia**, n. 4, maio de 2006.

\_\_\_\_\_. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARMENTO, Daniel; OSORIO, Aline. Uma mistura tóxica: política, dinheiro e o financiamento das eleições. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 673-700.

SCHNEIDER Hans Peter. **Democracia y constitución**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, José Afonso **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. O Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Administrativo**, n.173, p.15-34, jul-set 1988.

SILVA, Virgílio Afonso da. De quem divergem os divergentes: os votos vencidos no Supremo Tribunal Federal. **Revista PUC. Direito, Estado e Sociedade**, n. 47, p. 205-225, jul-dez 2015a.

\_\_\_\_\_. "Um voto qualquer"? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. **Revista Estudos Institucionais**, v. 1, n. 1, p. 180-200, 2015b.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito e racionalidade comunicativa**: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas. Curitiba: Juruá, 2007.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Por uma metódica de direitos fundamentais aplicada às normas comunitárias**. 1998. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1998.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Estado**: novos paradigmas em face da globalização. São Paulo: Atlas, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais e direito comunitário:** por uma metódica de direitos fundamentais aplicada às normas constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

\_\_\_\_\_. Ativismo judicial e oráculo de Delfos. In: BARACHO JUNIOR, José Alfredo de Oliveira; COSTA, Luciana da Silva (Orgs.). In: CONGRESSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 5., Belo Horizonte, 2014. **Anais...** Belo Horizonte: Editora Lutador, 2014. v. 1. p. 127-159.

SOARES, Mário Lúcio Quintão; BARROS, Renata Furtado de. Limites constitucionais do ativismo judicial. In: MORAIS, José Luiz Bolsan de; BARROS, Flaviane Magalhães. (Orgs.). **Novo constitucionalismo latino-americano**. Belo Horizonte: Arraes, 2014. v. 1. p. 156-184.

SOUZA, Jessé. **A elite do atraso:** da escravidão à Lava Jato. Rio de Janeiro: LeYa, 2017.

\_\_\_\_\_. **Ralé brasileira:** quem é e como vive. Belo Horizonte: UFMG, 2009.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Controle de constitucionalidade: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Jurisdição política e constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 73-114.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

\_\_\_\_\_. Os meios de acesso do cidadão à jurisdição constitucional, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a crise de efetividade da Constituição brasileira. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 249-294.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SUNSTEIN, Cass. **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court**. Harvard: Harvard University Press, 1999.

\_\_\_\_\_. **Designing democracy:** what constitutions do? New York: Oxford University Press, 2001.

\_\_\_\_\_. **Radicals in Robes:** why extreme right-wing courts are wrong for America. Cambridge: Basic Books, 2005.

\_\_\_\_\_. **A constitution of many minds**. Princeton: Princeton University Press, 2009a.

\_\_\_\_\_. **A Constituição parcial.** Belo Horizonte: Del Rey, 2009b.

TORRANO, Bruno. **Democracia e respeito à lei:** entre positivismo jurídico e pós-positivismo. São Paulo: Lumen Juris, 2015.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TRAVASSOS, Marcelo Zenni. Minimalismo, maximalismo e jurisdição constitucional dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Jurisdição política e constitucional.** Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 641-660.

UNGER, Roberto Mangabeira. **A segunda via:** presente e futuro do Brasil. São Paulo: Boitempo, 2011.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). **Ativismo jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal.** Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá. 2009.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência.** Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2009.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **Yale Law Journal**, v. 115, p. 1346-1406, 2006.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil.** Rio de Janeiro: Forense, 1998.

\_\_\_\_\_. **Pluralismo jurídico.** Fundamentos de uma nova cultura no direito. 3. ed. São Paulo: Editora Alfa Ômega, 2001.