

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
NÍVEL DOUTORADO**

**DIOGO LOPES CAVALCANTE**

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E HERMENÊUTICA: o avanço dos métodos  
concretistas e pragmático-consequencialistas no Brasil**

**SÃO LEOPOLDO - RS**

**2023**

DIOGO LOPES CAVALCANTE

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E HERMENÊUTICA: o avanço dos métodos  
concretistas e pragmático-consequencialistas no Brasil**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em  
Direito da Universidade do Vale do Rio dos  
Sinos/UNISINOS como requisito para obtenção do  
título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira

SÃO LEOPOLDO - RS

2023

C377j

Cavalcante, Diogo Lopes

Jurisdição Constitucional e hermenêutica: o avanço dos métodos concretistas e pragmático-consequencialistas no Brasil/ Diogo Lopes Cavalcante – São Leopoldo – 2022. / Diogo Lopes Cavalcante. -- 2022. 276 f. : il. ; 30cm.

Tese (Doutorado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2022.

Orientador: Prof. Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira.

1. Jurisdição Constitucional. 2. Hermenêutica. 3. Concretismo. 4. Pragmatismo. 5. Consequencialismo. 6. Supremo Tribunal Federal. I. Título. II. Teixeira, Anderson Vichinkeski.

CDU 342

Catálogo na Publicação: Bibliotecária Eliete Mari Doncato Brasil - CRB 10/1184

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS  
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD  
NÍVEL DOUTORADO

A tese intitulada: **"JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E HERMENÊUTICA: o avanço dos métodos concretistas e pragmático-consequencialistas no Brasil"**, elaborada pelo doutorando **Diogo Lopes Cavalcante**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de DOUTOR EM DIREITO.

São Leopoldo, 03 de abril de 2023.

  
Prof. Dr. **Anderson Vichinkeski Teixeira**,

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira \_\_\_\_\_ *Participação por Webconferência*

Membro Externo: Dra. Juliana Cristine Diniz Campos \_\_\_\_\_ *Participação por Webconferência*

Membro Externo: Dr. José Levi Mello do Amaral Júnior \_\_\_\_\_ *Participação por Webconferência*

Membro: Dra. Clarissa Tassinari \_\_\_\_\_ *Participação por Webconferência*

Membro: Dra. Têmis Limberger \_\_\_\_\_ *Participação por Webconferência*

*À Fabiane*  
*Aos meus pequenos: Bernardo, Caetano e Augusto*

CAVALCANTE, Diogo Lopes. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: o avanço dos métodos concretistas e pragmático-consequencialistas no Brasil**. 2023. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos/UNISINOS, São Leopoldo, 2023.

## RESUMO

O exercício da jurisdição constitucional no Brasil se modificou nos últimos anos em função do avanço do concretismo e de um modelo hermenêutico pragmático-consequencialista, mitigando uma abordagem abstratista e uma metodologia dedutiva-silogística. Nesse contexto, ressifignicou a fórmula mista de controle de constitucionalidade posta, em que se adotava paralelamente o controle difuso e o controle concentrado de constitucionalidade, em que, respectivamente, qualquer juiz ou corte pode atestar a constitucionalidade das normas no caso concreto, ou em que o Supremo Tribunal Federal atesta a inconstitucionalidade das normas em abstrato. Ora, a jurisdição constitucional incorporou a evolução dos instrumentos e métodos hermenêuticos modernos, com extenso uso de institutos alienígenas, apesar de diversas controvérsias conceituais, tornando o exercício jurisdicional inédito. Nesse sentido, ainda que o Brasil apresente um modelo de atuação em tese paralelo de controle de constitucionalidade, a hipótese posta nessa tese é de que a jurisdição constitucional se adaptou na atualidade com julgamentos agrupados de ações de controle concentrado de constitucionalidade e incidentes recursais, com amadurecimento do mandado de injunção, aplicação da mutação constitucional e uso de instrumentos como o *amicus curiae*. É, justamente, essa adaptação decorreu da influência concretista, como em Konrad Hesse e Friedrich Muller, e pragmático-consequencialista, como em Richard Posner e Cass Sunstein. Uma hipótese confrontada no trabalho do ponto de vista teórico e do ponto de vista empírico, com a análise de algumas decisões mais recentes do Supremo Tribunal Federal, que demonstram a evidente influência híbrida dos modelos de jurisdição constitucional norte-americano e alemão, com papel ativo do Supremo Tribunal Federal; fato que vem levantando debates entorno do diálogo institucional e da violação ou não da democracia, como nos estudos de Jeremy Waldron e em Stephen Holmes.

**Palavras-chave:** jurisdição constitucional; hermenêutica; concretismo; pragmatismo; consequencialismo.

CAVALCANTE, Diogo Lopes. **Constitucional and hermeneutical jurisdiction: The advance of concrete and pragmatic-consequentialist methods in Brazil.** 2022. Thesis (Doctorate) - Postgraduate Program in PosGraduate Program in Law at the University of Vale do Rio dos Sinos/UNISINOS, São Leopoldo, 2023.

### ABSTRACT

The exercise of constitutional jurisdiction in Brazil has changed in recent years due to the advance of concretism and a pragmatic-consequentialist hermeneutic model, mitigating an abstract approach and a deductive-syllogistic methodology. In this context, the mixed formula of constitutionality control was redefined, in which diffuse control and concentrated constitutionality control were adopted in parallel, in which, respectively, any judge or court can attest to the constitutionality of norms in a concrete case, or in which the Federal Supreme Court attests to the unconstitutionality of the rules in the abstract. Now, constitutional jurisdiction incorporated the evolution of modern hermeneutic instruments and methods, with extensive use of alien institutes, despite several conceptual controversies, making the jurisdictional exercise unprecedented. In this sense, even though Brazil presents a model of action in a parallel thesis of constitutionality control, the hypothesis put forward in this thesis is that the constitutional jurisdiction has adapted nowadays with grouped judgments of concentrated constitutionality control actions and appeal incidents, with maturation of the writ of injunction, application of the constitutional change and use of instruments such as the *amicus curiae*. And, precisely, this adaptation resulted from the concretist influence, as in Konrad Hesse and Friedrich Muller, and the pragmatic-consequentialist, as in Richard Posner and Cass Sunstein. A hypothesis confronted in the work from a theoretical point of view and from an empirical point of view, with the analysis of some more recent decisions of the Federal Supreme Court, which demonstrate the evident hybrid influence of the North American and German models of constitutional jurisdiction, with an active role of the Federal Supreme Court, which has been raising debates around the institutional dialogue and the violation or not of democracy, as in the studies of Jeremy Waldron and Stephen Holmes.

**Keywords:** constitutional jurisdiction; hermeneutics; concretism; pragmatism; consequentialism.

CAVALCANTE, Diogo Lopes. **Jurisdicción constitucional y hermenéutica: el avance de los métodos concretistas y pragmático-consecuencialistas en Brasil.** 2022. Tesis (Doctorado) - Programa de Posgrado en Derecho de la Universidad del Vale do Rio dos Sinos/UNISINOS, São Leopoldo, 2023.

## RESUMEN

El ejercicio de la jurisdicción constitucional en Brasil ha cambiado en los últimos años debido al avance del concretismo y de un modelo hermenéutico pragmático-consecuencialista, mitigando un enfoque abstracto y una metodología deductivo-silogística. En este contexto, se redefinió la fórmula mixta de control de constitucionalidad, en la que se adoptaba paralelamente el control difuso y el control concentrado de constitucionalidad, en los que, respectivamente, cualquier juez o tribunal puede dar fe de la constitucionalidad de las normas en un caso concreto, o en los que el Supremo Tribunal Federal declara en abstracto la inconstitucionalidad de las normas. Ahora bien, la jurisdicción constitucional incorporó la evolución de los instrumentos y métodos hermenéuticos modernos, con un uso extensivo de institutos ajenos, a pesar de varias controversias conceptuales, haciendo inédito el ejercicio jurisdiccional. En ese sentido, si bien Brasil presenta un modelo de actuación en una tesis paralela de control de constitucionalidad, la hipótesis planteada en esta tesis es que la jurisdicción constitucional se ha adaptado en la actualidad con sentencias agrupadas de acciones de control de constitucionalidad concentradas e incidentes de apelación, con maduración de la medida cautelar, la aplicación del cambio constitucional y el uso de instrumentos como el *amicus curiae*. Y, precisamente, esta adaptación resultó de la influencia concretista, como en Konrad Hesse y Friedrich Muller, y pragmático-consecuencialista, como en Richard Posner y Cass Sunstein. Una hipótesis confrontada en el trabajo desde un punto de vista teórico y desde un punto de vista empírico, con el análisis de algunas decisiones más recientes del Supremo Tribunal Federal, que demuestran la evidente influencia híbrida de los modelos norteamericano y alemán de jurisdicción constitucional. , con un papel activo del Supremo Tribunal Federal, que viene suscitando debates en torno al diálogo institucional y la violación o no de la democracia, como en los estudios de Jeremy Waldron y Stephen Holmes.

**Palabras clave:** jurisdicción constitucional; hermenéutica; concretismo; pragmatismo; consecuencialismo.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

- AED – Análise Econômica do Direito
- ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
- ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade
- ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
- ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
- AGU – Advogado-Geral da União
- CCJ – Comissão de Constituição e Justiça
- CF – Constituição Federal
- CHD – Crítica Hermenêutica do Direito
- CPC – Código de Processo Civil
- EC – Emenda Constitucional
- LC – Lei Complementar
- LINDB – Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro
- LO – Lei Ordinária
- OAB – Ordem dos Advogados do Brasil
- PIB – Produto Interno Bruto
- PGR – Procurador-Geral da República
- STF – Supremo Tribunal Federal
- TSE – Tribunal Superior Eleitoral

## SUMÁRIO

<b>I. INTRODUÇÃO</b>	<b>13</b>
<b>II. O PROBLEMA DO MÉTODO NA EVOLUÇÃO DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL</b>	<b>17</b>
<b>2.1. Escolas Hermenêuticas</b>	<b>18</b>
2.1.1. Escola da exegese	19
2.1.2. Escola histórica	20
2.1.3. Escola teleológica	21
2.1.4. Escola da livre instigação científica e a escola de direito livre	21
2.1.5. Diferenciando a jurisprudência de conceitos, interesses e valores	23
2.1.6. Do realismo jurídico à análise econômica do Direito	26
<b>2.2. Métodos hermenêuticos clássicos</b>	<b>31</b>
2.2.1. O método gramatical	32
2.2.2. O método histórico	32
2.2.3. O método lógico e sistemático	33
2.2.4. O método sociológico e teleológico	34
<b>2.3. Métodos hermenêuticos modernos</b>	<b>34</b>
2.3.1. O método concretista de Konrad Hesse	36
2.3.2. O método estruturante de Friedrich Muller	36
2.3.3. O método científico-espiritual de Rudolf Smend	37
2.3.4. O método tópico de Theodar Viewag	37
<b>2.4. O modelo hermenêutico brasileiro</b>	<b>38</b>
2.4.1. A influência da obra de Norberto Bóbbio acerca das antinomias jurídicas	40
2.4.2. A influência da obra de Humberto Ávila acerca dos postulados interpretativos	41
2.4.3. A influência da obra de Tércio Sampaio Ferraz Jr e a dicotomia de princípios e regras	44
2.4.4. A influência da obra de Hans Kelsen e Lenio Streck com a separação do Direito da Moral	47
2.4.5. A ideia da força normativa da Constituição e da Constituição dirigente: o modelo ontológico brasileiro	48

<b>III. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO E SUAS INFLUÊNCIAS NO DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO</b>	<b>51</b>
<b>3.1 Conceito e classificações</b>	<b>51</b>
3.1.1. Sistemas e formas de controle de constitucionalidade	53
3.1.2. Parâmetros de controle	55
3.1.3. Formas de inconstitucionalidade	58
3.1.4. Formas de declaração de inconstitucionalidade	60
3.1.5. Formas excepcionais de controle de constitucionalidade	63
<b>3.2. Controle de Constitucionalidade Difuso</b>	<b>64</b>
3.2.1. O modelo norte-americano frente à suprema corte britânica	67
3.2.2. As críticas de Waldrow sobre o <i>judicial review</i>	69
<b>3.3. Controle de Constitucionalidade Concentrado</b>	<b>71</b>
3.3.1. As ações de controle concentrado	73
3.3.2. A questão de inconstitucionalidade (Richterklage)	76
<b>3.4. O modelo brasileiro – da CF1891 à CF1988</b>	<b>77</b>
3.4.1. O modelo constitucional de inspiração alemã e norte-americana	79
3.4.1.1 A inspiração norte-americana do <i>federalist paper</i>	81
3.4.1.2. A inspiração alemã do modelo de Estado Social de Weimar	86
3.4.2. O viés autoritário do controle abstrato no Brasil	91
3.4.3. O problema do decisionismo do controle difuso no Brasil	93
3.4.4. Declaração de inconstitucionalidade com ou sem redução de texto	95
<b>IV. CONFRONTANDO A HERMENÊUTICA COM A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL</b>	<b>105</b>
<b>4.1. A questão da racionalidade limitada frente ao controle abstrato de constitucionalidade</b>	<b>105</b>
4.1.1. A racionalidade em Habermas	108
4.1.2. A deontologia de Alexy	108
4.1.3 Os estudos da economia comportamental de Richard Thaler	109
<b>4.2. Contingências concretistas que formam a teoria da decisão segundo Gadamer</b>	<b>111</b>
4.2.1. A crítica hermenêutica do Direito	112
4.2.2. A problemática da fundamentação analítica do artigo 489 do CPC	119
4.2.3. A problemática da contaminação de preceitos axiológicos	121
<b>4.3. O problema da política que amolda o Direito ou o contrário</b>	<b>123</b>

4.3.1. A crítica hermenêutica do Direito e o problema do ativismo judicial	123
4.3.2. O efeito backlash	136
4.3.3. O dualismo da realidade social frente a jurisdição	144
4.3.4. O chamado processo estrutural	146
<b>4.4. Correlacionando pragmática e jurisdição</b>	<b>148</b>
4.4.1. O confronto de Dworkin e Posner	164
<b>4.5. A formação de uma hermenêutica consequencialista</b>	<b>167</b>
4.5.1. O modelo de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade	183
4.5.2. A influência da LINDB	183
<b>V. A JURISPRUDÊNCIA CONCRETISTA E PRAGMÁTICO- CONSEQUENCIALISTA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL</b>	<b>188</b>
<b>5.1. A influência da dicotomia common e civil law</b>	<b>189</b>
<b>5.2. A dicotomia do processo objetivo e subjetivo</b>	<b>193</b>
5.2.1. A objetivação do controle difuso de constitucionalidade	194
5.2.2. A subjetivação do controle abstrato de constitucionalidade e o <i>amicus curiae</i>	199
<b>5.3. O regimento do STF</b>	<b>201</b>
5.3.1. O caso do mandado de injunção	202
5.3.2. O estado de coisas inconstitucional	204
<b>5.4. O projeto de código de processo constitucional</b>	<b>208</b>
5.4.1. Um modelo eficientista?	211
5.4.2. Um modelo tedesco-yankee?	214
<b>5.5. O dilema entre democracia e jurisdição – a questão da juristocracia e a falta de diálogo institucional</b>	<b>220</b>
5.5.1. Implicações frente à teoria crítica do Direito	225
5.5.2. O conceito de democracia em Jeremy Waldron e em Stephen Holmes	232
<b>5.6. Análise crítica do concretismo e do pragmatismo do STF</b>	<b>236</b>
5.6.1. Os supostos vetores da atuação concretista e pragmático-consequencialista do STF: da doutrina para evidências empíricas da Corte	241
5.6.2. A escalada da mutação constitucional no Supremo Tribunal Federal	244
5.6.3. Populismo judicial, lawfare e moralismo político como critérios da decisão?	249
<b>VI. CONCLUSÕES</b>	<b>253</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>259</b>

## I. INTRODUÇÃO

O controle de constitucionalidade no Brasil adota uma fórmula híbrida ou mista dentro de um pretense sistema jurisdicional de filtragem constitucional. Quer dizer, o Brasil adota paralelamente o controle difuso e o controle concentrado de constitucionalidade, em que, respectivamente, qualquer juiz ou corte pode atestar a constitucionalidade das normas no caso concreto, ou em que o Supremo Tribunal Federal atesta a inconstitucionalidade das normas em abstrato, dissociado do caso concreto. Mas afinal, o exercício da jurisdição constitucional no Brasil tem-se efetivamente desenvolvido em paralelo? Como esses modelos de jurisdição constitucional tem uma convivência não excludente? Qual seria o formato ou linha mais adequada de convivência desses modelos?

A jurisdição constitucional, como ponto central desse trabalho, adota uma fórmula muito particular no Brasil, praticamente sem precedente a não ser parcialmente frente ao modelo português. Do ponto de vista prático, desde 1965 – desde a emenda 16/1965 – tem-se uma difícil equalização de duas influências muito claras, do direito alemão e do direito norte-americano.

Por outro lado, dentro da hermenêutica, da ciência que apresenta os princípios e métodos para interpretação do Direito, pode-se verificar uma evolução jusfilosófica de séculos. Nessa evolução, por sua vez, ainda que considerando controvérsias conceituais, percebe-se uma preferência contemporânea por métodos hermenêuticos mais concretistas e pragmático-consequencialistas, em prejuízo a métodos tradicionais mais abstratos ou dedutivos (silogísticos).

Nesse sentido, a considerar os avanços da hermenêutica, a hipótese a ser confrontada pelo presente trabalho é de que a jurisdição constitucional no Brasil se resignificou ou se adaptou pelas influências do concretismo e do modelo pragmático-consequencialista. Uma hipótese inclusive sujeita a teste de hipótese sob a atuação do Supremo Tribunal Federal, com influência das obras de autores como Konrad Hesse, Friedrich Muller, Ronald Dworkin e Richard Posner.

Evidentemente, todavia, que a resposta desse problema e a formulação propositiva do desenvolvimento da jurisdição constitucional brasileira não é algo tão simples como possa parecer. São muitos os fatores e as variáveis envolvidas, desde o histórico constitucional brasileiro e as múltiplas influências, como alemã e norte-americana, além da cultura jurídico-política nacional. Eis a dificuldade em se adaptar modelos alienígenas

ao nosso sistema e as disputas dogmáticas do quanto se deve proteger a segurança jurídica ou o primado da justiça no caso concreto. Problema, visto de outra forma, do viés autoritário da corte constitucional abstratista ou do decisionismo concreto das cortes inferiores e dos juízos singulares.

O tema ou os temas a serem desenvolvidos – hermenêutica e jurisdição constitucional –, dessa forma, serão abordados de forma isolada do ponto de vista teórico na primeira parte do trabalho, dedicado à revisão bibliográfica. Após, na segunda parte do trabalho, já no terceiro capítulo, tais temas serão confrontados em uma análise jusfilosófica crítica, e submetidos a uma investigação junto à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no quarto capítulo.

O estudo proposto se caracteriza por uma pesquisa descritiva e explicativa, mas também propositiva. Pode-se afirmar que a pesquisa é classificada como descritiva e explicativa no que se refere ao levantamento dos conceitos de hermenêutica e de controle de constitucionalidade. Todavia, ela também é propositiva ao tentar estabelecer um caminho mais adequado para atuação do Supremo Tribunal Federal, estando, metodologicamente, orientada por uma perspectiva hermenêutico-fenomenológica.

No desenvolvimento do trabalho, portanto, optou-se pela metodologia hermenêutica, assumindo o entendimento de que a interpretação sem a compreensão se torna impossível<sup>1</sup>. Neste sentido, a opção foi pelo abandono de métodos tradicionais por se fecharem à compreensão epistemológica sujeito-objeto, eis que caberia ao intérprete se ater à subsunção do fato à norma tão somente. Considera-se mais adequado aos propósitos desta pesquisa a adoção da metodologia fenomenológica, ao se trabalhar a ideia de que o horizonte do sentido é dado pela compreensão.

Ao romper com o paradigma da filosofia da consciência, a linguagem passa a ser mais do que condição de possibilidade e se torna constituinte e constituidora do saber, do conhecer e do agir humano. De modo que, do ponto de vista hermenêutico, tem-se a concepção de um giro linguístico<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> GADAMER, Hans-Georg, **Verdade e Método II**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

<sup>2</sup> “No começo, ninguém ligava muito para o verbo. Ou melhor, o verbo era uma questão de retórica e de estética, não de conhecimento. A palavra era vista apenas como a portadora do seu significado e o que interessava aos filósofos era o conceito, e não a linguagem em que ele estava vertido. É claro que todo formulador de textos sempre buscou a palavra precisa, a definição perfeita, o termo adequado, mas isso era normalmente visto como a procura da forma adequada para transmitir os pensamentos.” COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. 2008. Tese (Doutorado em Economia). 421 f. – Curso de Doutorado, Universidade de Brasília, Brasília. P. 132.

Como objetivo geral desse trabalho cabe identificar, à luz dos avanços da hermenêutica, a mudança na entrega da jurisdição constitucional no ordenamento jurídico brasileiro alinhada com o concretismo e o pragmatismo.

Como objetivos específicos cabe: i) identificar as escolas e os métodos hermenêuticos, e posteriormente traçar o modelo adotado pelo Brasil; ii) conceituar, classificar e diferenciar os modelos de controle de constitucionalidade, e posteriormente apresentar uma síntese dos padrões adotados no Brasil; iii) confrontar a hermenêutica com os modelos de jurisdição constitucional para se extrair tendências e linhas teóricas utilizadas pelo judiciário; e iv) realizar um estudo das decisões do Supremo Tribunal Federal, objetivando demonstrar como a corte lida atualmente com o avanço concretista e pragmático-consequencialista.

Sobre o impacto econômico, social e acadêmico do presente estudo, cabe as seguintes considerações. Nenhum trabalho anterior, como hipótese, abordou a pretensa fragilidade isolada do modelo abstrato de controle de constitucionalidade à luz dos avanços concretistas e pragmático-consequencialistas da hermenêutica atual. A discussão dessa temática no atual momento também é especialmente interessante como uma forma de estimular o debate sobre a forma mais adequada de atuação do STF no Brasil.

Esse debate, evidentemente, não é novo, tendo um ponto alto nas discussões dentro da Reforma do Poder Judiciário que culminaram com a emenda constitucional nº 45/2004. Oportunidade em que os relatos apontam para uma aversão institucional do próprio Supremo Tribunal Federal em se tornar uma corte exclusivamente constitucional, com esvaziamento de demais competências, fortalecendo e voltando o modelo brasileiro para o controle concentrado de constitucionalidade a exemplo do caso alemão.

Passados quase duas décadas, vive-se em uma crise institucional entre poderes nunca vista anteriormente, com uma acusação recorrente da invasão do Judiciário como um todo – e principalmente do Supremo Tribunal Federal – na política, nas funções típicas dos outros poderes. Ora, as intervenções do Judiciário no Executivo e no Legislativo claramente expandiram dentro do movimento neoconstitucionalista ou pós-positivista, levando a debates complexos dentro da temática democrática.

Para se resolver ou amenizar esse problema, sem dúvida, deve-se repensar as estruturas da jurisdição constitucional, promovendo métodos mais transparentes e modernos na teoria decisória de ordem constitucional.

Nesse contexto, trazendo os estudos hermenêuticos mais atuais, cabe pensar o quanto indevida é uma interpretação legal dissociada de casos concretos. Cabe pensar

como o Supremo Tribunal Federal pode se tornar um líder no processo constitucional, e não um agente que tem a pretensão de abraçar e monopolizar todo o sistema de forma autoritária e abstrata.

A saída para esse avanço, impedindo discussões abstratas legais, trazendo maior concretude e heterogeneidade no debate, é sem dúvida e em tese voltado para um avanço do sistema entorno de teorias contemporâneas como teorias pragmatistas.

Essa tese está vinculada ao Programa de Pós-Graduação de Direito da Universidade do Vale dos Rio dos Sinos (UNISINOS), com área de concentração do Direito Público e linha de pesquisa de “Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos”, com orientação do Prof. Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira.

No site google acadêmico (scholar), ao realizar uma pesquisa sob verbetes “jurisdição constitucional concretismo pragmatismo consequencialismo”, para se identificar teses correlatas, foram retornados 54 resultados. Sobre esses resultados, nenhum trabalho abordou a linha posta nesta tese, cabendo destacar algumas abordagens já publicadas sobre tendência pragmático-consequencialista da corte na área tributária e na área criminal, bem como referências específicas na Análise Econômica do Direito e no ativismo judicial.

## II. O PROBLEMA DO MÉTODO NA EVOLUÇÃO DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

O ponto de partida essencial para se compreender a hermenêutica é a constatação de que hermenêutica e interpretação não são conceitos sinônimos; que, em verdade, a hermenêutica é a ciência que fornece os instrumentos a serem utilizados na interpretação.

Interpretar, por sua vez, constitui o ato de compreender<sup>3</sup>, de revelar o sentido e fixar o alcance de determinado normativo. A interpretação é feita com base nos instrumentos fornecidos pela hermenêutica, de modo que a interpretação é precedente a qualquer aplicação normativa. A interpretação permite atribuir sentido a algo, sendo, assim, tarefa da hermenêutica esclarecer o milagre da compreensão como defendido por Gadamer.

A hermenêutica jurídica, desta forma, é entendida como um conjunto de métodos e instrumentos de interpretação (a ciência da interpretação). O objeto de interpretação do Direito é a norma, mas não se limita a ela, podendo a interpretação se voltar para o ordenamento jurídico como um todo.

De acordo com Tércio Sampaio Ferraz Junior, "a hermenêutica jurídica é uma forma de pensar dogmaticamente o direito que permite um controle das consequências possíveis de sua incidência sobre a realidade antes que elas ocorram"<sup>4</sup>.

Mais do que isso, Ferraz Jr cita três modelos de dogmática jurídica, sendo a hermenêutica (teoria da interpretação) um deles, ao lado do modelo analítico (teoria da norma) e do modelo empírico (teoria da decisão jurídica).

Seria a hermenêutica, na prática, uma forma de impedir falha ou omissão do sistema (*non liquet*), ainda que lacunas sejam possíveis em um processo contínuo de mudanças econômico-sociais. Para Kelsen<sup>5</sup>, nesse processo, caberia ao interprete indicar ou escolher, dentre as diferentes possibilidades da moldura do quadro normativo, aquela mais correta para o caso concreto.

A palavra hermenêutica, ainda, tem origem grega, com referência ao deus Hermes, que seria responsável pela mediação dos deuses com o homem, por esclarecer os designios

---

<sup>3</sup> "Compreender. Essa é a palavra central, pois interpretamos para compreender o sentido" COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. 2008. Tese (Doutorado em Economia). 421 f. – Curso de Doutorado, Universidade de Brasília, Brasília. P.13.

<sup>4</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, 2016. p. 262.

<sup>5</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

dos deuses para os mortais. Função típica, vale ressaltar, do Poder Judiciário e de sua mais alta corte na sistemática normativa brasileira, por mais sugestivo que esse comparativo de mediação de homens e deuses possa despertar.

Por meio da interpretação pode-se chegar a um resultado ampliativo, restritivo ou meramente declarativo. Interpretação ampliativa referente a situações em que a norma diz menos do que deveria ter dito; como no caso de situações de direitos fundamentais e sociais. Interpretação declarativa referente a situações em que a norma diz exatamente o que deveria ter dito; como no caso de normas de direito administrativo (em face do princípio da legalidade). Interpretação restritiva, por sua vez, referente a situações em que a norma diz mais do que deveria ter dito; como no caso de normas que estabelecem sanção, renúncia, fiança e aval.

Feito, sinteticamente, esses esclarecimentos básicos conceituais, passa-se a três pontos distintos: escolas de pensamento hermenêutico, métodos (clássicos e modernos) e o panorama e especificidades do sistema hermenêutico doméstico.

## 2.1. Escolas Hermenêuticas

O estudo das escolas hermenêuticas dentro do Direito é extremamente polêmico, e remonta um estudo cuidadoso dos séculos XIX e XX.

Primeiramente, cabe abordar o século XIX, que foi o século da razão (razão “aprisionada” na lei), identificado pelas escolas positivistas, entre o francês (exegetismo), o alemão (conceitos) e o inglês (analítica). Ora, a modernidade dentro do Direito é atrelada fortemente por um culto à razão do homem e ao convencimento de que a aplicação dessa razão levaria o Direito para melhores soluções no caso concreto.

Já o século XX é identificado pela reação e crítica ao modelo positivista, pela escola do Direito Livre (Hermann Kantorowicz, 1906, “a luta pela ciência do direito), que defende a plena liberdade do juiz no momento de decidir os litígios. O juiz não estaria autorizado a utilizar apenas o seu poder decisório, mas também o poder legiferante para encontrar aquilo que ele reputa como justo, mesmo que *contra legem*.

De modo que, no presente século XXI a doutrina e a jurisprudência oscilam claramente nas influências dos períodos anteriores, mais alinhadas ou afastadas dos princípios positivistas.

Tem-se, pois, um cenário de diagnóstico não claro de pós-positivismo, em que se afirma ou se nega a racionalidade posta nos períodos anteriores. Eis as escolas a seguir tratadas.

### 2.1.1. Escola da exegese

A chamada escola hermenêutica da exegese está ligada com a ideia da formação do Estado moderno centralizador e do sistema capitalista de produção, em oposição ao modelo feudal da Idade Média<sup>6</sup>. Um modelo ligado a uma visão centralizadora e liberal-individualista de Estado, com a preocupação em fundamentos normativos positivados igualitários entre os indivíduos.

Uma visão contrastante, à época, com o jusnaturalismo; ora, “para um jusnaturalista, uma norma não é válida se não é justa; para a teoria oposta (positivismo jurídico), uma norma só é justa enquanto é válida”<sup>7</sup>. Um modelo em que os homens renunciam a seus direitos naturais e os transmitem para um governante, em nome de um pretense contrato social; raciocínio do qual se extrai que a lei é a vontade geral aplicada por um governante.

Esse modelo leva à edição do Código de Napoleão em 1804, que representa a chamada escola da exegese após a Revolução Francesa. Código que, pretensamente, teria a capacidade de prever todas as situações da vida sujeitas ao Direito, que teria revogado todos os normativos antecedentes, além dos usos e costumes.

A escola da exegese, dessa forma, tem como uma de suas principais características o fetichismo da lei. Contexto, portanto, em que todo o direito positivo foi reduzido à lei, que deveria ser interpretada segundo processos dedutivos lógicos<sup>8</sup>.

Neste sentido, costuma-se dizer que a interpretação deveria ser entendida como um trabalho meramente declaratório, por “admitir-se como indiscutível o princípio de que toda a evolução do Direito só poderia se operar através do processo legislativo, e jamais em virtude de uma contribuição integradora ou supletiva do interprete”<sup>9</sup>. Sendo assim, o primeiro dever do interprete seria o de captar o sentido exato da lei, com a utilização do método de interpretação lógico-sistemático<sup>10</sup>:

A aplicação do direito fica reduzida a uma operação lógica dedutiva, que infere da norma jurídica a solução aplicável aos fatos que nela se ‘encaixam’. Assim, o raciocínio jurídico é apresentado como uma forma de pensamento silogístico, em que a norma é a premissa maior e os fatos são a premissa menor. [...] Deessa forma, a função do juiz não deve ser a de criar normas jurídicas nem de interferir no sentido das regras existentes, restando-lhe apenas extrair das

<sup>6</sup> LIMA, Hermes. **Introdução à ciência do direito**. 33 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002. p. 211.

<sup>7</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 39.

<sup>8</sup> REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

<sup>9</sup> REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 416-417.

<sup>10</sup> COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. 2008. Tese (Doutorado em Economia). 421 f. – Curso de Doutorado, Universidade de Brasília, Brasília.P. 192.

normas normas as consequências logicamente adequadas. A sua atividade, portanto, não é criativa mas descritiva, não é valorativa mas puramente racional.

Não sendo o texto suficientemente claro, o que seria uma exceção, a ordem era que se buscasse a intenção do legislador, através do estudo dos precedentes legislativos ou de acordo com a intenção presumida à época.

Por regra geral, contudo, o jurista deveria cumprir seu dever primordial de aplicador da lei graças à interpretação lógica e gramatical, que possibilitaria determinar quase que matematicamente qual seria a intenção do legislador<sup>11</sup>.

### 2.1.2. Escola histórica

A chamada escola hermenêutica histórica foi uma reação à concepção lógico-positiva do direito do século XIX. A ideia seria substituir a visão racional do direito por uma visão mais social e aproximada da linguagem<sup>12</sup>. Interessante, nesse ponto a comparação com a literatura<sup>13</sup>:

Quando um grande escritor maneja a língua das formas mais críticas, ele não se afasta do espírito da língua, mas torna-o mais evidente, esclarece o que estava oculto e abre possibilidades antes inexploradas. Quando Guimarães Rosa vira o português do avesso, ele não rompe a língua, mas revela uma série de riquezas significativas que eram ocultas. [...] No direito ocorre o mesmo, pois, tal como a gramática estuda a língua, a jurisprudência deve estudar o direito. A mera observação dos padrões usuais de convivência pode mostrar muito, mas está longe de evidenciar todas as possibilidades do direito.

Ora, a evolução da sociedade faria com que uma visão codificada do Direito se tornasse progressivamente anacrônica, fazendo necessária uma adaptação. A compreensão que o direito é em verdade histórico, que é construído na história, não produzido pela racionalidade.

Nesse contexto emergem as ideias de Savigny – de se elaborar o direito histórica e filosoficamente –, com a proposição de um direito mais adaptado à realidade histórica, ao lado da linguagem, e de acordo com as aspirações da sociedade. Sobre essa mudança<sup>14</sup>:

Percebe-se, assim, que Savigny inseriu o elemento histórico na hermenêutica como uma forma de garantir que a interpretação deveria observar as condições históricas do momento da elaboração da lei, pois toda lei é fruto de

<sup>11</sup> REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

<sup>12</sup> REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 422.

<sup>13</sup> COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. 2008. Tese (Doutorado em Economia). 421 f. – Curso de Doutorado, Universidade de Brasília, Brasília.P. 199.

<sup>14</sup> COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. 2008. Tese (Doutorado em Economia). 421 f. – Curso de Doutorado, Universidade de Brasília, Brasília.P. 206..

determinadas circunstâncias históricas, e não para afirmar que a lei deveria ser interpretada de forma a adaptar-se aos valores históricos do momento em que ela fosse aplicada. Trata-se, pois, de uma utilização conservadora do elemento histórico, na medida que vincula o sentido da lei ao momento de sua elaboração.

Preceitos que determinariam que a legislação tivesse uma verdadeira eficácia, para além de validade e vigência. Um patamar distinto de legitimidade.

### 2.1.3. Escola teleológica

A escola teleológica sucedeu a escola histórica, como um modelo também de combate à visão lógica e racional do Direito. Seu principal expoente, Ihering, amplia a crítica da escola histórica, ao defender que o Direito deveria se voltar para resolução dos conflitos sociais:

De facto, o direito só tem significado como expressão de conflitos, representando os esforços da humanidade para se domesticar. Infelizmente, porém, o direito tem tentado combater a violência e a injustiça com meios que, num mundo racional, seriam tidos por estranhos e desgraçados. É que o direito nunca tentou verdadeiramente resolver os conflitos da sociedade, mas apenas aliviá-los, pois promulga regras segundo as quais esses conflitos devem ser travados até ao fim.<sup>15</sup>

Para Ihering<sup>16</sup>, toda e qualquer proposição normativa deve sua origem a um fim, a um motivo prático. Seria o Direito, portanto, como “a forma de garantia das condições de vida da sociedade, asseguradas pelo poder de coação de que o Estado dispõe”<sup>17</sup>.

Enfim, toda interpretação jurídica deveria ser de natureza teleológica, fundada na consistência axiológica (valorativa) do direito. Contexto em que a fonte principal do direito é a lei, mas que se utiliza também do costume.

De tal modo, a escola teleológica atrela o elemento histórico ao elemento finalístico, ampliando, supostamente, ainda mais a legitimidade normativa.

### 2.1.4. Escola da livre instigação científica e a escola de direito livre

A chamada escola da livre investigação científica do direito surgiu na França no fim do século XIX, também como uma reação ao positivismo da escola da exegese. Seu

<sup>15</sup> IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. São Paulo: Rideel, 2005. p. 5.

<sup>16</sup> “Operando essa revitalização da ideia de finalidade no campo do direito, o alemão Rudolf Von Ihering, com sua obra o fim no direito, de 1877, que busco demonstrar que o fim é o criador de todo o direito, não existindo regra jurídica que não se origine de uma finalidade, de um motivo ligado a seus interesses” COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. 2008. Tese (Doutorado em Economia). 421 f. – Curso de Doutorado, Universidade de Brasília, Brasília. P.265.

<sup>17</sup> LIMA, Hermes. **Introdução à ciência do direito**. 33 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002. p. 230.

maior representante, François GénY (*Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*), defendeu que a lei positiva não contém muitas vezes a solução para o caso concreto, sendo necessário o uso de fontes suplementares.

GénY tentou conciliar a ideia da pureza da lei com a necessidade de preenchimento de lacunas legais pela livre investigação científica, que também deveria ser utilizada em caso do surgimento de antinomias. O direito não estaria nas leis promulgadas e sim na própria sociedade. Ora, nos casos de obscuridade, o interprete deveria fazer uso do costume, da jurisprudência e da doutrina:

A falta destes dois primeiros meios (a tradição e o costume) tendentes a descobrir diretamente, com maior ou menor segurança, a ideia mestra da lei, deve-se lançar mão dos meios indiretos. Consultar-se-á a equidade, não em si como fonte imediata de interpretação, mas tendo em vista reconhecer as considerações de justiça e de utilidade, que tenham devido dirigir os redatores da lei. É do mesmo ponto de vista que se recorre, fora da equidade propriamente dita, ao que se chama Princípios Gerais do Direito. Estes princípios gerais do Direito, representando um ideal de razão e de justiça, conforme ao fundo permanente da natureza humana, nós os supomos como base da lei. É de imaginar que eles tenham devido estar constantemente presentes no pensamento do legislador etc<sup>18</sup>.

Eis a ideia na obra de Geny de busca de meio termo entre flexibilidade e segurança no direito, com segurança por meio da lei tradicional e a flexibilidade “mediante a ampliação da teoria tradicional das fontes, com uma valorização dos costumes, da jurisprudência e da doutrina”<sup>19</sup>.

Observe, todavia, que a livre investigação científica não pode ser vista como uma manifestação subjetiva dos valores do juiz, mas como um necessário trabalho científico com base na observação dos fatos sociais:

Essa investigação é livre porque não se submete a uma autoridade positiva e é científica, porque pode dar bases sólidas aos elementos objetivos descobertos pela ciência jurídica. A livre investigação científica deve basear-se em três princípios: a) o da autonomia da vontade; b) o da ordem e do interesse público; c) o do justo equilíbrio ou harmonização dos interesses privados opostos, pois o aplicador deve considerar a respectiva força desses interesses, pesando-se na balança da justiça, para saber a qual deles deve dar preponderância, levando em conta as convicções sociais vigentes, resolvendo de modo que se produza o devido equilíbrio<sup>20</sup>.

A escola do direito livre, todavia, de matriz germânica, próxima à proposta francesa, apresenta um subjetivismo maior. Hermann Kantorowisc ("A luta pela ciência

<sup>18</sup> Tradução livre. GENY, François. **Methode d'interpretation et sources en droit prive positif: essai critique**. 2 vol. 2 ed. Paris: Lgdj, 1995. p. 33.

<sup>19</sup> COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. 2008. Tese (Doutorado em Economia). 421 f. – Curso de Doutorado, Universidade de Brasília, Brasília. P.275.

<sup>20</sup> DINIZ, Maria helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 63.

do direito" de 1906) admite como possível o julgamento contra a lei, se o juiz entender que o legislador agiria de outra forma diante daquele caso concreto<sup>21</sup>.

Ora, o legislador não teria a capacidade de prever todos os eventuais casos concretos e a resposta adequada para eles; ainda, seria uma ilusão pensar que as decisões judiciais verdadeiramente são fundadas na aplicação lógica do direito ao caso posto.

A interpretação jurídica segundo Kantorowicz deve seguir as seguintes diretrizes: i) se o texto da lei é homogêneo e não fere os anseios do povo, deve-se aplicar a lei; ii) se o texto legal conduz a uma decisão injusta, deve-se não aplicar a lei e sentenciar segundo a convicção do que seria certo; iii) caso essa convicção não ocorra e a lei não seja aplicável, deve-se sentenciar segundo o sentimento da coletividade; e iv) e por último, caso nenhuma das hipóteses sejam aplicáveis, não se identificando o sentimento coletivo, deve-se decidir de forma discricionária

Outro nome importante dessa escola de direito livre é o austríaco Eugen Ehrlich, que defendia a diminuição da dependência da atividade do juiz em relação à lei. Em sua obra ("Livre Determinação do Direito e Ciência Jurídica Livre" de 1903) defende que o juiz deveria se atentar a necessidades ou interesses relevantes da sociedade, a moral e os bons costumes.

Enfim, para a escola de direito livre, o juiz deve analisar cada caso concreto e levando em consideração o seu próprio senso de justiça tomar uma decisão, partindo do pressuposto que o direito concreto seria mais importante que o direito objeto da legislação.

#### 2.1.5. Diferenciando a jurisprudência de conceitos, interesses e valores

Outra forma de se sistematizar as chamadas escolas hermenêuticas decorre da diferenciação de três visões de positivismo jurídico<sup>22</sup>, chamados de jurisprudência de conceitos, jurisprudência de interesses e jurisprudência de valores. Importante sistematização que não poderia deixar de ser citada, principalmente para se desmistificar a ideia de que o positivismo jurídico é representado apenas pela obra de Hans Kelsen.

<sup>21</sup> MAZOTTI, *As escolas hermenêuticas e os métodos de interpretação da lei*. Barueri: São Paulo, Minha Editora, 2010. P. 79.

<sup>22</sup> "O positivismo jurídico é um fenômeno complexo. [...] Trata-se de um movimento em que o material jurídico é estabelecido por alguma autoridade humana legitimada: na França, a lei produzida pelo legislador racional, de inspiração iluminista (positivismo exegetico); na Alemanha, os conceitos gerais e abstratos deduzidos pelos juristas-professores (jurisprudência dos conceitos); na Inglaterra, os precedentes proferidos pela autoridade política competente (jurisprudência analítica). [...] O positivismo jurídico tem em sua genealogia o positivismo científico, para o qual só há fatos." STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento Casa do Direito, 2017. P. 159.

Antes, todavia, importante reconhecer que o positivismo jurídico decorre do chamado positivismo científico, que prega a concepção de que só importam os fatos; de que o direito que importa é aquele imposto pela vontade humana como fato social. Contexto que aumenta supostamente a objetividade do conhecimento jurídico.

A jurisprudência dos conceitos foi a primeira sub-corrente do positivismo jurídico, segundo a qual a norma deve refletir conceitos em sua interpretação. Seus principais representantes foram Ihering, Savigny e Puchta. Entre as principais características dessa sub-corrente estão o formalismo e a sistematização, pela formalização do direito na lei<sup>23</sup>:

O nome mais ligado à jurisprudência dos conceitos é o Georg Puchta, principal discípulo de Savigny e mentor do projeto de construção do sistema conceitual abstrato que ele próprio chamava de genealogia dos conceitos. Como a principal obra de Puchta chamava-se Pandekten (Pandectas) e esse mesmo título foi utilizado por vários juristas que levaram à frente a sua proposta teórica que ele propôs, passou-se a designar como pandectística a corrente que buscou aplicar.

A jurisprudência dos interesses foi a segunda sub-corrente do positivismo jurídico, segundo a qual a norma escrita deve refletir interesses em sua interpretação. Seu principal representante foi Philipp Heck, que defendia o direito como forma de satisfação das necessidades da comunidade, de resposta social aos conflitos de interesses.

Entre suas principais características dessa sub-corrente é a interpretação das normas segundo as finalidades a que destina. De modo que a relação entre interesses e normas seria dúplice, com as normas sendo produtos dos interesses sociais e, ao mesmo tempo, tendo por objetivo regular o conflito de interesses. De modo que “os interesses devem ser vistos tanto como *causas* quanto como *objetos* das normas, esse dúplice aspecto conduz o pensamento jurídico a duas operações que se coordenam”.<sup>24</sup>

Essa teoria consolidou-se na Alemanha na primeira metade do século XX, sendo chamada de positivismo pandectista. Heck explica:

O escopo da Jurisprudência e, em particular, da decisão judicial dos casos concretos, é a satisfação de necessidades da vida, de desejos e aspirações, tanto de ordem material como ideal, existentes na sociedade. São esses desejos e aspirações que chamamos interesses e a Jurisprudência dos interesses caracteriza-se pela preocupação de nunca perder e vista esse escopo nas várias operações a que tem de proceder e na elaboração dos conceitos<sup>25</sup>

<sup>23</sup> COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. 2008. Tese (Doutorado em Economia). 421 f. – Curso de Doutorado, Universidade de Brasília, Brasília. P.219.

<sup>24</sup> COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. 2008. Tese (Doutorado em Economia). 421 f. – Curso de Doutorado, Universidade de Brasília, Brasília. P. 322.

<sup>25</sup> Tradução livre. HECK, Philipp. **El problema de la creación del derecho**. Granada: Editorial Comares, 1999. p. 27.

Por fim, a jurisprudência de valores<sup>26</sup> (também chamada de jurisprudência de princípios) se apresentaria como uma sub-corrente mais recente, a ponto de alguns a caracterizarem como uma escola pós-positivista. Esta sub-corrente estaria atrelada à divisão das normas entre regras e princípios e associada ao cumprimento mais extenso de princípios constitucionais como liberdade e igualdade.

Ou seja, nesse movimento histórico retratado, tem-se o positivismo exegético dos códigos da tradição francesa, os conceitos gerais e abstratos germânicos e os precedentes de autoridades políticas inglesas (analíticos).

Especificamente sobre a jurisprudência analítica pode-se destacar a obra de John Austin (1790-1859) – *The Province of Jurisprudence Determined* –, um jurista inglês que buscou fazer uma releitura do utilitarismo de Jeremy Bentham<sup>27</sup>.

Austin foi fundador da jurisprudência analítica anglo-saxã, e é reconhecido como uma das principais figuras do positivismo jurídico do século XIX. Tem uma influência forte também de David Ricardo, Thomas Hobbes e John Stuart Mill. Além disso, seu trabalho tem ligação com o realismo jurídico norte-americano Holmes.

A teoria de Austin pode ser compreendida como uma tentativa de se sistematizar o direito do ponto de vista conceitual e separá-lo da moral.

Austin conceitua o direito como comando legal associado a uma sanção em caso de descumprimento, ainda que essa sanção não seja efetivamente aplicada e apenas sirva como coerção. Esse, para ele, seria o objeto de uma pretensa teoria geral do direito (*general jurisprudence*), de modo que, para Austin, a solução seria a codificação sistemática e racional. Todavia, Austin reconhece, apesar da implementação de codificações, casos de ambiguidade e obscuridade seriam resolvidos pelo chamado direito judicial.

---

<sup>26</sup> “A jurisprudência dos valores (Wertungsjurisprudenz), diferentemente de sua antecessora – a jurisprudência dos interesses – não se limita à investigação sociológica das questões jurídicas a serem enfrentadas. A jurisprudência dos valores possui uma dimensão filosófica que objetiva auxiliar o julgador a identificar os valores subjacentes ao direito naquele dado conflito, levado à sua apreciação. [...] a jurisprudência dos valores tem por objeto principal a jurisprudência oriunda das decisões das Cortes Superiores, diferentemente da Jurisprudência dos Interesses, que tinha suas atenções destinadas à atividade do Poder Legislativo.” ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. P.410.

<sup>27</sup> “A natureza colocou o gênero humano sob o domínio de dois senhores soberanos: a dor e o prazer. Somente a eles compete apontar o que devemos fazer, bem como determinar o que na realidade faremos. Ao trono desses dois senhores está vinculada, por uma parte, a norma que distingue o que é reto do que é errado, e por outra, a cadeia das causas e dos efeitos.” BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. São Paulo: Abril, 1974. P.09.

Passando a obra de Hans Kelsen, que critica a teoria de Austin no artigo “a teoria pura do direito e a jurisprudência analítica” (Harvard Law Review 1941), ao defender que o direito não pode ser conceituado como apenas um comando legal associado a uma sanção e que a norma jurídica não é apenas a expressão de vontade que a cria.

Ainda, Kelsen defende que a coerção provocada pelas sanções é um problema sociológico e não normativo. De modo que a sua obra (teoria pura do direito) conceitua o dever como a conduta contrária àquela que sofreria a sanção.

De qualquer forma, evidente que as teorias positivistas de Kelsen e de Austin podem ser tidas como similares, ao atrelar o direito a um conjunto de deveres, de ação e omissão.

Herbert Hart, contudo, apresenta um estudo mais sofisticado com relação ao positivismo, ao criticar Austin. Para Hart os comandos legais não teriam apenas um sentido sancionador, mas também a ideia de consentimento implícito; assim como, para ele, nem todas as normas jurídicas implicariam deveres em face de terceiros.

Para Hart, ainda, a dicotomia entre o direito judicial (*judiciary law*) e o direito legislativo (*statutory law*) defendida por Austin seria equivocada. Isso porque os juízes não poderiam criar normas abstratas, e sim apenas decidir em casos concretos e específicos.

#### 2.1.6. Do realismo jurídico à análise econômica do Direito

Outra corrente hermenêutica importante é a corrente do chamado realismo jurídico que tem suas raízes no pensamento político de Maquiavel e Hobbes<sup>28</sup>, e que influenciou uma série de movimentos contemporâneos como a chamada análise econômica do Direito.

O realismo jurídico, como corrente hermenêutica do início do século XX, prega a ideia de que o direito é um fato, rejeitando o idealismo; sendo esses fatos as decisões judiciais. O que conduziria para o centro do Direito a atuação dos juízes, e não a moral ou as leis, a ponto de se resumir que direito é o que o juiz diz que é. Eis as lições de Abboud<sup>29</sup>:

O realismo, em maior ou menor medida, está embasado no relativismo e na discricionareidade. O realismo jurídico precisa reconhecer o direito e a política como realmente-cientificamente-empiricamente-faticamente são.

---

<sup>28</sup> ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. P.101.

<sup>29</sup> ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. P.102-103.

Todavia, a descrição do jurídico e do político é relativista e discricionária, uma vez que a eleição do que seria o fim do direito não seria mera descrição, mas uma eleição valorativa do teórico relativista pautada sobre qual poder ele gostaria de preservar. Assim, o realista introduz elementos não empíricos na sua descrição do direito e do Estado, travestindo-os de elementos empíricos. [...] O que é o direito e como o direito tem sido aplicado não são categorias institucionais distintas. No realismo, eles seriam efetivamente o mesmo fenômeno

Atrelado com o realismo jurídico, ainda, tem-se a linha de pensamento chamada de utilitarismo. O utilitarismo, concebido por Jeremy Bentham, pode ser definido como a concepção de que todas as ações dos indivíduos estão voltadas para se atingir a sua felicidade. E nessa cadeia causal, em que cada um busca seu bem-estar, chegaria-se a um bem-estar geral.

O utilitarismo tem no consequencialismo um elemento importante<sup>30</sup>. Todavia, importante compreender que utilitarismo não se confunde com consequencialismo<sup>31</sup>:

O consequencialismo diz que a ação correta é aquela que promove o maior valor – qualquer que seja a definição de valor que utilizemos. Os utilitaristas tanto podem ser consequencialistas quanto não utilitaristas. O consequencialismo de satisfação diz que apenas somos obrigados a produzir um resultado suficientemente bom. A visão híbrida suplementa o consequencialismo com prerrogativas centradas no agente, permitindo-nos conferir peso desproporcional aos nossos próprios interesses.

Ainda, para o utilitarismo, a correção ou a incorreção moral das ações dos indivíduos deve ser avaliada em função das suas consequências. Eis as palavras de Mill<sup>32</sup>:

De acordo com essa teoria do bom, um estado de coisas em que dez pessoas são mortas é melhor do que um estado de coisas em que duas pessoas são mortas. O consequencialista e o não consequencialista deparam-se agora com uma situação em que a única maneira de evitar que dez pessoas morram é matar duas pessoas. O consequencialista dirá: se tivermos de escolher entre esses dois estados de coisas, então, dado que o correcto consiste em maximizar o bom, o correcto será matar essas duas pessoas. O não consequencialista, como não acredita que o correcto consista sempre em maximizar o bom, pode dizer que o correcto não consiste, nesse caso, em matar as duas pessoas, mas sim em deixar as outras dez pessoas morrer.

Importante, todavia, reconhecer que John Stuart Mill realizou o que muitos chamam de abrandamento do utilitarismo, com questões relacionadas ao reconhecimento de direitos humanos e de apego ao liberalismo (liberdade do indivíduo)<sup>33</sup>:

As regras morais que proíbem a humanidade de prejudicar um ao outro (na qual nunca devemos nos esquecer de incluir interferência injunta na liberdade do outro) são mais vitais para o bem-estar humano do que quaisquer máximas,

<sup>30</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. P. 84.

<sup>31</sup> MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. São Paulo: Esvala, 2007. P. 24.

<sup>32</sup> MILL, John Stuart. **Utilitarismo**. Lisboa: Gradiva. 2005. P. 12.

<sup>33</sup> MILL, John Stuart. **Utilitarismo**. Lisboa: Gradiva. 2005. P.87

por mais importantes que possam ser, que apenas indicam o melhor modo de administrar alguns departamentos dos assuntos humanos.

O realismo jurídico norte-americano, por sua vez, alinhado parcialmente com o utilitarismo, levou ao limite a premissa de que juízes primeiramente decidem e depois engendram modelos de dedução lógica. Porque o pensamento seria instrumento para ajuste das condições de vida, a reflexão jurídica seria apenas um mecanismo para resolução de problemas concretos.

Os realistas abandonaram a metafísica em favor do pragmatismo, da utilidade prática; razão da importância dessa temática nesta tese.

Os realistas norte-americanos atacaram o formalismo, a educação jurídica baseada em modelo que pretendia que o direito fosse ciência, a distinção entre público e privado. Porque fatos determinariam decisões, os realistas norte-americanos criticavam a apropriação que o direito pretende fazer da lógica; o Direito não seria lógica, sim experiência, como defendeu Oliver Holmes<sup>34</sup>.

O realismo jurídico norte-americano desenvolveu-se nos tribunais e se alinhou com a política intervencionista do governo de Roosevelt e do *new deal*. Eis a concepção de que o direito é aquilo que os tribunais fazem e não o que se espera que ele faça ou o que as fontes do direito indiquem que ele faça.

O realismo jurídico norte-americano entende que a ciência do direito deve se ocupar de duas grandes questões: o que o juiz decide em determinado caso, e o que ele irá decidir em uma situação sobre a qual ele ainda não se pronunciou.

Em outras palavras, os realistas entendem que o direito é fruto de decisões judiciais, e a ciência do direito deve se ocupar tanto em analisar decisões judiciais anteriores quanto em prever como certas questões serão decididas. Se, por um lado, o realismo jurídico rejeita a definição de direito pela norma jurídica (positivismo jurídico), também a rejeita pela moral (moralismo jurídico).

Com efeito, o realismo jurídico não nega que decisões judiciais possam possuir uma carga de idealismo e moral por parte dos juízes; porém, esta corrente entende que a justiça e a moral não são fatores determinantes na definição do direito.

---

<sup>34</sup> “Por isso mesmo é que Oliver W Holmes afirmava, ainda em 1899, que é uma falácia a noção de que a única força em funcionamento no desenvolvimento de uma lei é a lógica e é um erro a noção de que um sistema jurídico pode ser elaborado, como a matemática, a partir de alguns axiomas gerais de conduta” COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. 2008. Tese (Doutorado em Economia). 421 f. – Curso de Doutorado, Universidade de Brasília, Brasília. P.254.

Esse movimento hermenêutico culminou no nascimento da análise econômica do Direito (AED) nas décadas de 60 e 70 do século XX na Universidade de Chicago<sup>35</sup>, diferenciando-se do chamado direito econômico, que até então estudava a legislação antritruste nos EUA.

Na AED, nesse contexto, ganham destaque os trabalhos de Ronaldo Coase e, principalmente, de Richard Posner (*Economic Analysis of Law*, 1973). Momento em que se incorpora no Direito a ideia econômica das escolhas racionais dos agentes. Ou seja, a AED apresenta os primeiros trabalhos na década de 60 e se consolida como disciplina em 1973 com a citada obra de Posner. O título da obra, inclusive, foi adotado como referência, como tradução literal, para o nome da disciplina no Brasil; apesar disso, cabe destacar que nos EUA a expressão *Law and Economics* (“Direito e Economia”) é a mais utilizada<sup>36</sup>.

No campo hermenêutico, todavia, a inserção da Análise Econômica do Direito (*Economic Analysis of Law*) ou Direito e Economia (*Law and Economics*) provocou várias reações teóricas em sentido contrário, principalmente em países, como o Brasil, de tradição latina. “Para muitos, no inferno de Dante estará reservado um círculo aos que ousaram contaminar o Direito com a Economia, ou propor a utilização de método ligado à AED na solução de problemas jurídicos”<sup>37</sup>.

Por outro lado, o surgimento da AED decorre de uma perspectiva histórica-epistemológica<sup>38</sup> após a Segunda Guerra Mundial de reação ao juspositivismo do século XIX, buscando retornar ao Direito enquanto valor. Ora, o positivismo fez com que os estudiosos do Direito se afastassem das demais ciências naturais e sociais; entretanto a

---

<sup>35</sup> Todavia, as raízes do movimento da AED se deram antes, por volta de 1920: “No Direito, o realismo surgia buscando a interdisciplinaridade com as demais ciências sociais para entender a aplicação do direito nos casos concretos. O estudo formal da norma jurídica não seria suficiente pra explicar porque os juízes decidiam de determinada maneira, já que fatores políticos, sociais e morais teriam uma importância chave nesse aspecto. O realismo jurídico levou alguns autores a uma relação próxima com a sociologia e a ciência política, dando origem ao movimento do *Critical Legal Studies*. Outros teóricos, entretanto, acabaram identificando na economia uma abordagem mais interessante, dando origem ao chamado primeiro movimento da *Law and Economics*. Já no campo da economia, a corrente teórica denominada velho institucionalismo foi responsável pela primeira grande aproximação com o Direito.” (KLEIN, Vinicius. Teorema de Coase. In: RIBEIRO, Maria Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. P. 174-175).

<sup>36</sup> KLEIN, Vinicius. Teorema de Coase. In: RIBEIRO, Maria Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. P. 173-174

<sup>37</sup> FORGIONI, Paula A. Análise Econômica do Direito: paranóia ou mistificação? In: COUTINHO, Jacinto N. M.; LIMA, Martonio M. B. (orgs). **Diálogos Constitucionais: Direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. P. 37.

<sup>38</sup> GICO JÚNIOR, Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012. P. 01.

crise do Estado posta fez com que os teóricos fossem compelidos a buscar um novo discurso teórico.

Apesar disso, Mackaay<sup>39</sup> defende que a relação entre Direito e Economia já tinha sido estudada no iluminismo, ao se tratar os efeitos econômicos das normas jurídicas. Ainda, pode-se correlacionar a AED com o movimento utilitarista de Jeremy Bentham, ao se defender que o direito deve estar voltado a produção de a maior quantidade de bem-estar.

Esse novo discurso teórico, contudo, como dito, mostrou-se polêmico pela diversidade do Direito e da Economia. Como Bruno Salama<sup>40</sup> explica, enquanto o Direito é preponderantemente verbal, hermenêutico, almeja a justiça e analisa questões sob o enfoque da legalidade, a Economia é primordialmente matemática, almeja ser científica e examina questões tendo em vista os custos de cada movimento.

Todavia, o trato hermenêutico da AED é elogiável por se tentar incorporar ao Direito uma teoria sobre o comportamento humano, correlacionando as consequências das decisões judiciais e legislativas:

É mais útil ao direito, na medida em que oferece um instrumental teórico maduro que auxilia a compreensão dos fatos sociais e, principalmente, como os agentes sociais responderão a potenciais alterações em suas estruturas de incentivos. Assim como a ciência supera o senso comum, essa compreensão superior à intuição permite um exercício informado de diagnóstico e prognose que, por sua vez, é fundamental para qualquer exercício valorativo que leve em consideração as consequências individuais e coletivas de determinada decisão ou política pública<sup>41</sup>.

Contudo, importante reconhecer as limitações da AED:

Quando um praticante da AED está utilizando seu instrumento para realizar uma análise positiva (*e.g.*, um exercício de prognose, uma aferição de eficiência), dizemos que ele está praticando Ciência Econômica aplicada ao Direito. Aqui, o jurista *qua* jurista não é capaz de oferecer quaisquer sugestões de políticas públicas ou de como certa decisão deve ser tomada. O máximo que ele pode fazer é identificar as possíveis alternativas normativas (se textuais, aplicando-se técnicas hermenêuticas) e investigar as prováveis consequências de cada uma (aplicando-se a AED), bem como comparar a eficiência de cada solução possível, auxiliando em uma análise de custo-benefício. [...] Já quando o praticante da AED está utilizando o seu instrumental para realizar uma análise normativa (*e.g.*, afirmar que uma política pública *X* deve ser adotada em detrimento de política *Y*, ou que um caso *A* deve ser resolvido de forma *W*), ele está apto a fazê-lo enquanto jurista *se, e somente se*, o critério normativo com base no qual as referidas alternativas devem ser ponderadas estiver previamente estipulado

<sup>39</sup> MACKAAY, Ejan. History of Law and Economics. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (eds.). **Encyclopedia of Law and Economics**. Cheltenham: Edward Elgar, 2000. v. 1. P.65.

<sup>40</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. **Direito, Justiça e Eficiência: A Perspectiva de Richard Posner**. August 8, 2008. P. 49.

<sup>41</sup> GICO JÚNIOR, Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012. P. 03.

(*e.g.*, por uma escolha política prévia consubstanciada em uma lei)<sup>42</sup>.

Eis, portanto, o sentido da ligação – aqui tratados conjuntamente – de realismo jurídico, utilitarismo e análise econômica do Direito.

## 2.2. Métodos hermenêuticos clássicos

Segundo Canotilho, apesar de partirem de premissas diferentes, os métodos de interpretação são complementares, razão pela qual devem ser analisados e aplicados em conjunto na prática<sup>43</sup>. Todavia, para efeito pedagógico, podem ser estudados separadamente

Estes métodos de interpretação tem em Savigny seu maior contribuinte, sendo uma conquista do Estado de Direito (submete o Estado às leis). A crítica, todavia, é de que Savigny desenvolveu estes métodos voltados para institutos do direito privado, revelando-se insuficientes para a interpretação da Constituição.

Os processos interpretativos não se excluem, mas, ao contrário, completam-se em um processo mental para atingir um resultado final de interpretação mais segura e que se aproxime da justiça real.

O método literal e gramatical tem sua importância por ser o primeiro método que incide sempre, e para excluir interpretações que porventura tentem distorcer o alcance da norma.

O método histórico tem como importância impedir que o alcance e significado de dada norma não seja alterado pelo curso do tempo, procurando o significado de sua edição e adequando ao presente.

O método teleológico ou social tem como importância a procura por máxima efetividade social no alcance da norma, para que dada norma não perca aplicação por pura “burocracia legal”.

E o método sistemático e importante para que o sistema guarde unidade, para que novos normativos sejam aplicados conforme a lógica posta do sistema, privilegiando a segurança jurídica.

---

<sup>42</sup> GICO JÚNIOR, Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012. P. 16-17.

<sup>43</sup> “O intérprete não opta por uma determinada espécie de interpretação, mas que deve levar todos os elementos (gramatical, lógico, histórico e sistemático) em consideração, de forma conjunta e harmônica”. COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. 2008. Tese (Doutorado em Economia). 421 f. – Curso de Doutorado, Universidade de Brasília, Brasília.P. 210..

De modo que, analisando Savigny, diferentemente do que muitos pregam, não se pode tratar apenas de questões gramaticais<sup>44</sup>:

Essa especial relevância da literalidade das normas, contudo, não fez com que Savigny se limitasse aos aspectos gramaticais da interpretação, sendo que ele afirmava que, na reconstrução do pensamento do legislador, o intérprete deveria realizar uma tríplice atividade, inserindo uma terceira espécie de interpretação (a histórica) no antigo modelo bipartido que diferenciava a interpretação em lógica e gramatical.

Interessante que estes métodos ditos clássicos tiveram uma expansão muito forte na tradição hermenêutica brasileira, o que pode estar relacionado com uma tradição privatista, com o reconhecimento tardio da Constituição como norma<sup>45</sup>. De modo que os métodos ditos modernos ou os métodos de hermenêutica constitucional, a serem tratados no tópico 1.3, ainda parecem pouco difundidos.

### 2.2.1. O método gramatical

O método gramatical ou literal é aquele que investiga a ordem das palavras e o modo como estão conectadas, além de sua origem etimológica. Ainda, examina o o texto normativo do ponto de vista lingüístico.

É, sem duvida, o ponto de partida de qualquer interpretação jurídica. Esse método não discute o objetivo de uma norma. Trata-se de um modelo quase que automatizado de interpretação<sup>46</sup>:

Não existe método para identificar a literalidade, pois a percepção do sentido gramatical é imediato e não mediato pelo aplicação de uma metodologia hermenêutica qualquer. Assim, o critério básico para a interpretação era fundado em uma espécie de ‘evidência gramatical.

Trata-se do ponto de partida de qualquer interpretação.

### 2.2.2. O método histórico

O método histórico baseia-se na investigação dos antecedentes da norma, do processo legislativo, a fim de descobrir o seu exato significado (e como se comunica ao tempo presente).

<sup>44</sup> COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. 2008. Tese (Doutorado em Economia). 421 f. – Curso de Doutorado, Universidade de Brasília, Brasília.P. 206.

<sup>45</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 78.

<sup>46</sup> COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. 2008. Tese (Doutorado em Economia). 421 f. – Curso de Doutorado, Universidade de Brasília, Brasília.P. 191.

E o melhor método para apurar a vontade do legislador e os objetivos que visava atingir a norma (*mens legis*). Códigos e leis de maior relevância, na linha desse método, apresentam uma seção chamada de “exposição de motivos”. Ou seja<sup>47</sup>:

A partir dessas reflexões, desenvolve-se um conceito que transmitia melhor essa ruptura dos padrões hermenêuticos tradicionais: a ideia de que interpretar não é descobrir a vontade do legislador (*voluntas legislatoris*), mas identificar a vontade da própria lei (*voluntas legis*), para além do que o próprio legislador havia pensado ou querido de forma consciente.

Uma tendência atual do direito, alinhada com esse método, é distanciar-se da letra da lei e aproximar-se do propósito da norma. Eis a proliferação de interpretações principiológicas que apareceram no contexto normativo pós Constituição de 1988.

O conceito de *mens legis* convive, também, ao lado de *mens legislatori* (vontade do legislador), mas esse último conceito é mais criticado, porque estaria vinculando os efeitos da lei a vontade de um ou outro legislador ou grupo (não sendo propriamente o produto de um processo legislativo). Na verdade seria uma interpretação autêntica (órgão da qual emana), que decorre outra classificação que ainda tem a interpretação judicial (juizes e tribunais) e doutrinária (estudiosos).

### 2.2.3. O método lógico e sistemático

O método sistemático ou lógico é aquele que considera em qual sistema se insere a norma, relacionando-a às outras normas pertinentes ao mesmo objeto, bem como aos princípios orientadores da matéria e demais elementos que venham a fortalecer a interpretação de modo integrado, e não isolado.

Qualquer preceito normativo deve ser interpretado em harmonia com os princípios gerais de um ordenamento jurídico. Eis que a ideia da sistematicidade é apontada como quarto elemento em Savigny<sup>48</sup>:

Nesse momento, Savigny completou sua célebre quadripartição dos critérios interpretativos, acrescentando à tripartição anterior o elemento sistemático, ou seja, o nexo que liga em uma grande unidade todos os institutos e regras jurídicas.

Trata-se do reconhecimento de que o ordenamento jurídico é uno, e que qualquer decisão deve estar contextualizada, e não apegada a dispositivos isolados.

<sup>47</sup> COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. 2008. Tese (Doutorado em Economia). 421 f. – Curso de Doutorado, Universidade de Brasília, Brasília.P. 225.

<sup>48</sup> COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. 2008. Tese (Doutorado em Economia). 421 f. – Curso de Doutorado, Universidade de Brasília, Brasília.P. 209.

#### 2.2.4. O método sociológico e teleológico

O método teleológico ou sociológico tem por objetivo adaptar o sentido ou finalidade da norma às novas exigências sociais. Busca o bem comum da norma, dando-lhe certa autonomia em relação ao tempo que ela foi feita<sup>49</sup>:

Com isso, a interpretação deixa de ser entendida como a reconstrução um significado cristalizado no tempo (a partir da vontade do legislador, do sentido histórico originário ou de imperativos de sistematicidade) e passa a ser compreendida como uma espécie de atualização, de concretização no presente das finalidades sociais implícitas na norma.

Esse método consta expressamente da lei de introdução ao código civil ou normas do direito brasileiro em seu artigo 5º: “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se destina e as exigências do bem comum”.

Um exemplo é o caso do REsp 41.110-6/SP. Com base na lei de previdência, o INSS negava benefício a trabalhador que não conseguia comprovar documentalmente sua condição de trabalhador rural. O STJ entendeu, todavia, que levando em conta os fins sociais a que se dirige a norma, mesmo que a prova tenha sido meramente testemunhal, admite-se o reconhecimento da qualidade de bóia-fria para o pagamento do respectivo benefício.

### 2.3. Métodos hermenêuticos modernos

Os métodos modernos trazem a ideia de que os métodos de interpretação não são autônomos e, principalmente, de que a interpretação não subsiste sem um caso concreto em que a norma é aplicada.

No constitucionalismo contemporâneo tais métodos modernos têm destaque pela ideia de máxima efetividade da Constituição. Ora, os métodos tradicionais de interpretação da lei, por influência do pos-positivismo<sup>50</sup> e do neo-constitucionalismo,

<sup>49</sup> COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. 2008. Tese (Doutorado em Economia). 421 f. – Curso de Doutorado, Universidade de Brasília, Brasília. P.262.

<sup>50</sup> “O pós-positivismo, enquanto teoria que aproveita aspectos importantes do positivismo jurídico e supera os inadequados à filosofia e à ordem política contemporâneas, abrange uma porção variada de autores, reponsáveis pelo desenvolvimento de importantes teorias contemporâneas do direito” “... pós-positivismo como fenômeno que se assenta em algumas premissas fundamentais (há distinção entre texto e norma; interpretação é ato produtivo condicionado pela historicidade; a decisão é sempre interpretativa e não silogística; a teoria do direito tem função normativa; não existe discricionariedade judicial na solução das questões jurídicas)” ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. P.198 e 399

perderam um pouco de espaço frente a métodos mais modernos em que se prega a interpretação interdisciplinar do direito.

Sobre a interdisciplinariedade do direito importante citar o estudo de Max Weber<sup>51</sup> favorável a ligação do Direito, Sociologia e Economia. Nesse sentido<sup>52</sup>:

O Direito, então, sob a perspectiva weberiana pode ser entendido não apenas como resultado, mas como parte integrante da ação econômica social, permitindo à pesquisa interdisciplinar a compreensão da importância de alguns elementos privilegiados pela análise jurídica (e tradicionalmente desprezados pela literatura econômica – como a importância de questões relativas à hierarquia das normas e à compreensão sistêmica do ordenamento jurídico).

Enfim, na linha de Weber, resta evidente a importância da interdisciplinariedade, notadamente em face da economia<sup>53</sup>:

A compreensão do comportamento dos agentes econômicos diante das normas jurídicas requer uma abordagem interdisciplinar que seja capaz de investigar:  
(i) Em que medida as ações do mundo real se devem à existência de normas jurídicas que as orientam;  
(ii) Em que medida a existência de normas jurídicas é condição necessária (e/ou suficiente) para as ações reais, e (iii) Se essas normas criam condutas regulares desejadas pelos tomadores da decisão normativa.

Resta evidente, pois, a utilização de métodos interpretativos voltados para o caso concreto, voltados para a solução de um problema posto e não para uma hipótese abstrata. Essa é a inteligência dos citados Hesse e Muller, como também de Rudolf Smend no chamado método científico-espiritual (ou valorativo) e também de Theodor Viehweg com relação ao método tópico-problemático:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação de correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária para sua promoção.<sup>54</sup>

<sup>51</sup> WEBER, Max. **Economy and society: An Outline of Interpretive Sociology**. Berkeley, University of California Press, 1978.

<sup>52</sup> ESTEVES, Heloísa Borges Bastos. **Economia e Direito: Um Diálogo Possível**. 2010. Tese (Doutorado em Economia). 252 f. – Programa de Pós-Graduação em Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. P. 134.

<sup>53</sup> ESTEVES, Heloísa Borges Bastos. **Economia e Direito: Um Diálogo Possível**. 2010. Tese (Doutorado em Economia). 252 f. – Programa de Pós-Graduação em Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. P. 174.

<sup>54</sup> AVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 121.

Enfim, os métodos modernos abaixo procuraram resolver o problema da separação dos sentidos concreto e abstrato de um texto dando mais circularidade a interpretação a aplicação<sup>55</sup>:

Na hermenêutica moderna, essa tensão revela-se normalmente na oposição entre interpretação (apresentada como desvendamento do sentido abstrato) e aplicação (entendida como fixação do sentido concreto). Alguns dos primeiros teóricos acentuaram essa distinção para afirmar que há uma incomensurabilidade entre interpretação e aplicação, por tratar-se de atividades com objetivos diversos.

### 2.3.1. O método concretista de Konrad Hesse

O chamado método concretizador de Konrad Hesse<sup>56</sup> passa pelo pressuposto que a interpretação e aplicação das normas é um processo unitário. Só se interpreta uma norma se for para aplicá-la ao caso concreto, sendo que a lei só pode ser aplicada se for interpretada.

Concretizar uma norma é aplicar a norma abstrata a um caso concreto.

A metodologia utilizada nesse método é o chamado círculo hermenêutico, momento em que a interpretação ocorre do texto para o contexto e do contexto para o texto. Este método possui três elementos básicos: i) problema concreto a ser resolvido; ii) norma a ser concretizada; e iii) compreensão prévia. Ainda, usa-se os seguintes pressupostos interpretativos: pressupostos subjetivos (pré-compreensão do tema) e pressupostos objetivos (verificação da norma e situação concreta).

### 2.3.2. O método estruturante de Friedrich Muller

O chamado método estruturante foi desenvolvido por Friedrich Muller. Para Muller a concretização é um processo de aplicação da norma, baseado não apenas em sua interpretação. Trata-se de uma estrutura de concretização da norma.

O intérprete deve levar em consideração tanto o texto da norma como a realidade social que a norma se apresenta. Faz distinção entre norma e texto da norma; a norma é o resultado da interpretação de um determinado texto legal, ou seja, o texto é a forma de exteriorização da norma.

Nesse contexto, tem-se os seguintes elementos de concretização: i) metodológicos; ii) elementos do âmbito da norma (elementos sociológicos, realidade

---

<sup>55</sup> COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. 2008. Tese (Doutorado em Economia). 421 f. – Curso de Doutorado, Universidade de Brasília, Brasília. P.15.

<sup>56</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1991.

social, elementos políticos, econômicos que levaram à edição da norma); iii) elementos dogmáticos (elementos da doutrina, jurisprudência); iv) elementos teóricos; e v) elementos políticos (conseqüências que aquela interpretação vai causar).

Esses elementos de concretização em Muller estariam voltados, ainda, para o combate da ideia de decisionismo já que seria essencial estabelecer uma mínima racionalidade jurídica voltada para controle da melhor decisão possível<sup>57</sup>.

Friedrich Muller, inclusive, é crítico de Robert Alexy no que se refere ao princípio da ponderação – a ser citado no ponto 1.4 deste trabalho. Crítica em que reafirma a necessidade de se interpretar a norma não dissociada ao caso concreto, justamente objeto desta tese. Para Muller “a racionabilidade é o controle intersubjetivo do ato de compreensão-interpretação-aplicação do direito só se revelam viável por meio de uma concretização da norma jurídica após uma árdua análise e demilitação do âmbito de cada norma”<sup>58</sup>.

### 2.3.3. O método científico-espiritual de Rudolf Smend

O método científico-espiritual ou valorativo foi desenvolvido por Rudolf Smend<sup>59</sup>. E associado ao elemento sistemático. Segundo ele, por ser a Constituição um elemento do “processo de integração comunitária”, seus dispositivos devem ser interpretados como um todo, ou seja, devem ser interpretados em conjunto.

O espírito da constituição está nos valores que ela consagra. É ainda chamado de valorativo, porque leva em conta também os valores subjacentes da Constituição, e sociológico, pois considera a realidade social de dado momento histórico.

Esse método é anti-positivista, pois leva em consideração fatores extra-constitucionais. Canotilho critica esse método, por não possuir um fundamento filosófico-jurídico claro e preciso.

### 2.3.4. O método tópico de Theodor Viewag

O método topico-problematico foi desenvolvido por Theodor Viehweg. Foi o responsável pela retomada da tópica no campo do direito, em 1953, quando escreveu o

<sup>57</sup> MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P. 161.

<sup>58</sup> ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. P.293.

<sup>59</sup> SMEND, Rudolf. **Constitución y Derecho Constitucional**. Traducción de José Maria Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

livro *Tópica e jurisprudência*<sup>60</sup>. O estudo desse método foi feito para o direito civil, mas se aplica a todos os ramos do direito.

É tópico em razão dos *topoi* (plural de *topos*). *Topoi* são argumentos, esquemas de pensamento, raciocínios, extraídos de princípios gerais, da jurisprudência, da doutrina e do senso comum. “Do reflexo para a reflexão”. É o próprio método que vai elaborando essas premissas; sai de uma aplicação automática para refletir sobre o caso concreto.

É chamado de problemático, pois gira em torno do problema concreto a ser resolvido. Sendo o problema como “toda questão que aparentemente permite mais de uma resposta e que requer necessariamente um entendimento preliminar, de acordo com o qual toma o aspecto de questão que há que levar a sério e para a qual há que buscar uma resposta como solução”<sup>61</sup>.

As críticas a esse método são as seguintes: i) sua utilização poderá conduzir a um casuismo ilimitado, a um subjetivismo e a uma insegurança interpretativa (para essa corrente, a norma jurídica é apenas mais um argumento a ser considerado e não o principal argumento a ser considerado); e ii) a interpretação não deve partir do problema para a norma, mas sim da norma para a solução do problema.

Por outro lado, as utilidades apontadas pela doutrina para sua utilização são o preenchimento de lacunas e a comprovação dos resultados obtidos.

O pensamento de Viewag no que diz respeito à tópica, inclusive, tem uma importância muito grande na evolução do concretismo e do pragmatismo tratados nessa tese. Isso porque a tópica se volta para problemática jurídica concreta, e não para o puro raciocínio dedutivo relacionado a um contexto de abstração<sup>62</sup>. Todavia, Warat critica a tópica aplicada ao Direito por ser muito vacilante e incoerente<sup>63</sup>.

#### 2.4. O modelo hermenêutico brasileiro

Pode-se dizer que o Brasil construiu um modelo hermenêutico com certas características próprias, valendo-se de forma esparsa de diversas escolas de pensamento hermenêutico e de métodos ditos clássicos e modernos, paralelamente. O resultado desse

---

<sup>60</sup> “Todo problema objetivo e concreto provoca claramente um jogo de suscitações, que se denomina tópica ou arte da invenção”. VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Trad. Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Universidade de Brasília, 1979. P. 33.

<sup>61</sup> VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Trad. Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979. p. 34.

<sup>62</sup> WARAT, Luis Alberto. Introdução geral ao direito. v. II. Trad. Jose Luis Bolzan de Moraes. Porto Alegre: Fabris, 1995. p. 30.

<sup>63</sup> WARAT, Luis Alberto. Introdução geral ao direito. v. II. Trad. Jose Luis Bolzan de Moraes. Porto Alegre: Fabris, 1995. p. 31.

processo pode ser percebido na própria tradição acadêmica nos bancos da graduação em Direito, com a incorporação nas ementas das disciplinas (como introdução ao estudo do direito e filosofia do direito) do processo histórico hermenêutico e dos métodos respectivos.

Nesse processo de formação de características próprias da hermenêutica brasileira – que é um processo vivo e dinâmico –, todavia, alguns autores se destacam, com contribuições próprias que serão analisadas na sequência, como Bobbio, Ávila, Ferraz Jr e Streck.

Sem prejuízo, contudo, pode-se perceber que ainda existem problemas profundos atinentes a essa pretensa teoria da decisão, ou metodologia mais objetiva possível para se proferir decisões judiciais no Brasil.

Ao se confrontar decisões judiciais, notadamente de cortes superiores, muitos autores defendam a urgência em se formatar uma nova teoria de decisão<sup>64</sup>:

A insegurança, a apelidada jurisprudência lotérica, a inconsistência e falta de linearidade decisória não são oriundas de fatores externos. Ou seja, não é a ausência ou a falta de reformas legislativas que tornam nosso sistema decisório inseguro. Essa assertiva aplica-se principalmente ao tema do efeito vinculante atribuído às decisões superiores. [...] A insegurança jurídica não se soluciona por *civil law* ou *common law*, ou ainda pelo recrudescimento de mecanismos vinculatórios. A utilização de vias legislativas para se resolver essas questões, ao final, termina, tão somente, por trocar uma discricionariedade pela outra. De nada adianta modificarmos a legislação, melhorá-la, admitirmos que vivenciamos a era dos princípios jurídicos, se continuarmos refratários a um mecanismo silogístico para sentenciar e principalmente se mantivermos como predominante um paradigma discricionário em que, para uma mesma questão jurídica, são admitidas diversas soluções, ainda que discrepantes entre si.

Como sugestões para se encontrar uma teoria da decisão em terras tupiniquins, autores como Lenio Streck e Georges Abboud parecem concordar com a incorporação paralela das ideias de dois pensadores muito importantes: Dworkin e Gadamer. Proposta que será retomada no terceiro capítulo desta tese.

De toda forma, como será visto, para esses dois pensadores, seria importante entender que a interpretação do Direito não se faz por método, e sim fenomenologicamente. Sendo que, Dworkin se destaca pela ideia de direito como integridade, e Gadamer se destaca pela ideia das circunstâncias concretas do caso. Ideias retomadas no terceiro capítulo.

---

<sup>64</sup> ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. P.372.

Ou seja, evidente que no modelo hermenêutico brasileiro as contribuições abaixo tratadas foram importantes; mas que, prospectivamente, tem-se muito que avançar entorno da construção de uma teoria da decisão.

#### 2.4.1. A influência da obra de Norberto Bobbio acerca das antinomias jurídicas

As chamadas antinomias jurídicas são conflitos das leis no campo da validade, da aplicabilidade, como explica Bobbio<sup>65</sup>. No campo da validade, ainda, podem ocorrer conflitos de primeiro e segundo graus.

Os critérios para a solução de antinomias de primeiro grau (entre duas regras ou entre uma regra e um princípio, entre normas) são os critérios hierárquico, cronológico e da especialidade.

O critério hierárquico determina que uma norma superior prevalece sobre norma inferior. Como, a exemplo, uma norma constitucional que prevalece sobre leis ordinárias e complementares, como ilustrado na pirâmide de Kelsen com Constituição, atos normativos primários e atos normativos secundários.

O critério cronológico determina que uma norma posterior prevalece sobre norma anterior, como determinado no artigo 2º §1º da lei de introdução das normas do direito brasileiro.

O critério da especialidade determina que normas especiais revogam normas gerais, como indica o artigo 2º §2º da lei de introdução das normas do direito brasileiro.

A respeito disso<sup>66</sup>:

Pelo critério hierárquico, as antinomias existentes entre uma norma hierarquicamente superior e uma inferior devem ser resolvidas excluindo-se do ordenamento a norma inferior: *lex superior derogat inferior*. Dessa forma, será inválida uma lei que seja contrária à constituição ou um decreto contrário a uma lei.

Pelo critério da especialidade, as disposições especiais têm prevalência sobre as disposições gerais. Embora toda lei deva ter a característica da generalidade (por se aplicar a um conjunto de fatos e não a um fato específico), essa generalidade é uma faca de dois gumes. Por um lado, ela garante que os casos idênticos serão tratados da mesma forma, mas, por outro, ele trata igualmente casos que, pelas suas peculiaridades, mereceriam uma solução diversa. [...]

O terceiro critério é o cronológico, que é aplicável apenas a normas de mesma hierarquia ou de grau de especialidade. Nesses casos, considera-se que a norma posterior derroga a norma anterior: *lex posterior derogat priori*.

<sup>65</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sucatti. Bauru, SP: Edipro, 2001.

<sup>66</sup> COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. 2008. Tese (Doutorado em Economia). 421 f. – Curso de Doutorado, Universidade de Brasília, Brasília. P.238-239.

Os critérios para a solução de antinomias de segundo grau, por sua vez, se referem a um conflito entre os critérios acima, como tratado por Norberto Bobbio. Nesses casos Bobbio explica que o critério hierárquico prevalece sobre o cronológico; que o critério da especialidade vai prevalecer, em regra, sobre o cronológico; e que entre o critério hierárquico e da especialidade, em regra, prevalece o hierárquico, com certas exceções no caso concreto.

Já a chamada antinomia jurídica imprópria constitui o conflito no campo da importância, conflito entre dois princípios válidos. Esse conflito no campo da importância é denominado de colisão. Um exemplo é o confronto do direito à privacidade e direito à informação. Apenas os princípios possuem essa dimensão. O peso dos princípios é relativo, ou seja, só pode ser determinado diante de um caso concreto.

Nessa antinomia imprópria tem-se duas técnicas para solução do conflito: concordância prática e ponderação. O princípio da concordância prática ou harmonização determina que havendo conflito entre dois princípios, deve-se procurar aplicar os dois de forma simultânea e em conciliação. O princípio da ponderação, por sua vez, consiste na análise do peso relativo dos princípios diante das circunstâncias do caso concreto. Isso porque, abstratamente, não existe hierarquia entre princípios; o peso de um princípio só será maior ou menor que outro de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

Estes ensinamentos de Bobbio estão presentes profundamente no modelo hermenêutico praticado no Brasil.

#### 2.4.2. A influência da obra de Humberto Ávila acerca dos postulados interpretativos

A obra de Humberto Ávila<sup>67</sup> contribuiu para a formação de um modelo hermenêutico brasileiro com o desenvolvimento dos chamados postulados interpretativos, ferramentas de interpretação aplicados a todas as normas, seja regras ou princípios.

O primeiro deles é a chamada presunção de constitucionalidade, que parte da premissa de que a constituição é o fundamento de validade de todas as demais normas do ordenamento jurídico, e que todas as normas são presumidamente constitucionais. Todavia, a presunção de constitucionalidade é relativa (*iuris tantum*), que admite prova em contrário ou que pode ser questionada, com exceção dos casos em que o Supremo Tribunal Federal profere decisão com efeito vinculante acerca da constitucionalidade. Ou

---

<sup>67</sup> AVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

seja, na dúvida, deve-se optar pela constitucionalidade da norma, ciente de que a lei antes de ser aprovada passa por dois controles preventivos, do poder legislativo por meio das comissões de constituição e justiça e pelo poder executivo por meio do eventual veto jurídico.

O segundo postulado é da supremacia constitucional, que determina que a Constituição prevalece sobre todas as demais normas do ordenamento jurídico, atrelado ao surgimento das primeiras constituições escritas. Divide-se entre supremacia formal e material. Material que determina que o conteúdo da constituição é mais relevante em relação às demais leis. Formal que decorre da rigidez da Constituição, da maior dificuldade em sua modificação, e sua integração vertical acima dos atos normativos primários (que decorre diretamente da constituição como leis ordinárias e complementares) e secundários (que decorre dos atos secundários como regulamentos<sup>68</sup>).

O terceiro postulado é da interpretação conforme a Constituição, determinando que diante de normas polissêmicas ou plurisignificativas deve-se optar pelo sentido que seja compatível com a Constituição. Essa interpretação comporta dois limites, quando não caberá uma interpretação conforme<sup>69</sup> à constituição): i) clareza do texto, se o texto de lei é claro, não cabe interpretação conforme; e ii) objetivo da lei, se a lei foi feita para determinada finalidade, não se pode desvirtuar esse objetivo para conformá-la à constituição. Trata-se do principal postulado na ação do STF atualmente, com várias técnicas como a “declaração de nulidade sem redução de texto” (a declaração de inconstitucionalidade sem qualquer alteração do texto).

O quarto postulado é da unidade constitucional e efeito integrador, associado à interpretação sistemática. Cabe ao intérprete conciliar esses interesses aparentemente

---

<sup>68</sup> “Mesmo sendo passível de controle de constitucionalidade em outros modelos de justiça constitucional que exerceram influência no direito brasileiro – como é o caso do direito alemão –, o STF não admite a possibilidade de examinar a constitucionalidade de atos regulamentares que tenham por finalidade dar execução a uma determinada lei”. CICCONETTI, Stefano; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição constitucional comparada**. 2ª ed. Belo Horizonte: Forum, 2018. P. 38.

<sup>69</sup> “Na interpretação conforme, como visto, em última análise, eliminam-se as interpretações possíveis da norma objeto da ação que sejam incompatíveis com o sentido constitucional, o que a aproximaria - enquanto técnica de interpretação -, da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto. A declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto pode ser entendida como um mecanismo uma técnica de decisão que visa atingir uma interpretação conforme à Constituição e, dessa forma, preservar a constitucionalidade da lei ou do ato normativo, excluindo-se algumas de suas interpretações possíveis. A doutrina tem seguido nessa direção: não confunde a interpretação conforme à constituição com a declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto, mesmo que não se possa negar a semelhança dessas categorias e a proximidade do resultado prático de sua utilização. MEDEIROS, Orione Dantas de. **Uma dicotomia superada: o controle híbrido de constitucionalidade – no Brasil e em Portugal**. 2013. Tese (Doutorado em Direito). 268 f. – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife. P. 75.

conflitantes na Constituição. Deve ser interpretada em sua unidade, favorecendo interpretações que favoreçam integração política e social (efeito integrador). Essa tese questiona o livro de Otto Banchof (*Normas constitucionais inconstitucionais?*), defendendo que não existe hierarquia entre as normas constitucionais.

O quinto postulado é da força normativa da Constituição e máxima efetividade, determinando-se que na interpretação das normas constitucionais deve-se dar primazia às soluções que, densificando essas normas, tornem-nas mais eficazes e permanentes. Postulado muito importante em matéria de direitos fundamentais, atribuindo sentido que confira a maior efetividade social possível.

O sexto postulado é da concordância prática ou harmonização, determinando que havendo um conflito entre dois interesses constitucionalmente protegidos deverá o intérprete fazer a redução proporcional do âmbito de cada um deles, evitando-se o sacrifício total de um para a aplicação do outro.

O sétimo postulado é da conformidade funcional ou justeza, que se assemelha a uma regra de competência, determinando que os órgãos encarregados da interpretação constitucional não podem subverter o esquema organizatório-funcional estabelecido pela constituição. Esse princípio é dirigido sobretudo ao tribunal constitucional e, no caso do Brasil, ao STF.

O oitavo postulado é da proporcionalidade ou razoabilidade, que para muitos autores, diferentemente, é chamado de princípios e não de postulados. Para Robert Alexy, ainda, trata-se de uma máxima de aplicação dos demais princípios, como um critério para aplicar os outros princípios.

A origem desse princípio está ligada ao direito anglo-saxão, à Magna Carta Inglesa, que surgiu dentro do poder executivo, mas após foi ampliado para os poderes legislativo e judiciário.

Sobre a nomenclatura desse postulado é preciso levantar uma importante controvérsia. Os autores de influência germânica utilizam o termo proporcionalidade; já os autores que têm influência do direito norte-americano, como Luis Alberto Barroso, falam em razoabilidade. Humberto Ávila<sup>70</sup> faz uma distinção entre proporcionalidade e razoabilidade, diferentemente do próprio Supremo Tribunal Federal que os trata como sinônimos.

---

<sup>70</sup> AVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

O próprio STF reconhece a previsão implícita desse postulado na Constituição Federal. Segundo o STF, o princípio da proporcionalidade é deduzido da cláusula do devido processo legal substantivo, que está consagrada na nossa constituição no artigo quinto inciso LIV da Constituição Federal. O Tribunal alemão, por sua vez, em um primeiro momento, o reconheceu atrelado aos direitos fundamentais, e posteriormente na ideia de Estado de Direito.

Esse postulado, ainda, apresenta três subprincípios, máximas parciais do princípio da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A adequação constitui uma relação entre meio e fim; o meio utilizado tem que ser apto para se alcançar o fim almejado. A necessidade ou princípio da menor ingerência possível, de uso de meio menos gravoso possível. E a proporcionalidade em sentido estrito, como a ponderação entre o custo da medida e o benefício trazido por ela.

Esse postulado, por fim, dirige-se a todos os poderes públicos, como reconhecido pelo STF, como um critério de aferição da legitimidade material dos atos de todos os poderes.

Todos estes postulados que, cada vez mais, são citados na jurisprudência brasileira, revelando um elemento muito importantes para a hermenêutica no Brasil. Postulados, portanto, que funcionam como critérios ou referências interpretativas, com utilização crescente no modelo brasileiro, auxiliando principalmente a interpretação dos princípios.

#### 1.4.3. A influência da obra de Tércio Sampaio Ferraz Jr e a dicotomia de princípios e regras

Para se entender a evolução da hermenêutica no Brasil é essencial compreender a maturidade das decisões judiciais com relação à diferenciação entre regras e princípios, que muito se deve ao trabalho desenvolvido pelo professor Tércio Sampaio Ferraz Jr, influenciado pelas suas referências como Miguel Reale, Niklas Luhmann e Theodor Viehweg.

Tal diferença entre regras e princípios consiste na diferença de determinação ou generalidade do comando normativo<sup>71</sup>:

Uma regra é uma norma jurídica que vincula um comando à ocorrência de determinada situação fática (descrita de modo hipotético). Esse comando

---

<sup>71</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Artigo 20 da LINDB — Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito Administrativo - Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro, nov. 2018, p. 20.

estabelece que uma conduta passará a ser facultada, obrigatória ou proibida. Mas o grau de precisão da disciplina contida numa regra pode ser variável. Tanto no tocante aos pressupostos de aplicação quanto relativamente ao Conteúdo do comando existem variações de certeza e predeterminação. Já quanto aos princípios, o grau de indeterminação é muito mais notável. O princípio é uma norma que impõe concepções gerais relacionadas com Determinados temas, afirmando a vinculatividade de valores. A norma principiológica não contempla uma situação fática determinada, cuja ocorrência importaria a incidência de um comando. Nem existe um comando único, específico e determinando, contemplado no princípio. O princípio impõe a vinculação a padrões gerais e impõe ao aplicador o poder-dever de construir uma solução para o caso concreto, tomando em vista as circunstâncias fáticas e as variações inerentes à realidade. A generalidade que os caracteriza propicia o potencial conflito entre os diversos princípios, enquanto considerados em uma dimensão puramente abstrata. Isso resulta em um elevado grau de indeterminação jurídica.

Essa mudança hermenêutica decorreu de um processo histórico após o século XIX em que a definição dos princípios foi alterada, reconhecendo que esses passariam a ter um conteúdo normativo que até então era praticamente inexistente<sup>72</sup>:

Até o século XIX se costumava distinguir os princípios e as normas jurídicas como categorias jurídicas de esferas diferentes e autônomas. Ambos faziam parte do mundo jurídico, mas eram considerados espécies diferentes. Às normas jurídicas competia a tarefa disciplinadora, ou seja, normativa, restando aos princípios um campo de atuação cuja normatividade era muito restrita, ou inexistente, quando comparado ao das normas jurídicas. Uma modificação conceitual de extrema significância ocorreu quando a norma jurídica passou a ser compreendida como gênero dentro do qual residem os princípios e as regras. Ou seja, criaram-se as subcategorias “norma-princípio” e “norma-regra”. princípios (muitos deles contraditórios entre si) gera incerteza quanto à solução.

Anderson Teixeira, ainda, cita Canotilho no que diz respeito a critérios para distinguir regras e princípios<sup>73</sup>:

Para auxiliar a distinção entre princípios e regras, J. J. Gomes Canotilho sintetiza alguns critérios que permitem visualizar a natureza normativa de ambos e delimitar os seus âmbitos de aplicação:

- a) *Grau de abstracção*: os *princípios* são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as *regras* possuem uma abstracção relativamente reduzida.
- b) *Grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? do juiz?), enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta.
- c) *Carácter de fundamentalidade no sistema* das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (p.ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (p.ex.: princípio do Estado de Direito).
- d) *“Proximidade” da ideia de direito*: os princípios são “standards” juridicamente vinculantes radicados nas exigências de “justiça” (Dworkin) ou

<sup>72</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, June 2012. P. 42.

<sup>73</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, June 2012. P. 43-44.

na “ideia de direito” (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.

e) *Natureza normogênica*: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogênica fundamentante.

Por se consubstanciarem em normas dotadas de maior abrangência, os princípios servem de conteúdo e sentido às normas constitucionais singularmente consideradas ou aos sistemas constitucionais dos diversos Estados, uma vez que representam as pautas axiológicas de uma sociedade política em um determinado momento de seu processo histórico. Devem ser considerados como princípios de um ordenamento jurídico todas aquelas orientações e determinações de caráter geral e fundamental que se possam inferir da estrutura sistemática, da coordenação hierárquica e da racionalidade jurídica presente em todo o sistema normativo.

Evidente, nesse contexto, que é visível uma proliferação de normas principiológicas junto às decisões dos tribunais. Fato que vem gerando muitas críticas, pela fragilidade de se ter soluções sociais, ou pela impossibilidade de se resguardar a segurança jurídica<sup>74</sup>:

A proliferação de normas principiológicas acarreta a elevação do grau de Indeterminação da disciplina jurídica. A generalidade e a abstração do princípio e a multiplicidade de princípios (muitos deles contraditórios entre si) gera incerteza quanto à solução apropriada para uma situação concreta. Mais precisamente, a multiplicidade de princípios dá oportunidade à multiplicidade de soluções decisórias. Numa dimensão puramente principiológica, é impossível extrair uma solução determinada para disciplinar a vida social.

Mais do que críticas ao uso de princípios, muitos ainda vem advogando pela necessidade em se limitar a aplicação autônoma de princípios como Daniel Sarmiento<sup>75</sup>:

A doutrina pós-positivista tem enfatizado, com inteira razão, a importância e a força normativa dos princípios. Contudo, esta valorização não pode ser realizada ao preço do menoscabo em relação às regras. Estas, por definirem com maior precisão tanto o seu campo de incidência como as consequências jurídicas da sua aplicação, são extremamente importantes, não só porque salvaguardam a segurança jurídica do cidadão e coíbem o arbítrio do aplicador, como também porque permitem o funcionamento mais ágil e eficiente da ordem jurídica. Imaginem o caos que seria se, por exemplo, em cada ação cível, o juiz pudesse arbitrar, com base nos princípios da ampla defesa e da celeridade processual, qual o prazo adequado para a apresentação da contestação. Ou como seria temerário permitir aos guardas de trânsito que estabelecessem o valor da multa devida para cada infração, à luz das peculiaridades de cada caso e do princípio da proporcionalidade.

Contudo, o uso crescente de princípios é algo próprio do neoconstitucionalismo e do pós-positivismo, como será tratado a frente nesta tese.

<sup>74</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Artigo 20 da LINDB — Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito Administrativo - Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro, nov. 2018, p. 21.

<sup>75</sup> SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza (org.); SARMENTO, Daniel (org.). **A constitucionalização do Direito**. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007., p. 146-147

#### 2.4.4. A influência da obra de Hans Kelsen e Lenio Streck e a separação do Direito da Moral

O paradigma hermenêutico Brasileiro é profundamente influenciado pela tese da (necessária) separação do Direito e da Moral, tratada por diversos autores como Kelsen e Streck.

Ora, inegável que existe uma relação entre direito e moral; todavia, não é igualmente inegável que a separação entre eles é necessária.

Robert Alexy trata sobre as chamadas teses da vinculação, separação e complementariedade de direito e moral<sup>76</sup>, podendo-se somar a ideia de interconexão. Vinculação atrelada ao direito natural à moral humana, separação ligada ao positivismo jurídico, e complementariedade que prega que o direito e a moral apresentam espaços distintos como defende Habermas.

Ainda sobre o debate entre o direito e moral, cabe citar Ronald Dworkin que defende que entre direito e moral “não existe nem separação, nem vinculação, muito menos complementariedade (...), ele afirma ser o direito um ramo (branch) da moral, de modo que incesiste entre ambos uma interconexão”<sup>77</sup>. Teria, nesse contexto, direito e moral uma relação de cooriginariedade, com origens sobrepostas, ainda que o direito tenha sua autonomia.

Lenio Streck, focado na construção de uma teoria do direito voltada para formulação de respostas constitucionalmente adequadas, defende a importância na separação de direito e moral. O autor formula uma teoria de decisão ou teoria de Constituição adequada a países de modernidade tardia que se relaciona muito com uma tentativa de se corrigir o direito por meio da moral, com a inclusão ou criação de princípios, do panprincipiologismo.

Nesse contexto, que será tratado mais a fundo no terceiro capítulo, Streck defende uma crise de modelos interpretativos, e a necessária mudança hermenêutica que muito influencia atualmente o cenário brasileiro, com o emprego da simples subsunção em “casos fáceis”. Ora, os “casos difíceis” seriam objeto de uma virada linguística em que,

---

<sup>76</sup> ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. P.170-171.

<sup>77</sup> ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. P.192.

todavia, seriam empregados os princípios, mas que seria necessário afastar discricionariedades judiciais com a contaminação de preceitos morais<sup>78</sup>.

Ora, a simples subsunção, própria da racionalidade positivista dos séculos XIX e XX e das codificações, perdeu espaço para outras técnicas hermenêuticas principalmente no trato do elevado grau de generalidade dos princípios<sup>79</sup>.

#### 2.4.5. A ideia da força normativa da Constituição e da Constituição dirigente: o modelo ontológico brasileiro

A expansão do postulado da força normativa da Constituição, extraído da obra de Konrad Hesse<sup>80</sup>, volta-se para uma postura mais pragmatista em substituição ao silogismo dedutivo, trazendo mais protagonismo ou liberdade ao intérprete.

Algo defendido como uma resposta mais adequada do Judiciário, mas também criticado por aqueles que não aceitam discricionariedades ou juízes seduzidos pela moral ou política. Integridade, em Dworkin, em decisões tomadas em princípio (e não política) e coerência com precedentes.

Nesse contexto hermenêutico brasileiro atual, portanto, sob um manto neoconstitucionalista, tem-se centrado em uma jurisdição constitucional voltada preponderantemente para um cuidado na efetivação de direitos fundamentais. Longe, portanto, de um modelo nominalista constitucional.

Ora, se a jurisdição constitucional antes da Constituição de 1988 estava atrelada preponderantemente a esfera política – de organização do Estado e de divisão e limitação de poderes –, no mundo do ser; o modelo atual se volta preponderantemente para o dever-ser<sup>81</sup>, com o destaque na capitulação de direitos fundamentais e sua aplicação expandida pelo ativismo judicial<sup>82</sup>.

<sup>78</sup> Em sua obra, notadamente no livro “Jurisdição constitucional e hermenêutica”, Streck defende o enfrentamento do sujeito solipsista e da filosofia da consciência (do paradigma sujeito-objeto) em que cada juízo interpreta o direito como melhor lhe convém ligado às respectivas convicções pessoais e ideológicas. Um modelo a ser superado por um novo paradigma hermenêutico-filosófico.

<sup>79</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Revista direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, June 2012. P. 45.

<sup>80</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1991.

<sup>81</sup> Sobre a ligação do dever-ser com as normas jurídicas, Niklas Luhmann bem explica que as normas são expectativas de comportamento da sociedade; complexidade normativa, portanto, que é maior na medida que é maior a complexidade da sociedade e a tolerância dessa com essas expectativas normativas. Eis a importância da institucionalização do direito como forma de se construir um novo modelo de sociedade como ocorre na transição da Constituição de 1988. (LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito 1**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983)

<sup>82</sup> “O ideal constitucionalista está relacionado à limitação do poder político. No debate contemporâneo, essa limitação dirige-se, sobretudo, à atuação legislativa, que é tomada como possível violadora de direitos

Este fato, do constitucionalismo contemporâneo se voltar mais para proteção de direitos e menos para a questão política, é um movimento pós-segunda guerra mundial, elogiado por alguns e criticado por outros. Um movimento de se afastar o constitucionalismo atrelado à limitação legal sobre o poder ou o governo<sup>83</sup>, ou a ação coercitiva do Estado.

Para aqueles que criticam (como Jeremy Waldron<sup>84</sup>) esse movimento, tem-se uma tendência a relativizar a democracia ou soberania popular, na medida que a proteção de direitos fundamentais pode inclusive se opor a atuação legislativa ordinária.

Por outro lado, para aqueles que defendem esse processo como Stephen Holmes<sup>85</sup>, seria possível estabelecer certos limites ao debate político legislativo, sem que isso se apresente como restrição ao exercício da soberania popular. Eis, na visão de Holmes, um pré-compromisso constitucional em que gerações passadas organizariam a vida política da sociedade, permitindo avanços em direitos fundamentais em gerações futuras, com limitação de poder de cada maioria<sup>86</sup>.

Ainda, nesse contexto de uma jurisdição voltada para um modelo ontológico determinado de direitos fundamentais, com uso de uma hermenêutica com uso mais extenso de princípios, tem-se a expansão da equidade:

Fala-se aqui no sentimento do justo concreto, em harmonia com as circunstâncias e adequado ao caso. O juízo por equidade, na falta de norma positiva, é o recurso a uma espécie de intuição, no concreto, das exigências da justiça enquanto igualdade proporcional. O intérprete deve, porém, sempre buscar uma racionalização dessa intuição, mediante uma análise das considerações práticas dos efeitos presumíveis das soluções encontradas, o que exige juízos empíricos e de valor, os quais aparecem fundidos na expressão juízo por equidade.<sup>87</sup>

---

fundamentais.” CONSANI, Cristina Foroni. A crítica de Jeremy Waldron ao constitucionalismo contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, vol. 59, n. 2, p. 144, 2014.

<sup>83</sup> McILWAIN, C.H. *Constitutionalism: ancient and modern*. Indianapolis: Liberty Fund, 2007.

<sup>84</sup> WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University, 1999.

<sup>85</sup> HOLMES, Stephen. *Gag rules or the politics of omission*. In: J. Elster/ R. Slagstad (Orgs.), *Constitutionalism and democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988a, p. 19-58.

HOLMES, Stephen. *Precommitment and the paradox of democracy*. In: J. Elster/ R. Slagstad (Orgs.), *Constitutionalism and democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988b, p. 195-240.

<sup>86</sup> “Prenomina uma concepção pessimista da natureza humana, que joga com a dicotomia lucidez/embriagues, força e fraqueza da vontade, de modo que a lucidez e a vontade racional se encontram sempre presentes naqueles que erigem as restrições constitucionais e abandonam os que almejam mudanças. Ou seja, uma racionalidade rara deve regular a vida daqueles que, na maior parte do tempo, não são racionais [...] Isso revela uma profunda desconfiança da capacidade do povo em tomar decisões corretas.” CONSANI, Cristina Foroni. A crítica de Jeremy Waldron ao constitucionalismo contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, vol. 59, n. 2, p. 149-150, 2014.

<sup>87</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 207.

Enfim, como característica forte do modelo hermenêutico brasileiro, importante citar o abandono de uma Constituição nominalista e a adoção de um contexto normativista, vinculando a interpretação à efetivação de direitos fundamentais. Favorecer interpretações que densificam a efetividade de direitos na Constituição de 1988.

Ora, a Constituição de 1988 não é classificada por acaso como dirigente ou programática, trata-se de uma influência do constitucionalismo português e da influência do jurista português J.J. Gomes Canotilho, que bem pregou uma diretividade constitucional crítica<sup>88</sup>.

A razão da construção do artigo 3º<sup>89</sup> determinando como objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades regionais e sociais, e a promoção do bem de todos sem discriminação.

---

<sup>88</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

<sup>89</sup> Sobre os objetivos do Estado brasileiro: i) livre, justa e solidária remete às gerações de direitos fundamentais (liberdade, igualdade, fraternidade); ii) o desenvolvimento nacional rompe com a concepção do crescimento do PIB como termômetro econômico, mas deve ser interpretado para além atualmente, para ideia de sustentabilidade; iii) marginalização não é um medida apenas econômica, mas pode se dar por razões como deficiência; iv) promoção do bem de todos sem discriminação é um preceito aberto e não um rol exaustivo, a ponto, por exemplo, do STF reconhecer casos de identidade sexual e de gênero.

### III. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO E SUAS INFLUÊNCIAS NO DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO

Para se falar sobre o controle de constitucionalidade brasileiro e suas influências no direito constitucional comparado é necessário, anteriormente, compreender a abrangência do conceito de jurisdição constitucional.

Ora, a jurisdição constitucional nasce no contexto pós a Segunda Guerra Mundial no século XX, consolidando a transição do estado absolutista para o estado de direito (ou estado constitucional). Trata-se de um modelo em que uma Constituição positiva diversos direitos, com a proteção jurisdicional respectiva, que inclusive pode se apresentar oposta a atuação dos poderes legislativo e executivo. Ou seja, uma nova cultura do constitucionalismo e da democracia, exigindo-se limitação dos governos por meio da Constituição e sua jurisdição respectiva<sup>90</sup>. Eis que surgem as diversas variações postas na sequência de controle de constitucionalidade.

A jurisdição constitucional, portanto, tem como funções primordiais: limitar os atos do poder público e proteger direitos fundamentais, inclusive de forma contramajoritária.

#### 3.1. Conceito e classificações

O controle de constitucionalidade pode ser definido como o conjunto de órgãos e de instrumentos de filtragem das normas infraconstitucionais à luz da Constituição, que corporifica o chamado Estado de Direito. Quer dizer, sob o prisma da pirâmide de Hans Kelsen, trata-se o controle de constitucionalidade do sistema que evidencia que todas as normas do ordenamento jurídico têm como fundamento a Constituição Federal.

Eis o princípio da supremacia da constituição<sup>91</sup>, que revela a sua posição hierárquica mais elevada dentro do sistema, que se estrutura de forma escalonada em diferentes níveis:

Na qualidade de subsistema nomoempírico prescritivo integrante do ordenamento jurídico estatal, a Constituição tem supremacia hierárquica sobre os demais subsistemas que compõem o ordenamento, funcionando como fundamento de pertinência e critério de validade dos subsistemas

---

<sup>90</sup> ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. P.432.

<sup>91</sup> “A sanção desta condição de constitucionalidade é indispensável à garantia da supremacia da Constituição. Se o ato inconstitucional prevalece, a Constituição não é lei suprema. Está à mercê de mudanças que esses atos contrários a ela adotem. O ‘controle’ de constitucionalidade é, destarte, condição da supremacia da constituição.” FERREIRA FILHO. Manoel Gonçalves. **Estado de direito e constituição**. 3 ed. rev. e ampliada. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 84.

infraconstitucionais. Pode-se defini-la, conforme a terminologia tradicional, como o complexo normativo superior de determinado sistema jurídico estatal, sendo, portanto, o último fundamento e critério positivo vigente de pertinência e validade das demais normas integrantes deste sistema.<sup>92</sup>

O controle de constitucionalidade é, pois, um mecanismo – ou um conjunto de órgãos e de instrumentos – para averiguar e aferir se as normas são compatíveis com a Constituição Federal, assegurando a supremacia formal desta. Sendo que, neste processo, verificam-se as normas do ordenamento jurídico do ponto de vista material (seu conteúdo) e formal (procedimento de sua criação); formal dividida em subjetiva – em que se verifica eventual vício de iniciativa – e objetiva – em que se verifica eventual vício nas fases legislativas.

Nesse sentido, o controle de constitucionalidade resulta na máxima primazia da Constituição, consistente na vitória da teoria federalista dentro do constitucionalismo norte-americano.

O controle de constitucionalidade, desta forma, está associado ao chamado constitucionalismo moderno, que passa a colocar a Constituição no centro do ordenamento jurídico e não mais a lei:

Por que seria suprema a norma constitucional? Sê-lo-á no sentido teórico, ou seja, por ser ela norma-origem, por não existir outra acima dela. Inegável é a sua supremacia em relação às demais normas da ordenação jurídica, desde que reconhecida pelo destinatário (Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário), que cumprirá, ou não, as suas disposições e, também, no sentido sócio-político, pelo povo, titular do poder constituinte, exercendo, ou não, o direito à desobediência civil ou de resistência, visto que a Constituição deve manifestar a emergência das forças políticas ou sociais dentro da sociedade, sendo, portanto, politicamente, decorrente de uma decisão política fundamental, identificando-se com o conteúdo político-social, considerado como ideal.<sup>93</sup>

Uma Constituição diretamente atrelada aos direitos fundamentais em sua fase mais moderna. Nessa nova fase, todo ato do Congresso contrário à Constituição deve ser tido por nulo, inválido e ineficaz:

O Estado de direito é um Estado constitucional. Pressupõe a existência de uma Constituição que sirva – valendo e vigorando – de *ordem jurídico-normativa fundamental* vinculativa de todos os poderes públicos. A Constituição confere à ordem estadual e aos actos dos poderes públicos medida e forma. Precisamente por isso, a lei constitucional não é apenas – como sugeria a teoria tradicional do Estado de direito – uma simples lei incluída no sistema ou no complexo normativo-estadual. Trata-se de uma verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de *supremacia – supremacia da Constituição* – e é nesta supremacia normativa da lei constitucional que o <primado do direito> do Estado de direito encontra uma primeira e decisiva expressão.<sup>94</sup>

<sup>92</sup> NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 63.

<sup>93</sup> DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 13.

<sup>94</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 241.

### 3.1.1. Sistemas e formas de controle de constitucionalidade

São três os sistemas de controle de constitucionalidade: político, jurisdicional e misto. Ou seja, são três as opções que cada Estado pode optar para determinar como por que órgão será feita a validação das normas infraconstitucionais a luz da redação da Constituição.

O chamado sistema político é aquele feito pelo Poder Legislativo ou por um órgão (externo) criado especificamente para essa finalidade. É o sistema adotado na França, em que se tem verifica um órgão específico a esse fim chamado de Conselho Constitucional<sup>95</sup>.

O chamado sistema jurisdicional, por sua vez, é aquele em que a função precípua do controle de constitucionalidade cabe ao Judiciário, como adotado no Brasil, nos EUA e na Alemanha. Estes dois últimos exemplos de importantes influências para as terras tupiniquins.

O chamado sistema misto, por fim, é em parte político e em parte jurisdicional; ou seja, o sistema misto não é propriamente uma terceira via ou via intermediária, e sim um sistema que adota tanto o sistema político como o jurisdicional, para situações distintas. Como no caso da Suíça, em que o controle de constitucionalidade de leis locais é feito pelo Judiciário, e o controle das leis nacionais é exercido pelo Poder Legislativo.

Acerca destes três tipos de sistemas de controle de constitucionalidade cabe duas reflexões. Uma sobre as razões e antecedentes históricos para cada adoção respectiva e a segunda a respeito dos fatores positivos e negativos de cada sistema.

Sobre as razões históricas, primeiramente, essencial compreender a razão da escolha de cada modelo de controle de constitucionalidade pelos Estados envolvidos. No caso, fica evidente o exemplo francês, que adota o sistema político como uma reação ou aversão ao Poder Judiciário no contexto da Revolução Francesa de 1789, na qual verificou-se convivência jurisdicional com atos arbitrários do *ancien regimen*. Na mesma linha, e por razão oposta, o EUA, no contexto da Revolução Americana de 1791, adota o sistema jurisdicional como uma reação à forma como que o controle de validade do ordenamento jurídico era feito na Inglaterra, com prevalência das decisões da Câmara dos Lordes.

---

<sup>95</sup> CICCONE, Stefano; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição constitucional comparada**. 2ª ed. Belo Horizonte: Forum, 2018. P. 299.

Ainda, sobre a dicotomia dos sistemas político e jurisdicional, interessante compreender as qualidades e as deficiências de cada uma das abordagens. Inicialmente, resta claro que o sistema jurisdicional se apresenta como muito mais técnico em relação ao sistema político, com agentes com formação técnica mais adequada a uma verificação hermenêutica sobre a correção ou incorreção das normas a luz da Constituição. Já o sistema político, por sua vez, demonstra-se muito mais democrático – por mais perigosa que possa parecer a utilização dessa expressão –, por ser exercido por agentes que na maioria das situações passou por um processo eletivo representativo. Ou seja, resumindo, no sistema jurisdicional pode se ter decisões mais técnicas e no sistema político pode-se ter decisões mais alinhadas à vontade da maioria do povo.

Antecedentes históricos e qualidades respectivas dos sistemas de controle de constitucionalidade que faz com que seja difícil apontar qual sistema é o melhor. Todavia, resta claro que a utilização do sistema jurisdicional é o modelo adotado pelo Brasil<sup>96</sup> e pela grande maioria dos Estados, e é o modelo que permite inclusive decisões contramajoritárias, alinhadas com o chamado neoconstitucionalismo<sup>97</sup>.

Avançando, sabendo-se que o sistema jurisdicional de constitucional é aquele adotado pela maioria dos Estados e para aqueles mais relevantes no presente estudo – Brasil, EUA e Alemanha –, passa-se a discutir as formas de controle jurisdicional de controle de constitucionalidade.

Eis a dicotomia dentre o controle difuso e concentrado de constitucionalidade, em que qualquer juiz ou corte, e em que apenas o tribunal mais importante do Estado, respectivamente, realiza o controle jurisdicional de constitucionalidade. O controle difuso apresenta-se como uma marca dos EUA, e o controle concentrado como uma marca da Alemanha; adotando o Brasil, paralelamente, os dois formatos. O controle concentrado, além da Alemanha, tem exemplos como o caso da Itália<sup>98</sup>.

---

<sup>96</sup> “A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagra um modelo de jurisdição constitucional notadamente ‘misto’, ‘integrado’ ou, ainda, ‘abrangente, pois conserva em um mesmo sistema os caracteres fundamentais do controle concentrado e do controle difuso.” CICCONE, Stefano; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição constitucional comparada**. 2ª ed. Belo Horizonte: Forum, 2018. P. 17.

<sup>97</sup> O neoconstitucionalismo está associado a marcos histórico, filosófico e teórico, pós segunda-guerra mundial, de aproximação à filosofia e moral, e de uma hermenêutica maior de princípios; também pode ser associado ao surgimento de novos textos constitucionais e de uma nova postura jurisprudencial.

<sup>98</sup> “Na Itália, como já havia ocorrido anteriormente na Áustria, em 1920, e posteriormente na Alemanha, em 1949, e na Espanha, em 1978, a Assembleia Constituinte optou pela introdução de um controle de constitucionalidade de tipo concentrado, que veio a ser entregue a um órgão chamado Corte Constitucional”. CICCONE, Stefano; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição constitucional comparada**. 2ª ed. Belo Horizonte: Forum, 2018. P. 149.

Interessante que a parte da doutrina ainda chama o controle de constitucionalidade brasileiro e português como híbrido<sup>99</sup>:

No tocante ao Controle jurisdicional de constitucionalidade, pode-se afirmar que o seu desenvolvimento se deu a partir de diversas perspectivas filosóficas e em diferentes momentos históricos, formando basicamente dois modelos, o modelo difuso e o modelo concentrado, aparentemente excludentes. Esses modelos, conhecidos também, respectivamente, por sistema norte-americano e sistema austríaco ou europeu-kelseniano, acabaram por propiciar o aparecimento de um novo modelo: o controle híbrido. Este tipo de controle híbrido combina elementos daqueles dois, isto é, do modelo difuso e do modelo concentrado, e busca promover uma aproximação ou convergência entre ambos. Tome-se, por exemplo, o sistema brasileiro e o sistema português de fiscalização da constitucionalidade.

### 3.1.2. Parâmetros de controle

Os parâmetros de controle de constitucionalidade nada mais constitui do que o conteúdo que deve servir como referência para declarar a nulidade do texto normativo. Sendo que é importante ressaltar que não necessariamente apenas a Constituição de cada Estado serve como parâmetro ao controle de constitucionalidade, assim como não necessariamente toda o conteúdo de dada Constituição.

Ora, o preâmbulo da Constituição vigente no Brasil, de acordo com o entendimento do STF e da doutrina majoritária, não é norma, é apenas diretriz hermenêutica, não servindo como parâmetro para o controle de constitucionalidade, diferentemente das chamadas normas permanentes e das normas do ADCT enquanto não forem exauridas sua validade.

Ainda, além dos princípios explícitos da Constituição, aqueles chamados de implícitos (não escritos) também servem de parâmetro para o controle de constitucionalidade, como o caso da proporcionalidade na jurisprudência do STF,

Também, com a Emenda Constitucional nº 45/2004, ocorreu uma ampliação dos parâmetros do controle de constitucionalidade, para se incluir os tratados internacionais de direitos humanos ratificados por um quórum especial de três quintos dos votos em duplo turno de votação, na forma do art. 5º §3º da Constituição. Essa hipótese, inclusive, ficou conhecida posteriormente na doutrina e na jurisprudência como controle de convencionalidade.

---

<sup>99</sup> MEDEIROS, Orione Dantas de. **Uma dicotomia superada: o controle híbrido de constitucionalidade – no Brasil e em Portugal**. 2013. Tese (Doutorado em Direito). 268 f. – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife. P. 50.

Note-se, todavia, que o fato de se ter normas não integrantes da Constituição com valor (*status*) constitucional decorre da construção daquilo que é chamado de bloco de constitucionalidade, como no caso da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 em relação à Constituição francesa.

Normas regulamentares, ainda, não podem ser objeto de exame de constitucionalidade pelo STF: “se o regulamento vai além do conteúdo da lei, ou se afasta dos limites que esta lhe traça, comete ilegalidade e não inconstitucionalidade, pelo que não se sujeita, quer no controle concentrado, quer no controle difuso, à jurisdição constitucional”<sup>100</sup>.

Também, leis de efeitos concretos não podem ser objeto de controle de constitucionalidade, a considerar que apenas normas gerais e abstratas podem ser objeto de controle. Todavia “mudança importante de orientação jurisprudencial ocorreu com o julgamento da ADI nº 4048 (...) seria possível fracionar a lei de efeitos concretos em duas partes (...) e, por consequência, examinada em sua legitimidade constitucional”<sup>101</sup>.

Ainda, importante entender que as normas anteriores à Constituição vigente não são objetos de controle de constitucionalidade e sim de eventual recepção ou não:

Todas as milhares de leis infraconstitucionais existentes antes da promulgação da Constituição de 1988 seriam nulas *ex vi legis*; ou seja, a entrada em vigor de nova constituição significaria que somente ela existiria no âmbito legislativo. Diante disso, para evitar que se instaurasse um verdadeiro caos diante da total atipicidade e ajuridicidade de todas as condutas (o Código Penal estaria revogado, por exemplo), a tradição jurídica brasileira incorporou a kelseniana teoria da recepção, que se caracteriza como uma clássica tese de direito intertemporal – incorporada, inclusive, nas constituições da grande maioria dos países da Europa Continental.<sup>102</sup>

Além disso, as emendas constitucionais podem ser objeto de controle de constitucionalidade; todavia as normas originárias da Constituição não podem<sup>103</sup>. Trata-se em verdade, da inaplicabilidade da teoria das normas constitucionais inconstitucionais de Otto Bachof no Brasil; o que não retira a necessidade da devida compatibilização das normas constitucionais<sup>104</sup>.

<sup>100</sup> STF. Ministro Carlos Velloso. RE nº 189.550-1. DJ 08/04/1997.

<sup>101</sup> CICCONE, Stefano; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição constitucional comparada**. 2ª ed. Belo Horizonte: Forum, 2018. P. 40.

<sup>102</sup> CICCONE, Stefano; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição constitucional comparada**. 2ª ed. Belo Horizonte: Forum, 2018. P. 30

<sup>103</sup> “Pode haver inconstitucionalidade por oposição entre normas constitucionais preexistentes e normas constitucionais supervenientes, na medida em que a validade destas decorre daquelas; não por oposição entre normas feitas ao mesmo tempo por uma mesma autoridade jurídica”. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo II. Lisboa: Coimbra Editora, 1983. P. 291.

<sup>104</sup> “Considera-se a Constituição como um sistema e, nessa medida, um conjunto coeso de normas. [...] Assim, não se pode tomar uma norma como suficiente em si mesma. Não obstante todas as normas

Ora, o professor alemão Otto Bachof desenvolveu em sua obra “normas constitucionais inconstitucionais?” (*Verfassungswidrige Verfassungsnormen?*)<sup>105</sup> um estudo acerca da hierarquia entre as normas da Constituição. Estudo que conduziria para a conclusão de que é possível a verificação de normas constitucionais inconstitucionais, inconstitucionais a luz de outras normas constitucionais de hierarquia maior.

Otto Bachof sustenta que o reconhecimento da existência do direito natural não pode ensejar um reconhecimento parcial, indicando que, ou este existe, sendo, portanto, válido – independentemente de estar positivado –, ou não existe, implicando uma contradição o seu reconhecimento, mesmo que parcial.

O conceito material de Constituição presume que se leve em consideração o direito natural. Dessa constatação resulta a característica de autonomia ilimitada do poder constituinte originário, somente persistindo diante das vinculações supraleais. A violação de direito supraleal, destarte, acarretaria a alcunha de inconstitucionalidade.

Parece paradoxal imaginar que uma norma elaborada pelo poder constituinte originário seja inconstitucional, pois uma lei constitucional não pode, manifestamente, violar a si mesma.

A teoria de Otto Bachof toma como pressuposto a existência de um direito supraleal e a hierarquia entre as normas constitucionais. No que tange ao direito supraleal, o entendimento é pela não existência do mesmo, acreditando, inclusive, que não há limitação ao Poder Constituinte originário. Este Poder configura-se como poder de fato e não de direito, sendo autônomo, pois não existe outro antes nem acima dele, e incondicionado, pois não se subordina a nenhum outro poder.

Tal entendimento do professor Otto, portanto, não aceita a necessária compatibilização pelo tribunal constitucional de normas constitucionais contraditórias. Defende, portanto, o que para muitos seria a invasão do interprete constitucional do território reservado para o exercício daqueles titulares do poder constituinte originário, para aqueles que tem o poder de criar as normas constitucionais.

---

sejam dotadas da mesma natureza e do mesmo grau hierárquico, algumas, em virtude de sua generalidade e abstratividade intensas, acabam por servir como vetores, princípios que guiam a compreensão e a aplicação das demais normas, devendo-se buscar sua compatibilização.” TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, Saraiva: 2002. p. 75.

<sup>105</sup> BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Coimbra: Almedina, 1994.

Teoria, todavia, como dito, não adotada no Brasil<sup>106</sup>, como defende a maioria da doutrina<sup>107 108</sup>, apesar de parcela minoritária:

Na esfera jurídica, uma vez por nós admitida e demonstrada a realizabilidade da idéia de limitação material ao exercício do poder constituinte originário, teremos que, como corolário compulsório, admitir a existência de norma constitucional inconstitucional. E nessa esfera de entendimento pugnamos pela possibilidade do reconhecimento judicial da inconstitucionalidade, desde que, ressaltamos, as normas sejam positivadas no texto pelo poder constituinte originário e que este se submeta às etapas de um procedimento constituinte radicalmente democrático, nos moldes do aqui desenhado<sup>109</sup>.

### 3.1.3. Formas de inconstitucionalidade

Pode-se citar uma série de classificações de inconstitucionalidade, de incompatibilidade da norma com a Constituição.

Primeiramente, quanto à conduta do Poder Público, a inconstitucionalidade pode ser por ação ou por omissão. Por ação, em que o ato viola diretamente a Constituição. Por omissão, por sua vez, nas hipóteses em que a norma deixa de praticar ato que a Constituição determina, no caso das normas constitucionais de eficácia limitada<sup>110</sup>:

Ocorre omissão total quando o legislador, convocado pelo constituinte a agir, não edita lei alguma; já a omissão parcial se divide em omissão parcial propriamente dita (a norma existe, mas não satisfaz plenamente o mandamento constitucional, por insuficiência ou deficiência do texto) e omissão relativa (o ato normativo outorga a determinada categoria de pessoas certo benefício,

<sup>106</sup> O STF já negou o entendimento do professor Otto no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade de número 815 (de 28 de março de 1996) nos seguintes termos: “A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras e impossível com o sistema de Constituição rígida.”

<sup>107</sup> “O Tribunal Constitucional, poder constituído, não há de inverter a sua função, como ocorrerá caso reconheça a si mesmo competência para desfazer ou invalidar preceitos da própria Constituição. Nessa hipótese, não se arvora ele tão-somente em “quarto Poder”, mas em Poder dos Poderes, acima do Executivo e do Legislativo, sobranceiro à própria Constituição, deslembado de que desta lhe provém toda a autoridade exercida no desempenho da função jurisdicional. A Magistratura Suprema não pode, pois, ser fiscal de regras da Constituição com a faculdade de anulá-las a seu livre alvedrio, sem repudiar e subverter a mesma de legitimidade. Transformada em primeira instância constitucional do País, ela acorrentaria aos seus pés aquilo que outrora fora a soberania do povo e da Nação.” BONAVIDES, Paulo. **A Constituição aberta**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. P. 219.

<sup>108</sup> “A toda evidência, todo processo de reforma constitucional está sujeito a reexame através do controle de constitucionalidade. Com efeito, se os dispositivos constitucionais, produtos do processo constituinte originário, estão imunes a esse controle, não havendo, por isso, normas constitucionais inconstitucionais, os demais dispositivos incluídos no texto da Constituição, a partir de um processo de reforma (processo oconstituint derivado), podem padecer do vício de inconstitucionalidade. Aliás, não há novidade nesse aspecto, tendo o Supremo Tribunal Federal até mesmo declarado inconstitucional uma emenda constitucional por violação a princípios implícitos da Lei Maior.” STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 550.

<sup>109</sup> SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. **Poder Constituinte originário e sua limitação material pelos direitos humanos**, Campo Grande: Solivros, 1999. P. 119.

<sup>110</sup> ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. P.530.

excluindo outra – ou outras – categoria que deveria ter sido contemplada, em detrimento do princípio da isonomia).

Quanto à norma constitucional ofendida, ainda, pode-se ter a inconstitucionalidade formal e a material. Formal relacionada à forma ou procedimento; subjetiva que diz respeito ao sujeito competente para a prática do ato, e objetiva relacionada ao processo de elaboração da norma como no caso do quórum de aprovação. Material relacionada à violação de norma de fundo da constituição. Todavia:

É importante ressaltar que essa distinção existente entre a compreensão de constituição em sentido formal e material não se confunde com o caráter formal ou material da norma constitucional. O caráter formal faz alusão aos dispositivos procedimentais, processuais ou de cunho meramente formal existentes no texto constitucional, enquanto que o caráter material se refere aos direitos, garantias, prerrogativas e obrigações em geral contidos na constituição. O vício de legitimidade constitucional decorre do desrespeito ao caráter específico da norma constitucional, produzindo, por consequência, um vício formal ou material, respectivamente.<sup>111</sup>

Quanto à extensão a norma pode ser inconstitucional de forma total ou parcial. Total nas hipóteses em que todo o projeto de lei é incompatível com a Constituição, como ocorre na inconstitucionalidade formal; e parcial naquelas hipóteses em que incide sobre uma palavra ou expressão isolada.

Quanto ao momento em que a inconstitucionalidade poderá ocorrer de forma originária ou de forma superveniente<sup>112</sup>. Originária nas hipóteses em que a lei já nasce inconstitucional, como ocorre com as leis que entraram em vigor após a Constituição Federal de 1988. Superveniente nas hipóteses em que a lei é anterior à constituição e se torna incompatível com ela, ou em situações em que se torna inconstitucional em decorrência de emendas à Constituição.

Sobre esse ponto, ainda, note-se que a inconstitucionalidade, tecnicamente, é uma incompatibilidade entre constituição e ato infraconstitucional<sup>113</sup>. A autoridade

<sup>111</sup> CICCONE, Stefano; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição constitucional comparada**. 2ª ed. Belo Horizonte: Forum, 2018. P.42.

<sup>112</sup> “Tendo em vista os diversos momentos da edição das normas constitucionais, distingue-se a inconstitucionalidade em: originária e superveniente. A inconstitucionalidade originária é aquela que macula o ato no momento da sua produção, em razão de desrespeito aos princípios e regras da Constituição então vigente. Neste caso, a norma legal é posterior à Constituição. É caso típico de inconstitucionalidade.

Ao contrário, fala-se em inconstitucionalidade superveniente quando as leis anteriores contrariam à Constituição vigente, ou seja, a norma pré-constitucional está incompatível com texto constitucional superveniente”. MEDEIROS, Orione Dantas de. **Uma dicotomia superada: o controle híbrido de constitucionalidade – no Brasil e em Portugal**. 2013. Tese (Doutorado em Direito). 268 f. – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife. P. 69.

<sup>113</sup> “Mediante a recepção, o novo ordenamento constitucional atribui um novo fundamento de legitimidade para todas aquelas normas jurídicas que não se mostrarem contrárias à nova Constituição, não sendo necessário, para tanto, que se dê um novo processo legislativo para cada norma jurídica específica, pois

responsável por esse ato deve obediência à constituição vigente na época. Cabendo lembrar, ainda, que para normas anteriores à Constituição a única ação que pode ser ajuizada é a ADPF.

Quanto ao prisma de apuração a inconstitucionalidade pode ser direta ou indireta. Direta quando um ato normativo primário viola a constituição (pois é seu fundamento direto). Indireta, por sua vez, nas hipóteses que decorrem de um ato normativo secundário; nos atos normativos secundários, o fundamento direto são os atos normativos primários e o fundamento indireto é a constituição. Nestes casos, como indireta, ainda, pode-se ter uma inconstitucionalidade consequente ou reflexa. Consequente quando a lei é inconstitucional e, por consequência, o decreto que a regulamento também é, casos em que pode ocorrer um fenômeno que o STF denomina de inconstitucionalidade por arrastamento ou atração. Reflexa nos casos em que a lei está de acordo com a constituição, porém, o decreto é ilegal, por exemplo, diz mais do que a lei estabelece, ferindo a CF no art. 84, IV.

#### 3.1.4. Formas de declaração de inconstitucionalidade

As formas de declaração de inconstitucionalidade não se confundem com as formas de inconstitucionalidade; isso porque dizem respeito a uma análise de elementos presentes nas decisões.

Quando ao aspecto subjetivo (sujeitos atingidos) a declaração de inconstitucionalidade pode ter efeitos *inter partes*, *erga omnes* ou vinculante. Os chamados efeitos *inter partes* se apresentam como regra do controle difuso de constitucionalidade, hipótese em que a decisão de inconstitucionalidade gera efeitos apenas para os indivíduos do processo em que é proferida; regra que, na jurisprudência

---

o princípio de legitimidade se transforma em um pressuposto de validade geral ao direito infraconstitucional anterior à Constituição. Ao direito pré-constitucional 'inconstitucional' caberá ser (i) tacitamente revogado mediante o desuso, ou (ii) direta ou indiretamente revogado por lei posterior. Com isso, a jurisprudência do STF tem entendido ser logicamente impossível dar-se algo como a 'inconstitucionalidade superveniente' de norma anterior à Constituição em face desta, pois, quanto do momento da elaboração da norma impugnada, o legislador não teria como prever a sua futura inconstitucionalidade. Nesses casos, o STF costuma não conhecer da ação (ou recurso), aplicando a teoria kelseniana da recepção simplesmente declarando que a norma constitucional não recebeu a norma anterior contrária a ela, revogando-a tacitamente. No entanto, surgiram outros posicionamentos dentro do STF, sobretudo o do Ministro Gilmar Mendes, defendendo a tese, tanto no plano doutrinário quanto no plano jurisprudencial, da possibilidade de conhecimento da ação/recurso e de controle de constitucionalidade de direito pré-constitucional, ainda que apenas para fins específicos de declaração de sua não recepção. A favor dessa possibilidade de controle de constitucionalidade de normas anteriores à Constituição, Jorge Miranda ressalta que a inconstitucionalidade independente do tempo da produção da lei, mas, sim da sua vigência ou não" CICCONETTI, Stefano; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição constitucional comparada**. 2ª ed. Belo Horizonte: Forum, 2018. P. 30-31.

atual, torna-se exceção pela chamada objetivação do controle difuso de constitucionalidade a ser tratada posteriormente. Os chamados efeitos *erga omnes*, por sua vez, se refere à regra do controle concentrado de constitucionalidade, para decisões que atingem todas as pessoas independentemente de participar ou não dos processos. Por fim, os efeitos ou eficácia vinculante trata-se de uma hipótese introduzida no direito brasileiro apenas com a EC nº 3/93<sup>114</sup>, que criou a ADC (ação declaratória de constitucionalidade), que determina que o poder executivo e demais órgãos do judiciário não possam proferir ato contrário ao entendimento fixado pelo STF no caso em exame. Ainda, efeito vinculado que se aplicaria não só ao dispositivo das decisões mas também aos motivos que fundamentaram a decisão (*ratio decidendi*); ou seja, não é apenas o dispositivo que vincula, mas também a argumentação utilizada para aquela decisão. De modo que, uma decisão com efeitos vinculados atinge também as normas paralelas (como normas estaduais de outros estados com conteúdo semelhante), diferentemente do caso de eficácia *erga omnes*.

Lembrando, a esse ponto, que no caso de efeitos vinculantes todo o Poder Judiciário, com exceção do próprio STF, e todo o Executivo (Administração direta, indireta, nas esferas federal, estadual e municipal) ficam vinculados. Os únicos que não ficam vinculados são o próprio STF e o Poder Legislativo, porque em um Estado Democrático de Direito não se pode impedir o Legislativo de criar uma lei a qualquer momento.

Quanto ao aspecto objetivo, por sua vez, o que faz coisa julgada é apenas o dispositivo da decisão no caso de decisões com efeitos *inter partes* ou com efeitos *erga omnes*. Já no caso de efeito vinculante, faz coisa julgada o dispositivo e a fundamentação da decisão, oportunidade que ocorre o fenômeno chamado de transcendência dos motivos determinantes<sup>115</sup>.

---

<sup>114</sup> “A eficácia vinculante frente aos tribunais surge como outra dimensão dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade proferida pelo STF em sede de controle difuso.” CICCONETTI, Stefano; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição constitucional comparada**. 2ª ed. Belo Horizonte: Forum, 2018. P. 62.

<sup>115</sup> A aplicação do efeito vinculante aos motivos determinantes das decisões do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade é reconhecida pela jurisprudência e pela doutrina majoritária capitaneada por Gilmar Mendes. Todavia, não se trata de uma temática pacífica, isso porque autores como Georges Abboud defendem que nosso modelo se apresenta como um modelo de controle de atos normativos e não de temas normativos, como inclusive foi a posição adotada pela reclamação 4335 no STF. Ainda, como argumento contrário emerge do fato do Brasil não ostentar o modelo de precedentes do common law.

Quanto ao aspecto temporal, ainda, como regra geral, tanto no controle difuso quanto no concentrado, é o efeito *ex tunc*, independentemente da natureza da norma (inexistente, nula ou anulável), determinando-se que os efeitos da decisão retroagem à data de entrada em vigor das normas atacadas. Ocorre que, tanto no controle difuso quanto no concentrado pode ocorrer a chamada modulação temporal dos efeitos da decisão; nesse procedimento é necessário o voto favorável de 2/3 dos ministros (ou oito) e de se tratar de hipótese de proteção à segurança jurídica e excepcional interesse social. Como construção jurisprudencial, ainda, pode-se citar a chamada inconstitucionalidade progressiva ou norma ainda constitucional<sup>116</sup>; uma situação constitucional imperfeita entre a constitucionalidade plena e a inconstitucionalidade absoluta, na qual as circunstâncias fáticas momentâneas justificam a manutenção da norma no ordenamento jurídico pensar de sua nulidade.

Quanto à extensão (ou aspecto espacial) pode-se se ter uma declaração de nulidade ou inconstitucionalidade com redução de texto ou sem redução de texto. Sem redução de texto nas hipóteses que o texto da lei ou do ato normativo não é tocado, a luz da interpretação conforme (*verfassungskonforme aslegung*)<sup>117</sup> a constituição a luz de normas plurissignificativas, afastando-se uma interpretação e permitindo outra. Com redução de texto nas hipóteses que o STF determina que a lei é inconstitucional no todo ou em parte, é como se estivesse “revogando” a lei, podendo ser total (como ocorre na

---

<sup>116</sup>“Trata-se de técnica decisória que o Supremo adota para tentar conservar a legitimidade constitucional do ato normativo impugnado, determinando que, embora, momentaneamente tal ato não padeça de qualquer inconstitucionalidade, a ocorrência de eventos futuros previstos pelo próprio programa da norma ou, sobretudo, a não ocorrência de situações reais ou normativas que foram estipuladas como forma de assegurar a sua constitucionalidade pode dar azo a um processo progressivo de inconstitucionalização da norma em questão. Não obstante essa técnica tenha como objetivo a manutenção do ato normativo dentro da ordem jurídica, os seus efeitos não são tão gravosos como nos casos da declaração parcial de nulidade sem redução de texto e da interpretação conforma à Constituição, nos quais a afirmação da constitucionalidade da norma passa pela diminuição de seu sentido ou de sua base de incidência. [...] Veja-se que, agindo assim, a jurisprudência do STF encontrou um modo de conservar um ato normativo imperfeito, mas cuja imperfeição ainda não provocou a perda da sua legitimidade constitucional” CICCONETTI, Stefano; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição constitucional comparada**. 2ª ed. Belo Horizonte: Forum, 2018. P. 124-125.

<sup>117</sup> “O caráter geral e abstrato que é preponderante nas normas jurídicas impede que toda a dimensão cognitiva que o interprete/aplicador da norma encontrará na realidade material possa vir aprioristicamente abraçada no enunciado da norma, antes mesmo que este entre em contato com a realidade por meio do interprete/aplicador. [...] Disto resulta que, mesmo estando uma norma em conformidade com a Constituição, poderá, em um momento futuro, surgir uma possível interpretação que a coloque em conflito com a norma constitucional. [...] Na jurisprudência do STF, a aplicação dessa técnica tem sido frequentemente usada como forma de salvaguardar a norma impugnada e excluir tão somente a interpretação nociva à legitimidade constitucional da norma.” CICCONETTI, Stefano; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição constitucional comparada**. 2ª ed. Belo Horizonte: Forum, 2018. P. 126.

inconstitucionalidade formal) ou parcial (como ocorre geralmente na inconstitucionalidade material).

### 3.1.5. Formas excepcionais de controle de constitucionalidade

O controle jurisdicional repressivo é a regra do controle de constitucionalidade brasileiro; todavia, deve-se atenção às formas excepcionais de controle de constitucionalidade.

É possível, nessa linha, excepcionalmente o chamado controle preventivo de constitucionalidade, com objetivo de prevenir a lesão antes que ela ocorra. O controle preventivo, assim como o repressivo, pode ser exercido pelos três poderes: executivo, legislativo e judiciário.

O controle preventivo feito pelo poder legislativo ocorre por meio das CCJs (Comissões de Constituição e Justiça). São comissões permanentes que existem em todos os órgãos do Legislativo (Câmara dos Deputados, Senado Federal, Assembleias Legislativas e Câmara dos Vereadores).

O controle preventivo feito pelo poder executivo ocorre por meio do veto, quando o chefe do poder executivo entender que é inconstitucional (veto jurídico) o projeto de lei aprovado pelo legislativo, na forma do artigo 66 § 1º da CF88.

O controle preventivo feito pelo poder judiciário ocorre através de mandado de segurança impetrado pelo parlamentar da respectiva Casa na qual o projeto de lei ou a proposta de emenda estejam em tramitação, quando não for observado o devido processo legislativo constitucional. A hipótese que normalmente é aplicada nos casos de proposta tendente a abolir cláusulas pétreas, na forma do artigo 60 § 4º da CF88.

Ainda fora da regra, tem-se a excepcionalidade do controle repressivo de constitucionalidade realizado pelo poder legislativo ou executivo. Repressivo porque ocorre depois da lesão à constituição, que é feito precipuamente pelo judiciário.

Controle repressivo realizado pelo legislativo ocorre em três situações. Primeiramente, a luz do artigo 49 V da CF88: “e da competência exclusiva do Congresso Nacional: V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa” (do artigo 84 inciso IV da CF88). Ora, sendo o decreto um ato normativo primário (art. 59, CF), tem-se uma verdadeira hipótese de controle repressivo, assim como nos casos de violação de leis delegadas do artigo 68 da CF.

Como segunda hipótese, atrelada à previsão de medida provisória do artigo 62 da CF, cita-se a não observância dos pressupostos de relevância e urgência: “em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias”.

Como terceira hipótese, da súmula 347 do STF: “o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”.

Já o controle repressivo efetuado pelo poder executivo ocorre nas hipóteses em que o chefe do poder executivo negar cumprimento a uma lei que entenda ser inconstitucional; para que não haja intervenção ou crime de responsabilidade, é preciso motivar e dar publicidade ao ato. Ademais, esta recusa pode ocorrer enquanto a presunção de constitucionalidade for apenas relativa.

### 3.2. Controle de Constitucionalidade Difuso

O controle difuso de constitucionalidade está associado à experiência constitucional norte-americana, sendo lá conhecido pela terminologia *judicial review*. Contudo, como país que adota o sistema do *common law*, fica evidente que essa criação não decorreu de leis ou de uma constituição escrita em sentido expresso, e sim de alguns precedentes.

Importante reconhecer o debate doutrinário a respeito de qual e quais casos, e de qual doutrina, está associada ao nascimento do *judicial review*; sendo que a doutrina tradicional majoritária cita o famoso caso *Marbury vs Madison* presidido pelo juiz John Marshall em 1803, mas outras vozes minoritárias citam o *Federalist Paper* de Hamilton ou o caso *Bonham* e a doutrina Coke<sup>118</sup>.

A criação jurisprudencial norte-americana no famoso caso *Marbury vs Madison* presidido pelo juiz John Marshall em 1803. Um controle de constitucionalidade

---

<sup>118</sup> “O controle de constitucionalidade tem sua origem no processo *Bonham*. Esse processo, que teve Coke como seu protagonista, muito provavelmente contém uma das mais famosas e discutidas sentenças judiciais, uma vez que ela constitui precedente da moderna instituição conhecida como controle de constitucionalidade. O caso *Bonham* (*Bonham’s case – The College of Physicians vs Dr. Thomas Bonham*)<sup>5</sup> figura entre os casos mais importantes em que atuou Sir Edward Coke. Esse caso é considerado o antecedente mais importante para a formação e consolidação da técnica da *judicial review* consagrada no caso *Marbury vs. Madison*. Além da *judicial review*, o caso *Bonham* também traria os antecedentes históricos necessários para a estruturação do preceito judicial da razoabilidade”. ABOUD, Georges. **Controle difuso de constitucionalidade**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. P. 1.

construído jurisdicionalmente, em que se alega a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo associado a um caso concreto posto:

Ditas questões podem ser arguidas apenas *incidenter*, isto é, no curso e por ocasião de um ‘case or controversy’, ou seja, de um processo ‘comum’ (civil, penal ou de outra natureza) e só na medida em que a lei, cuja constitucionalidade se discute seja relevante para a decisão do caso concreto.<sup>119</sup>

Sistema chamado de difuso, porque não se tratava, como ainda não se trata, de monopólio de uma Corte Constitucional específica, e concreto, pois cuida-se de análises de *cases and controversies*<sup>120</sup>.

No citado caso *Marbury vs Madison*, a Suprema Corte norte-americana julgou inconstitucional lei aprovada pelo Congresso que atribuía a esta Corte nova competência originária de julgamento de *mandamus*, por exorbitar o artigo 3º da Constituição. Trata-se de caso em que o Secretário de Justiça (James Madison) do recém eleito presidente Thomas Jefferson (republicano) estava se negando a dar posse a juiz de paz (William Marbury) nomeado pelo ex-presidente opositor John Adams; ex-presidente que teria inserido nesta lei diversos dispositivos duvidosos para garantir preponderância política sobre o Poder Judiciário, após perder as eleições no Executivo e no Legislativo:

Nas eleições realizadas no final de 1800, nos Estados Unidos, o Presidente John Adams e seus aliados federalistas foram derrotados pela oposição republicana, tanto para o Legislativo como para o Executivo. Thomas Jefferson viria a ser o novo Presidente. No apagar das luzes de seu governo, John Adams e o Congresso, no qual os federalistas ainda detinham maioria, articularam-se para conservar sua influência política através do Poder Judiciário. Assim, em 13 de fevereiro de 1801, fizeram aprovar uma lei de reorganização do Judiciário federal (the Circuit Court Act), por via da qual, dentre outras providências: a) reduzia-se o numero de Ministros da Suprema Corte, para impedir uma nova nomeação pelo Presidente que entrava; b) criavam-se dezesseis novos cargos de juiz federal, todos preenchidos com federalistas aliados do Presidente derrotado.<sup>121</sup>

Fala-se, na construção deste modelo, na criação do *judicial review*, consistindo na possibilidade do Judiciário afastar os atos normativos clara e manifestamente contrários à Constituição aprovados pelo Congresso Nacional. Fenômeno que fez com que a Constituição norte-americana não se limitasse a um documento político e passasse a ser um mecanismo de vinculação de seus preceitos:

<sup>119</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Trad. Aroldo Punio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: S. Fabris, 1999. P. 103.

<sup>120</sup> VIEIRA, Renato Stanzola. **Jurisdição Constitucional Brasileira**. São Paulo: Renovar, 2009. P. 68.

<sup>121</sup> BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2005. P. 03.

Um plexo normativo superior capaz de fornecer critérios para se avaliar a conformidade das leis com seus preceitos. Assim, evitou-se a idolatria da lei criada pelo Poder Legislativo e se reconheceu o poder interpretativo da função judicial que permitia anular as leis quando contrárias à Constituição.<sup>122</sup>

O caso Bonham/Coke, por sua vez, foi muito importante para o controle de constitucionalidade difuso, por invocar princípios fundamentais constitucionais para examinar a razoabilidade das penas. No caso, a lide presidida pelo juiz Coke entre Bonham e o Colégio de Médicos questionava as penas sofridas por aquele em função de negativa para atuação como médico. Ou seja, importante precedente no sentido da filtragem da legislação e atos administrativo a luz de princípios constitucionais, no caso da razoabilidade. Nesse sentido:

Na referida decisão, Coke destacou que o *common law* regula e controla os atos do Parlamento, e, em certas ocasiões, julga-os todos nulos e sem eficácia, uma vez que, quando um ato do Parlamento é contrário ao direito e à razão comum, o *common law* o controlará e o julgará nulo e sem eficácia. Coke destaca a existência de um direito superior à lei do Parlamento e que estaria contido na própria historicidade, dado que uma lei tem validade formal quando deriva do Parlamento.<sup>123</sup>

Nesse sentido, além da importância para a construção da *judicial review*, Coke teria antecipado princípios fundamentais do direito sancionador no Estado de Direito, com a obrigatoriedade de se examinar a proporcionalidade (razoabilidade) das penas.

Por outro lado, ainda, não há como não falar do *federalist paper* de Hamilton, Madison e Jay, essencial na concepção da independência do Poder Judiciário. Além disso, pregava, antes mesmo do caso Marbury vs Madison, a possibilidade de se declarar nulos os atos manifestamente contrários à Constituição.

Inclusive, a esse título, Treanor<sup>124</sup> cita mais de trinta casos em que a Suprema Corte Norte-Americana teria declarado inválidas leis a luz da Constituição do EUA.

O controle difuso de constitucionalidade, portanto, pioneiro dentre as formas jurisdicionais de controle de constitucionalidade, apresenta-se como marco na evolução do constitucionalismo.

De certa forma, ao lado das Constituições Francesa e Norte-Americana do final do século XVIII, a sistematização do controle difuso consolida um modelo, até que até

<sup>122</sup> LEITE, Glauco Salomão. **Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. P. 15.

<sup>123</sup> ABBOUD, Georges. **Controle difuso de constitucionalidade**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. P. 2.

<sup>124</sup> TREANOR, William Michael. **Judicial Review before Marbury**. Georgetown: Georgetown Law Library, 2005.

hoje prevalece e se expande, em que a lei deixa de ser referência central do ordenamento jurídico dando lugar à Constituição. Constituição, vale lembrar, estruturada e legitimada na titularidade de poder constituinte do povo, motivo porque se fala de um pretense Estado de Direito.

Este modelo difuso de controle de constitucionalidade se instalou no Brasil com a Constituição da República de 1891, com forte influência norte-americana. Todavia, em função do sistema estar todo estruturado no direito privado, apenas sob a Constituição de 1934 este modelo começou a ter maior eficácia, com a inclusão do dispositivo que possibilitava a suspensão da execução do ato normativo inconstitucional pelo Senado – mesma Constituição que introduziu a representação interventiva, na possibilidade da União intervir nos Estados para assegurar a observância de princípios constitucionais.

Enfim, trata-se de um controle pela via de exceção, de uma relação processual subjetiva em que a constitucionalidade da norma opera-se no caso concreto, em que a inconstitucionalidade da lei se trata da causa de pedir do processo. Um controle de constitucionalidade cuja decisão opera efeitos, em regra, *inter partes* e *ex tunc* (retroativa à data de entrada em vigor).

### 3.2.1. O modelo norte-americano frente à suprema corte britânica

O modelo norte-americano de controle de constitucionalidade conhecido como *judicial review* apresenta um papel simbólico muito interessante frente ao modelo inglês. Diferentemente do modelo inglês, a consolidação do modelo norte-americano com o caso *Marbury vs Madison* de 1803 fez com que a Constituição ganhe o caráter de normatividade, da Constituição se apresentar como filtro necessário do Parlamento, que não se apresentava no sistema inglês<sup>125</sup>:

Em sua decisão, Marshall cravou o argumento que viria a transformar o direito constitucional e a própria teoria do direito: afirmou que a garantia de que a Constituição era revestida de supremacia, se apresentando como uma espécie de “lei das leis”, como a *paramount law*, implicava na conclusão lógica de que o poder judiciário teria o poder de fiscalizar os atos do congresso que fossem editados em contrariedade aos ditames constitucionais.(...) A partir de então, ficou assentada a possibilidade de o judiciário rever os atos do Congresso que fossem contrários à Constituição, inaugurando a *Judicial Review of legislation*. (...) Pode-se afirmar, assim, que, a partir de 1803, tem-se por construída a ideia da Constituição como regra jurídica (de se salientar que os modelos de direito próximos à Europa continental, somente conhecerão o conceito de constituição como regra jurídica a partir do segundo pós-guerra). Portanto, o caso *Marbury*

---

<sup>125</sup> ABOUD, Georges. **Controle difuso de constitucionalidade**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. P. 10.

*vs Madison* tem como grande inovação selar a Constituição com o caráter da normatividade.

Os atos do da Câmara dos Lordes (composta por aristocratas) ingleses, que representavam a soberania do rei, não poderiam ser revisto pelo Poder Judiciário, conjugando o chamado princípio de *supremacy of the English parliament*.

Ora, o reconhecimento pelo juiz Marshall da inconstitucionalidade do parágrafo 13 do *Judiciary Act* de 1789 frente ao artigo 3º da Constituição Norte-Americana determina exatamente a escolha por não colocar essa lei fundamental ao mesmo nível das demais leis. Ou seja, entendimento de reconhecer a Constituição como uma lei suprema<sup>126</sup>.

Esse modelo norte-americano garante, nessa linha, uma prevalência de direitos fundamentais sobre eventuais ingerências do poder público:

O Judiciário possui papel fundamental para a defesa dos direitos fundamentais, isso porque, conforme ressalta Coke, é a função do Judiciário garantir a supremacia dos direitos fundamentais perante a ingerência do Poder Público (real ou parlamentar) e também averiguar e controlar a adequabilidade dos atos do Poder Público ao historicismo. Ou seja, o Judiciário teria a função de examinar se atos do poder público, ainda que formalmente válidos, não estão em dissonância em relação aos da tradição histórica de determinada sociedade que, em sua formação, assegurou historicamente e progressivamente direitos fundamentais, cuja grande parte está atualmente positivada no texto constitucional.<sup>127</sup>

Lenio Streck, de tal forma, destaca que a consolidação do *judicial review* – que como se viu não nasce com o caso *Marbury vs Madison* – tem correlação com uma necessária noção de limitação de poder ao contexto histórico das lutas colonialistas<sup>128</sup>. Modelo que se destaca, na visão de Streck, por se ter o primeiro estado federal, republicano, democrático e laico, com tripartição de poderes.

Todavia, importante compreender, ao se ressaltar e diferenciar o modelo norte-americano de controle de constitucionalidade, que o chamado *judicial review* apresentou três fases históricas distintas no entendimento de Lenio Streck<sup>129</sup>. Uma primeira fase após a independência até a guerra civil de afirmação de uma jurisprudência norte-americana

<sup>126</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 812.

<sup>127</sup> ABOUD, Georges. **Controle difuso de constitucionalidade**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. P. 20.

<sup>128</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 362.

<sup>129</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 372.

constitucional, distinta daquela inglesa focada na câmara dos lordes; na segunda fase, entre a guerra civil e a crise de 1930, passa-se a ter o chamado “governo de juizes” com interpretações conservadoras da Suprema Corte do modelo posto capitalista; e na terceira fase de 1930 até o fim do século XX tem-se decisões mais liberais com avanços em matéria de direitos fundamentais.

### 3.2.2. As críticas de Waldron sobre o judicial review

Ao analisar o chamado modelo norte-americano do *judicial review*, Jeremy Waldron conclui que o controle judicial sobre o exercício da função legislativa é incompatível com uma sociedade livre e democrática. Isso porque essas decisões seriam ilegítimas, por decorrer de indivíduos não eleitos e não passíveis de responsabilização.

Para Waldron<sup>130</sup> as decisões mais relevantes deveriam emergir do Poder Legislativo a partir de quatro premissas sobre o funcionamento estatal: a) um legislativo eleito por sufrágio universal em eleições periódicas e imparciais; b) um judiciário, não eletivo, responsável por ações individuais, comprometido com o Estado de direito; c) um comprometimento social com a ideia de direitos individuais e de minorias; e d) o reconhecimento de discordância quanto a diversos direitos constitucionais. Enfim<sup>131</sup>:

Na visão de Waldron, o direito é sistema estrutura para agir tendo em vista o passado (cadeias decisórias). O direito não deve ser instrumento de construção do futuro. Essa função é mais afeta à política. Do mesmo modo, o direito não deveria fazer promessa de justiça substancial, porque esse ponde dependeria da visão de cada indivíduo, o que seria pernicioso ao sistema.

Sobre o legislativo, Waldron cita ainda a necessidade de comissões parlamentares e de bicameralismo, com posicionamento político plural, ainda que não perfeito. Sobre o judiciário, Waldron defende que o controle jurisdicional deveria se restringir a atos do poder executivo, de atos infralegais. Sobre a defesa das minorias, prossegue defendendo a importância dos direitos humanos. E, por fim, sobre a existência de discordâncias, defende tratar-se de questões a serem objeto de discussões interpretativas.

A crítica de Waldron sobre o *judicial review*, ainda, defende que a atuação do legislativo se reflete da mesma fundamentação pressuposta às decisões do Judiciário, com a diferença de que o legislativo se aprofunda mais ao mérito propriamente dito, com

<sup>130</sup> WALDRON, Jeremy. Judicial review and the conditions of democracy. **The Journal of Political Philosophy**, Oxford, v. 6, n. 4, p. 335-355, 1998.

<sup>131</sup> ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. P.119.

menos argumentos fracos. Outrossim, a construção da maioria dentro do legislativo seria mais profunda do que no judiciário, por diversos quóruns qualificados aplicados.

Enfim, a proposta de Waldron seria de se reconhecer a sabedoria da multidão<sup>132</sup>, afastando a utopia do Judiciário, reconhecendo-se o Legislativo como mais preparado para desacordos da sociedade.

Esse entendimento de Waldron, todavia, é minoritário:

Em síntese, a sabedoria judicial para solucionar os desacordos morais decorre de três pontos principais: a forma como os juízes constitucionais são investidos em seus cargos, a irresponsabilidade política que possuem ao exercer as suas atribuições e pela natureza da argumentação empregada no exercício da jurisdição constitucional. Com base nesses três fundamentos, é possível sustentar que as Cortes Constitucionais, livres das paixões políticas, poderiam analisar, de forma mais técnica e adequada, o complexo mosaico que existe em toda divergência de moralidade política e, ao decidir a controvérsia, conseguiria realizar uma justificação qualitativamente superior ao Legislativo. Diante dos argumentos apresentados, o leitor pode achar o caso a favor dos juízes muito forte. Afinal, eles possuem imparcialidade, são indicados pela sua capacidade técnica, são politicamente irresponsáveis, não precisam lutar pelo voto popular, não precisam desenvolver uma retórica populista para permanecerem em seus cargos, devem justificar as suas decisões publicamente e, ao fazerem isso, são limitados pelo texto constitucional, o qual buscam interpretar, aplicar e proteger.<sup>133</sup>

Sobre estes desacordos da sociedade, todavia, cabe lembrar a possibilidade de se ter desacordos de fato, de direito e de moralidade<sup>134</sup>. Destes três desacordos importante focar na questão da moralidade, já que as divergências probatórias e interpretativas são mais fáceis de resolução.

Ora, os desacordos de moralidades, estes sim, sobre concepções de justiça, poderiam ser inadequadamente serem objeto do *judicial review*. E tais desacordos morais seriam intermináveis em sociedades contemporâneas, com inúmeras concepções de bem comum na sociedade<sup>135</sup>.

E, sob estes desacordos, quanto mais perspectivas se tiver em um órgão deliberativo como o legislativo (com pluralidade de cor, gênero, escolaridade e classe social), melhor para solução do problema, diferentemente de um modelo de controle de

<sup>132</sup> SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. Jeremy Waldron e a sabedoria da multidão: a importância do Legislativo na resolução de desacordos de moralidade política. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 48, p. 53-74, abr. 2022.

<sup>133</sup> SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. Jeremy Waldron e a sabedoria da multidão: a importância do Legislativo na resolução de desacordos de moralidade política. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 48, p. 61-62, abr. 2022.

<sup>134</sup> DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

<sup>135</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORBACH, Gilberto. (Autonomia do) Direito e desacordos morais. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, n. 119, p. 253-289, nov. 2019.

constitucionalidade individual em que um indivíduo – geralmente homem branco com alta renda e escolaridade – se fecha em sua perspectiva egocêntrica. Trata-se do ganho da diversidade, longe da utopia idealista da sabedoria judicial.

Mais do que isso, os debates dentro do Legislativo seriam mais complexos, na visão de Waldron, por ultrapassarem apenas uma visão técnico-normativa e avançar para planos morais mais profundos:

Quando os parlamentares tratam de desacordos morais em seus debates, possuem uma ampla liberdade para utilizar argumentos morais, econômicos, religiosos, jurídicos, dentre outros. Dessa forma, o debate legislativo não precisa se esconder em textualismos, como fazem os juízes constitucionais. Ao introduzir no debate público os mais diversos tipos de argumentação, o Legislativo analisa a divergência moral sob uma ótica mais ampla, enfrentando o cerne do problema moral e, por isso, pode alcançar uma melhor solução para o problema. Veja-se que o que os defensores do judicial review apontam como uma vantagem em prol da deliberação judicial, Waldron aponta como uma fraqueza. O apego dos magistrados ao texto constitucional reduz a complexidade dos debates morais e serve como subterfúgio para as suas decisões.<sup>136</sup>

Todos fatos que ilustram a crítica de Waldron ao *judicial review*.

### 3.3. Controle de Constitucionalidade Concentrado

O controle concentrado de constitucionalidade está associado à doutrina austríaca de Hans Kelsen<sup>137</sup>, que determina que o controle dos normativos deve ser realizado em abstrato e concentrado em um órgão único, muitas vezes em um órgão de hierarquia superior do Judiciário, nos países que adotam o sistema jurisdicional.

Um controle de constitucionalidade, em abstrato, dissociado do caso concreto, do qual emana uma decisão com efeitos gerais, *erga omnes*, e retroativa à data de vigência da norma atacada.

Trata-se, pois, de um modelo de controle de constitucionalidade da Constituição austríaca de 1920<sup>138</sup>, em que o controle das leis era atribuído a um tribunal constitucional

<sup>136</sup> SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. Jeremy Waldron e a sabedoria da multidão: a importância do Legislativo na resolução de desacordos de moralidade política. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 48, p. 67, abr. 2022.

<sup>137</sup> Essa proposta de controle de constitucionalidade, exercida de forma concentrada por um Tribunal Constitucional aqui tratada como modelo europeu, foi objeto de embate doutrinário com Carl Schmidt no início dos anos 30. A proposta de Schmidt consistia na entrega do controle de constitucionalidade para o presidente do reino ou império (Reich); o motivo para tal estaria relacionado à legitimidade do presidente investido de poderes do povo, representativo da vontade popular. Todavia, a posição que prevaleceu foi a de Kelsen.

<sup>138</sup> “O texto austríaco de 1920 (artigo 89.2) habilitava o Supremo Tribunal de Justiça (*Oberster Gerichtshof*) e o Tribunal de Justiça Administrativa (*Verwaltungsgerichtshof*), no caso de surgimento de dúvidas acerca da ilegalidade de um regulamento que haveriam de aplicar. Nesses casos, suspendia-se o procedimento e requeria à Corte Constitucional (*Verfassungsverichtshof*) a anulação por vício de

com mecanismos processuais próprios, um processo objetivo como é citado atualmente. Um modelo de inspiração Kelnesiana que encontrava oposição na doutrina de Carl Schmitt, que falava que o modelo geraria uma instância política suprema, de uma aristocracia de toga<sup>139</sup>; por outro lado, em linha contrária aos desígnios históricos trágicos, defendia o controle da constitucionalidade na pessoa do presidente alemão, eleito diretamente pelo povo. Mesmo fato histórico, da segunda guerra mundial, que fez com que a teoria kelnesiana ganhasse prestígio, entorno da ideia de uma corte constitucional independente.

Note-se, do ponto de vista histórico, que o controle de constitucionalidade, após a segunda guerra mundial, advogou em prol de um Estado Social, um Estado prestacional, comprometido com a efetivação dos direitos fundamentais.

Esse chamado controle concentrado de constitucionalidade também é chamado de controle em abstrato, objetivo ou via de ação, em que a discussão acerca da constitucionalidade do normativo se trata do pedido (e não apenas da causa de pedir) do processo. Um controle, como dito, incorporado pelo Brasil em 1965, paralelamente ao controle difuso.

Uma relação processual objetiva, em que se mitigam institutos como intervenção de terceiro, ação rescisória e desistência processual, que se corporifica no ordenamento brasileiro com três tipos de ações: ADI (ação direta de inconstitucionalidade) – subdividida em genérica, por omissão e interventiva –, ADC (ação declaratória de constitucionalidade) e ADPF (arguição de descumprimento de preceito fundamental). As duas primeiras ditas dúplices e a última delas posta como subsidiária, seja pela possibilidade de atingir normas anteriores à promulgação da Constituição ou seja pela forma de atingir leis municipais.

Ações em que se destacam três sujeitos processuais: AGU (Advogado-Geral da União), PGR (Procurador-Geral da República) e *amicus curiae* (amigo da corte). PGR que atua como *custus legis*, opinando sobre a constitucionalidade dos normativos em todas as ações de controle concentrado; AGU que atua como *defensor legis*, defendendo a constitucionalidade dos normativos atacados; e *amicus curiae* que atua como um

---

ilegalidade MEDEIROS, Oriane Dantas de. **Uma dicotomia superada: o controle híbrido de constitucionalidade – no Brasil e em Portugal**. 2013. Tese (Doutorado em Direito). 268 f. – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife. P. 86.

<sup>139</sup> SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Tradutor Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. P. 228.

interventor qualificado fornecendo maiores fundamentos teóricos-técnicos ao Supremo Tribunal Federal.

Ações cujos legitimados para propositura são apenas aqueles indicados no artigo 103 da Constituição Federal, tanto os chamados universais – Presidente da República, mesa do Senado e da Câmara dos Deputados, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da ordem dos advogados do Brasil e partido político com representação no congresso nacional) – como os especiais – governador de Estado, mesa de Assembléia Legislativa e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Lembrando, a essa distinção, que os legitimados especiais precisam demonstrar pertinência ou adequação temática para propositura das ações, diferentemente dos universais.

### 3.3.1. As ações de controle concentrado

A ação direta de inconstitucionalidade genérica, também conhecida como via de ação, visa reconhecer a inconstitucionalidade de determinada lei. Porém, apresenta limitações: esse tipo de ação não tem respaldo para atacar atos normativos secundários, que são aqueles atos que não tem sua validade direta na Constituição, sendo sua validade preconizada à luz de normas infraconstitucionais. Sua esfera de abrangência limita-se a atos normativos federais e estaduais e, só pode ser aplicada a leis ou atos posteriores à Constituição Federal de 1988:

A finalidade da ação direta de inconstitucionalidade é retirar do ordenamento jurídico lei ou ato normativo incompatível com a ordem constitucional, constituindo-se, pois, uma finalidade de *legislador negativo* do Supremo Tribunal Federal, *nunca de legislador positivo* (RTJ 143/57. Conferir, ainda: STF – Pleno – MS nº 22.690-1/CE – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 7 dez. 2006, p. 36 *apud* MORAES, A., 2010, p. 751). Assim, não poderá a ação ultrapassar seus fins de exclusão, do ordenamento jurídico, dos atos incompatíveis com o texto da Constituição<sup>140</sup>.

A ação direta de inconstitucionalidade interventiva, ao seu turno, visa reconhecer a inconstitucionalidade da lei ou ato da esfera estadual que descumpra ou afronte a Constituição Federal. É a prerrogativa que a União tem para intervir nos estados-membros<sup>141</sup>.

<sup>140</sup> STF – Adin nº 732-RJ, Rel. Min. Celso de Mello.

<sup>141</sup> Constituição Federal. Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: I - manter a integridade nacional; II - repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra; III - pôr termo a grave comprometimento da ordem pública; IV - garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação; V - reorganizar as finanças da unidade da Federação que: a) suspender o pagamento da dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, salvo motivo de força maior; b) deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas nesta Constituição, dentro dos prazos estabelecidos em lei; VI - prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial; VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: a) forma republicana, sistema

Para que seja considerada violação à Constituição Federal, o ato nem precisa ser normativo, basta que seja um ato do Poder Público Estadual que viole um princípio sensível da Constituição. Sua abrangência limita-se a atos estaduais posteriores à promulgação da Constituição de 1988:

A ação direta interventiva possui dupla finalidade, pois pretende a declaração de inconstitucionalidade formal ou material da lei ou ato normativo estadual (finalidade jurídica) e a decretação de intervenção federal no Estado-membro ou Distrito Federal (finalidade política), constituindo-se, pois, um *controle direto, para fins concretos* que torna inviável a concessão de liminar<sup>142</sup>.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem por objetivo reconhecer a inconstitucionalidade de uma omissão do Poder Público. Neste caso, não há ato a ser atacado, existe a inexistência do ato regulamentador da Constituição Federal. Sua abrangência limita-se à falta de atos normativos da esfera federal e estadual, posteriores à vigência da Constituição de 1988:

Na conduta negativa consiste a inconstitucionalidade. A Constituição determinou que o Poder Público tivesse uma conduta positiva, com a finalidade de garantir a aplicabilidade e eficácia da norma constitucional. O Poder Público omitiu-se, tendo, pois, uma conduta negativa (MORAES, A., 2010, p. 775) [...] a incompatibilidade entre a *conduta positiva* exigida pela Constituição e a conduta negativa do Poder Público omisso configura-se na chamada inconstitucionalidade por omissão<sup>143</sup>.

A ação declaratória de constitucionalidade, por sua vez, é aquela que reconhece a constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo. Este tipo de ação pode ser utilizado apenas para verificar a constitucionalidade de atos normativos federais primários, que são aqueles que prestam obediência direta à Constituição Federal, desde que sejam atos gerais e abstratos. Limita-se ao reconhecimento da constitucionalidade de atos normativos posteriores a 1993, visto que, essa ação foi criada pela emenda constitucional 3/93:

O objetivo primordial da ação declaratória de constitucionalidade é transferir ao STF a decisão sobre a constitucionalidade de um dispositivo legal que esteja sendo duramente atacado pelos juízes e tribunais inferiores, afastando-se o controle difuso da constitucionalidade. Uma vez declarada a constitucionalidade da norma, o Judiciário e também o Executivo ficam vinculados à decisão proferida<sup>144</sup>.

---

representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal; d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta. e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

<sup>142</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 25. Ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010. p. 774.

<sup>143</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 25. Ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010. p. 775.

<sup>144</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 25. Ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010. p. 779-780.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental tem por objetivo não a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, mas a declaração destes como sendo incompatíveis com algum preceito fundamental da Constituição Federal<sup>145</sup>, sejam eles federal, estadual ou municipal. O objeto desta ação é mais amplo que o das ações anteriores. Tal ferramenta do controle concentrado de constitucionalidade tem previsão no art. 102, § 1º da Constituição Federal e é regulamentada pela Lei nº 9.882 de 3 de dezembro de 1999<sup>146</sup>.

A lei prevê a arguição de descumprimento de preceito fundamental em três hipóteses: para evitar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público; para reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público; e, quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

A primeira ADPF admitida pelo STF foi a de n. 4, na qual se buscava evitar a lesão a preceito fundamental e dirimir controvérsia sobre ato normativo efetivado pelo Presidente da República quando da fixação do salário mínimo por meio da medida provisória (MP) n. 2.019, de 20 de abril de 2000.

No caso de aborto de feto anencéfalo, na ADPF 54, foi concedida liminar no dia 2 de agosto de 2004, para determinar o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, além de reconhecer o direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de aborto de fetos anencéfalos.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental é vedada por lei quando há qualquer outro meio eficaz para sanar a lesividade da Magna Carta (art. 4º, § 1º, Lei 9.882/99). Esse mecanismo de efetivação dos preceitos fundamentais não substitui as demais previsões constitucionais com finalidade semelhante, tais como, o *habeas corpus*, *habeas data*; mandado de segurança individual e coletivo; mandado de injunção; ação popular; ações diretas de inconstitucionalidade genérica, interventiva e por omissão e ação declaratória de constitucionalidade.

---

<sup>145</sup> “Com a edição da Lei nº 9.882/99, surgiu, de fato, uma exceção à regra geral acerca da impossibilidade de controle de constitucionalidade de direito pré-constitucional: a arguição por descumprimento de preceito fundamental seria o instituto-padrão para a delimitação da extensão dos efeitos de uma norma pré-constitucional incompatível com a nova constituição.” CICCONETTI, Stefano; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição constitucional comparada**. 2ª ed. Belo Horizonte: Forum, 2018. P. 31-32.

<sup>146</sup> FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 6. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

A ADPF, pois, somente pode ser invocada quando da ineficiência de outro meio para sanar a lesividade<sup>147</sup>.

### 3.3.2. A questão de inconstitucionalidade (*Richterklage*)

Na Alemanha, se o juiz, perante a questão incidental, entendê-la constitucional, decidirá o caso. Achando inconstitucional, no entanto, suspenderá o processo e submeterá a questão de inconstitucionalidade (*richterklage*) ao Tribunal Constitucional. Por outro lado, se a interpretação do juiz for pela constitucionalidade e o Tribunal já tiver se manifestado em sentido diverso, a questão também será encaminhada para o mesmo.

O regimento interno do Tribunal constitucional alemão (§80, alínea 2) requer que o pedido de encaminhamento da questão inconstitucional seja acompanhado da indicação da existência de dependência da decisão do caso com relação à questão, bem como que haja indicação de qual norma superior é atingida.

Na Suíça, ao lado de um sistema quase concentrado, há o poder-dever dos juízes não aplicarem leis cantonais que contrastem com a Constituição Federal (seja por recurso, seja de ofício). Não há, no entanto, o controle das leis federais. No Canadá, seis das dez províncias adotam a possibilidade de suspender o processo e obter decisão inapelável da Corte Suprema sobre questão prejudicial (não se espera o recurso para decidir em última instância). Em Portugal, a Constituição (art. 63 da Constituição de 1911) dava o poder de não aplicação de dispositivos inconstitucionais às cortes. Hoje, os artigos 204 e 207 incorporam o judicial review.

Em qualquer das formas adotadas de controle judicial, sua existência ancora-se nas seguintes razões: é função de todo juiz interpretar as leis para aplicá-las aos casos concretos.

A crítica que sofre o sistema concentrado é a convivência com conflitos de interpretação entre os órgãos judiciários, pois todos são intérpretes da Constituição, o que traz incerteza ao direito. Bem como o fato de que apesar de já obtida a não aplicação por declaração de inconstitucionalidade em determinado caso, todos os interessados precisam

---

<sup>147</sup> “A amplitude da expressão da expressão preceito fundamental não encontra no texto constitucional a mais precisa definição (...) tem sido amplamente associada aos direitos fundamentais, à dignidade da pessoa humana, às cláusulas pétreas aos princípios constitucionais que fundamentam o Estado Democrático de Direito. Todavia, dois possíveis objetos da arguição de descumprimento de preceito fundamental apresentam sensíveis inovações: (i) o direito municipal e (ii) o direito pré-constitucional.” CICCONETTI, Stefano; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição constitucional comparada**. 2ª ed. Belo Horizonte: Forum, 2018. P. 107.

ajuizar ação, instaurar novo processo, pois a decisão no sistema difuso tem eficácia apenas entre os litigantes.

Os EUA resolveram este inconveniente com a doutrina do *stare decisis*, de modo que o julgamento de inconstitucionalidade efetivado pela Supreme Court acaba por assumir eficácia *erga omnes*.

Enfim, a chamada questão de inconstitucionalidade (*richterklage*) é uma ferramenta que pode ser utilizada no controle de constitucionalidade concentrado, como no caso da Alemanha, como uma forma de trazer mais coerência ao sistema.

### 3.4. O modelo brasileiro – da CF1891 à CF1988

O controle de constitucionalidade adotado pelo Brasil é o controle jurisdicional – exercido pelo Poder Judiciário – de forma repressiva, que retira as normas *a posteriori* do ordenamento, em caso de dissonância com a Constituição. Este controle jurisdicional, entretanto, manifesta-se tanto na forma difusa como concentrada, este com relação às normas em abstrato realizado pela Suprema Corte e aquele realizado no caso concreto por qualquer juiz ou órgão do Judiciário. Eis o modelo da Constituição de 1988<sup>148</sup>:

A Constituição de 1988 consolidou esse sistema misto de controle de constitucionalidade, aperfeiçoando seja os institutos do controle difuso, seja os institutos do controle concentrado, de modo que o Supremo Tribunal Federal acaba exercendo a função de (i) instância recursal ordinária e extraordinária – cuja limitação material será dada tão comente pela necessidade de que a matéria em questão discutida no curso de um processo apresente ofensa(s) à supremacia da Constituição – e de (ii) tribunal constitucional – cuja matriz é de clara inspiração austríaca pós-1920 – competente para originariamente conhecer das ações que se destinem a objetivamente questionar a constitucionalidade de atos normativos com força de lei.

Antes, todavia, na Constituição de 1824, não havia menção ao controle de constitucionalidade. Sendo o controle, efetivamente, introduzido no Brasil na Constituição de 1891<sup>149</sup> na modalidade difusa que, por sua vez, com a Constituição de

<sup>148</sup> CICCONE, Stefano; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição constitucional comparada**. 2ª ed. Belo Horizonte: Forum, 2018. P. 19.

<sup>149</sup> “A Constituição de 1891, decretada e promulgada pelo Congresso Constituinte de 1891, convocado pelo governo provisório da República recém-proclamada, é profundamente influenciada pelo constitucionalismo dos Estados Unidos da América. Institucionaliza-se o Estado brasileiro como República federal, sob governo presidencial. Abandona-se o sistema estritamente político de controle da constitucionalidade e inaugura-se uma nova concepção: o modelo judicial difuso. Outorga-se competência ao Poder Judiciário para afastar a aplicação, a um caso concreto, da lei que ele considerasse inconstitucional. [...] Assim, consolidava-se no Brasil o amplo sistema de controle difuso de constitucionalidade, influenciado pelo modelo da *judicial review*. Entretanto, mesmo com a previsão constitucional, na prática, o que se viu foi um Judiciário cauteloso, dada às inúmeras dificuldades impostas, de ordem política, filosófica, histórica e doutrinária.” MEDEIROS, Orione Dantas de. **Uma dicotomia superada: o controle híbrido de constitucionalidade – no Brasil e em Portugal**. 2013.

1967 – ou, na verdade, na emenda constitucional n. 16 de 1965 sobre a Constituição de 1946 – foi somada à modalidade de controle concentrado.

Note-se que apesar de se adotar o sistema de controle de constitucionalidade jurisdicional repressivo, o Brasil também adota certas formas excepcionais de controle de constitucionalidade, seja modalidades de controle preventivo, ou seja, modalidades de controle repressivo realizada pelos outros dois poderes, como já explicitado nesse trabalho.

Não é demais lembrar, ainda, que o controle de constitucionalidade se apresenta por outros dois tipos de sistemas: político e misto. No chamado controle político o controle é feito pelo Poder Legislativo ou por um órgão “externo” criado especificamente para essa finalidade, e no chamado controle misto parte das normas são regidas por um controle político e parte por um controle jurisdicional.

De toda forma, no Brasil, tem-se, portanto, o controle difuso exercido por qualquer juiz ou órgão do Poder Judiciário à luz do caso concreto, à luz de um problema concreto submetido ao Poder Judiciário; um controle que surgiu nos EUA em 1803 no famoso caso *Marbury versus Madison* e que foi incorporado no Brasil na Constituição Federal de 1891. E, somado, o controle concentrado, que é o controle exercido apenas pela corte constitucional, pelo órgão máximo do Poder Judiciário, em abstrato, que julga a validade das normas desvinculando-se de casos concretos.

O controle de constitucionalidade, pois, está atrelado à supremacia da Constituição Federal sobre todo o ordenamento jurídico, assim como, a rigidez constitucional está intimamente ligada a proteção dos direitos fundamentais. Este mecanismo tem a função de impedir que normas jurídicas contrárias à Constituição permaneçam no ordenamento jurídico, visto que, se permanecessem, teriam a presunção de legitimidade. Tem como princípio base dar um norte para que se mantenha a supremacia da Constituição escrita, que é a norma fundamental do Estado.

Sobre esse modelo de controle de constitucionalidade brasileiro, todavia, tramitou uma proposta de emenda à constituição 33/2011<sup>150</sup> para alterar o quórum de declaração de inconstitucionalidade para quatro quintos – ao contrário de maioria absoluta –, para condicionar a imposição de efeito vinculante a aprovação do legislativo, e realizar o controle de emendas a constituição com possibilidade de plebiscito da população. Esta

---

Tese (Doutorado em Direito). 268 f. – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife. P. 102/103.

<sup>150</sup> [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=876817&filename=Tramitacao-PEC+33%252F2011](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=876817&filename=Tramitacao-PEC+33%252F2011)

proposta foi arquivada em 2015 por supostamente afetar o equilíbrio entre os poderes, após críticas profundas na doutrina<sup>151</sup>.

#### 3.4.1. O modelo constitucional de inspiração alemão e norte-americano

A jurisdição constitucional brasileira, do ponto de vista histórico, nasce com uma influência inegável do constitucionalismo norte-americano, com a incorporação do controle difuso de constitucionalidade na Constituição de 1891. Todavia, posteriormente, após a incorporação do controle concentrado de constitucionalidade em 1965, pode-se perceber uma clara expansão da influência germânica no Brasil. A dificuldade posta, pois, reside em equilibrar esses modelos<sup>152</sup>:

A aproximação entre o regime da *judicial review* norte-americana e os tribunais constitucionais europeus, encontra-se na frequente utilização pelos últimos das chamadas sentenças interpretativas, com o propósito de realizar uma dupla interação interpretativa das normas constitucionais e a legislação infraconstitucional, onde na prática, este tipo de solução tem dado lugar a eficácia do precedente em termos semelhantes ao modelo norte-americano.

Importante, nesse contexto brasileiro, como mesmo mundial, entender que a eventual separação bipolar de sistemas de controle de constitucionalidade não é mais adequada do ponto de vista teórico<sup>153</sup>:

Ademais, o fenômeno da mundialização da justiça constitucional causou impacto na clássica bipartição dos sistemas de controle de constitucionalidade entre o sistema americano (*judicial review of legislation*) e o sistema europeu-Okelseniano (*Verfassungsgerichtsbarkeit*), posto que ocasionou o surgimento de modelos dotados de características de um e de outro. Por essa razão, a tipologia bipolar, outrora presente, já não serve ao estudo adequando dos sistemas constitucionais. Obviamente que não equipararemos puramente os dois sistemas. Ou seja, não se trata de afirmar que inexistiria diferenças entre o modelo concentrado de controle de constitucionalidade em relação ao difuso, mas de demonstrar que ambos possuem um escopo comum, qual seja, a racionalização do poder e a consolidação do texto constitucional democrático.

<sup>151</sup> “De imediato já nos posicionamos que o artigo 3º da PEC é de todo inconstitucional, não se podendo restringir por meio de controle político, majoritário, decisões em matéria constitucional do Supremo Tribunal Federal. (...) Há mais de dez anos criticamos os desvios decisionistas do STF. No entanto, ser crítico desta postura, não nos autoriza a defender o esvaziamento do papel constitucional e institucional dos decisores, sob pena de impor um retrocesso epistemológico às concepções típicas de modelos autocráticos ou mesmo liberais. Ademais não podemos nos olvidar que a *judicialização da política*, como fenômeno típico dos Estados sociais em função da profunda redefinição paradigmática do princípio da separação dos poderes, tem impacto sobre o controle judicial de políticas públicas no sentido da garantia dos direitos sociais, econômicos e culturais, bem como sobre o controle judicial de constitucionalidade no pós-guerra” OLIVERIA, Marcelo Andrade Cattoni; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; NUNES, Dierle. **Controle de constitucional é judicial, não político**. Consultor Jurídico. 30 de abril de 2013.

<sup>152</sup> MEDEIROS, Orione Dantas de. **Uma dicotomia superada: o controle híbrido de constitucionalidade – no Brasil e em Portugal**. 2013. Tese (Doutorado em Direito). 268 f. – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife. P. 91.

<sup>153</sup> ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. P.433.

Ou seja, como defendido por Abboud, vem ocorrendo um compartilhamento de características entre os sistemas de controle de constitucionalidade do ponto de vista mundial, voltando-se para racionalização do poder e consolidação democrática.

O concretismo, contudo, dentro desse contexto de jurisdição constitucional tem-se expandido, como será tratado na segunda parte do trabalho, alinhado com autores tedescos da hermenêutica moderna citados no capítulo um.

O pragmatismo e consequencialismo, por sua vez, como também será tratado na segunda parte do trabalho, vem se expandindo no direito brasileiro em um movimento pendular em direção a autores e a jurisprudência norte-americana, também citados no ponto um na linha da escola realista hermenêutica.

Algo que atesta um novo paradigma de jurisdição constitucional no Brasil, mas que é um movimento muito criticado em autores como Niklas Luhmann<sup>154</sup>:

In the German-speaking world, Niklas Luhmann might be seen as the fiercest opponent of consequentialism in the application of law. Legal adjudication, in Luhmann's thinking, is *conditionally programmed* by the legislator. If certain conditions are fulfilled (facts amounting to breach of a legal provision) then a certain judgement has to be reached (the "if-then form"). In this way, highly complex matters can be resolved into congruently predictable judgements (stabilization of expectations). Luhmann thus draws a line between programmed judgements (application of law) and programme-defining decisions (legislation). The apparent one-sidedness of conditional programmes can be corrected at higher decision-making levels by passing statutes and by modifying conditional programmes as a result of policy decisions made with particular goals in mind.

Luhmann therefore rejects consequentialism in the application of law, reasoning that foisting socio-political consequentialism on a legal system runs the risk of compromising its dogmatic autonomy and disorientating it completely, turning it away from criteria that transcend the decision-making programme, indeed from any criteria except the consequences themselves.

Algo também criticado na doutrina norte-americana de Ronald Dworkin:

---

<sup>154</sup> Tradução livre: "No mundo de língua alemã, Niklas Luhmann pode ser visto como o adversário mais feroz do consequencialismo na aplicação do direito. Adjudicação legal, no processo de Luhmann pensamento, é condicionalmente programado pelo legislador. Se certas condições forem cumpridas (fatos constitutivos de violação de dispositivo legal) então uma determinada sentença ser alcançada (a "forma se-então"). Desta forma, assuntos altamente complexos podem ser resolvido em julgamentos congruentemente previsíveis (estabilização de expectativas). Luhmann traça assim uma linha entre os julgamentos programados (aplicação do direito) e decisões de definição de programas (legislação). A aparente unilateralidade do condicional programas podem ser corrigidos em níveis mais altos de tomada de decisão, passando estatutos e modificando programas condicionais como resultado de decisões políticas feito com objetivos específicos em mente. Luhmann, portanto, rejeita o consequencialismo na aplicação do direito, que impingir consequencialismo sociopolítico em um sistema legal corre o risco comprometer sua autonomia dogmática e desorientá-la completamente, tornando-a longe de critérios que transcendem o programa de tomada de decisão, na verdade de qualquer critério, exceto as próprias consequências." MATHIS, Klaus. Consequentialism in law. In: MATHIS, Klaus (org.). **Efficiency, sustainability, and justice to future generations**. Dordbrecht: Springer, 2011. p. 7.

Despite a longstanding tradition of consequentialism in Anglo-American law, eminent critics have been equally outspoken on the matter of consequentialism in the application of law. One is Ronald Dworkin, who in “Hard Cases” (1975) draws a distinction between “principles” and “policies” (the latter being arguments in the interests of the common good or collective goals) and calls for courts to confine themselves strictly to arguments of principle, even when ruling on hard cases, because arguments based on policy goals are the preserve of the legislator. According to Dworkin, rights can be derived from principles whereas arguments based on policy goals cannot [...] Judges are always bound to the law in determining the content of legal norms, according to Dworkin, and must not create new law themselves; nor do they have any discretion. According to his “rights thesis” the law can be conceived of as a system of individual rights, which are to be enforced with the help of judicial rulings in favour of one party or another, and within which one party always has the right to win the legal dispute, even in hard cases. Linked to this is the “one right answer thesis” which claims that even in hard cases, the courts can and must deliver the sole and only right judgement.<sup>155</sup>

Ou seja, da mesma forma que o sistema brasileiro é uma influência paralela dos sistemas alemão e norte-americano de controle de constitucionalidade, e da mesma forma que o sistema tem caminhado para o concretismo alinhado a uma linha hermenêutica moderna alemã e para o pragmatismo em uma linha hermenêutica norte-americana, importante reconhecer autores importantes na mesma Alemanha (Luhmann) e EUA (Dworkin) como críticos ferozes.

Nessa linha, cabe analisar, paralelamente, as contribuições da Constituição de Weimar e o *Federalist Paper* que contribuíram alinhados para significação universal de um Estado democrático<sup>156</sup>.

#### 3.4.1.1. A inspiração norte-americana e do *federalist paper*

<sup>155</sup> Tradução livre: “Apesar de uma longa tradição de consequentialismo na lei anglo-americana, críticos eminentes têm sido igualmente francos sobre a questão do consequentialismo em a aplicação da lei. Um deles é Ronald Dworkin, que em “Hard Cases” (1975) faz uma distinção entre “princípios” e “políticas” (as últimas sendo argumentos no interesse do bem comum ou objetivos coletivos) e pede que os tribunais

limitam-se estritamente a argumentos de princípio, mesmo quando casos, porque os argumentos baseados em objetivos políticos são da competência do legislador. De acordo com Dworkin, os direitos podem ser derivados de princípios, enquanto os argumentos com base em objetivos políticos não pode [...] os juízes estão sempre vinculados à lei na determinação do conteúdo das normas jurídicas, de acordo com Dworkin, e não devem criar novas leis; nem eles tem qualquer discricionariedade. De acordo com sua “tese dos direitos”, o direito pode ser concebido como sistema de direitos individuais, que devem ser cumpridos com a ajuda de decisões judiciais a favor de uma ou outra parte, e dentro do qual uma parte sempre tem o direito de vencer a disputa legal, mesmo em casos difíceis. Ligado a isso está a “única resposta certa tese” que afirma que mesmo em casos difíceis, os tribunais podem e devem entregar o único e somente o julgamento correto.” MATHIS, Klaus. Consequentialism in law. In: MATHIS, Klaus (org.). *Efficiency, sustainability, and justice to future generations*. Dordbrecht: Springer, 2011. p. 10.

<sup>156</sup> VALE, André Rufino do. Centenário de Weimar é oportunidade de reflexão sobre constitucionalismo. *Consultor Jurídico (Conjur)*. 02 de fevereiro de 2019.

O controle de constitucionalidade difuso consiste na vitória da teoria federalista dentro do constitucionalismo norte-americano, que negava supremacia do Parlamento tal como ocorria no Parlamento inglês (Câmara dos Lordes). Teoria federalista, que origina o controle de constitucionalidade tal como se conhece atualmente:

Não é de admitir-se que a Constituição tivesse pretendido habilitar os representantes do povo a sobrepujarem a própria vontade à de seus constituintes. É muito mais racional supor que as cortes foram destinadas a desempenhar o papel de órgão intermediário entre o povo e o Legislativo, a fim de, além de outras funções, manter este último dentro dos limites fixados para sua atuação. O campo próprio e peculiar das cortes se resume na interpretação das leis. Uma constituição é, de fato, a lei básica e como tal deve ser considerada pelos juizes. Em consequência cabe-lhes interpretar seus dispositivos, assim como o significado de quaisquer resoluções do Legislativo<sup>157</sup>.

Enfim, o *federalist paper* de Hamilton, Madison e Jay, é essencial para concepção da independência do Poder Judiciário, possibilitando declarar nulos os atos manifestamente contrários à Constituição. Ou seja, o *federalista paper* foi extremamente simbólico e importante para formação da jurisprudência norte-americana de controle de constitucionalidade atrelada ao caso *Marbury vs Madison*.

Especificamente sobre a influência desse modelo de controle de constitucionalidade norte-americano para o Brasil, nesse contexto, vale destacar, para além do passado longínquo da Constituição de 1891, a incorporação recente no Brasil do instituto da repercussão geral do constitucionalismo norte-americano. Instituto que denota o aspecto central desse trabalho, do avanço de um modelo concretista e pragmático no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

A chamada repercussão geral, como dito, é uma clara influência do modelo norte-americano no Brasil. Nada mais é do que requisito de admissibilidade de recursos processuais<sup>158</sup>, um pressuposto de admissibilidade recursal:

[...] i) decisão capaz de influir concretamente, de maneira generalização, em grande quantidade de casos; ii) decisão capaz de servir a unidade e ao aperfeiçoamento do Direito, ou particularmente significativa para seu desenvolvimento; iii) decisão que tenha imediata importância jurídica ou econômica para círculo mais amplo de pessoas ou para mais extenso território da vida pública; iv) decisão que possa ter como consequência a intervenção do legislativo no sentido de corrigir o ordenamento positivo ou de lhe suprir lacunas; v) decisão que seja capaz de exercer influência capital sobre as

<sup>157</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Brasília: Universidade de Brasília, 1984. p. 78

<sup>158</sup> “A natureza jurídica do instituto da repercussão geral, segundo nos parece, é de pressuposto específico de cabimento do recurso extraordinário, de modo que, embora dotado de peculiaridades, se insere no juízo de admissibilidade desse recurso”. DANTAS, Bruno. **Repercussão geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. P. 216.

relações com os estados estrangeiros ou com outros sujeitos do Direito Internacional Público.<sup>159</sup>

Um requisito, de tal forma, fora do controle concentrado de constitucionalidade, que constitui um filtro que barra matérias de menor importância para julgamento do Supremo Tribunal Federal, como estabelece o artigo 102 § 3º da Constituição Federal:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

Tratar-se-ia, ainda, de um mecanismo de funcionarização, ou de otimização do Poder Judiciário, por isso da sua inserção atrelada à reforma do judiciário, na emenda 45 de 2004.:

E que se poderia chamar de *funcionarização do Judiciário*, problema para o qual a comunidade jurídica brasileira precisa estar alerta, para detectar - enquanto e tempo - suas verdadeiras causas e oferecer alternativas para melhorar e agilizar a prestação jurisdicional. Descartado o alvitre de aumentar o número de ministros ou criar novos Tribunais (onera o erário e superdimensiona o Judiciário). O bom senso parece sinalizar no sentido da adoção de medidas, que possibilitem uma triagem razoável no fluxo de recursos excepcionais, dirigidos aos Tribunais da Federação, para o que muito pode contribuir o direito sumular, no âmbito do juízo de admissibilidade, a par do incremento da jurisdição coletiva e da ampliação do efeito vinculante.<sup>160</sup>

Entretanto, vale a crítica dos contornos da discricionariedade do Supremo Tribunal Federal, nesse modelo pragmático, em indicar as matérias sujeitas a sua apreciação, como ensina Andre Ramos Tavares:

Essa restritividade na admissibilidade pela Corte, dos processos que lhe são enviados ampara-se no reconhecimento unânime de que a Corte não pode e não deve dedicar-se a assuntos considerados menores, na escala nacional. Admite-se que a jurisdição constitucional da Corte deve representar uma instância excepcional. A crítica doutrinária, quando existente, dirige-se ao grau de discricionariedade que foi assumido pela Corte nessa tarefa de rejeitar 'causas menores'.<sup>161</sup>

<sup>159</sup> DIDIER JR, Fredie; CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo Jose. **Curso de Direito Processual Civil**. 10. ed. Salvador: JusPodium, 2012. P.350.

<sup>160</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. P. 239.

<sup>161</sup> TAVARES, Andre Ramos. A repercussão geral no recurso extraordinário. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesus Lora (coord). **Reforma do Judiciário analisada e comentada**. São Paulo: Método, 2005. P.213.

A crítica a respeito desta suposta discricionariedade do Supremo Tribunal Federal, aliás, decorre muito do chamado instituto da arguição de relevância de questão federal, um mecanismo próximo à repercussão geral vigente antes da Constituição Federal de 1988. Nesta época o Supremo Tribunal Federal tinha dentre suas atribuições matérias que atualmente são confiadas ao Superior Tribunal de Justiça, sujeitas a Recurso Extraordinário, que foram restringidos por meio da emenda constitucional nº 07/1977 que inseriu o §1º ao artigo 119 da Constituição de 1969, restringindo a interposição de Recursos Extraordinários para casos de relevância especial. Situação extremamente criticada pelo teor de subjetivismo aplicado, para afastar causas em que se discutiam apenas interesses exclusivamente privados. Instituto, todavia, que se apresenta profundamente diverso, a começar pelo regime democrático em que este último está introduzido e a considerar que este último se trata de requisito de admissibilidade recursal e a arguição de relevância um incidente processual.

Eis a submissão de matérias com relevância econômica, política, social ou jurídica que ultrapassam os interesses subjetivos da causa. Situação, que ultrapassa os interesses subjetivos da causa, que pode ser indicada com a ocorrência de diversos recursos invocando um mesmo dispositivo constitucional, ou que pode ser presumido, como indica o §3º do artigo acima, no caso de decisões contrárias à súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal<sup>162</sup>:

A não observância das decisões do Supremo Tribunal Federal obviamente debilita a força normativa da Constituição, o que já indica, desde logo, a relevância e a transcendência da questão levantada no recurso extraordinário interposto reclamando a adequação da decisão ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Importa que a Constituição seja concretizada; a todos interessa essa fiel observação.

Um instrumento (*writ of certiorari*) em que a Suprema Corte Norte-Americana tem discricionariedade para selecionar os julgamentos que irá realizar com relevância coletiva, com relevância para o interesse do país. Trata-se da chamada regra 10 da Suprema Corte norte-americana em que a corte daquele país só aprecia ações em caso de extrema necessidade, pelo voto favorável de quatro dos nove ministros integrantes, como explica Araken de Assis<sup>163</sup>:

Rule 10. *Considerations Governing Review on Certiorari. Review on a writ of certiorari is not a matter of right, but of judicial discretion. A petition for a writ of certiorari will be granted only for compelling reasons. The following,*

<sup>162</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. P. 39.

<sup>163</sup> ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos cíveis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. P. 710.

*although neither controlling nor fully measuring the Court's discretion, indicate the character of the reasons the Court considers:*

Considerações sobre a revisão do Certiorari. A Revisão em um mandado de certiorari não é uma questão de direito, mas de apreciação judicial. Uma petição por um writ of certiorari só será concedido por razões imperiosas. A seguir, embora nem se controle e nem haja uma total mediação do poder discricionário do Tribunal de Justiça, pode-se indicar a natureza das razões que o Tribunal considera.

Em outras palavras, o recorrente (chamado de *plaintiff* ou de *petitioner*) não tem o direito de apelar à Suprema Corte, 'but, he or she does have the *privilege* of petitioning the highest bench in the land to grant a writ of certiorari'. O reconhecimento da transcendência da questão federal depende do voto de no mínimo quatro ministros (a Suprema Corte tem nove integrantes) deferindo a *petition* e, assim, o caso chegara a julgamento plenário. O mecanismo permite ao tribunal selecionar os casos de grande significação para a nação e, ao mesmo tempo, limita o número de processos julgados pelo tribunal em cada órgão judiciário. Logrou substancial sucesso e persuadiu os mais exigentes da excelência do mecanismo.

Note-se, entretanto, que este filtro da Suprema Corte não é exclusivo do sistema norte-americano da *common law*, tendo em vista que no direito alemão – de *civil law* – verifica-se um mecanismo assemelhado que impede a aceitação do chamado recurso de revista ou revisão) ao terceiro grau recursal alemão apenas para casos de significação fundamental (*grundsatzliche Bedeutung*):

E similar o filtro hoje vigente no direito alemão para o recorrente alcançar, através do recurso de revista (ou revisão), o *Bundesgerichtshof* (BGH) sediado em Karlsruhe, ou terceiro grau da jurisdição civil, equiparável ao STJ. Após a reforma de 2002, a admissibilidade da *Zuassagunsrevision* assenta na proclamação, pelo tribunal a *quo*, da importância fundamental da causa ou *grundsatzliche Bedeutung der Rechtssa/e*.<sup>164</sup>

Mesmo filtro que também se verifica no direito argentino, introduzido pela lei 23.774 de 1990 daquele país, em que a Supremo Corte poderá não receber recursos extraordinários, de forma discricionária, quando faltar “lesão federal suficiente ou quando as questões discutidas carecerem de substancialidade ou de transcendência”<sup>165</sup>. Ou, ainda, mesmo filtro do direito inglês, em que é necessário conseguir uma licença para recorrer à Câmara dos Lordes subordinada a comprovação “relevância publica geral”<sup>166</sup>.

Curioso, nesse ponto, perceber que o filtro dos recursos ocorre de forma negativa pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro e de forma positiva pela Suprema Corte Norte-Americana, considerando que o Supremo Tribunal Federal parte da presunção que os

<sup>164</sup> ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos cíveis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. P. 171.

<sup>165</sup> DANTAS, Bruno. **Repercussão geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. P. 115.

<sup>166</sup> DANTAS, Bruno. **Repercussão geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. P. 126.

recursos tem repercussão geral mas que pode afastá-la pela conclusão contrária de 2/3 dos onze ministros, e considerando que a Suprema Corte Norte-Americana parte da presunção de que os recursos não têm “repercussão geral” e pode atribuí-la e julgar os recursos por quatro de seus nove ministros.

Para além da repercussão geral, ainda, vale ressaltar que a experiência constitucional norte-americana, mais recentemente ainda, tem incorporado no Brasil dois institutos interessantes: *overruling* e *distinguishing*.

Ora, o modelo concretista e pragmático que se instaura no Brasil acaba se adaptando pela necessidade de se permitir distinções de entendimentos do tribunal em situações fáticas distintas, sob pena de se engessar a jurisprudência e de promover injustiças. Trata-se de um reconhecimento, como será tratado no capítulo terceiro, das limitações da racionalidade ou de preceitos abstratos.

Sobre o termo *overruling*, que significa, em português, uma mudança de regra, tem-se um caso concreto em que o tribunal percebe que a sua jurisprudência merece ser revisitada. Tal mudança se faria necessária diante de possível alteração do ordenamento jurídico que a motivava, como por uma evolução da realidade social, quando ocorre a modificação do sentido da norma jurídica sem, contudo, alterar o texto constitucional ou legal

O *prospective overruling* define-se como a mudança de regra prospectiva, apenas para o futuro. Ou seja, apesar de reconhecer a mudança da regra, o tribunal, nessa situação adjetivada, deixa de aplicá-la ao caso concreto, servindo apenas como indicação do Tribunal para a mudança da norma de interpretação, aplicando aos fatos ocorridos no pretérito as regras até então vigentes. Um contorno da segurança jurídica.

O *overruling* no Brasil vem ocorrendo de forma difusa e concentrada. De maneira difusa pode ocorrer em qualquer processo que ao chegar ao tribunal permita a superação do precedente anterior. De maneira concentrada, instaura-se um procedimento autônomo com objetivo de revisão de um entendimento já consolidado no tribunal.

O denominado *distinguishing*, por sua vez, ocorre quando o caso concreto em julgamento apresenta particularidades que não permitem aplicar adequadamente a jurisprudência do tribunal. Assim, diante de acentuada distinção entre normas jurídicas e a norma decisivas, o aplicador do Direito deve analisar qual decisão é mais adequada para o caso em tela e julgara mediante a feitura da norma decisiva, e o consequência final alcançado pela norma jurídica, diante da norma de interpretação.

Assim, neste caso, não há alteração na interpretação da norma, que permanece inalterada, mas em razão de determinadas circunstâncias fáticas, entende-se pelo afastamento da regra.

Enfim, situações que denotam influência da constitucionalismo norte-americano no Brasil.

#### 3.4.1.2. A inspiração alemã do modelo de Estado Social de Weimar

O modelo alemão de controle de constitucionalidade, como visto, influenciou paralelamente a jurisdição constitucional brasileira assim como o modelo norte-americano. No modelo alemão, da mesma forma que o *federalista paper* se apresenta como marco histórico importante, tem-se a formação de um Estado Social (de constitucionalismo social) no modelo da Constituição de Weimar de 1919, que influenciou profundamente a Constituição brasileira de 1934.

Para a doutrina, apesar das crises política e econômica do período, a constituição de Weimar promoveu um debate relevante até os dias de hoje sobre o Direito com autores como Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt, Gerhard Anschütz, Rudolf Smend, Hermann Heller, Erich Kaufmann, Hugo Preuss, Heinrich Triepel<sup>167</sup>:

Os juristas de Weimar, cada um à sua maneira, buscaram entender a política como ela realmente se manifesta (*Realpolitik*) e assim pode ser apreendida teoricamente. Hans Kelsen e Carl Schmitt foram, inegavelmente, dois representantes máximos dessa teorização do político, mas foi pela obra de Max Weber que o período weimariano ofereceu ao mundo uma das mais importantes contribuições da teoria política moderna. [...]

A revista *The Economist* noticiou o fato e, ressaltando a importância desse centenário, destacou que o pensamento político-liberal de Weber, que pautou os debates germânicos sobre democracia e constitucionalismo em Weimar, hoje oferece lições extremamente relevantes para o cenário político das democracias contemporâneas, tão conturbado e crítico quanto foi a experiência política de Weimar. A importância atual da reflexão sobre a experiência de Weimar decorre, sobretudo, do fato de que muitas democracias contemporâneas encaram hoje desafios muito semelhantes àqueles enfrentados pela República de Weimar. Cem anos depois, Weimar permanece como um paradigma importante para o estudo do direito e da política no sentido de uma compreensão mais profunda sobre os riscos e potencialidades de uma democracia.

Sobre esse embate doutrinário entre Hermann Heller, Hans Kelsen e Carl Schmitt<sup>168</sup>:

Os diversos sinais de que se estava presenciando na Alemanha a ascensão de uma ditadura são claros. O sentido da política se esvaiu, primeiramente porque

<sup>167</sup> VALE, André Rufino do. Centenário de Weimar é oportunidade de reflexão sobre constitucionalismo. **Consultor Jurídico (Conjur)**. 02 de fevereiro de 2019.

<sup>168</sup> BENVINDO, Juliano Zaiden. A Integração e o Constitucionalismo Autoritário: a Experiência Alemã. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, n.50, 2009, p. 70.

a participação popular foi transformada em obediência, fomentada por um anseio popular por um homem forte capaz de reerguer a Alemanha e seu orgulho diante da crise social instaurada e, em segundo lugar, porquanto a violência foi banalizada e utilizada como mecanismo de dominação. Em síntese, todos os elementos para a construção de uma prevalência do geral sobre o particular encontravam-se em firme processo de consolidação. Como antes constatado, a própria Constituição de Weimar, não obstante tenha sido expressão de um período democrático na Alemanha, possibilitou, de certo modo, esse processo. A questão, contudo, que ainda permanece aberta é saber como a doutrina jurídica se apoderou desse discurso. Malgrado haja várias facetas teóricas e mesmo antíteses evidentes entre os autores, o fato é que houve, em alguns deles, manifestações claras de sustentação dessa ideologia, mesmo que indiretamente. Não significa isso que tenha havido, obviamente, uma conexão estreita do pensamento constitucional com as práticas que foram se consubstanciando em práticas autoritárias. Mas a realidade mostra, ao se rever o passado com os olhos do presente, que tanto as práticas como a teoria revelam muito de um período e de uma ideologia que se reverberou em concreto.

Após esse passado longínquo, todavia, deve-se destacar um instituto alemão recentemente incorporado na jurisdição constitucional brasileira, que assim como a repercussão geral do direito yankee, apresenta-se simbólico no avanço da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Trata-se do efeito vinculante.

O chamado efeito vinculante (*Bindungswirkung*) é um instituto herdado do direito alemão que tem por objetivo outorgar maior eficácia as decisões proferidas pelos Tribunais Constitucionais. Um instituto incorporado oficialmente no direito brasileiro por meio da emenda constitucional nº 3 de 1993, inicialmente apenas na ação declaratória de constitucionalidade e, somente após 2004, para a ação direta de inconstitucionalidade.

Trata-se de um mecanismo que visa ampliar os limites objetivos e subjetivos da coisa julgada, determinando que casos e normas de teor idêntico que não foram objeto da decisão judicial posta também recebessem os efeitos do julgado por força da eficácia geral. Ora, as decisões teriam força de lei, apesar de não ter as qualidades de lei, realizando uma verdadeira interpretação autêntica das normas.

Uma inspiração importante do modelo alemão para o Brasil<sup>169</sup>. Trata-se de instrumento que confere maior eficácia as normas jurídicas<sup>170</sup>:

<sup>169</sup> Constituição Federal de 1988. Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

<sup>170</sup>“Vincular, portanto, é operacionalizar o direito através da realização no plano dos fatos, da obrigação assumida ou imposta diante dos textos legais e por força das decisões judiciais. Portanto, ao nosso ver, a natureza do efeito vinculante é de instrumento de eficácia das normas jurídicas. A vigência de um precedente judicial constitui a aplicação do direito ligada diretamente ao fato que lhe deu causa”. DIAS, João Luís Fischer. **O efeito vinculante**. São Paulo: IOB Thomson, 2004. P.23.

Como se vê, o efeito vinculante pretendeu-se conferir eficácia adicional a decisão do STF, outorgando-lhe amplitude transcendente ao caso concreto. Os órgãos estatais abrangidos pelo efeito vinculante devem observar, pois, não apenas o conteúdo da parte dispositiva da decisão, mas a norma abstrata que dela se extrai, isto é, que determinado tipo de situação, conduta ou regulação – e não apenas aquela objeto do pronunciamento jurisdicional – e constitucional ou inconstitucional e deve, por isso, ser preservado ou eliminado.<sup>171</sup>

O instituto, pois, procura atribuir compatibilização vertical das decisões de instâncias inferiores em relação aos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal. De certa forma, portanto, visa o efeito vinculante combater as divergências jurisprudenciais decorrentes do controle difuso de constitucionalidade e a ausência de articulação dos dois sistemas de controle difuso e concentrado. Uma forma de adaptação relevante que se tem nesse modelo híbrido brasileiro.

Interessante que a força vinculante das decisões constitucionais – especificamente das decisões do Supremo Tribunal Federal – está diretamente associada aos princípios da força normativa e da supremacia da constituição. Trata-se de um mecanismo que faz uma vinculação direta do Judiciário e da Administração pública à Constituição, mas que nega vinculação do Poder Legislativo<sup>172</sup>, apesar de discordância de alguns<sup>173</sup>. J. J. Gomes Canotilho afirma<sup>174</sup>:

A declaração da inconstitucionalidade com força obrigatória geral significa a vinculação do próprio legislador decisório: ele não pode reeditar normas julgadas inconstitucionais. Também lhe é vedado vir neutralizar ou contrariar a declaração de inconstitucionalidade (ou de ilegalidade) através da convalidação retroativa, por ato legislativo, de ações administrativas praticados com base numa norma declarada inconstitucional sem restrição de efeitos. O legislador não pode constitucionalizar através de lei o que é inconstitucional e como tal for declarado pelo STF ou a existência de um limite negativo geral vinculativo do legislador: proibição de reprodução, através de lei, da norma declarada inconstitucional. Este limite negativo resulta do princípio da constitucionalidade e, como tal, é um limite jurídico-constitucional e não um limite político-constitucional. Neste sentido se diz que a relação bilateral Constituição-lei se transforma numa relação trilateral – Constituição-lei-sentença em que o parametro positivo da Constituição é mediado pela declaração judicial da inconstitucionalidade. A proibição

<sup>171</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 1403.

<sup>172</sup> DIAS, João Luís Fischer. **O efeito vinculante**. São Paulo: IOB Thomson, 2004. P.183.

<sup>173</sup> “Ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei, com efeitos prospectivos, o Supremo Tribunal Federal não priva o Congresso Nacional de corrigir o defeito, ou mesmo de insistir pela perpetração do erro legislativo através de uma segunda lei. No caso de interpretação de dispositivos da própria Constituição a Casa legislativa fica impedida de legislar acerca do tema, já que o julgado constitucional somente poderá ser reaberto através de uma emenda à Constituição”. APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada**. Curitiba: Juruá, 2008. P. 86.

<sup>174</sup> CANOTILHO, J J Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Almedina: Coimbra. 2003. P. 1010-1011.

abrange os casos de recuperação do conteúdo da lei declarada ilegal embora com nova formulação.

O efeito vinculante, pois, é instituto próprio do *civil law* que foi desenvolvido no direito alemão e incorporado ao direito brasileiro com certas adaptações tais quais as chamadas *sumulas vinculantes*, para incorporação mais eficiente da ampliação da coisa julgada dos julgados.

Nesse sentido, desde já, é importante pontuar que o efeito vinculante não decorre do chamado *common law*, não sugere uma migração do Brasil para este sistema em que a criação normativa decorre das decisões dos juízes, em que a regra do direito é extraída da solução dada ao caso (*holding* ou *ratio decidendi*)<sup>175</sup> e dos fundamentos destas decisões (*rationale*).

Trata-se o efeito vinculante, portanto, de um instituto germânico, ainda que se possa fazer um paralelo com o instituto do chamado *stare decisis* do *common law*, consistente no precedente firmado por um tribunal que deve ser seguido pelos demais órgãos judiciais inferiores e que não alcança o Poder Executivo<sup>176</sup>.

O efeito vinculante, pois, determina que a decisão proferida tem força não apenas quanto a seu dispositivo, mas também em seus fundamentos. Fala-se em efeito vinculante dos fundamentos e não somente da parte dispositiva da decisão, os chamados fundamentos ou motivos determinantes (*tragende gründe*). Razão porque relações jurídicas aparentemente opostas àquelas julgadas podem sofrer influência desta decisão.

Uma vinculação que existe sujeita à cláusula do *rebus sic stantibus*, enquanto por ventura não houver uma mudança normativa sobre o tema objeto das decisões, conforme explica o Ministro Teori Albino Zavascki<sup>177</sup>:

A sentença tem eficácia enquanto se mantiverem inalterados o direito e o suporte fático sobre os quais estabeleceu o juízo de certeza. Se ela afirmou que uma relação jurídica existe ou que tem certo conteúdo, e porque supôs a existência de determinado comando normativo (norma jurídica) e de determinada situação de fato (suporte fático de incidência) [...] a mudança de qualquer desses elementos compromete o silogismo original da sentença,

<sup>175</sup> “Diferentemente da prática adotada em outros países, o Poder Legislativo não está obrigado, segundo o ordenamento brasileiro, a observar a *ratio decidendi* que fundamenta as decisões proferidas em sede de controle principal de constitucionalidade. [...] É lícito, portanto, ao Legislativo, ignorar as interpretações e os fundamentos deduzidos pelo Supremo Tribunal Federal em controle abstrato de constitucionalidade e reiterar preceitos normativos materialmente semelhantes a outros declarados inconstitucionais”. LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006. P. 159-160.

<sup>176</sup> APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada**. Curitiba: Juruá, 2008. P. 60-61.

<sup>177</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. P. 106.

porque estará alterado o silogismo do fenômeno de incidência por ela apreciado: a relação jurídica que antes existia deixou de existir, e vice-versa. Daí afirmar-se que a força do comando sentencial tem uma condição implícita, a de *clausula rebus sic stantibus*, a significar que a relação que ela atua enquanto se mantiverem integras as situações de fato e de direito existentes quando da prolação da sentença.

A súmula vinculante, por sua vez, pode ser definida como um instrumento sintetizador de um entendimento vinculante dos tribunais superiores. Ou seja, a súmula vinculante pode ser conceituada como um comando que sintetiza o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre determinada matéria, afastando discussões marginais ou periféricas; algo que na *common law* poderia ser identificado como afastamento de pontos em *obter dictum*<sup>178</sup>:

Constitui *obter dictum* qualquer manifestação do Tribunal não necessária a solução do caso concreto, a exemplo de considerações marginais efetuadas pela corte, argumentos lançados por um dos membros do colegiado e não acolhidos ou apreciados pelo órgão, dissensos constantes de votos divergentes. Tais manifestações não tem força obrigatória sobre o deslinde de casos futuros justamente porque a ideia do *judge made law* se centra na extração indutiva da norma a partir do caso concreto, e, se determinadas considerações constantes de uma decisão não eram necessárias a sua solução, as mesmas derivam de formulações hipotéticas, cujas especificidades, no plano abstrato, o Judiciário não teria como ponderar, não lhe competindo tal atribuição, por lhe caber, apenas, decidir lides. O *obter dictum* terá, em regra, eficácia persuasiva, na medida da força de seus fundamentos. Seu peso possuirá, todavia, um aspecto argumentativo.

Enfim, dentro do paralelismo do controle de constitucionalidade no Brasil, não há como deixar de citar o marco da Constituição Social de Weimar e influências mais recentes no modelo tupiniquim.

#### 3.4.2. O viés autoritário do controle abstrato no Brasil

Como visto, a jurisdição constitucional brasileira se vale da influência alemã e norte-americana. Para além, contudo, das vantagens e entusiasmo de alguns de apontar a possibilidade do Brasil se valer cumulativamente de experiências positivas alienígenas, cabe reconhecer críticas aos dois modelos, como o suposto viés autoritário do modelo alemão, a seguir tratado, ou o suposto decisionismo do modelo norte-americano a ser tratado na sequência.

---

<sup>178</sup> MELLO, Patricia Perrone Campos. **Precedentes**: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P. 125-126.

Ora, a constituinte alemã de Weimar acima citada apresenta um claro viés autoritário<sup>179</sup>, que foi construído pelo pensamento de autores como Rudolf Smend e Carl Schmitt:

Se a questão do pluralismo ficou perdida na ênfase integracionista de Rudolf Smend, em Carl Schmitt, é exatamente o pluralismo dos partidos e das associações o grande responsável pela destruição do Estado. É necessário, portanto, alcançar uma unidade, que se revelará por intermédio de uma ditadura do Führer, o defensor da Constituição. Schmitt, em sua obra *A Defesa da Constituição*, explicita bem esse posicionamento, ao criticar o pluralismo parlamentarista como desagregador do Estado e centralizar no Führer a capacidade de promover a defesa da Constituição.<sup>180</sup>

Eis a defesa específica de Carl Schmitt por um controle de constitucionalidade centrado no poder executivo e não em um tribunal constitucional como defendido por Hans Kelsen no livro *Wer soll der Hüter der Verfassung sein? (Quem deve ser o Defensor da Constituição?)*.

Sandro Marcelo Kozikoski bem explica:

Ora, se não é concebível que os órgãos e tribunais inferiores possam julgar em desconformidade com o julgamento do Supremo Tribunal Federal proferido em sede de controle concentrado, não há razão plausível para conclusão diversa no tocante a técnica de julgamento por amostragem emanada da configuração da repercussão geral da questão constitucional cuja transcendência do tema constitucional foi tomada explícita, com o reconhecimento de sua projeção para outros casos semelhantes. Recorde-se ainda que os Tribunais locais, ao insistirem na tese superada pelo STF, poderão estar distanciados do universo cognitivo da Corte Suprema, onde, presumivelmente, o debate foi guiado a partir da manifestação dos grupos de interesses diversos, com a escolha dos melhores argumentos revelados.<sup>181</sup>

Em verdade é nítido que ocorreram diversas alterações legislativas nos últimos anos atreladas ao controle concentrado que caminharam para um modelo mais autoritário no trato do controle no Brasil. Eis a listagem de Benvindo<sup>182</sup>:

Verificou-se que, seja por via das modificações legislativas, seja por intermédio de alterações jurisprudenciais, o STF tem ampliado seu campo de atuação. São vários os exemplos: 1) a criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) pela Emenda Constitucional no 3/93, com sérias consequências no âmbito do controle de constitucionalidade; 2) o surgimento

<sup>179</sup> “A República de Weimar já preparava, nas palavras de muitos de seus constitucionalistas, um autoritarismo que se estruturaria, anos mais tarde, em práticas concretas pelo nazismo. O relato é de Hannah Arendt”. BENVINDO, Juliano Zaiden. *A Integração e o Constitucionalismo Autoritário: a Experiência Alemã*. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, n.50, 2009, p.67.

<sup>180</sup> BENVINDO, Juliano Zaiden. *A Integração e o Constitucionalismo Autoritário: a Experiência Alemã*. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, n.50, 2009, p.74.

<sup>181</sup> KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Repercussão geral e efeito vinculante: neoconstitucionalismo, *amicus curiae* e a pluralização do debate**. 2010. 427 f. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010. P. 264-265.

<sup>182</sup> BENVINDO, Juliano Zaiden. A . A “última palavra”, o poder e a história – o Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, ano 51, n. 201, jan./mar. 2014, 84-85.

da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), juntamente com a possibilidade de suspensão liminar de julgamentos que estejam ocorrendo em instâncias inferiores, caso apresentem matéria relacionada com o mérito da ADPF, assim como a modulação de efeitos (Leis nos 9.882/99 e 9.868/99); 3) a Emenda Constitucional no 45/2004, que introduziu a súmula vinculante e o instituto da repercussão geral; 4) julgamentos em que o STF buscou, em algum momento, expandir os efeitos abstratos ao controle difuso, como o HC no 82.959/ SP (BRASIL, 2006), referente aos crimes hediondos, os Mandados de Injunção nos 670/ES (BRASIL, 2008a), 708/DF (BRASIL, 2008b) e 712/PA (BRASIL, 2008c), referentes ao direito de greve do servidor público, e a Reclamação no 4.335-5/AC11, que trouxe à discussão o conceito de “mutação constitucional” a ponto de se buscar tornar letra morta o art. 52, X, da Constituição Federal (que trata da suspensão de efeitos de lei julgada inconstitucional pelo STF em controle difuso, tida agora por parcela de seus Ministros como um recurso ultrapassado); entre outros. Desse modo, por um lado, houve um claro movimento legislativo, que foi ampliando sobremaneira os espaços de atuação do STF, e, por outro, o próprio STF, nesse caminhar, utilizou-se desse impulso para reconstruir parte de sua jurisprudência de modo a se tornar ainda mais presente no exercício da jurisdição constitucional.

Essa ideia de autoritarismo, todavia, ou ditadura jurisdicional ou supromocracia como alguns citam, não é nova. O ponto de partida consistiria na Constituição de 1946, com a emenda 16/1965, em que passou a ser possível o Procurador-Geral da República representar abstratamente ao Supremo Tribunal Federal pela inconstitucionalidade de lei federal ou estadual.

Ou seja, a própria incorporação no Brasil do controle concentrado de constitucionalidade denota um claro objetivo autoritário, uma teleogia intervencionista.

Na verdade, a preocupação dos militares era “justamente de estabelecer um mecanismo rápido e eficaz para evitar que juízes e tribunais, com pensamento democrático, mediante decisões de controle difuso de constitucionalidade obstaculizassem ações do *establishment*.”<sup>183</sup>.

### 3.4.3. O problema do decisionismo do controle difuso no Brasil

Assim como, dentro do modelo brasileiro, atribui-se ao controle concentrado um viés autoritário, também é possível identificar vozes entorno de um problema de decisionismo no controle difuso de constitucionalidade.

A possibilidade de qualquer juiz ou corte no caso concreto reconhecer a inconstitucionalidade contribuiria para a pulverização de decisões sem comunicação ou

---

<sup>183</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P. 354.

coerência dentro de todo sistema; e também o problema de uso de argumentos ou linhas decisórias em alguns casos arbitrárias. Ai porque se falar de decisionismo.

Como visto acima nessa tese, no item 2.3.2., poderia-se combater esse problema pela chamada “questão de inconstitucionalidade” (richterklage); contudo, como visto, trata-se de um instituto não recepcionado no Brasil.

No Brasil, autores como Lenio Streck<sup>184</sup> e Nelson Nery Junior<sup>185</sup> apontam para esse problema de decisionismo na interpretação constitucional, e até mesmo apontam como produto do suposto movimento neoconstitucionalista.

O neoconstitucionalismo, que é um conceito não totalmente pacífico na doutrina atrelado ao pós-positivismo, fez com que o juiz se tornasse um protagonista na efetivação das normas constitucionais. Todavia, a perigosa aproximação do direito e da moral – como tratado no capítulo um – fez com que o decisionismo acabasse permeando em alguns casos o controle difuso de constitucionalidade. Para os defensores, contudo, é positivismo pensar em como se afasta o tecnicismo em prol de direitos fundamentais<sup>186</sup>.

O fato é, no entanto, que a aplicação autônoma de princípios constitucionais e de outros princípios duvidosos tem alimentado a ideia de decisionismo ou de alto subjetivismo no trato das decisões judiciais. Nesse sentido<sup>187</sup>:

Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, através deles, buscarem a justiça – ou o que entendem por justiça –, passaram a negligenciar do seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta “euforia” com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com os seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras “varinhas de condão”: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser.

O decisionismo também é identificado por alguns como o excesso ou uso abusivo da discricionariedade judicial<sup>188</sup>:

<sup>184</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto? Decido conforme minha consciência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

<sup>185</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Anotações sobre mutação constitucional – alteração da constituição sem modificação do texto, decisionismo e Verfassungsstaat**. In: Direitos fundamentais e estado constitucional. Ingo Wolfgang Sarlet e George Salomão Leite (org.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

<sup>186</sup> CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

<sup>187</sup> SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza (org.); SARMENTO, Daniel (org.). **A constitucionalização do Direito**. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007. P. 144.

<sup>188</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional**. Editora: Saraiva, 2007. P. 289.

O uso abusivo da discricionariedade judicial na solução de casos difíceis pode ser extremamente problemático para a tutela de valores como segurança e justiça, além de poder comprometer a legitimidade democrática da função judicial. Princípios como dignidade da pessoa humana, razoabilidade e solidariedade não são cheques em branco para o exercício de escolhas pessoais e idiossincráticas. Os parâmetros da atuação judicial, mesmo quando colhidos fora do sistema estritamente normativo, devem corresponder ao sentimento social e estar sujeitos a um controle intersubjetivo de racionalidade e legitimidade.

Nesse mesmo sentido<sup>189</sup>:

Combater a discricionariedade, o ativismo, o positivismo fático etc. – que, como se sabe, são algumas das várias faces do subjetivismo – quer dizer compromisso com a Constituição e com a legislação democraticamente construída, no interior da qual há uma discussão, no plano da esfera pública, das questões ético-morais da sociedade.

Enfim, dentro de uma proposta neoconstitucionalidade. o modelo difuso de constitucionalidade vem permitindo o avanço do decisionismo nos tribunais inferiores e juízes singulares.

#### 3.4.4. Declaração de inconstitucionalidade com ou sem redução de texto

Dentro do modelo brasileiro de controle de constitucionalidade, que conjuga influência alemã e norte-americana, certamente o instituto que vem sendo usado de forma mais extensa pelo Judiciário é dicotomia ou variação da declaração de inconstitucionalidade com e sem redução de texto. Ponto muito significativo nessa tese, para se ilustrar o concretismo e pragmatismo da jurisdição constitucional brasileira atual.

Ora, para que seja mantida a ordem constitucional e a segurança jurídica, o Judiciário chega em duas situações distintas. No primeiro caso, o texto é declarado como constitucional, compatível com a Constituição Federal, podendo ter sua vigência e efeitos colocados em prática sem que haja restrições. Contudo, na segunda hipótese, a norma é declarada inconstitucional, indo contra o texto constitucional e, nesses casos, tem-se como regra geral a anulação da mesma.

Porém, o Supremo Tribunal Federal, a quem é confiada a guarda da Constituição, vem adotando outras técnicas alternativas para que a declaração de nulidade não seja total, como por exemplo, a nulidade parcial, nulidade parcial sem redução ou a interpretação constitucional.

Como é possível verificar no artigo 28 da Lei n. 9.868/99:

---

<sup>189</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto?** Decido conforme minha consciência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. P. 110.

Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Dentre as técnicas acima mencionadas e dispostas no artigo, devemos destacar a forma de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto normativo (*Teilnichtigklärung ohne Normtextreduzierung*). Tal técnica de declaração surgiu na Alemanha e chegou ao Brasil por volta de 1966, ainda possuindo outra nomenclatura, passando apenas a ser positivada como conhecemos atualmente com o advento da Lei n. 9.868/99.

Essa forma de declaração de inconstitucionalidade se baseia no princípio da parcelaridade da norma, que se aplica no controle concentrado, o qual tem como pressuposto a ideia de reconhecimento de inconstitucionalidade de apenas uma parte, palavras ou frase que esteja confrontando a norma constitucional, não sendo necessária a nulidade total do texto apresentado.

Pressuposto teórico de declaração de nulidade parcial sem redução de texto, o princípio informa a possibilidade de reconhecimento da inconstitucional de apenas parte da norma incompatível com a Constituição, preservando-se as demais que sejam com ela consonantes<sup>190</sup>.

Vale destacar que, a técnica de inconstitucionalidade parcial da norma sem redução do texto é considerada apenas em situações que não acarretará prejuízo ao restante do texto, sendo necessário que seu sentido total seja mantido, independentemente da parte anulada. Eis o pensamento de Kelsen, o qual afirma que:

Cumprir notar enfim que a anulação não deve se aplicar necessariamente à lei inteira ou ao regulamento inteiro, mas também pode se limitar a algumas das suas disposições, supondo-se naturalmente que as outras permanecerão apenas de tudo aplicáveis ou ainda não tenham seu sentido modificado de modo inesperado. Caberá ao tribunal constitucional apreciar livremente se quer anular a lei ou o regulamento inteiro, ou simplesmente algumas das suas disposições<sup>191</sup>.

Seguindo o mesmo entendimento, temos a menção do Supremo Tribunal Federal:

<sup>190</sup> SILVA, Mariana Faraco Siqueira; **A declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto como técnica decisória autônoma da justiça constitucional brasileira**; Mestrado em Direito: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC; São Paulo, 2010. p. 93.

<sup>191</sup> KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. P. 173.

## O STF como legislador negativo:

A ação direta de inconstitucionalidade não pode ser utilizada como o objeto de transformar o Supremo Tribunal Federal, indevidamente, em legislador positivo, eis que o poder de inovar o sistema normativo, em caráter inaugural, constitui função típica da instituição parlamentar. Não se releva lícito pretender, em sede Federal, a partir da supressão seletiva de fragmentos do discurso normativo inscrito no ato estatal impugnado, proceda a virtual criação de outra regra legal, substancialmente divorciada do conteúdo material que lhe deu próprio legislador.

Ação direta de inconstitucionalidade e impossibilidade jurídica do pedido: não se declara a inconstitucionalidade parcial quando haja inversão clara do sentido da lei, dando que não é permitido ao Poder Judiciário agir como legislador positivo (...). (DJU 27.04.2001, SEÇÃO 1, p. 57)

Desse modo, para que a declaração parcial sem redução do texto seja aplicada, é necessário que o legislador, no momento que opta pela nulidade parcial sem redução do texto, siga alguns limites, estabelecidos no âmbito do controle de constitucionalidade, relacionados a própria interpretação do texto normativo, quanto a sua escrita.

Alguns aspectos que devem ser seguidos são<sup>192</sup>:

- I- As hipóteses de inconstitucionalidade parcial, caracterizada pelo comprometimento parcial da norma, em razão da sua incompatibilidade vertical;
- II- As hipóteses em que seja cabível a pronúncia de nulidade da parcela normativa tida por inconstitucional, com a sua consequente invalidação e ineficácia;
- III- As hipóteses de indivisibilidade do texto normativo.

Assim, é necessário que o método de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto não infrinja tais limites, não podendo, portanto, criar norma jurídica diversa da instituída pelo Poder Legislativo, já que não é essa a função do intérprete. Ponto importante a ser vislumbrado para que não ocorra uma insegurança jurídica a respeito do critério de inconstitucionalidade da norma e, conseqüentemente, sejam mantidas a estabilidade e a linearidade das decisões.

Em se tratando dos efeitos que a técnica estabelece, o início ocorre a partir do momento da própria decisão promulgada de ação de inconstitucionalidade parcial da norma sem redução do texto, sendo feita, posteriormente, sua manutenção e passando a gerar os efeitos agora válidos constitucionalmente.

Diante o exposto sobre conceito, histórico, aplicação e efeitos da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto normativo, é necessário compreender a distinção das técnicas de inconstitucionalidade existente.

---

<sup>192</sup> SILVA, Mariana Faraco Siqueira; **A declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto como técnica decisória autônoma da justiça constitucional brasileira**; Mestrado em Direito: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC; São Paulo, 2010. p. 98.

Como já exposto, a Constituição Federal de 1988 serve como instrumento de validade das demais normas infraconstitucionais, as quais devem estar em conformidade e não podem ir de encontro com a Constituição, sob pena de invalidade da norma.

Assim, a Constituição Federal está acima de todo o ordenamento jurídico brasileiro, de forma que para que haja alguma alteração se faz necessário um processo especial e qualificado, visto que a Constituição é classificada como rígida. É nesse sentido que atua a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, tratando-se de um dispositivo de modificação que invalida parte de uma norma constitucional sem que seja necessária alteração formal.

Entretanto, não se pode confundir a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto com outras formas de adulteração do texto constitucional, havendo poucas, porém notáveis, diferenças entre si.

A mutação constitucional<sup>193</sup> é outra forma de alteração no sentido interpretativo de algum dispositivo da Constituição, sem ensejar na mudança de seu texto formal. Porém, ela se difere da declaração de inconstitucionalidade parcial justamente por não trabalhar com a inconstitucionalidade em si, apenas atribuir outra interpretação da norma, sendo que a mesma continua a ter validade no ordenamento jurídico.

Da mesma forma, não pode ser confundido com a declaração parcial de inconstitucionalidade *com* redução de texto. Como o próprio nome sugere, a declaração com redução de texto resulta em uma supressão de palavras e/ou frases da norma constitucional, de forma que a extinção de alguns termos escritos não altera a aplicação da lei, mesmo havendo lacunas no texto legal.

Nesse caso, a divisibilidade de norma é um pressuposto para a aplicação de tal método, pois, caso contrário, o sentido da norma ficaria prejudicado com a retirada de partes do texto necessárias para seu entendimento. Assim, a utilização da técnica com redução de texto mostra-se cabível quando há uma expressão linguística na lei que seja autônoma, podendo ser palavras ou fragmentos de frase, de forma que a declaração de nulidade de tais termos desencadeará a eliminação do texto correspondente.

Um exemplo prático de declaração parcial de inconstitucionalidade com redução de texto é o ocorrido no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1.127-8. No caso em questão, a Lei nº 8.906/94, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia

---

<sup>193</sup> “Mutações ou transições constitucionais são um processo que pode conviver com os mecanismos formais (emenda e revisão). Pela mutação constitucional, altera-se o sentido da norma constitucional, sem, contudo, mudar o texto.” FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 6. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), em seu artigo 7º, § 2º dispunha em sua antiga redação:

O advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação ou desacato puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer.

Após o julgamento da ADI a expressão “ou desacato” foi eliminada da referida lei, de modo que apenas tal termo teve sua eficácia suspensa e sua escrita suprimida do § 2º, evidenciando o caso de uma declaração parcial de inconstitucionalidade com redução de texto.

Também, a inconstitucionalidade pode ser declarada pela técnica sem pronúncia de nulidade, na qual a incompatibilidade reconhecida pelo STF não desencadeia a sua invalidade e retirada do ordenamento jurídico.

A semelhança entre a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto e a declaração sem pronúncia de nulidade é justamente a de não haver a supressão do texto legal. Porém, esta pode ser aplicada quando há incompatibilidade total *ou* parcial, ao passo em que aquela apenas pode ser usada nos casos de incompatibilidade parcial, sendo este um de seus pressupostos.

Quando uma lei é declarada inconstitucional, a regra é de que a mesma seja extinta do ordenamento jurídico por ir contra a Constituição Federal. Porém, há casos em que a retirada de uma norma deixaria uma lacuna no sistema, de modo que a inconstitucionalidade com pronúncia de nulidade seria mais gravosa à realidade fática do que manter uma lei inválida na legislação.

Ou seja, nesse caso, nessa hipótese, o STF reconhece que o normativo é inconstitucional, mas a mantém no ordenamento jurídico até que nova lei seja editada em sua substituição. Isto é, a eficácia da lei fica suspensa até que o legislador manifeste-se sobre a situação inconstitucional.

Dessa forma, a norma permanece produzindo efeitos até que nova lei seja editada e a substitua, fazendo com que a lei inconstitucional seja efetivamente retirada do ordenamento, como deve ser em regra.

De maneira prática, o STF declarou a inconstitucionalidade da lei 7.619/00 a qual originava, no estado da Bahia, o município de Luís Eduardo Magalhães. Entretanto, mesmo indo contra o artigo 18, parágrafo 4º da Lei Maior, a cidade foi criada e adotou autonomia como ente federativo, possuindo existência de fato de modo que sua inconstitucionalidade acarretaria em grandes consequências. Conforme o próprio

ministro, o princípio da segurança jurídica está em consonância com a manutenção do município.

Gilmar Mendes destacou que a ADI de nº 1140 se aplicaria a outros municípios criados também em desconformidade com o mesmo dispositivo constitucional, de modo que a declaração da inconstitucionalidade da lei com pronúncia de nulidade geraria graves consequências jurídicas e inviabilizaria a criação de outros municípios.

A solução apresentada por Mendes foi a utilização do artigo 27 da Lei 9.868/99, a qual regulamenta:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Para o Ministro, é inevitável afastar a incidência do princípio da nulidade em algumas situações sem abdicar da doutrina tradicional da nulidade da lei inconstitucional, com base no princípio da segurança jurídica. Assim, para Mendes, o princípio da nulidade deve permanecer como regra nos julgamentos de ADI, porém seu afastamento está condicionado à ponderação concreta, com base na ideia de segurança jurídica ou de outro valor constitucional relevante, os quais devem ser comprovados para que a técnica seja utilizada.

Diante disso, Gilmar Mendes manifestou seu voto aplicando o artigo supracitado, declarando a inconstitucionalidade da Lei 9.868/99 sem pronúncia de nulidade, preservando sua vigência pelos 24 meses subsequentes, período este que deve ser usado pelo legislador estadual para que reaprecie o assunto.

Além de todas as técnicas supracitadas, talvez a mais peculiar dentre ela seja a declaração da constitucionalidade de norma em trânsito para a inconstitucionalidade. A mesma ainda pode ser chamada de Lei “ainda constitucional” ou “inconstitucionalidade progressiva”.

A técnica é usada pelo Supremo Tribunal Federal para corrigir normas que estão entre a constitucionalidade plena e a inconstitucionalidade absoluta. De maneira prática, *a priori* a norma é considerada constitucional, estando de acordo com a Constituição, entretanto, pode vir a ser inconstitucional de acordo com o contexto jurídico e o caso concreto em que está inserido.

Dessa forma, pode-se considerar que uma norma seja constitucional e inconstitucional ao mesmo tempo, sendo que a aplicação de tal técnica implique na pronúncia da constitucionalidade da lei, em que a Suprema Corte deixa de declarar sua inconstitucionalidade de acordo com a situação.

O caso mais didático que exemplifica a aplicação desse mecanismo é da decisão do STF quanto ao artigo 1º, parágrafo 5º da Lei nº 1.060/50, acrescentada pela Lei nº 7.871/89, o qual confere prazo em dobro às defensorias públicas interpor recurso em processos criminais, mesmo que ao Ministério Público não seja concedido tal benefício.

Em regra, o dispositivo poderia ser declarado inconstitucional frente ao princípio da isonomia e do devido processo legal. Entretanto, em julgamento ao Habeas Corpus 70.514/SP, a decisão foi por manter a constitucionalidade da regra enquanto a Defensoria Pública não estiver estruturada e organizada no mesmo patamar que o Ministério Público, a fim de estabelecer uma situação isonômica entre ambos os órgãos. Conforme decisão do Supremo em Habeas Corpus:

Direito Constitucional e Processual Penal. Defensores Públicos: prazo em dobro para interposição de recursos (§ 5 do art. 1 da Lei n 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei n 7.871, de 08.11.1989). Constitucionalidade. "Habeas Corpus". Nulidades. Intimação pessoal dos Defensores Públicos e prazo em dobro para interposição de recursos. 1. Não é de ser reconhecida a inconstitucionalidade do § 5 do art. 1 da Lei n 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei n 7.871, de 08.11.1989, no ponto em que confere prazo em dobro, para recurso, às Defensorias Públicas, ao menos até que sua organização, nos Estados, alcance o nível de organização do respectivo Ministério Público, que é a parte adversa, como órgão de acusação, no processo da ação penal pública. (STJ, 1994)

Assim, no momento em que os dois polos alcançarem um nível de igualdade, a lei mencionada tornar-se-á inconstitucional, através da execução da técnica de inconstitucionalidade progressiva.

Dessa forma, percebe-se que a declaração de inconstitucionalidade da norma pode ocorrer de variadas formas, porém, cada qual se aplica de acordo com suas peculiaridades, as quais devem sempre ser respeitadas para que seu cumprimento seja de acordo com o mais benéfico ao caso concreto.

A declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto pelo STF, implica a procedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade conforme art. 28, § único da Lei 9.868/99, gerando, em regra, eficácia *erga omnes* (contra todos) e *ex tunc*, podendo ser fixado, com quórum de 2/3 do tribunal, a modulação temporal para efeitos *ex nunc*. Essa declaração também possui efeito vinculante, tanto ao Poder Judiciário quanto à Administração Pública.

Cabe ressaltar que, para que a tal decisão seja considerada válida, deve-se atender o disposto no artigo 97 da Constituição Federal, o qual estabelece a necessidade da maioria absoluta dos membros do respectivo órgão especial para a declaração de inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo. Bem como, observar a Súmula Vinculante nº10, do STF, que preconiza: “viola a cláusula de reserva de plenário (art.97, CF) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.”.

Pode verificar-se a aplicação prática da decisão de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, na ADI 319, julgada pelo STF, *in verbis*:

Exame das inconstitucionalidades alegadas com relação a cada um dos artigos da mencionada lei. Ofensa ao princípio da irretroatividade com relação à expressão ‘março’ contida no parágrafo 5º do artigo 2º da referida Lei. Interpretação conforme à Constituição aplicada ao ‘caput’ do artigo 2º, ao parágrafo 5º desse mesmo artigo e ao artigo 4º, todos da Lei em causa. Ação que se julga procedente em parte, para declarar a inconstitucionalidade da expressão ‘março’, contida no parágrafo 5º do artigo 2º da lei n. 8039/90, e, parcialmente, ‘caput’ e o parágrafo 2º do artigo 2º, bem como o artigo 4º, os três em todos os sentidos que não aquele segundo o qual de sua aplicação estão ressalvadas as hipótese em que, no caso concreto, ocorra direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada.

É possível compreender que a Corte se limita a apontar a inconstitucionalidade de apenas uma das hipóteses de interpretação no caso concreto, ou seja, há uma censura parcial, de apenas uma das possíveis aplicações que a norma trazia.

Ainda exemplificando, o Recurso Extraordinário 635.659/SP, que tramita no STF, discute a constitucionalidade da criminalização da posse de droga para consumo pessoal (art. 28, Lei 11.343/06). Gilmar defende a declaração de inconstitucionalidade, “sem redução de texto, do art. 28 da Lei 11.343/2006, de forma a afastar do referido dispositivo todo e qualquer efeito de natureza penal”, mas mantidas as medidas de natureza administrativas. (RE 635.659/SP). Em seu voto, defende a inconstitucionalidade da criminalização da posse de drogas, por analisar que o artigo 28 confronta o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, de forma desproporcional.

O Ministro Luiz Edson Fachin, no mesmo sentido, ao proferir voto sobre o recurso em questão, entendeu como correta a declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343, sem a redução de seu texto, no entanto, especificamente para a situação que tiver exclusivamente como objeto material a droga em pauta no caso concreto julgado, a maconha. Mantendo assim, a proibição do uso pessoal de todas as demais drogas ilícitas.

Percebe-se no voto de Fachin, a busca pela inconstitucionalidade unicamente da criminalização por posse de maconha. O texto, portanto, não seria alterado, somente não seria mais aplicada a referida norma para o indivíduo que fosse encontrado exclusivamente com esta droga ilícita, limitando assim o alcance da norma.

Nesse sentido, a decisão de inconstitucionalidade sem redução de texto possui uma dimensão negativa, pois retira um sentido normativo do texto. Sendo este um dos motivos pelo qual não pode ser essa técnica, confundida com a “interpretação conforme à Constituição”, tendo em vista que esta última possui dimensão positiva, no sentido de atribuir um sentido normativo ao texto que vá ao encontro da Constituição<sup>194</sup>. Em consonância, Gilmar Mendes faz importante distinção entre as técnicas:

Ainda que se não possa negar a semelhança dessas categorias e a proximidade do resultado prático de sua utilização, é certo que, enquanto na interpretação conforme à Constituição se tem dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, constata-se, na declaração de nulidade sem redução de texto, a expressão exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas hipóteses de aplicação do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal.<sup>195</sup>

Assim, é errônea a posição do STF quando declara “procedente em parte” uma ADI, com aplicação da técnica da interpretação conforme à Constituição, já que seria suficiente a declaração de improcedência da referida ação constitucional, consequentemente, declarando constitucional o ato normativo questionado<sup>196</sup>.

Em Arguição de Inconstitucionalidade, julgada pelo TRF-4, o impetrante solicitou a inconstitucionalidade do art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91. O acórdão optou pela inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, fundamentando na ementa que “a interpretação conforme a constituição não tem cabimento”:

Art. 18. O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente de trabalho, expressas em benefícios e serviços:

§ 2º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social-RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado. (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997)

<sup>194</sup> LEAL, Mônia Clarissa Henig. **Interpretação conforme a constituição x nulidade parcial sem redução de texto**: semelhanças, diferenças e reflexão sobre sua operacionalização pelo Supremo Tribunal Federal. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. (Org.). *Direitos Sociais & Políticas Públicas*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006, t. 6, p. 1568.

<sup>195</sup> MENDES, Paulo Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 1366.

<sup>196</sup> AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Incidente de Arguição de inconstitucionalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 101-103.

A declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto é utilizada em circunstâncias em que a norma é válida quando aplicada a certas situações, mas inválidas quando aplicadas a outras.

Pode-se ilustrar tal situação na decisão formulada por Órgão Especial, em Arguição de Inconstitucionalidade, onde o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul deliberou a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto:

E M E N T A – ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE -  
MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO – CARREIRA DE  
AGENTE PENITENCIÁRIO – ÁREA DE ASSISTÊNCIA E PERÍCIA -  
ATIVIDADE INTELLECTUAL - LIMITAÇÃO DE ALTURA –  
DESARRAZOABILIDADE –INCONSTITUCIONALIDADE SEM  
REDUÇÃO DE TEXTO – PROCEDÊNCIA. (TJ-MS, 2014)

No caso exemplificado, o tribunal decidiu pela inconstitucionalidade do artigo 10, VII, da Lei Estadual nº 2.518/02, sobre os cargos de Assistência e Perícia, o qual exigia a altura mínima (1,60m) para admissão nas funções. Por unanimidade, os desembargadores julgaram procedente a arguição e declararam inconstitucional parte do inciso VII, sem reduzir seu texto. A nulidade refere-se, exclusivamente, com relação aos cargos supracitados, mantendo constitucional o requisito de altura para cargos da área de segurança e custódia.

Assim, a decisão de inconstitucionalidade sem redução de texto do dispositivo legal busca selecionar os casos em que são possíveis sua devida aplicação e excluindo os declarados inconstitucionais.

Enfim, essa sistemática decisória no controle de constitucionalidade no Brasil, de alternância de inconstitucionalidade com ou sem redução de texto, é importante para atestar como foram conjugadas as influências norte-americanas e alemã. E, ainda, esses casos ilustrados bem demonstram o objeto dessa tese, de avanço do concretismo e do pragmatismo no STF.

#### **IV. CONFRONTANDO A HERMENÊUTICA COM A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

Os capítulos um e dois anteriores ilustram de forma sintética as teorias mais relevantes dentro do referencial da hermenêutica jurídica e do controle de constitucionalidade, assim como ilustram em seus subtópicos finais aspectos peculiares dentro da sistemática brasileira, denotando uma clara influência alemã e norte-americana.

A questão a ser posta na sequência desta tese, todavia, reside em identificar o funcionamento desse hibridismo brasileiro na jurisdição constitucional e quais as soluções e caminhos que vem sendo criados. Oportunidade que se enfrenta a hipótese do avanço do concretismo, pragmatismo e consequencialismo no Brasil ancorado justamente em algumas bases teóricas modernas (e alguns casos polêmicas) da hermenêutica.

Nesse contexto, passa-se a enfrentar inicialmente o problema da racionalidade (perfeita ou imperfeita) na jurisdição constitucional, seguida da análise do concretismo e seus problemas a luz da judicialização da política, finalizando com as temáticas específicas do pragmatismo e do consequencialismo.

Momento em que se procura trilhar os caminhos teóricos antes de confrontar de forma mais empírica junto à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

##### **4.1. A questão da racionalidade limitada frente ao controle abstrato de constitucionalidade**

O ponto de partida para se confrontar a hermenêutica com a jurisdição constitucional, voltando-se para o avanço dos métodos concretistas e pragmático-consequencialistas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, é reconhecer que é demasiado ingênuo ou exagerado pensar que o ser humano, como operador do Direito, tem capacidade de antever todos os contornos e variáveis da aplicação de uma norma, a ponto de a considerar constitucional ou inconstitucional. Reconhecer que o abstratismo no controle de constitucionalidade é antes de tudo ingênuo.

Uma evidente ruptura ou mudança histórica a considerar que a racionalidade sempre foi tida na modernidade como elemento essencial para unificar interesses humanos distintos. Seria a racionalidade a forma de se conferir impessoalidade na interpretação normativa. Todavia, essa racionalidade se mostra como não perfeita<sup>197</sup>.

Ou seja, a racionalidade do interprete da norma é sem dúvida limitada, não sendo possível imaginar que o controle abstrato de constitucionalidade teria a capacidade de se apresentar como adequado para todos os casos, pela simples constatação de que esse controle não tem a capacidade de antever todos os problemas decorrentes da aplicação concreta da norma.

Essa visão racional e abstrata se apresenta como uma visão mecanicista e idealista equivocada<sup>198</sup>:

Pode ser qualificada como “mecanicista” a concepção de que todas as soluções a serem concretamente adotadas já se encontram previstas (ainda que de modo implícito) nas normas gerais, de modo que a atividade de que de modo implícito) nas normas gerais, de modo que a atividade de aplicação do direito não envolveria qualquer inovação por parte do agente investido da competência decisória. Esse é um enfoque idealista. Funda-se na pressuposição de que todas as circunstâncias da realidade estão previamente contidas e exaustivamente disciplinadas nas normas jurídicas abstratas. [...]

A dificuldade é intensificada pela proliferação de normas gerais e abstratas. Verifica-se uma tendência à proliferação de normas superiores dotadas de elevado grau de abstração e generalidade. Se o conjunto das normas de hierarquia mais elevada é caracterizado pela preponderância de soluções abstratas e gerais, amplia-se a quantidade de soluções, que podem até ser contraditórias entre si. Isso tende a tornar imprevisível a decisão concreta que será efetivamente adotada para o caso concreto.

Eis o ponto que se faz efetivamente reconhecer que o controle difuso de constitucionalidade teria uma capacidade de ser mais adequado para atestar a constitucionalidade ou não da norma.

Uma construção, de incapacidade de futurologia do agente do Direito, que muito se parece com a própria desconstrução ou decadência do exegetismo francês, tratado na

<sup>197</sup> “E é justamente essa racionalidade que é afirmada como único elemento unificador da humanidade dividida por seus desejos e valores, motivo pelo qual ela é erigida como critério para transcender os interesses pessoais e servir como base para a organização das sociedades(...) Assim, o discurso filosófico da modernidade, no que toca às questões normativas, está inteiramente voltado à elaboração de discursos fundadores que são construídos a partir do dogma de que tudo o que é racional é válido. [...] Por isso mesmo, considero que esta é a fronteira do pensamento moderno e a melhor linha demarcatória entre a modernidade e a pós-modernidade. E é justamente nessa fronteira que se insere a hermenêutica filosófica que, radicalizando o historicismo, rejeita a possibilidade de fundamentação racional de qualquer ordem de poder.” COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. 2008. Tese (Doutorado em Economia). 421 f. – Curso de Doutorado, Universidade de Brasília, Brasília. P.18.

<sup>198</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Artigo 20 da LINDB — Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito Administrativo - Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro, nov. 2018, p. 16-17.

no capítulo primeiro. Ora, as codificações foram paulatinamente caindo em crescente descrédito justamente pela impossibilidade do Direito prever todas as situações da sociedade.

São vários, nesse sentido, os referenciais teóricos – como será tratado nos próximos subtópicos –, que demonstram que o sujeito não é um agente totalmente racional, como tratado por Habermas, Alexy e Richard Thaler. Referências que poderiam se somar a outros como Klaus Gunther, que defende, na linha dessa racionalidade limitada, que “as regras dedutivas clássicas são ‘cegas’ à avaliação dos casos particulares, a partir dos quais serão tomados os dados que permitirão chegar à conclusão”<sup>199</sup>.

Pode-se citar como referencial teórico da racionalidade também Max Weber que “destaca a necessidade de investigação das formas pelas quais a ação social é racionalizada em cada aspecto da vida dos indivíduos”<sup>200</sup>. Ou seja, do ponto de vista da racionalidade, Weber trata da importância do comportamento individual racional; a previsibilidade social pela expectativa racional dos agentes quanto ao comportamento dos outros agentes, e pela possibilidade de indução de comportamentos sociais sob certos estímulos.

Enfim, o discurso de que a o controle abstrato de constitucionalidade importa em uma análise técnica melhor das normas infraconstitucionais é altamente duvidoso<sup>201</sup>:

A crença de que o STF é a representação da “racionalidade técnica” e, desse modo, tem a capacidade de elaborar decisões diferenciadas em relação àquelas produzidas pelo parlamento, que, como antes examinado, tende a ser desenhado como a casa política dos interesses mais pessoais e mesquinhos. [...] é não se atentar para os inerentes limites dessa pretensa racionalidade. Ao não se fazê-lo, a tão desejada cisão entre “técnica”, “racionalidade”, “método”, de um lado, e política, irracionalidade e caos, do outro, torna-se mera retórica vazia. No final, a atuação da jurisdição constitucional não parece tão diversa daquela própria do parlamento, o que coloca, assim, por terra toda essa aura de algo mais “puro” no âmbito da defesa dos princípios democrático-constitucionais e torna ainda mais complicada a relação entre os Poderes. No intuito de ser direto e sucinto sobre essa questão, o grande problema é que, acompanhando esse desiderato de ampliação de poder – agora sob o viés da persuasão argumentativa, por intermédio de técnicas tidas como “racionais” na resolução de problemas –, o Supremo Tribunal Federal tem ampliado a adoção de uma compreensão de direitos que parece não atentar para as complexidades e limites de sua pretensa racionalidade. Basta destacar que, quando se está ciente desses aspectos, sabe-se, de antemão, que todo estudo sobre

<sup>199</sup> BAHIA, Alexandre. **A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas**. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo A. (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 328.

<sup>200</sup> ESTEVES, Heloísa Borges Bastos. **Economia e Direito: Um Diálogo Possível**. 2010. Tese (Doutorado em Economia). 252 f. – Programa de Pós-Graduação em Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. P. 139.

<sup>201</sup> BENVINDO, Juliano Zaiden. A “última palavra”, o poder e a história – o Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, ano 51, n. 201, jan./mar. 2014, 89.

racionalidade no Direito esbarra, inevitavelmente, em aspectos de matriz filosófica, que desembocam em diferentes possíveis propostas, como a que trata a argumentação jurídica como um caso especial do discurso prático geral.

#### 4.1.1. A racionalidade em Habermas

Sobre a temática da racionalidade em Habermas, imperioso reconhecer que todos os indivíduos são racionais, e são autores do Direito. E, nesse sentido, resta contraditório realizar uma delegação total dessa racionalidade (discursiva, inclusiva e dialógica) para um tribunal constitucional. De modo que incluir todos no debate constitucional significa proteger a democracia<sup>202</sup>.

Eis que, em Habermas ressalta-se que sociedades complexas apresenta um evidente dissenso, com necessidade de se permanecer aberto a esse dissenso como primeiro passo para avanços. Dai a concepção de uma racionalidade que demonstra a importância do pluralismo para a democracia<sup>203</sup>.

E a racionalidade em Habermas conduz para a utilização de critérios pragmáticos<sup>204</sup>:

Habermas defende a ideia de que existem critérios pragmáticos para a fixação da validade objetiva de certas apreciações valorativas, tanto no campo da moral quanto no do direito. Com isso, ele não se opõe às teorias da modernidade, que vinculam validade e razão, mas procura defendê-la com meios adequados aos desenvolvimentos da filosofia da linguagem do século XX.

#### 4.1.2. A deontologia de Alexy

Sobre o trabalho de Alexy, acerca da racionalidade afeta à jurisdição constitucional, vale destacar menção ao princípio da proporcionalidade. Ora, ao focar na proporcionalidade, tem-se uma defesa da proporcionalidade como método de decisão<sup>205</sup>, como se extrai das decisões do Supremo Tribunal Federal.

Ou seja, a luz de Alexy, a decisão em grau de jurisdição constitucional não corresponde a uma técnica decisória clássica de silogismo lógico. Todavia, a racionalidade deve estar presente sobre o cânone da proporcionalidade.

<sup>202</sup> HABERMAS, Jürgen. Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998. P. 154.

<sup>203</sup> BAHIA, Alexandre. **A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas**. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo A. (Coord.). Jurisdição e hermenêutica constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 337.

<sup>204</sup> COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. 2008. Tese (Doutorado em Economia). 421 f. – Curso de Doutorado, Universidade de Brasília, Brasília. P.384.

<sup>205</sup> ALEXY, Robert. Theorie der Grundrechte. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

Para Alexy, é importante não compreender apenas a decisão, mas principalmente a argumentação<sup>206</sup>: diferenciando argumentos corretos de outros, por meio de agentes racionais capazes.

Alexy, justamente, apresenta-se posteriormente e ligado a Habermas<sup>207</sup>:

Então, seguindo a trilha aberta por Habermas, o também alemão Robert Alexy buscou elaborar uma teoria da argumentação jurídica capaz de oferecer critérios para avaliar se um determinado juízo de valor é racionalmente justificável. Tal como Habermas, Alexy abandonou expressamente a tentativa de elaborar uma teoria normativa da interpretação composta por critérios semânticos que possibilitem a identificação de uma resposta jurídica dentro de um sistema predefinido.

#### 4.1.3. Os estudos da economia comportamental em Richard Thaler

O Direito apresenta um referencial teórico essencialmente voltado para uma racionalidade normativa, tanto constitucional como legislativa e infralegal. Contudo, como visto, o ser humano não apresenta um comportamento racional do ponto de vista prático, fazendo com que seja necessário o Direito se valer de estudos comportamentais de outras áreas como da economia, para extrair um significado mais claro da jurisprudência consequencialista que se apresenta nos dias de hoje. Eis a necessidade de se estudar a chamada economia comportamental desenvolvida pelo ganhador do nobel de economia de 2017 Richard Thaler, que rompe o mito da racionalidade clássica da economia ao trazer elementos teóricos da psicologia.

O ponto de partida desses estudos é de se reconhecer que os processos decisórios da economia envolvem elementos psicológicos, que deveriam ser incorporados nos modelos econométricos postos.

Richard Thaler, norte-americano conselheiro do governo britânico, desenvolveu diversos artigos e livros (destaque para *Nudge* e *Misbehaving*) sobre essa influência da psicologia na economia, como uma interação que pode ser utilizada também de forma análoga ao Direito.

<sup>206</sup> ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. **International Journal of Constitutional Law**, v. 3, n.4, p. 579, 2005.

<sup>207</sup> COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. 2008. Tese (Doutorado em Economia). 421 f. – Curso de Doutorado, Universidade de Brasília, Brasília. P.389.

Da mesma forma que na economia a racionalidade não se apresenta perfeita nas decisões dos agentes econômicos, as decisões dentro da jurisdição constitucional também não o são<sup>208</sup>.

Em um artigo publicado em 1985 (*Does the stock market overreact?*, *Journal of Finance*), Richard Thaler demonstra um estudo empírico da bolsa de Nova York de cinco anos, que as pessoas tem uma reação exagerada (ou *overreact*) a notícias mais recentes, seja positivas produzindo um aumento exagerado no preço das ações ou seja negativas com uma redução demasiada nas ações. Preços que sofreriam ajustes mais lentos.

Essa linha de pensamento, todavia, não significaria em demonstrar que as pessoas não são racionais, mas sim de provar que fazer escolhas diferentes daquelas tidas como ótimas (ótimo de pareto e kaldor-hicks<sup>209</sup>) tratadas pela economia. Algo que gera críticas e ceticismo dentro da própria economia que acredita de forma mais profunda nos mercados (*in markets we trust*); para estes, essa suposta irracionalidade comportamental dos indivíduos seria subjulgada pela experiência e competição dos mercados, com seleção de competidores mais racionais.

---

<sup>208</sup> “Mariana Pargendler e Bruno M. Salama apontam que o raciocínio consequencialista muitas vezes se alicerça em bases teóricas da economia comportamental, especificamente no que tange à criação de incentivos ao comportamento dos indivíduos a partir dos precedentes a serem gerados pela decisão, pois a estabilização quanto aos prováveis comportamentos dos indivíduos – oriunda da pacificação quanto a uma determinada matéria – altera os custos relativos a condutas diversas. É este o raciocínio que defende a jurisprudência como influenciadora das “condutas futuras da coletividade” e serve de alicerce para a racionalidade consequencialista na fundamentação das decisões.” GABARDO, Emerson; SOUZA, Pablo Ademir de. O consequencialismo e a LINDB: a cientificidade das previsões quanto às consequências práticas das decisões. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 20, n. 81, p. 97-124, jul/set 2020. P. 105.

<sup>209</sup> “A economia presume que todo indivíduo racional possui preferências em relação a qualquer coisa, chamando, assim, de nível de utilidade; pois a fórmula do bem-estar social é uma medida de agregação dos níveis de utilidade de todos os indivíduos de uma sociedade. Ora, existem fórmulas distintas para se atestar essa eficiência, como a fórmula de Kaldor-Hicks (Nicholas Kaldor e John Hicks) e a fórmula de Pareto (Vilfredo Pareto). A fórmula de Pareto ou eficiência de Pareto (PARETO, 1971) trabalha com o pressuposto que a alocação e realocação de recursos econômicos ou bens só pode ocorrer nas situações em que ocorra uma melhoria de algum dos indivíduos sem piorar a situação individual de outro indivíduo (ainda que permaneça constante). Já a fórmula de Kaldor-Hicks (HICKS, 1939; KALDOR, 1939) aponta, diferentemente de Pareto, que a alocação e realocação de recursos ou bens pode ocorrer a considerar não apenas uma medida individual, mas sim uma medida coletiva. A melhoria de um ou um grupo de indivíduos poderia ser possível mesmo às custas da piora da situação de outros indivíduos, desde que ocorra uma compensação a qual, no somatório, gere um resultado coletivo melhor.” CAVALCANTE, Diogo Lopes. **Federalismo Brasileiro e Guerra Fiscal: concorrência em prol do desenvolvimento regional**. 2010. 129 f. Tese (Doutorado em Desenvolvimento Econômico) - Universidade Estadual do Oeste do Paraná, Toledo, 2021. P. 35.

De toda forma, por meio de pesquisas empíricas, inegável que a economia comportamental apresenta nítida contribuição por afastar uma linha reta e racional entre hipóteses econômicas e derivações lógicas. Outras áreas assemelhadas também<sup>210</sup>:

As pesquisas atingem o âmbito do processo decisório. Como o Supremo Tribunal Federal interpreta a Constituição e qual *legítima* para determinadas decisões. É bem verdade que muito se tem teorizado sobre o Supremo Tribunal Federal e a teoria da decisão jurídica, sejam por meio de uma metódica da decisão, uma teoria da argumentação ou até mesmo uma teoria da deliberação. Poucos trabalhos, no entanto, buscam saber qual o evento/acontecimento que está por detrás das decisões judiciais. Muito embora saibamos que a neurociência e a psicologia comportamental podem explicar analiticamente o processo decisório do Supremo Tribunal Federal e de cada um de seus integrantes, a intenção é demonstrar como as categorias analíticas vão se modificando e impactando o conteúdo das decisões da Suprema Corte.

#### 4.2. Contingências concretistas que formam a teoria da decisão segundo Gadamer

Para se abordar o concretismo no direito essencial tratar da obra de Gadamer, que afirma que as contingências concretistas formam naturalmente a decisão judicial. Ora, “o conhecimento do sentido de um texto jurídico e sua aplicação a um caso concreto não são atos separados, mas um processo unitário”<sup>211</sup>.

Gadamer reconhece que a interpretação, ainda, não é um ato arbitrário (dissociado do texto legal), mas também alinhado com a historicidade, aceitando posições subjetivistas e voluntaristas no momento da decisão<sup>212</sup>. De modo que a norma surge no momento da *aplicativo*, da sua aplicação.

Mais do que isso, a chamada fenomenologia hermenêutica, sob premissas pós-positivistas, determina o avanço (necessário) do concretismo posto nessa tese nos tribunais brasileiros. Ora, “o que caracteriza a produção da norma é a problematicidade diante de um caso concreto, que também pode ser meramente teórico; desse modo, a norma pode surgir diante da problematização”<sup>213</sup>.

A esse respeito<sup>214</sup>:

<sup>210</sup> SILVA, Diogo Bacha e; VIEIRA, José Ribas. Os itinerários da politização do Supremo Tribunal Federal: do ativismo ao populismo judicial. **Sequência: Estudos jurídicos e Políticos**. Ano 2022, Volume 43, n.91. P. 5.

<sup>211</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução Flávio Paulo Meurer. 12. Ed. Petrópolis: Vozes, 2012. P. 246.

<sup>212</sup> ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. P.247.

<sup>213</sup> ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. P.422.

<sup>214</sup> COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. 2008. Tese (Doutorado em Economia). 421 f. – Curso de Doutorado, Universidade de Brasília, Brasília. P. 144.

Verdade e método é o nome do principal livro de Gadamer, no qual ele lançou as bases da sua teoria hermenêutica. Para um leitor desavisado, o título pode sugerir que a obra esclarecerá os métodos capazes de conduzir ao conhecimento verdadeiro. Porém, o objetivo de Gadamer é justamente o oposto, mostrar como o processo de compreensão pode ser reduzido à aplicação de métodos predeterminados. Para ele, a hermenêutica não é nem envolve um método dogmático de interpretação, mas um estilo que organiza o modo humano de atribuir sentidos para o mundo. Com isso, Gadamer segue na trilha de Heidegger, reafirmando a ruptura com a tradição hermenêutica que liga verdade e método.

#### 4.2.1. A Crítica hermenêutica do Direito

Segundo esse raciocínio crítico de Gadamer, ainda nas notas introdutórias do seu *Dicionário de Hermenêutica*, Lenio Streck esclarece que a Crítica Hermenêutica do Direito se trata da sua tese, postura ou teoria que criou ao longo dos últimos vinte anos como pesquisador e professor.<sup>215</sup>

Na sequência, ele discorre que a Crítica Hermenêutica do Direito é uma cadeira que se assenta entre os dois grandes paradigmas filosóficos: o objetivismo e o subjetivismo. “Sua tarefa: estabelecer as condições para a construção de uma teoria da decisão, fechando, assim, um *gap* existente na teoria e nas práticas cotidianas dos juristas”.<sup>216</sup>

André Karam Trindade e Rafael Tomaz de Oliveira destacam que o recorte produzido pela Crítica Hermenêutica do Direito incide reflexivamente sobre o Direito a partir de um paradigma filosófico definido - o *paradigma hermenêutico*. “Parte-se da constatação de que Heidegger colocou a hermenêutica em um novo patamar e, com isso, acabou por provocar uma ruptura com os paradigmas anteriores que presidiam os critérios de método, verdade e racionalidade na filosofia”.<sup>217</sup>

Com efeito, Lenio Streck adverte que o direito é um fenômeno bem mais complexo do que se pensa e não está imune-blindado contra as transformações corridas no campo filosófico:

A utilização da filosofia hermenêutica e da hermenêutica filosófica dá-se na exata medida da ruptura paradigmática introduzida principalmente por

<sup>215</sup> Importante desde logo mencionar que esta seção pretende apenas traçar um panorama e os principais marcos filosóficos/teóricos que servem de base à teoria de Lenio Streck. As diversas questões e complexidade que ela suscita, bem como a referência nacional e internacional que tem recebido cada vez mais é perceptível pelas diversas obras do autor, além de sua inserção nos veículos de difusão do conhecimento jurídico, e certamente mereceriam uma análise muito mais aprofundada.

<sup>216</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017, *Notas introdutórias*.

<sup>217</sup> TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Crítica Hermenêutica do Direito: do quadro referencial teórico à articulação de uma posição filosófica sobre o Direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, Unisinos, 9 (3), pp. 311-326, set./dez.2017. p. 313.

Heidegger (e também por Wittgenstein) nos anos 20-30 do século XX, a partir da introdução do mundo prático na filosofia. Mais do que um *linguistic turn*, o que ocorreu foi um giro ontológico-linguístico. Essa alteração radical na estrutura do pensamento proporcionou a ruptura com os paradigmas objetivista e subjetivista. Esta autêntica ‘revolução copernicana’ não foi apenas relevante para o direito, mas para a totalidade da estrutura do pensamento da humanidade. [...]

Portanto, o que venho procurando sustentar é que, a assim denominada ‘viragem hermenêutico-ontológica’, provocada por *Sein und Zeit* (1927) de Martin Heidegger, e a publicação, anos depois, de *Wahrheit und Methode* (1960), por Hans-Georg Gadamer, foram fundamentais para um novo olhar sobre a hermenêutica jurídica. Ela não escapou dessa viravolta. Assim, a partir da *ontologische Wendung*, inicia-se o processo de superação dos paradigmas metafísicos objetivista aristotélico-tomista e subjetividade (filosofia da consciência), os quais, de um modo ou de outro, até hoje têm sustentado as teses exegético-dedutivistas-substantivas dominantes naquilo que vem sendo denominado de hermenêutica jurídica.

Embora o ceticismo de alguns, é impossível negar as consequências dessa revolucionária viragem ontológica-linguístico para a interpretação do direito. Está-se a tratar de uma ruptura paradigmática que supera séculos de domínio do esquema sujeito-objeto. Afinal, de terceira coisa que se interpõe entre sujeito e objeto, a linguagem passa a condição de possibilidade. E, para além dos objetivismos e subjetivismos, *a hermenêutica filosófica abre um novo espaço para a compreensão do direito* e tudo o que representa a revolução copernicana proporcionada pelo novo constitucionalismo.<sup>218</sup>

Dentre os pressupostos para a construção da Crítica Hermenêutica do Direito a partir deste paradigma filosófico, está a referência à obra de Ernildo Stein e seus estudos atinentes à relação existente entre filosofia e conhecimento empírico.<sup>219</sup>

Tendo como premissa a tese heideggeriana de que o sujeito do conhecimento é posterior ao sujeito existente e que sempre há uma antecipação de sentido, a Crítica Hermenêutica do Direito procura, a partir de uma abordagem fenomenológica, “o desvelamento (*Unverborgenheit*) daquilo que, no comportamento cotidiano, ocultamos de nós mesmos (Heidegger)”.<sup>220</sup>

<sup>218</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, pp. 403-405.

<sup>219</sup> Para Ernildo Stein, Heidegger apresenta três formas características do pensar: o *pensar I* (constitui o conhecimento empírico – dos entes – ôntico); o *pensar II* (consiste no estabelecimento de regras e condições formais que vêm da lógica); e o *pensar III* (o pensar filosófico, da diferença ontológica, que oferece condições de possibilidade de organização e estabelecimento dos limites para os outros modos de pensar). Nossas ocupações cotidianas (a “cotidianidade”) tendem a nos afastar do *pensar III*. (STEIN, Ernildo. **Pensar é pensar a diferença: filosofia e conhecimento empírico**. Ijuí: Unijuí, 2002, p. 64).

<sup>220</sup> Isso corresponderia ao exercício da transcendência, “no qual não apenas somos, mas percebemos que somos (Dasein) e somos aquilo que nos tornamos através da tradição (pré-juízos que abarcam a facticidade e historicidade de nosso ser-no-mundo, no interior do qual não se separa o Direito da sociedade, isto porque o ser é sempre o ser de um ente, e o ente só é no seu ser, sendo o Direito entendido como a sociedade em movimento), e no qual o sentido já vem antecipado (círculo hermenêutico)” (STRECK, Lenio. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017, p. 28).

Acerca da contribuição de Heidegger e Gadamer para o modo como a Crítica Hermenêutica do Direito se estrutura, André Karam Trindade e Rafael Tomaz de Oliveira trazem as seguintes considerações:

De Heidegger, a pesquisa retira o modo absolutamente novo de se lidar com o problema da história graças à sua operação de “desepistemologização da filosofia”, com a superação da relação sujeito-objeto a partir da descoberta do caráter auto-interpretativo do *Dasein*. Além disso, o teorema da diferença ontológica possibilita uma forma positiva de se relacionar com o passado, a partir de um modelo de pensamento em que o passado é chamado a co-filosofar com a filosofia atuante.

Por outro lado, a contribuição gadameriana tem lugar a partir da afirmação do caráter metateórico ou transdisciplinar de sua hermenêutica filosófica. Sem ter o caráter de fundamento e tampouco de método para as ciências do espírito, a hermenêutica filosófica oferece uma espécie de cabedal comum para o universo das ciências históricas e sociais.<sup>221</sup>

De toda forma, apesar da relação existente entre a filosofia hermenêutica (de Heidegger) e a hermenêutica filosófica (de Gadamer), há importantes diferenças.<sup>222</sup>

Diferente de Heidegger, Gadamer aproxima-se do campo do Direito, pelas considerações acerca da importância que a experiência hermenêutica assume na fundamentação-interpretação-aplicação judicial:

[...] os contributos da hermenêutica filosófica para o direito trazem uma nova perspectiva para a hermenêutica jurídica, assumindo fundamental importância as obras de Heidegger e de Gadamer. Com efeito, Heidegger, desenvolvendo a hermenêutica no nível ontológico, trabalha com a ideia de que o horizonte do sentido é dado pela compreensão; *é na compreensão que se esboça a matriz do método fenomenológico*. A compreensão possui uma estrutura em que se antecipa o sentido. Ela se compõe de aquisição prévia, vista prévia e antecipação, nascendo desta estrutura a situação hermenêutica. Já Gadamer, seguidor de Heidegger, ao dizer que ser que pode ser compreendido é linguagem, retoma a ideia de seu professor da linguagem como casa do ser, em que a linguagem não é simplesmente objeto, e sim, horizonte aberto e estruturado. Daí que, para Gadamer, ter um mundo é ter uma linguagem. As palavras são especulativas, e toda a interpretação é especulativa, uma vez que não se pode crer em um significado infinito, o que caracterizaria o dogma. A hermenêutica, desse modo, é universal, pertence ao ser da filosofia, pois, como assinala Palmer, “a concepção especulativa do ser que está na base da hermenêutica é tão englobante como a razão e a linguagem”.<sup>223</sup>

<sup>221</sup> TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Crítica Hermenêutica do Direito: do quadro referencial teórico à articulação de uma posição filosófica sobre o Direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, Unisinos, 9 (3), pp. 311-326, set./dez.2017, p. 315.

<sup>222</sup> Gadamer se liga com sua hermenêutica filosófica à chamada fenomenologia hermenêutica de Heidegger. Contudo, os autores em geral quando examinam Gadamer não fazem uma distinção com suficiente clareza, já que, no desenvolvimento de sua reflexão na fundamentação de uma hermenêutica filosófica, ele se conduz mais no *segundo Heidegger* (a partir de 1929-30, quando começou a preparar o seu trabalho que tomaria forma em seu livro *Contribuições para a filosofia* de 1936-38). A obra de Gadamer tem muitos níveis, que não podem ser considerados uma simples exposição da filosofia de Heidegger; parte da percepção de uma espécie de ponto cego nas ciências humanas – a *experiência*. (STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre Hermenêutica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996, p. 69).

<sup>223</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 143.

Isso leva Lenio Streck a afirmar que, “procuro enquadrar o problema do Direito no interior de outro paradigma: o da *fenomenologia hermenêutica* (Heidegger) continuado pela *hermenêutica filosófica* (Gadamer). É dele que nasce a *Crítica Hermenêutica do Direito*”.<sup>224</sup>

As propostas de Lenio Streck também recebem aporte significativo das teses de Ronald Dworkin.

Nos elementos para a (pré)compreensão dos pontos centrais da obra, em *Verdade e Consenso*, o autor esclarece que “a CHD caracteriza-se pela exploração do elemento hermenêutico que se apresenta no cerce do fenômeno jurídico”, com especial atenção aos problemas da decisão jurídica. A partir da imbricação que realiza entre Gadamer e Dworkin, permite demonstrar respostas adequadas à Constituição, que se constituem em verdadeiro direito fundamental do cidadão.<sup>225</sup>

Da teoria do jusfilósofo norte-americano, especialmente sua noção de direito como integridade, extraem-se os elementos mínimos que devem ser verificáveis em toda decisão judicial, que têm nos princípios suas balizas:

[...] quando Dworkin diz que o juiz deve decidir lançando mão de *argumentos de princípio* e não de políticas, não é porque esses princípios sejam ou estejam elaborados previamente, à disposição da “comunidade jurídica” como enunciados assertóricos ou categorias (...) Na verdade, quando sustenta essa necessidade, Dworkin apenas aponta os limites que devem constar no ato de aplicação judicial (por isso, ao direito, não importa as convicções pessoais/morais do juiz acerca da política, sociedade, esportes, etc – ele deve decidir por princípios). (...) Dworkin está firmemente convencido – e acertadamente – de que não tem sentido, em um Estado Democrático, que os juizes tenham discricionariedade para decidir os ‘casos difíceis’.<sup>226</sup>

Lenio Streck captura esta exigência de afastamento do julgador das práticas discricionárias, ao referir que a decisão jurídica não se dá a partir de uma escolha do julgador das diversas possibilidades de solução do caso concreto, mas, sim, como um processo em que ele estrutura sua interpretação conforme o direito projetado pela comunidade política, somente a partir do que se pode falar em repostas corretas ou adequadas.<sup>227</sup>

<sup>224</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 52.

<sup>225</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 52.

<sup>226</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 521.

<sup>227</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 98.

A discricionariedade, assim, corresponderia ao elemento que autoriza o aplicador a interpretar/decidir com ausência de responsabilidade política ou “prestação de contas” e, conseqüentemente, a decisão se torna um ato de vontade (manifestação solipsista), sem a correspondente justificativa/fundamentação constitucional e legal.<sup>228</sup>

Discricionariedade significa “escolhas” ou, ainda, o “direito estar à disposição do intérprete”, sugerindo que o Direito pode amparar soluções diferentes de um mesmo caso, dentre as quais o juiz escolhe a que lhe parece moral ou socialmente mais útil”.<sup>229</sup>

Nessa perspectiva, Lenio Streck traz a importância do “constrangimento epistemológico”, que equivaleria a realizar “censuras significativas” no sentido de colocar xeque decisões que se mostram equivocadas. Por meio dessa construção teórica, ele enfatiza que a doutrina deve propor críticas às decisões dos tribunais justamente como forma de controle das manifestações arbitrárias do julgador.<sup>230</sup>

André Karam Trindade e Rafael Tomaz de Oliveira esclarecem que a construção dessa teoria da decisão inicia-se com a obra *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, editada pela primeira vez em 1999, com uma abordagem da crise de dupla face que atinge o Direito e a dogmática jurídica nos países de modernidade tardia, procurando indicar novas perspectivas para a exploração do Direito:

A primeira face desta crise é de natureza epistemológica e aparece no momento em que nos damos conta de que o pensamento jurídico continua refratário às conquistas produzidas pelo *linguistic turn* (viragem linguística) e pelo giro ontológico operado pela filosofia hermenêutica e pela hermenêutica filosófica. Diante disso, os juristas permanecem prisioneiros da vetusta relação sujeito-objeto, tal como a descreveu a metafísica clássica e a filosofia da consciência, sem se darem conta de que, após essa guinada, não é possível acessar os objetos senão através da linguagem. Por outro lado, a partir do giro ontológico, mostra-se como que a interpretação de um texto jurídico traz consigo todas as implicações da faticidade e da historicidade daquele que interpreta tais textos. Isso porque o homem é um animal formador de mundo, sendo desnecessário procurar uma ponte entre sujeito e objetos. [...]

A segunda face da crise é uma crise de paradigmas. A partir dela, busca-se demonstrar como o pensamento jurídico dominante continua lidando com o fenômeno jurídico ao modo do paradigma liberal absenteísta próprio do legalismo econômico reinante ao tempo do Estado liberal-burguês. Esse fator obnubila as possibilidades de sentido projetadas pelo paradigma do Estado Democrático de Direito, no qual o Direito assume um caráter transformador, que transcende a simples conservação do *status quo*, permitindo a

<sup>228</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 623.

<sup>229</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 627. Para Lenio Streck discricionariedade não tem maiores diferenças em relação à arbitrariedade no sentido de que ambas se fundam em um critério de escolha (destacando-se, aqui, que, para o autor, decidir é diferente de escolher).

<sup>230</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 42.

transformação profunda da sociedade e do modo de composição de suas relações.<sup>231</sup>

De acordo com os mesmos autores, em *Verdade e consenso* (2011), ocorre uma “virada teórica” no pensamento de Lenio Streck, sendo que o problema da decisão judicial passa a ser o elemento de destaque de suas preocupações teóricas.<sup>232</sup>

Insistindo na Constituição como o elemento de ligação entre a política e o Direito, justamente por seu papel de garantidor da democracia, Lenio Streck propõe um conjunto mínimo de cinco princípios que devem estar presentes nas decisões judiciais na busca de uma atuação jurisdicional democraticamente legitimada:<sup>233</sup>

*Primeiro princípio: reservar a autonomia do direito.* Tal princípio corresponderia à institucionalização de uma “blindagem” contra os “predadores” do Direito, no sentido de que a decisão não deve ser permeada por elementos de ordem política, econômica ou moral.

*Segundo princípio: o controle hermenêutico da interpretação constitucional.* Refere-se à imposição de limites às decisões judiciais, “o controle hermenêutico se apresenta com o um remédio” em face da discricionariedade judicial. O autor enfatiza que “o fato de não existir um método que garanta ‘correção’ do processo interpretativo (...) não autoriza o intérprete a escolher o sentido que mais lhe convier”.

*Terceiro princípio: o efetivo respeito à integridade e à coerência do direito.* Objetiva-se estabelecer barreiras em face da fragmentação característica das teorias pragmáticas. Amparado pelas noções de coerência e integridade de Dworkin, Lenio Streck sustenta sua estreita ligação à democracia, com a necessidade das decisões judiciais se darem a partir de argumentos integrados ao conjunto do Direito.

*Quarto princípio: o dever fundamental de justificar as decisões ou de como a motivação não é igual à justificação.* Referido princípio tem papel de destaque na transparência do processo democrático de aplicação do Direito pela possibilidade de

<sup>231</sup> TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Crítica Hermenêutica do Direito: do quadro referencial teórico à articulação de uma posição filosófica sobre o Direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, Unisinos, 9 (3), pp. 311-326, set./dez.2017, p. 323.

<sup>232</sup> TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Crítica Hermenêutica do Direito: do quadro referencial teórico à articulação de uma posição filosófica sobre o Direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, Unisinos, 9 (3), pp. 311-326, set./dez.2017., p. 323.

<sup>233</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 630-650.

controle das decisões judiciais, configurando-se verdadeiro direito fundamental do cidadão.

*Quinto princípio: o direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada.* Traduz-se na garantia que cada cidadão tenha sua causa julgada a partir da Constituição e que haja condições para aferir se essa resposta está ou não constitucionalmente adequada. Guarda estrita relação com o dever fundamental de justificar as decisões.

Percebe-se, assim, que estes cinco princípios têm um compromisso político (democrático), devendo ser encarados como virtudes no sentido de um “conjunto de princípios que devem estar presentes em toda interpretação do Direito”.<sup>234</sup>

Conforme Clarissa Tassinari, a Crítica Hermenêutica do Direito traz uma proposta de reflexão de caráter abrangente, podendo ser sintetizada na afirmação de uma hermenêutica crítica na interpretação/aplicação do direito, na demonstração da existência de inter-relações entre o direito e a filosofia e na elaboração de uma teoria da decisão judicial:

- a) primeiro, por, sob influência de Luís Alberto Warat, consistir numa ruptura com o dogmatismo, através da afirmação de uma hermenêutica crítica na interpretação/aplicação do direito (na superação do que ficou conhecido por “senso [ou sentido] comum teórico dos juristas”), o que repercutiu sobremaneira no modo de compreender o ensino jurídico no Brasil;
- b) segundo, por, em contato com a obra do filósofo Ernildo Stein, assentar sua teoria sob os aportes da filosofia hermenêutica (de Martin Heidegger) e da hermenêutica filosófica (de Hans-Georg Gadamer) e, a partir disso, evidenciar as inter-relações entre Direito e Filosofia, rompendo com a negação (resistência) filosófica que povoava o ambiente jurídico no Brasil, o que resultou na expressão filosofia no direito (terminologia por ele criada); e
- c) terceiro, por agregar a tudo isso a construção de uma teoria da decisão judicial, elaborada a partir de uma imbricação com a proposta do jurista norte-americano Ronald Dworkin, fazendo nascer a tese do direito fundamental a respostas constitucionalmente adequadas (a respostas corretas), estruturada a partir do dever de fundamentar as decisões, que, por sua vez, apresenta-se como uma exigência dos pressupostos democráticos do constitucionalismo.<sup>235</sup>

Enfim, seguindo os estudos de Lenio Streck, importante mencionar esse esforço da crítica hermenêutica do Direito em construir uma teoria da decisão alinhada profundamente nas ideias de Gadamer com relação às contingências concretas do caso em exame.

<sup>234</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 648.

<sup>235</sup> TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 74.

### 3.2.2. A problemática da fundamentação analítica do artigo 489 do CPC

O artigo 489 do Código de Processo Civil determina os elementos essenciais da sentença ou da decisão colegiada em instância superior. Trata-se de uma lista de condições que não tinha correspondência no antigo Código de Processo Civil, sendo uma evidente reação a decisões que tinham fundamentação insuficiente ou um uso excessivo de subjetivismo. Esse dispositivo, na linha de Gadamer e Streck, além de Dworkin, tratados anteriormente, promove um cuidado para com as contingências concretas do caso concreto.

Eis da redação do dispositivo, do qual se destaca que a fundamentação, a análise de fato e direito ao fundo da ação, precisa individualizar o caso em exame e o relacionar devidamente com o aquilo que é posto no ordenamento e na jurisprudência:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a summa do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

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

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

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

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

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

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

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

Além disso, para além da correlação não genérica dos fatos com o contexto normativo, não pode a decisão empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso. Eis uma proposta mais complexa do

concretismo. E nesse ponto é essencial que a decisão se atente à proporcionalidade nas motivações decisórias<sup>236</sup>:

A proporcionalidade-adequação consiste na aptidão da decisão adotada decisão impede a avaliação quanto à aptidão dessa decisão produzir os efeitos pretendidos. [...] A proporcionalidade-necessidade significa a ausência de validade de uma decisão que produza restrições superiores ao mínimo necessário à realização do fim buscado. A autoridade deve tomar em vista os efeitos causados pelas diversas alternativas decisórias, sendo obrigatório escolher aquela solução que acarretar as restrições menos intensas aos interesses e valores em jogo. [...] Mas a estimativa quanto aos efeitos é também indispensável à observância da proporcionalidade em sentido restrito, que proíbe solução que acarrete o sacrifício de valores protegidos constitucionalmente.

Como lembrado por Marçal Justen Filho, ainda, cabe fazer uma interpretação sistemática do 489 do CPC ao lado do artigo 20 da LINDB – a ser tratado mais a frente nesse trabalho<sup>237</sup>:

O art. 20 da LINDB deve ser interpretado de modo integrado com o art. 489, §1º, do CPC/2015. O elenco desse último dispositivo apresenta grande utilidade porque indica manifestações diversas da insuficiência de decisões. Deve-se reputar que os defeitos referidos no dito art. 489, §1º, do CPC/2015 Também são reprováveis quando verificadas em decisões proferidas nas esferas judicial, administrativa e controladora. Esse entendimento não se funda propriamente em que as normas do CPC/2015 regulem toda e qualquer decisão estatal não legislativa, mas porque o art. 20 da LINDB assim o faz. E o art. 20 da LINDB impõe exigências que são violadas nas hipóteses referidas no elenco do art. 489, §1º, do CPC/2015.

Essa interpretação sistemática também é defendida por Georges Abboud, exatamente como forma de se eliminar a discricionariedade judicial<sup>238</sup>:

Por essa razão, defendemos que a LIND 20, lido sistematicamente (CPC 489) e conforme a CF, ele elimina discricionariedade judicial e não a concede, uma vez que, ele impõe ao órgão julgador o dever de expor porque a solução alcançada por ele é a mais adequada juridicamente em relação a todas as alternativas apresentadas. Por óbvio, não se trata de impor ao órgão julgador a necessidade de analisar todas as soluções possíveis, em tese. Mas tao somente as soluções apresentadas pelas partes e as possíveis a partir das matérias de ordem pública efetivamente discutidas pelas partes. Assim, o consequencialismo terá importância normativa se visto como mecanismo redutor de imprevisibilidade, mais precisamente, como elemento que vincula a decisão judicial ao futuro.

<sup>236</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Artigo 20 da LINDB — Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito Administrativo - Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro, nov. 2018, p. 30-31.

<sup>237</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Artigo 20 da LINDB — Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito Administrativo - Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro, nov. 2018, p. 37.

<sup>238</sup> ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. P. 355.

Enfim, o polêmico artigo 489 do CPC denota um avanço do concretismo na atuação jurisdicional, mas um avanço que encontra certas ressalvas no novo texto do Código.

#### 4.2.3. A problemática da contaminação de preceitos axiológicos

A utilização de preceitos concretistas nas decisões judiciais evidentemente decorre, muitas vezes, da utilização em larga escala de preceitos axiológicos, de valores<sup>239</sup> nas decisões.

A utilização destes preceitos amplia o grau de subjetivismo das decisões, reduzindo aquilo que se entende por segurança jurídica. Trata-se de uma visão crítica do concretismo assim como o objetivo afeto ao artigo 489 do Código de Processo Civil.

Esse panorama leva a discussões entorno de um suposto papel político no Judiciário, e principalmente do Supremo Tribunal Federal. Ocorre que não se pode conceber um único papel supostamente político do STF, uma vez que esse papel pode se dar em posições conservadoras em certas situações e posições progressistas em outras situações<sup>240</sup>. Ambas posições que revelam maior flexibilização normativa, com o abandono de processos formais próprios do positivismo clássico.

Ora, o uso de preceitos axiológicos ou o reconhecimento de que as decisões em sede de jurisdição constitucional envolvem valores, sugerindo uma aproximação perigosa de Direito e Moral tratada no capítulo I, é temática delicada dessa tese como um todo. Ou seja, falar em concretismo enseja uma permissividade maior a esse risco.

Essa flexibilização interpretativa com preceitos axiológicos pode ser tida como positiva em uma abordagem de não engessamento da legislação ou da Constituição; entretanto, pode ser tida como perigosa pela formação de um judiciário “superego da sociedade” posto na visão de Ingeborg Maus<sup>241</sup>. Visão crítica da formação de um Estado Judicial na passagem histórica do modelo da Monarquia para a República, com o

<sup>239</sup> “Entretanto, cabe ainda mencionar que os princípios jurídicos não se identificam com valores, na medida em que estes não determinam o que deve ser, mas sim o que é melhor. Da mesma forma, no caso de uma colisão entre valores, a solução não determina o que é devido, apenas indica o que é melhor. Em vez de possuir o caráter deontológico dos princípios, os valores possuem somente o axiológico. Ademais, os princípios jurídicos não se confundem com o mero estabelecimento de fins, visto que os fins apenas indicam um estado almejado ou uma decisão sobre a realização desse estado desejado, sem que seja estabelecido um dever-ser.” TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política*. *Revista direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, June 2012. P. 44.

<sup>240</sup> SALCEDO REPOLÊS, Maria Fernanda. *Quem deve ser o guardião da Constituição? Do Poder Moderador ao Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

<sup>241</sup> MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como Superego da Sociedade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2010.

Judiciário se assumindo como instância ou consciência moral da sociedade, com juízes das cortes constitucionais sendo comparáveis a monarcas:

Na realidade, aqui, a relação lógica entre vinculação legal e independência do judiciário é evidenciada precisamente em sua completa destruição. Somente uma justiça que não pode mais deduzir a legitimação de suas decisões a partir da lei em vigor é que se torna absolutamente dependente das necessidades políticas e situacionais e degenera-se em apêndice do aparelho administrativo.<sup>242</sup>

Enfim, a utilização de muitos preceitos axiológicos poderia, na visão de Ingeborg Maus, caracterizar uma metodologia jurídica de dissolução da lei, com juízes autossuficientes escolhendo soluções e invocando um Estado do despotismo. Uma inversão em que se defende mais liberdade da decisão judicial e menos defesa das liberdades políticas contra uma justiça arbitrária.

Os princípios inserem-se num grupo de instrumentos legitimadores da atividade decisional estatal mais ligado à moral, à ética, à axiologia (o que implica uma ênfase na valorização da busca pela verdade); as consequências inserem-se num grupo de instrumentos legitimadores da atividade estatal mais ligado à política, à eficiência, à teleologia (o que implica uma ênfase na valorização da busca pela eficiência). Todavia, ambos os critérios podem ser úteis ou inúteis, podem ser corretos ou incorretos, dependendo do comportamento do intérprete na sua aplicação – o que implica o reconhecimento de diferentes variáveis de indeterminação do resultado hermenêutico. No caso dos fundamentos principiológicos, a indeterminação se dá pela capacidade de abstração (abstração esta que é limitada pelo seu caráter apriorístico). No caso dos fundamentos consequencialistas, a indeterminação se dá pelo risco da imprevisão sobre o futuro (risco este que é limitado pelo seu caráter concreto). Mas o fato é que os dois critérios podem deixar de ser úteis ou corretos se corrompidos pela subjetividade da autoridade intérprete – conclusão que talvez possa frustrar alguns grandes entusiastas da importação do consequencialismo para a realidade brasileira como panaceia para os problemas de segurança jurídica e eficiência do sistema, o que não implica uma recusa da importância da nova tendência. Parece bastante oportuna a busca por alternativas e por visões que causem impacto no *status quo*, haja vista que é um consenso a sua precariedade. É incomum ser encontrado algum jurista totalmente satisfeito com a modelagem atual da fundamentação e aplicação do Direito, o que justifica e legitima a busca de alternativas, por exemplo, a inspiração na visão consequencialista.<sup>243</sup>

Sendo extremamente realista, portanto, é necessário reconhecer que o uso de preceitos axiológicos – que podem variar de julgador a julgador – está presente na jurisdição constitucional. Trata-se de um debate que pode determinar em discussões sobre

<sup>242</sup> MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como Superego da Sociedade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2010, p.34.

<sup>243</sup> GABARDO, Emerson; SOUZA, Pablo Ademir de. O consequencialismo e a LINDB: a cientificidade das previsões quanto às consequências práticas das decisões. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 20, n. 81, p. 97-124, jul/set 2020. P. 101-102.

investidura de ministros no Supremo Tribunal Federal ou de ciclos históricos jurisprudenciais, seja conservadores, seja progressistas.

### 4.3. O problema da política que amolda o Direito ou o contrário

Após o debate entorno do concretismo dentro da hermenêutica, que passa pela análise acima de contribuições teóricas importantes de Gadamer e de Streck, cabe confrontar o concretismo com o componente político. Essencial se levantar a discussão entorno de temáticas como o ativismo judicial, que também ilustra o concretismo, e está no centro da expansão da jurisdição constitucional a luz da hermenêutica pós-positivista.

#### 4.3.1. A crítica hermenêutica do Direito e o problema do ativismo judicial

Uma vez traçado este breve panorama da matriz filosófica e referenciais teóricos da Crítica Hermenêutica do Direito e seu entrelaçamento na construção de uma teoria da decisão, passa-se à análise da questão da discricionariedade judicial e como ela deságua na problemática do ativismo judicial<sup>244</sup>.

Pretende-se iniciar a reflexão no contexto do que Lênio Streck denomina de Constitucionalismo Contemporâneo<sup>245</sup>, especialmente na realidade brasileira, passando pelo modo como o tema passou a merecer destaque e como afeta a democracia, como consequência da ampliação da intervenção do Judiciário em questões comumente afetas ao Legislativo e ao Executivo.

Antes, todavia, é importante melhor compreender o conceito de ativismo judicial, uma expressão que no Brasil é posterior a 1988<sup>246</sup>, mas que no Estados Unidos remonta ao início do século XX como *judicial activism*.<sup>247</sup> Uma expressão de representação da ideia de juiz Hércules em Dworkin, de um juiz que cria o direito no caso concreto atrelado

<sup>244</sup> “[...] em nenhuma hipótese a Constituição Federal autoriza o ativismo, uma vez que ela afirma e exige, com todas as letras, a primazia da lei, o dever de motivação e o princípio da separação dos Poderes. Tenha-se em mente que o ativismo judicial é o oposto do dever de *accountability*, é o agir, puro e simples, contra a Constituição.” ABBoud, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. P.65.

<sup>245</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017, p. 37.

<sup>246</sup> “No Brasil, a temática relativa ao ativismo judicial só ganhou expressão com a entrada em vigor da Constituição de 1988, pois esta atribuiu uma série de prerrogativas ao magistrado, impulsionando-o, inevitavelmente, a uma atuação mais presente na sociedade e, em consequência, com maior repercussão midiática; veja-se, por exemplo, todos os milhares de casos em que se faz necessário assegurar direitos fundamentais que não encontram previsão legal em condições de lhes dar regulamentação”. TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, June 2012. P. 40.

<sup>247</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, June 2012. P. 37-38.

“a deslegitimação da Política em relação à sua tarefa essencial de buscar a realização dos valores determinados pela sociedade no cotidiano dessa mesma sociedade.”<sup>248</sup>

Ou seja<sup>249</sup>:

A idéia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. As origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte-americana. Registre-se que o ativismo foi, em um primeiro momento, de natureza conservadora. Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era *Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937). A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973).

Superado esse conceito. O advento do Estado Democrático de Direito, com a Constituição de 1988, está inserido no contexto do novo constitucionalismo, marcado não apenas pela proliferação de textos constitucionais do segundo pós-guerra e pela existência de uma postura jurisprudencial voltada à concretização de direitos fundamentais, mas pela necessidade de uma nova teoria da Constituição. Em relação a este último ponto, verifica-se uma série de divergências entre os autores que se dedicaram ao tema. No entanto, existe uma base comum entre os múltiplos posicionamentos, marcada pela autointitulação de pós-positivistas, resgate do papel dos princípios na interpretação jurídica, reconciliação entre direito e moral e afirmação de um protagonismo judicial, com a afirmação de uma discricionariedade judicial.<sup>250</sup>

<sup>248</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, June 2012. P. 38.

<sup>249</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium* - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. P.14.

<sup>250</sup> TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 97.

A esse fenômeno que surge no segundo pós-guerra e como forma de superar as aporias das teorias neoconstitucionalistas, corresponde o que Lenio Streck designa de Constitucionalismo Contemporâneo.<sup>251</sup>

Ainda no que diz respeito ao Constitucionalismo Contemporâneo, o jurista analisa que a Constituição de 1988 foi rica em direitos fundamentais, abraçando um extenso rol de direitos sociais, mas que se confrontavam com nossa tradição jurídica liberal-individualista e a ausência de uma teoria constitucional adequada às demandas de um novo paradigma jurídico.<sup>252</sup>

Tais lacunas acabaram levando os juristas brasileiros a recepcionarem teorias estrangeiras, na maior parte das vezes, de modo acrítico, sendo que estas normalmente tinham como ponto comum a aposta no protagonismo dos juízes.<sup>253</sup>

Nesse sentido, tendo como pano de fundo o problema do ativismo judicial, à luz do Constitucionalismo Contemporâneo de Lenio Streck, Clarissa Tassinari identifica três desafios no atual cenário jurídico: “o enfrentamento das recepções teóricas equivocadas (e de suas mixagens), a superação da discricionariedade judicial e a preservação da autonomia do Direito”, cada um dos quais corresponde a alguns dos principais desdobramentos da teoria do autor.<sup>254</sup>

No que diz respeito ao enfrentamento das recepções teóricas equivocadas, tem-se que, “houve um efetivo ‘incentivo’ doutrinário a partir de três principais posturas ou teorias: a jurisprudência dos valores, o realismo norte-americano (com ênfase no ativismo judicial) e a teoria da argumentação de Robert Alexy”.<sup>255</sup>

Da jurisprudência dos valores, oriunda do constitucionalismo alemão, assimilou-se em terras brasileiras a tese da Constituição idealizada como ordem de valores, além de uma atuação jurisdicional alicerçada em critérios para além dos parâmetros legais, de tal sorte que, na impossibilidade de resolver o caso através da lei, o juiz poderá se valer dos conceitos indeterminados e das cláusulas gerais, preenchendo, assim, o caso concreto a

<sup>251</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017, p. 37.

<sup>252</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017, p. 37.

<sup>253</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017, p. 37.

<sup>254</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017, p. 96.

<sup>255</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017, p. 37.

partir de valores adicionais. Isso confere ao Judiciário um papel de “tutor da política, um superpoder quase constituinte, guardião da moral e dos bons costumes [...]”.<sup>256</sup>

Na mesma linha, a partir da ponderação de Robert Alexy, os princípios passam a ser considerados mandados de otimização, a serem empregados como critérios interpretativos somente na insuficiência de regras. Ocorre que, no Brasil, influenciada pela teoria da argumentação jurídica alexyana, a ponderação tornou-se o *método interpretativo* mais citado e utilizado, adquirindo o papel de sopesamento entre princípios. “Contudo, como afirma Lenio Streck, à diferença da teoria alexyana, é recepcionada como *princípio* (quando, na verdade, originalmente, a ponderação é apresentada como *regra*) e constitui um procedimento de confronto direto entre princípios, concepção igualmente equivocada”.<sup>257</sup>

Por fim, por influência norte-americana, adveio a ideia de governo de juízes, notadamente a construção da noção de que o ativismo judicial é bom para a democracia quando voltado à concretização de direitos. Desconsiderando a caracterização do ativismo como interferência política direta no caso dos Estados Unidos, além da configuração de tradições jurídicas diversas entre aquele país e o Brasil, aqui, as posturas ativistas se estruturaram em duplo sentido: aumento de atribuições do Judiciário (confundindo-se, assim, com a chamada judicialização da política) ou como sinônimo de atividade jurisdicional progressista.<sup>258</sup>

Para Clarissa Tassinari, o elo comum entre a jurisprudência dos valores, a ponderação e o ativismo norte-americano é que o fato de os três desaguarem no ativismo judicial, afetando a democracia, a partir de uma outorga excessiva de poderes aos magistrados:

[...] através dos valores, juízes e tribunais desvinculam-se da legalidade; pela ponderação, abre-se espaço à vontade do intérprete na escolha dos princípios que serão colocados em colisão; e, por fim, com o ativismo norte-americano, o Judiciário assume uma atuação de total interferência política.<sup>259</sup>

<sup>256</sup> TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. P. 98.

<sup>257</sup> TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. P. 98.

<sup>258</sup> TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. P. 98.

<sup>259</sup> TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. P. 98.

Em relação à discricionariedade judicial, conforme Lenio Streck, trata-se da principal característica do positivismo jurídico.<sup>260</sup> Partindo da construção teórica de Hans Kelsen, tem-se, em sua *Teoria Pura do Direito*, a separação entre a denominada Ciência do direito daquilo que ele identifica como ato de vontade que o juiz pratica quando decide, sendo que aqui estaria aberto o espaço para a discricionariedade.<sup>261</sup>

Na obra, o jurista austríaco concebe que o órgão jurídico, no momento de aplicar o direito aos fatos, tem diante de si uma moldura de inúmeras possibilidades de escolha, sendo que ao aplicador cabe optar por uma dessas possibilidades, ou até mesmo criar uma norma que se situe além da moldura.<sup>262</sup>

Como bem observa Clarissa Tassinari, o mesmo autor que afirma que a interpretação dos órgãos judiciários são atos de vontade é o que atribui caráter discricionário ao ato de aplicação do direito, evidenciando a relação entre vontade e discricionariedade, que é tão problemática no contexto de um direito produzido sob o signo do constitucionalismo democrático. A autora destaca, ainda, que Lenio Streck é um dos primeiros autores que demonstra criticamente a dualidade existente no pensamento de Hans Kelsen e as consequências disso para o Direito, bem como a vinculação entre ativismo e ato de vontade do julgador.<sup>263</sup>

De toda forma, a caracterização da subjetividade do julgador como algo inevitável à decisão continua presente no positivismo jurídico, em todas as suas vertentes.<sup>264</sup>

Nessa linha, um dos muitos problemas da discricionariedade judicial reside na inexistência de um método que garanta a “correção” do processo interpretativo. Ademais, “A ‘vontade’ e o ‘conhecimento’ do intérprete não constituem salvo-conduto para a

<sup>260</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017, p. 53.

<sup>261</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, pp. 245-252. “Desta forma, existem duas espécies de interpretação que devem ser distinguidas claramente uma da outra: a interpretação do Direito pelo órgão que o aplica, e a interpretação do Direito que não é realizada por um órgão jurídico, mas por uma pessoa privada e, especialmente, pela ciência jurídica”. Ao fazer essa diferenciação, Kelsen considera o ato de interpretação do cientista do direito como ato de conhecimento, ao passo que o ato praticado pelo aplicador do direito seria um ato de vontade. Ele também afirma que, como resultado da interpretação realizada pelos órgãos jurídicos, tem-se normas jurídicas, enquanto que da interpretação do cientista do direito, tem-se proposições jurídicas; a interpretação dos órgãos jurídicos são as únicas consideradas autênticas e que criam direito; e, ainda, que este ato de vontade está permeado pela discricionariedade.

<sup>262</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, pp. 338-339.

<sup>263</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 47.

<sup>264</sup> TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. pp. 53-54.

atribuição arbitrária de sentidos e tampouco para uma atribuição de sentidos arbitrária, que é consequência inexorável da discricionariedade”.<sup>265</sup>

Mais ainda, a “discricionariedade, no modo como ela é praticada no Direito brasileiro, acaba, no plano da linguagem, sendo sinônimo de arbitrariedade”:<sup>266</sup>

Combater a discricionariedade, o ativismo, o positivismo fático etc. – que, como se sabe, são algumas das várias faces do subjetivismo – quer dizer *compromisso com a Constituição e com a legislação democraticamente construída*, no interior da qual há uma discussão, no plano da esfera pública, das questões ético-morais da sociedade.<sup>267</sup>

Derradeiramente, quanto à preservação da autonomia do direito, objetiva-se analisar como se dá a relação, por exemplo, entre direito e moral, direito e economia e direito e política. O positivismo jurídico, visando estruturar uma ciência do direito, buscou afastar tais elementos do conteúdo jurídico, ao passo que as propostas que se confrontam com tal perspectiva voltam-se justamente para uma aproximação entre estes campos. Disso resultou, o que Lenio Streck denomina de “predadores externos do direito”, por meio dos quais o ativismo se manifesta. Para o autor:

Autonomia do direito não pode implicar indeterminabilidade desse mesmo direito construído democraticamente. Se assim se pensar, a autonomia será substituída – e esse perigo ronda a democracia a todo tempo – exatamente por aquilo que a gerou: o pragmatismo político nos seus mais diversos aspectos, que vem colocando historicamente o direito em permanente ‘estado de exceção’, o que, ao fim e ao cabo, representa o próprio declínio do ‘império do direito’ (alguém tem dúvida de que essa questão é retroalimentada permanentemente, mormente nos países de modernidade tardia como o Brasil?)”.<sup>268</sup>

Assim, o desafio de resgatar a autonomia do direito visa superar justamente posturas teóricas, que submetem o direito a interferências de outras esferas, apostando no poder dos juízes.<sup>269</sup>

A Constituição Federal de 1988 – e a consequente afirmação de um ambiente democrático –, pois, consagrou um extenso rol de direitos fundamentais e sociais no ordenamento brasileiro.

<sup>265</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017, p. 54.

<sup>266</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017, p. 54.

<sup>267</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto?** Decido conforme minha consciência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. P. 110.

<sup>268</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 370.

<sup>269</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 78.

Paralelamente, também intensificou a participação do Judiciário, ao atribuir-lhe a defesa e a guarda da Constituição, depositando em suas mãos a responsabilidade pela sua interpretação.

A partir desse cenário se intensifica uma atuação ativista do Judiciário. Ocorre que, como adverte Lenio Streck,

[...] uma constituição não se operacionaliza por si mesma. Ela depende da construção de um manto teórico que possa tornar efetivos seus conteúdos no nível de interpretação. Só que isso não existia. A saída encontrada pela doutrina e jurisprudência foi a importação de teorias criadas a partir do direito comparado. Com isso uma nova problemática vinha à superfície: sob que condições essas “importações” são possíveis de serem feitas?<sup>270</sup>

Nesse sentido, segundo o jurista, uma constituição nova exige novos moldes de análise, uma nova teoria da hermenêutica e uma nova teoria da decisão. Como no Brasil não exista uma teoria constitucional adequada às demandas de um novo paradigma constitucional, os operadores do direito acabaram por abraçar teorias alienígenas, importando-as de maneira equivocada. Disso decorreu o problema de que o poder já depositado nas mãos do Judiciário resultou em um protagonismo que se perpetuou ao longo dos anos, dando as bases para o ativismo judicial e o solipsismo dos juízes<sup>271</sup>.

Feitas estas breves considerações acerca do pano de fundo que envolve a problemática, passa-se na sequência à reflexão acerca dos elementos diferenciadores dos fenômenos do ativismo judicial e da judicialização da política.

No que diz respeito à judicialização da política, Clarissa Tassinari faz um resgate da interação entre Direito, Política e Judiciário e do constitucionalismo como uma tentativa jurídica de oferecer limites ao poder político, por meio das Constituições. Analisando o que denomina de elemento político do Direito, pontua que não há como negar que o Direito e a Política se inter-relacionam, o que não significa que esta seja o componente que conduz ao decisionismo no Direito.<sup>272</sup>

Com efeito, verifica-se que as próprias mudanças que ocorreram no Direito com a consolidação do constitucionalismo fomentaram terreno fértil para o fenômeno da judicialização da política. De acordo com Lenio Streck:

<sup>270</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional de decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 39.

<sup>271</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional de decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 284.

<sup>272</sup> TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 17.

Em síntese, é a situação hermenêutica instaurada a partir do segundo pós-guerra que proporciona o fortalecimento da jurisdição (constitucional), não somente pelo caráter hermenêutico que assume o Direito, em uma fase pós-positivista e de superação do paradigma da filosofia da consciência (e/ou das teorias voluntaristas em geral), mas também pela força normativa dos textos constitucionais e pela equação que se forma a partir da inércia na execução de políticas públicas e na deficiente regulamentação legislativa de direitos previstos nas Constituições.

É nisto que reside o que se pode denominar de deslocamento do polo de tensão dos demais poderes em direção ao Judiciário.<sup>273</sup>

Para Clarissa Tassinari, a judicialização é uma questão social, um fenômeno que deriva de diversos elementos alheios à jurisdição, tendo um ciclo que se inicia pelo reconhecimento de direitos, passa pela ineficiência do Estado em implementá-los, desembocando no aumento da litigiosidade, que marca a sociedade de massas. “A diminuição da judicialização não depende, portanto, apenas de medidas realizadas pelo Poder Judiciário, mas, sim, de uma plêiade de medidas que envolvem um comprometimento de todos os poderes constituídos”.<sup>274</sup>

Em relação ao ativismo judicial, as mudanças decorrentes da promulgação da Constituição de 1988 e a respectiva ampliação do papel de destaque do Judiciário em zelar pelos direitos fundamentais e pela atuação dos demais poderes em observância aos comandos constitucionais impactaram de forma radical a atuação de juízes e tribunais, alargando o fenômeno do ativismo judicial.

Segundo a autora, o enfrentamento desse tema por enfoques diversificados e até mesmo a falta de um compromisso teórico na sua definição acabaram conduzindo a uma fragmentação na sua compreensão:

Assim, em meio à dificuldade de se definir o ativismo judicial, mas, em contrapartida, com a existência de diversos entendimentos sobre a temática, em uma tentativa de sistematizar as concepções existentes, é possível elencar, por exemplo, algumas perspectivas de abordagem: a) como decorrência do exercício do poder de revisar (leia-se, controlar a constitucionalidade) atos dos demais poderes; b) como sinônimo de maior interferência do Judiciário (ou maior volume de demandas judiciais, o que, neste caso, configuraria muito mais a judicialização); c) como abertura à discricionariedade no ato decisório; d) como aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador, dentre outras”.<sup>275</sup>

<sup>273</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017, p. 225.

<sup>274</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017, p. 22.

<sup>275</sup> TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 22.

Ela rebate as construções teóricas com uma série de argumentos, enfatizando que a importância da crítica ao ativismo judicial é notadamente para evitar que o Judiciário assumira funções de governo, “(...) o problema fundamental não é que seja averiguada a constitucionalidade da atuação dos demais Poderes, mas saber como se dá este controle (revisão judicial).<sup>276</sup>

A compreensão do ativismo judicial como uma conduta do Judiciário de extrapolação de seus poderes e da judicialização como um fenômeno imanente na relação entre os poderes estatais é bem sintetizada nas palavras de Lenio Streck:

[...] um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados); já a judicialização é um fenômeno que exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado (pensemos, aqui, no deslocamento do pólo de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo em direção da justiça constitucional [...]).<sup>277</sup>

Clarissa Tassinari destaca um ponto de suma importância no que diz respeito à distinção entre ativismo judicial e judicialização da política, ao identificar que a expansão do fenômeno da judicialização decorre de questões sociais e políticas, no sentido de que surge de um contexto social de exigência de direitos, e também de uma conjuntura política de desídia na sua implementação fora da jurisdição.

Nesse sentido, “(...) à distinção do que se compreende por ativismo judicial, a judicialização não é resultado da atuação de juízes e tribunais, mas ocorre independente disso, de modo contingencial, porque necessária a provocação das instâncias judiciais.”<sup>278</sup>

O ativismo, por sua vez, apesar de implicar em consequências para todas as demais esferas, é um problema estritamente jurídico:

Trata-se de uma conduta adotada pelos juízes e tribunais no exercício de suas atribuições. Isto é, a caracterização do ativismo judicial decorre da análise de determinada postura assumida por um órgão/pessoa na tomada de uma decisão que, por forma, é investida de juridicidade.<sup>279</sup>

Diferente da judicialização, que seria algo inexorável, decorrente da própria centralidade do Judiciário no atual cenário social e político, trata-se, aqui, de “observar/controlar qual o critério utilizado para decidir” ou ainda “a indexação da decisão judicial a um ato de vontade daquele que julga”, razão pela qual o ativismo

<sup>276</sup> TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 25

<sup>277</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 589.

<sup>278</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 43.

<sup>279</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 43.

judicial se constitui, eminentemente, em um problema da forma como se entende a interpretação no Direito.<sup>280</sup>

Diante de tudo o que se expôs, é possível perceber que a judicialização é marcada pelo fato de que o Poder Judiciário passou a ser provocado a atuar em esferas até então reservadas à atuação do Poder Executivo e do Poder Legislativo, notadamente no que diz respeito à efetivação de políticas públicas. O problema, contudo, é quando essa atuação jurisdicional se converte em ativismo. Daí a importância de uma reflexão crítica acerca de uma postura que extrapole a colaboração em decorrência de eventual omissão dos demais Poderes.

Conforme Clarissa Tassinari, a Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck apresenta respostas para tais desafios, a partir do que o autor denomina de características do Constitucionalismo Contemporâneo: “Trata-se de um movimento que surge como superação ao positivismo jurídico, numa perspectiva de ‘descontinuidade’, implicando um novo olhar sobre o fenômeno jurídico, através do estabelecimento de *novas teorias: das fontes, da norma e da interpretação*”.<sup>281</sup>

A primeira seria a “defesa intransigente da Constituição a partir de uma nova teoria das fontes”, que diz respeito à necessidade de revisitar os próprios pressupostos constitucionais do Direito, questionando-se, por exemplo, o sentido da Constituição e sua função em um cenário de alargamento da atuação jurisdicional.<sup>282</sup>

No cenário pós Segunda Guerra Mundial, emerge o Constitucionalismo Contemporâneo, marcado por textos constitucionais voltados não apenas à organização do Estado, mas também dotados de um dinamismo com vistas a desencadear transformações e concretização de direitos sociais.

Mais ainda, existe uma dimensão de proteção de eventual retrocesso, conforme enfatizado por Lenio Streck:

[...] a Constituição não tem somente a tarefa de apontar para o futuro. Tem, igualmente, a relevante função de proteger os direitos já conquistados. Desse modo, mediante a utilização da principiologia constitucional (explícita ou implícita), *é possível combater alterações feitas por maiorias políticas eventuais, que, legislando na contramão da programaticidade constitucional, retiram (ou tentam retirar) conquistas da sociedade.*<sup>283</sup>

<sup>280</sup> TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 43.

<sup>281</sup> TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 116

<sup>282</sup> TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 117.

<sup>283</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 68.

Portanto, tem-se uma ruptura com uma visão da lei como única fonte do Direito, pois sua validade vai derivar da Constituição, subordinando os três Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário). Ademais, de tal concepção de validade vai decorrer não apenas a necessária compatibilidade formal/procedimental da lei com o texto constitucional, mas, acima de tudo, de uma coerência material.

A construção de uma nova teoria das fontes tem relação direta com a superação da noção de “fontes sociais” do positivismo, sendo que a Constituição será o local por excelência das normas jurídicas no Estado Democrático de Direito<sup>284</sup>:

Há que se ter presente que o direito do Estado Democrático de Direito supera essa noção de ‘fontes sociais’, em face daquilo que podemos chamar de prospectividade, isto é, o direito não vem a reboque dos ‘fatos sociais’ e, sim, aponta para a reconstrução da sociedade. Isso é facilmente detectável nos textos constitucionais, como em *terrae brasilis*, onde a Constituição estabelece que o Brasil é uma República que visa a erradicar a pobreza, etc, além de uma gama de preceitos que estabelecem as possibilidades (e determinações) do resgate das promessas incumpridas da modernidade.

Nessa perspectiva, enfatiza-se o papel da Constituição na condução da sociedade para o modelo de Estado que se pretende constituir a partir de um sistema de garantias que, ao mesmo tempo em que busque concretizar direitos e garantias individuais e sociais, preserve os direitos já conquistados.

A segunda resposta diz respeito ao papel dos princípios no contexto de uma nova teoria da norma: indicações para uma teoria integrativa do direito.

Conforme Clarissa Tassinari, a Crítica Hermenêutica do Direito procura “demonstrar que a reconciliação entre Direito e Moral ocorre no interior do fenômeno jurídico, numa revisão crítica do papel dos princípios”. Concomitante à busca por romper com o positivismo jurídico e confrontar a tese de Robert Alexy da primazia dos princípios, enquanto “mandados de otimização”, tem por pressuposto que Direito e Moral são cooriginários, assim como Ronald Dworkin e Jürgen Habermas:

Sob esta perspectiva, a Moral é instituidora da comunidade política, ou seja, não se trata nem de uma ferramenta à disposição do julgador (a exemplo do que propõe Alexy), nem de um moralismo, ligado às opiniões e desejos pessoais. Aceita a tese da cooriginariedade, aos princípios é atribuído um papel estratégico: são através deles que a Moral é institucionalizada no Direito.

Assim, o posicionamento de Streck concebe os princípios em descontinuidade com os conceitos produzidos pela tradição: a eles é atribuído status de norma jurídica, passando a compor o texto constitucional. Através disso, há uma abertura à racionalidade prática (que o positivismo havia sufocado com sua racionalidade teórica), que decorre da normatividade extraída de uma convivência intersubjetiva emanada da moralidade política. Por isso, os

<sup>284</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 467

princípios passam a ser vistos como limites à discricionariedade de quaisquer dos Poderes, reforçando a noção de integridade do Direito, preconizada por Dworkin.<sup>285</sup>

Assim, “os princípios funcionarão como uma blindagem contra arbitrariedades, apontando o modus operativo que deve ser seguido pelo intérprete, buscando, assim, a coerência e a integridade do direito (antítese das posturas axiologistas-decisionistas)”.<sup>286</sup>

Sob esse enfoque dos princípios como limitadores da decisão judicial a partir da desvinculação da discricionariedade, sobressai sua relevante função no combate ao ativismo judicial e, por consequência, do próprio Estado Democrático de Direito.

A terceira, por fim, traduz-se em “uma nova teoria da interpretação: a construção de uma teoria da decisão judicial como condição para a obtenção de respostas constitucionalmente adequadas (corretas)”.

A problemática do ativismo judicial como um ato de vontade do julgador explicita a necessidade de a teoria do direito confrontar a questão da discricionariedade, disso decorrendo justamente a necessidade de uma nova teoria da interpretação.

Para Lenio Streck, o constitucionalismo contemporâneo assenta seus pilares no novo paradigma linguístico-filosófico que supera os modelos interpretativos baseados no esquema sujeito-objeto, criando as possibilidades de confrontação de discricionariedades: “A busca de respostas corretas é um remédio contra o cerne do modelo que, dialeticamente, o engendrou: o positivismo e sua característica mais forte, a discricionariedade”.<sup>287</sup>

Clarissa Tassinari sublinha que a grande diferença da proposta de Lenio Streck é não somente dar uma nova abordagem à interpretação do Direito, mas em enfatizar que a ruptura com a discricionariedade apenas é possível a partir de uma decisão judicial comprometida com a democracia. A teoria da decisão judicial do jurista, sob a perspectiva de condição para a obtenção de respostas constitucionalmente adequadas tem quatro elementos basilares:

a) Um novo modo de conceber o ato interpretativo, possibilitado pelos aportes da Filosofia [...] a utilização do método hermenêutico-fenomenológico, de matriz heideggeriana, possibilitou um novo modo de compreender o fenômeno jurídico, denunciando a dimensão interpretativa do Direito [...]. A isto são agregados os aportes da hermenêutica filosófica gadameriana, no interior da qual o momento de interpretação de um texto deixa de ser percebido de modo

<sup>285</sup> TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 121.

<sup>286</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 350.

<sup>287</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 417.

separado de sua aplicação [...]. O ato aplicativo do Direito deixa de ser um procedimento de extração (reprodução) do sentido do texto (Auslegung) e passa a ser concebido como atribuição de sentido (Sinngebung), que ocorre através de um contexto de intersubjetividade, transformação através da qual Streck faz a primeira ruptura hermenêutica com a tradição: o afastamento das posturas objetivistas (vontade da lei/vontade do legislador).

b) Por sua vez, da teoria do direito de Ronald Dworkin é extraído o segundo elemento estrutural da nova teoria da interpretação que compõe o Constitucionalismo Contemporâneo: a reponsabilidade política dos juízes. [...] Assim, incorporando a noção de integridade do Direito presente na obra de Dworkin, que se traduz na ideia de Direito considerado como um todo (...), Streck afirma que os juízes, ao tomarem suas decisões, devem sentir-se politicamente constrangidos pela comunidade de princípios que constitui a sociedade;

c) Esta responsabilidade política dos juízes se desdobra, também, em um dever de fundamentação [...]. Este dever de fundamentar se desdobra na diferença entre decisão e escolha: [...] No caso da decisão jurídica, esse algo que se antecipa é a compreensão daquilo que a comunidade política constrói como direito (ressalta-se, por relevante, que essa construção não é a soma de diversas partes, mas, sim, um todo que se apresenta como a melhor interpretação – mais adequada – do direito);

d) Por fim, esta exigência de fundamentação não se dá em quaisquer termos, mas a partir do que Lenio Streck passou a chamar de respostas constitucionalmente adequadas [...]. Com este dever de cumprimento da Constituição, a discricionariedade judicial é radicalmente superada [...] Ganha espaço, portanto, o papel dos princípios como fechamento interpretativo e o respeito à história institucional do direito (seu DNA, diria Streck). Com a tese da resposta correta [...] há a segunda ruptura com a tradição: a superação das posturas solipsistas, fundadas na vontade do sujeito. Tal posicionamento revela-se como âmago do constitucionalismo democrático, sendo indispensável para a legitimidade da jurisdição.<sup>288</sup>

Dessa forma, restam delimitadas as características do Constitucionalismo Contemporâneo e os fundamentos a partir dos quais coloca em xeque as bases da discricionariedade judicial e seu conseqüente desdobramento no ativismo judicial.

Nesse ponto pode-se sintetizar quatro problemas atrelados ao ativismo judicial<sup>289</sup>:

1. *Atuação como legislador positivo*: é a forma mais flagrante de ativismo judicial nocivo, pois decorre de comportamento do Judiciário que tem por fim extrapolar sua condição de imparcialidade e produzir construções normativas incompatíveis até mesmo com o que as modernas técnicas hermenêuticas oferecem em termos de preenchimento de lacunas jurídicas e de resolução de conflitos entre normas.

2. *Ofensa ao princípio da separação dos Poderes*: ocorre quando o Judiciário vai além das suas prerrogativas funcionais e toma para si competências que são atinentes a outros Poderes. Embora seja uma modalidade sutil de ativismo judicial, uma vez que a quase totalidade das matérias que competem aos Poderes Públicos pode em algum momento ser objeto de exame pelo Judiciário, a conduta deste encontra limites que devem ser respeitados e muitas vezes estão postos pela própria natureza da causa em julgamento.

3. *Desconsideração por precedentes jurisprudenciais*: ocorre quando, sobretudo em se tratando de precedentes do mesmo Tribunal, a decisão desconsidera ou colide com entendimentos consolidados em jurisprudência

<sup>288</sup> TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. P. 126.

<sup>289</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, June 2012. P. 51.

firmada sobre matéria análoga ou idêntica, sem que, para tanto, tenha ocorrido alguma circunstância nova a ensejar mudança de orientação jurisprudencial. Trata-se também de espécie de ativismo judicial nocivo difícil de ser caracterizada, pois as decisões judiciais são o espaço adequado para que inovações possam surgir, mas tais inovações não podem carecer de sólida fundamentação normativa (não apenas legal) e adequação às exigências do caso concreto.

4. *Decisões judiciais viciadas por decisionismo político*: já expomos que essa é a modalidade mais nociva de ativismo judicial, pois, antes mesmo de se conhecer os pormenores do caso concreto, parte-se de predeterminações e predefinições que fogem dos limites da causa e buscam a satisfação de orientações morais, ideológicas ou políticas que o julgador possui. Ou seja, ocorre quando se busca encontrar qualquer fundamento legal ou jurisprudencial, por mais incompatível que seja com as exigências regulativas do caso concreto, apenas para justificar a adoção de uma decisão já predefinida ideologicamente.

Curioso, a esse ponto, que o avanço do concretismo e do pragmatismo no Brasil teria se dado pela fascinação pelo uso de princípios no Brasil e o desvirtuamento do dever de motivação de decisões, em um contexto de expansão do ativismo judicial<sup>290</sup>.

Enfim, assim como se falar em contingências concretistas das decisões (tratado no ponto 3.2), é essencial se falar em politização dessa concretização, a qual o ativismo judicial é o fenômeno mais evidente. Todavia, não é único.

### 3.3.2. O efeito backlash

O chamado efeito backlash é uma clara referência ao debate relacionado ao exercício da jurisdição constitucional frente à política. Ora, esse chamado “pane de engrenagem” (em tradução livre) nada mais se refere do que uma desaprovação social de uma decisão judicial, uma reação social contrária a um entendimento judicial que muitas vezes declara como inconstitucional determinada legislação<sup>291</sup>:

Em um sentido amplo, o backlash pode ser compreendido como toda reação social vocacionada a hostilizar atos do Poder Público (v.g leis, atos administrativos, atos políticos, decisões judiciais, decisões administrativas etc.) ou de quem lhes faça as vezes. [...] Em um sentido estrito, o backlash designa reações sociais (backlash nacional) ou estatais (backlash internacional), lícitas ou ilícitas, que hostilizam atos e decisões, ainda que não jurisdicionais, do Judiciário (juízes ou Tribunais), Cortes Constitucionais, Tribunais administrativos ou Órgãos Internacionais (v.g Cortes de Direitos Humanos), usualmente conservadoras do status quo.

<sup>290</sup> GABARDO, Emerson; SOUZA, Pablo Ademir de. O consequencialismo e a LINDB: a cientificidade das previsões quanto às consequências práticas das decisões. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 20, n. 81, p. 97-124, jul/set 2020. P. 99.

<sup>291</sup> FONTELES, Samuel Sales. **Direito e Backlash**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Programa de Mestrado da Escola de Direito de Brasília, Brasília, 2018. P.30-31.

Trata-se de um instituto identificado primeiramente no direito norte-americano, e posteriormente citado em alguns casos concretos no Supremo Tribunal Federal brasileiro.

Nos EUA o termo surge na obra “*The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Changes?*” (1991) de Gerald Rosenberg, ao se analisar o famoso caso *Brown v. Board of Education* (de 1954), em que a suprema corte dos EUA reconhece como inconstitucional a segregação racial nas escolas; decisão que surtiria reações sociais em sentido contrário.

O conceito de backlash, todavia, não se apresenta como algo pacífico, mas sim como algo que ainda vem se ajustando incorporando uma ideia de reação da opinião pública a controvérsias políticas<sup>292</sup>:

O fato é que a palavra backlash sofreu uma série de transformações semânticas ao longo dos anos. Em um interessante apanhado realizado por Robert Post e Reva Siegel, da Yale Law School, o vocábulo, segundo o Dicionário de Oxford, significava uma espécie de pane mecânica nas rodas. A expressão também passou a ser empregada para designar um incidente indesejável no molinete de uma vara de pescar. Como anotam os autores, em todos os contextos, o backlash traduzia “efeitos indesejáveis e contraproducentes”. Com o passar do tempo, por volta da metade do século XX, a palavra aproximou-se do seu significado utilizado nos domínios do Direito Constitucional, sendo entendida como uma reação da opinião pública a controvérsias políticas.

Cass Sustein<sup>293</sup> conceitua como uma intensa e duradoura desaprovação social de uma decisão do Judiciário, acompanhada de medidas agressivas para resistir a esta decisão e remover sua força jurídica.

Dworkin, por sua vez, parte do princípio que os tribunais são os locais corretos para a ocorrência de transformações sociais de elevada relevância; de modo que as cortes necessariamente devem estar distanciadas das emoções e paixões sociais. Ainda, para Dworkin, o juiz seria (ou deveria ser) uma espécie de pessoa acima das questões emocionais que permeiam as partes.

Assim, os tribunais produziriam decisões incapazes de conter erros, sendo que o backlash não seria nada mais do que um movimento de resistência contra o que é correto<sup>294</sup>:

Como é intuitivo, a divinização dos Tribunais para a solução de desacordos só pode mesmo vislumbrar o backlash como um inimigo. Na essência, o backlash é uma resistência oferecida à autoridade de uma decisão, conduzindo à periclitção dos dois pilares que a sustentam: o respeito e a obediência. Tanto

<sup>292</sup> FONTELES, Samuel Sales. **Direito e Backlash**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Programa de Mestrado da Escola de Direito de Brasília, Brasília, 2018. P.18.

<sup>293</sup> SUNSTEIN, Cass R. **Backlash's Travels**. University of Chicago Public Law & Legal Theory. Working Paper n.º. 157, 2007.

<sup>294</sup> FONTELES, Samuel Sales. **Direito e backlash**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. P.34.

põe-se em risco a respeitabilidade do decisório, quanto a disposição para obedecê-la. Ontologicamente, portanto, o fenômeno vem para atuar como um obstáculo. Dada a possibilidade de uma reação *backlash* expressar-se por meio de uma desobediência civil, é fácil perceber que o fenômeno social tem aptidão lesiva para desgastar a autoridade das Cortes e, por conseguinte, corroer o próprio Estado de Direito. Logo, a independência dos Tribunais pode ser colocada em cheque, por exemplo, quando a opinião pública hegemônica atua com a intenção deliberada de alterar o conteúdo de decisões judiciais, sobretudo porque não seria dado ao Judiciário caminhar de mãos dadas com o populismo, tampouco fazer uma aliança com a demagogia.

Dworkin defende que os tribunais devem buscar a equidade social, e não de anseios ou pressões que a sociedade pode exercer. Dessa feita, o *backlash* seria um empecilho para trabalho exercido pelas cortes e pelos juristas que a compõem<sup>295</sup>:

O ponto essencial que caracteriza essa corrente é o fato de que, mesmo que se perceba o *backlash* como um obstáculo ou até como uma ameaça, juízes e Tribunais são encorajados a terem ousadia. O fenômeno é visto como um danoso efeito colateral, mas que não deve inibir juízes de adotarem as decisões moralmente corretas. Em *Roe v. Wade*, decisão em que a Suprema Corte Norte-Americana permitiu a realização do abortamento, Dworkin descreve o furioso *backlash* despertado pelo julgado. Apesar disso (e essa é a nota distintiva!), Dworkin considera a decisão como correta, asseverando que o local adequado para sanar essa controvérsia deveria mesmo ser um Tribunal, afinal, caberia a juízes afirmar ou infirmar se o feto era uma “pessoa constitucional”. Em suma: apesar de o *backlash* ser uma ameaça ao status da Corte como fórum de princípios, era isso mesmo que deveria ter sido feito pelos juízes.

Dito isso, apesar do *backlash*, os tribunais se mostram como o ambiente propício para tais discussões de casos delicados; de modo que o *backlash* poderia ser reconhecidos como uma forma de proporcionar a democratização da discussão e incentivar o posicionamento das autoridades competentes.

Cass Sunstein, por sua vez, considera o *backlash* uma consequência sem fundo positivo e potencialmente lesiva ao Estado de Direito; um fenômeno a ser evitado sempre que possível pelos julgadores, trazendo uma ideia de minimalismo judicial.

Sunstein<sup>296</sup> acredita que os tribunais devem interferir o mínimo possível, afim de reduzir os encargos das decisões judiciais e evitar erros por parte das cortes . Ainda as cortes não devem ter pressa para amadurecer suas ideias a fim de construir um direito sem erros, não persistindo uma pressão social para a produção de decisões<sup>297</sup>:

Sem dúvidas, os maiores detratores da proposta teórica de Sunstein são Robert Post e Reva Siegel. Segundo eles, Sunstein, ao lado de outros juristas, vislumbraria o *backlash* como um fenômeno preponderantemente desvantajoso e inclusive ameaçador da solidariedade social.

<sup>295</sup> FONTELES, Samuel Sales. **Direito e backlash**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. P.35-36.

<sup>296</sup> SUNSTEIN, Cass R. **Backlash's Travels**. University of Chicago Public Law & Legal Theory. Working Paper n°. 157, 2007.

<sup>297</sup> FONTELES, Samuel Sales. **Direito e backlash**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. P.38.

Apesar da predileção de Sunstein pelo minimalismo, não se conclua que o jurista defende essa abordagem como adequada para qualquer caso sob exame. O professor de Harvard reconhece que, excepcionalmente, o maximalismo pode ter lugar na postura judicial.

A rigor, uma leitura atenta dos escritos de Sunstein revela que a sua posição quanto ao *backlash* é relativamente inconclusiva. O jurista analisa o *backlash* em quatro mundos hipotéticos, artificialmente criados para filosofar sobre o tema: i) Olimpo; ii) Terra dos Anciãos; iii) Terra Lochner e iv) Atenas.

Tendo o exposto em vista, apesar da predileção pelo minimalismo judicial, Cass Sunstein desenvolve quatro ambientes teóricos, como se quatro cidades utópicas fossem, afim de tratar do efeito *backlash*.

A primeira das cidades é denominada “Olimpo”. Nessa cidade as decisões que os julgadores tomam são precisas e corretas, não sendo passíveis de incorrer em erros. Dessa maneira os murmúrios e lamúrias populares não passariam disso e, portanto, o efeito *backlash* não traria maiores preocupações para as cortes.

Assim, segundo Sunstein, caso o mundo real fosse regido pelas mesmas regras que Olimpo, os julgadores, donos da virtude e da retidão não teriam de ter qualquer atenção para com o *backlash*, uma vez que juízes estariam certos e o público indignado estaria errado<sup>298</sup>.

Já a segunda das cidades é denominada “Terra dos Anciões”. Nessa cidade o que impera é o sentido original que os julgadores empregaram nas normas. A intenção e o sentido original das palavras utilizadas por quem elaborou a lei seriam a regra. Ademais, nesse cenário as cortes seriam muito boas em discernir o sentido constitucional e em entendê-lo, enquanto o público seria muito ruim nesta tarefa<sup>299</sup>.

Dito isso, o efeito *backlash* e as movimentações populares seriam irrelevantes assim como no Olimpo. Dessa feita, sobre a distinção entre as duas cidades<sup>300</sup>:

A distinção é que, no Olimpo, efetua-se uma leitura moral da Constituição, ao passo em que na Terra dos Anciões a leitura é originalista. Basicamente, o diferencial é o método interpretativo. De resto, são muito próximos. Seja como for, segundo Sunstein, mesmo que o Olimpo e a Terra dos Anciões desprezem o risco de *backlash*, em casos extremos, a análise das consequências pode fazer com que se tente antecipá-lo e evitá-lo. Para ele, Juízes desses reinos imaginários podem hesitar em decidir contra a opinião pública, mesmo convictos de que tais decisões estariam em conformidade com o significado constitucional. Na chamada Terra dos Antigos, seria possível valer-se de “doutrinas da justiciabilidade” de modo a evitar más consequências. Entretanto, a regra seria a de indiferença quanto ao *backlash*.

<sup>298</sup> SUNSTEIN, Cass R. **Backlash’s Travels**. University of Chicago Public Law & Legal Theory. Working Paper n.º. 157, 2007. P. 06

<sup>299</sup> SUNSTEIN, Cass R. **Backlash’s Travels**. University of Chicago Public Law & Legal Theory. Working Paper n.º. 157, 2007. P. 07

<sup>300</sup> FONTELES, Samuel Sales. **Direito e backlash**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. P.38.

Assim, é possível compreender que nessa segunda situação hipotética trazida por Sunstein, o backlash também não deveria ser considerado pelos julgadores já que o trabalho interpretativo do sentido original da constituição é de competência absoluta das cortes e não dos populares. Ainda, a população além da falta de competência para realização de tal tarefa, não possuiria razão em suas críticas ao trabalho realizado pelas cortes.

A terceira cidade é denominada “Terra Lochner”. Neste cenário existe uma aproximação mais próxima de Olimpo do que da Terra dos Anciões no seguinte aspecto: o entendimento constitucional provém do julgamento político e moral dos julgadores intérpretes da Constituição. Assim, a legislação constitucional possui diversas ambiguidades e lacunas, sendo que a interpretação correta depende da visão política e dos princípios dos julgadores<sup>301</sup>.

Dessa feita, a diferença primordial da cidade Olimpo é que quando o backlash ocorre é possível assumir que o julgamento coletivo é melhor do que o das Supremas Cortes. Nesse aspecto<sup>302</sup>:

Sunstein considera ainda que, nesse mundo ou nessa dimensão, o ponto de vista dos Juízes sobre princípios e política é frágil, desafiando uma indignação pública que se funda em premissas mais racionais, ou seja, o julgamento público é superior ao dos juízes. Noutras palavras, Lochner land é a terra onde são cometidos os erros judiciais. Aqui, a preocupação com o backlash é mais útil e o fenômeno é visto com mais deferência.

Dessa maneira, os erros judiciais seriam inevitáveis e as decisões tomadas pelos julgadores estariam sempre passíveis de contestação, o que se traduziria efetivamente em uma insegurança jurídica completa. De mais a mais, a confiabilidade das cortes se mostraria abalada, haja visto seus serviços precários.

Já a quarta e última cidade é denominada de “Atenas”. Nessa cidade o autor aproxima o ambiente teórico do constitucionalismo popular. Assim, neste ambiente os juízes não são especialmente bons e nem ruins em sua função de dar sentido às frases constitucionais ambíguas<sup>303</sup>.

Dessa feita, os juízes temem de certa forma o *backlash* pois suas decisões são ora acertadas, não sofrendo maiores empecilhos, e ora incorretas, estando passíveis de

---

<sup>301</sup> SUNSTEIN, Cass R. **Backlash's Travels**. University of Chicago Public Law & Legal Theory. Working Paper n°. 157, 2007. P. 09.

<sup>302</sup> FONTELES, Samuel Sales. **Direito e backlash**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. P.38.

<sup>303</sup> SUNSTEIN, Cass R. **Backlash's Travels**. University of Chicago Public Law & Legal Theory. Working Paper n°. 157, 2007. P. 13.

sofrerem a ira popular. Apesar disso, mesmo as decisões corretas podem sofrer o efeito *backlash*, o que significa que nem sempre a própria população está correta em suas movimentações. Nesse sentido<sup>304</sup>:

Nela, a Corte deve acautelar-se do risco de *backlash*, mas não porque juízes julgam de maneira errônea. Quanto a isso, suponhamos que haja um ceticismo quanto ao erro ou acerto dos magistrados, pois sempre haverá decisões manifestamente boas e ruins. Também não significa que a voz do povo é a voz de Deus e que o povo sempre está correto. A razão para que uma Corte seja cautelosa quanto ao risco de *backlash* é que esse fenômeno reflete o julgamento do povo sobre questões sociais nucleares, bem como a melhor concepção acerca dos direitos fundamentais como igualdade, liberdade etc. O motivo substancial é o autogoverno, que pressupõe ser governado por seus próprios juízos.

Dito isso, percebe-se Atenas seria um ambiente menos extremo do que, por exemplo, Olimpo ou a Terra Lochner, mesmo possuindo suas singularidades utópicas assim como as outras suposições de Sunstein.

Feita essa exposição, é notável que nenhuma das quatro hipóteses de linhas de raciocínio para lidar com o *backlash* se encaixam perfeitamente no mundo real. No Olimpo tem-se uma utopia em que os juízes são, assim como conclui Dworkin, idealizados e não cometem erros em suas decisões. Na Terra dos Anciões a problemática se resolveria pela simples intenção empregada na confecção da Constituição, o que não resolve problemas futuros. Na Terra Lochner a máxima da “voz do povo é a voz de Deus” impera, sem a possibilidade de erro por parte da sociedade. E por fim em Atenas existe uma oscilação entre erros e acertos quanto às decisões proferidas. Em complemento<sup>305</sup>:

Ainda que Cass Sunstein não o tenha dito expressamente, é presumível que o primeiro dos mundos seja uma caricatura do pensamento de Dworkin, com a idealização olímpica do Juiz Hércules e a sua leitura moral da Constituição. O segundo mundo seria um provável espantelho da visão jurídica de Robert Bork e Antonin Scalia. A terceira dimensão, por sua vez, é uma possível referência ao ativismo judicial da Lochner Era. Em arremate, o derradeiro dos mundos seria o imaginário jurídico de juristas como Larry Kramer, Waldron e Tushnet.

Assim, em conclusão, Sunstein traz hipóteses de como lidar com o *backlash* e cenários fictícios que, segundo o próprio autor, não se encaixam perfeitamente ao mundo real. Em verdade, o que perdura na realidade depende da corte de cada país, sendo correto afirmar que um amalgama de diversas características das cidades de Sunstein é o que realmente existe.

<sup>304</sup> FONTELES, Samuel Sales. **Direito e backlash**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. P.38.

<sup>305</sup> FONTELES, Samuel Sales. **Direito e backlash**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. P.39.

Dito isso, pode-se concluir que Sunstein não considera o *backlash* como algo benéfico, entendendo que esse fenômeno deve ser calculado e estrategicamente evitado.

Sob outra ótica, George Marmelstein minimiza os riscos ou pontos negativos do efeito *backlash*. Ou seja, Marmelstein entende que as conquistas judiciais podem ocorrer apenas dessas reações públicas, e que o debate democrático pode se tornar ainda mais amplo e produtivo como no caso envolvendo igualdade sexual<sup>306</sup>:

Cass Sunstein defende uma contenção judicial para que, em casos polêmicos, a solução seja minimalista. Vale dizer: no julgamento de questões polêmicas e controversas, a decisão judicial deveria abordar os pontos estritamente necessários para a solução do caso concreto, evitando tecer considerações morais ou filosóficas de largo alcance. Com isso, restaria espaço para o florescimento do debate democrático nos espaços políticos, evitando o risco de uma atuação judicial com pretensões totalizantes. Embora a preocupação seja legítima, não é possível concluir que o mero risco de uma reação política conservadora seja, por si só, motivo suficiente para justificar o abandono da arena judicial como espaço de luta para a implementação de direitos. Trata-se, sem dúvida, de um fator a ser levado em conta no planejamento dos litígios estratégicos dos direitos, mas não um fator decisivo e absoluto. Há vários outros exemplos que demonstram que o efeito *backlash* nem sempre acarreta um prejuízo para o grupo beneficiado pela decisão judicial. Pelo contrário. O caso da luta pela igualdade sexual é um exemplo que reforça a importância da via judicial para a proteção de minorias.

Sobre os efeitos do *backlash*, cabe ponderar que o *backlash* não é uma mera opinião pública desfavorável sobre certo assunto, já que, caso o *backlash* fosse considerar cada opinião contrária a um ato judicial ter-se-ia a impossibilidade de identificação de suas consequências.

De pronto, contudo, é preciso elencar os dez “sintomas” do *backlash* trazidos por Fonteles<sup>307</sup>:

Os 10 (dez) sintomas mais recorrentes foram elencados nas categorias a seguir:

- críticas jornalísticas ou de personalidades, contumazes, mordazes e tecidas em veículos de mídia diversificados (v.g *Roe v. Wade*, *Kruzifix-Urteil*, descriminalização da maconha na Georgia);
- manifestações sociais: protestos, greves, passeatas, comícios, procissões, desfiles etc.(v.g *Kruzifix-Urteil*, *Roe v. Wade*);
- instrumentalização da decisão na plataforma eleitoral, podendo haver um giro copérnico no resultado de processos eleitorais, ou a perda repentina de mandatos exercidos por políticos tradicionalmente estabilizados na carreira política (v.g *Brown v. Board of Education*, *Goodridge v. Department of Public Health*, *Miranda v. Arizona*);
- reações legislativas (v.g *Kelo v. New London*, *Furman v. Georgia*, *Miranda v. Arizona*);
- atos de desobediência civil;
- insubordinação de autoridades e agentes do Poder Público (v.g *Kruzifix-Urteil*);

<sup>306</sup> MARMELESTEIN, George. **Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional**: reações políticas ao ativismo judicial. Texto-base de palestra proferida durante o Terceiro Seminário Ítalo-Brasileiro, proferida em outubro de 2016, em Bolonha-Itália. P. 08.

<sup>307</sup> FONTELES, Samuel Sales. **Direito e backlash**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. P.74.

- desconfiguração do perfil das Cortes Constitucionais, a exemplo da indicação de autoridades com uma visão distinta da composição majoritária (Roe v. Wade);
- impeachment para a destituição de Ministros das Cortes (em se tratando de juízos singulares; exemplifica-se com o recall para a remoção de juízes – v.g crime sexual no campus da Universidade de Stanford, na Califórnia – EUA);
- ataques à instituição propriamente dita, como atos arbitrários de court packing, corte no orçamento dos Tribunais etc.;
- atentados terroristas (Roe v. Wade), revoltas armadas e guerra civil (Dred Scott v. Sandford).

Quanto a essa lista, todavia, apesar de reações que envolvem terrorismo, percebe-se que a ocorrência do *backlash* não implica necessariamente em exteriorizações violentas; podendo se falar em casos de desobediência tidos como pacíficos. A exteriorização pode ocorrer, ainda, por críticas públicas e irracionais, que poderiam indicar um descontentamento social fruto de ignorância com o assunto<sup>308</sup>:

A primeira maneira de desqualificar uma decisão é endereçando-lhe críticas mordazes, que demonstrem, por exemplo, a sua irracionalidade ou a sua injustiça. As críticas são como uma fâsca na opinião pública, que pode ou não incendiar-se, evoluindo para outras etapas de hostilização. Exatamente por esse risco, alguns Tribunais estão expedindo notas públicas justificadoras das suas decisões, como uma maneira de tentar proteger a credibilidade da instituição e a reputação dos seus juízes. Por exemplo, isso foi feito pela Corte Constitucional da Geórgia e também é uma prática da Corte Constitucional da Romênia. De maneira similar, estudos evidenciam que a Corte Constitucional da Indonésia também é bastante vulnerável à opinião pública, inclusive, ouvindo com muita deferência os pleitos formulados por Organizações Não Governamentais (ONGs) e revelando uma maior propensão para julgar favoravelmente as petições que contam com um maior apoio numérico de pessoas.

Inegável, nos dias de hoje de avanço de mídias sociais, que o *backlash* pode se tornar um fenômeno mais comum. Eis, justamente, o aumento na liberdade de expressão e também um aumento das críticas infundadas a decisões judiciais.

Atualmente, claramente em receio quanto a essas reações públicas, algumas cortes têm publicado notas explicativas de suas decisões, para minimizar problemas. A transparência daquilo que é julgado e como é julgado é uma tônica da atualidade, inclusive com o televisionamento das decisões e discussões no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Enfim, o *backlash*, ao lado do ativismo judicial tratado anteriormente, constitui uma temática delicada no que diz respeito à discussão crítica entorno da jurisdição constitucional e da política.

---

<sup>308</sup> FONTELES, Samuel Sales. **Direito e backlash**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. P.61.

#### 4.3.3. O dualismo da realidade social frente a jurisdição

É inconcebível pensar que o juiz efetua apenas uma cognição literal em relação à lei; não se pode pensar que o Judiciário não interprete a Constituição à luz da realidade social<sup>309</sup>. Eis mais um debate crítico, dentro da jurisdição constitucional e política, de se invocar a realidade social no âmbito decisório, como tratado por Friedrich Muller no capítulo I.

O ator jurídico não está, como quer o senso comum teórico, alheio ao fundo ideológico de si mesmo. A objetividade do convencimento judicial surge do próprio paradoxo subjetivo do magistrado, tendo em vista que resta profundamente influenciado por uma carga de sentimentos externos, sejam motivações ou aspirações ideológicas, psicológicas, momento histórico e cultural.<sup>310</sup>

Ao se tratar da realidade social, interessante a diferenciação feita por Inocencio Coelho entre o conceito de interpretação constitucional e de realidade constitucional, que instigaria em se pensar se a atuação da suprema corte respectiva estaria legitimada socialmente, no contexto da interpretação da obra de Peter Habermas<sup>311</sup>:

Destarte, se a jurisdição constitucional, de forma natural e continuada, conseguir preservar a sintonia entre o programa normativo e o âmbito normativo, vale dizer, entre a *interpretação constitucional* e a *realidade constitucional* - tarefa que será tanto mais facilitada, quanto maior for a sua capacidade para auscultar e compreender os anseios sociais -, as cortes que exercem essa jurisdição *política* estarão legitimando os resultados da sua atividade hermenêutica e, provavelmente, até mesmo preservando a sua própria *existência* no marco do Estado Democrático de Direito. Afinal de contas, embora situadas fora e acima dos demais Poderes – enquanto instâncias supremas cuja atividade hermenêutica não sofre qualquer limitação *jurídica* -, essas cortes extraordinárias são, também elas, simples criaturas constitucionais e, nessa condição, não se acham imunes às reações sociais.

Seguindo esse raciocínio, Inocencio Coelho chama a atenção da necessidade do Supremo Tribunal Federal ter uma compreensão mais profunda entre a norma e seu contexto social de aplicação:

Noutras palavras, se tirar todo o proveito do quanto lhe poderão proporcionar esses privilegiados sensores sociais, o STF enriquecerá a interpretação constitucional pela reintegração entre domínio normativo e programa normativo, entre realidade constitucional e texto constitucional, reintegração que se faz tanto mais necessária quanto sabemos que esses elementos se

<sup>309</sup> HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição**. Porto Alegre: Antonio Fabris Editor, 1977, p. 100.

<sup>310</sup> ROSA, Alexandre Moraes; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. Editora Lumen Juris, 2ª Edição. Rio de Janeiro. 2011. p. 35.

<sup>311</sup> COELHO, Inocencio Martires. As ideias de Peter Habermas e a abertura da interpretação constitucional no Direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 211, jan/mar 1998. P. 127-128.

implicam e se exigem reciprocamente, como condição de possibilidade da *compreensão*, da *interpretação* e da *aplicação* de qualquer modelo jurídico. De resto - como lembraram, com toda a pertinência, os próprios autores dessa proposta legislativa - a controvérsia constitucional não configura uma simples *questão jurídica* de aferição da legitimidade da lei em face da Constituição. Muito mais complexa do que uma *asséptica* comparação *lei com lei*, a questão constitucional, até mesmo pelas conseqüências do seu desfecho, exige um acurado cotejo entre a *norma* e a *situação normada*, porque sem o exame dos *fatos* nada nos dizem as *formalizações jurídicas*.<sup>312</sup>

Eis um ponto interessante, de que o parlamento apresenta uma dificuldade em produção normativa mais eficiente dada sua composição multiclasse, além da defasagem temporal<sup>313</sup>:

Uma característica da composição multiclasse é a dificuldade de aprovação pelo Parlamento de medidas que afetam interesses específicos. A produção legislativa depende de composições de interesses entre os diversos grupos de representantes dos eleitores. A formação de maiorias é um fenômeno circunstancial e muito delimitado.

A composição multiclasse do Parlamento acarreta a inviabilidade de Leis de conteúdo específico e determinado, eis que esse tipo de lei tende a estabelecer restrições a interesses representados no Parlamento. Logo, difundiu-se a solução de leis de conteúdo geral e impreciso, que não estabelecem de modo exato a solução a ser adotada.

Outro aspecto relaciona-se com a tendência à defasagem de normas concretas. Quanto mais específica uma norma, tanto maior é a possibilidade da sua inadequação para solucionar novos problemas produzidos pela realidade dos fatos.

Entretanto, na esteira de Marcelo Cattoni<sup>314</sup> e Lenio Streck, importante estabelecer um certo limite, não podendo o judiciário negar a Constituição simplesmente escutando a “voz das ruas”. Nesse sentido<sup>315</sup>:

Traduzindo em termos mais claros: é o dualismo que fundamenta a sobreposição da “voz das ruas” sobre a Constituição. Tempos interessantes estes em que vivemos: tempos em que o clamor social é capaz de afastar a densidade principiológica da Constituição que lhe dá sustentação. Tempos em que a “voz das ruas”, seja lá o que isso signifique, é capaz de dizer que, onde está escrito x, deve-se ler y.

Em países como nosso, uma visão de uma “realidade social” que vem para substituir a Constituição e sua força normativa é uma temeridade. Porque, quando a voz das ruas vale mais que a Carta Maior, viramos uma espécie de democracia plebiscitária. E essa democracia plebiscitária, por sua vez, acaba por validar um *Judiciário* plebiscitário. [...]

<sup>312</sup> COELHO, Inocencio Martires. As ideias de Peter Haberle e a abertura da interpretação constitucional no Direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 211, jan/mar 1998. P. 132.

<sup>313</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Artigo 20 da LINDB — Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito Administrativo - Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro, nov. 2018, p. 18.

<sup>314</sup> STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Revista Argumenta**, Jacarezinho, n. 7, p. 45-68, 2007.

<sup>315</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Se Supremo deve obedecer à voz das ruas, qual é o valor da Constituição?** CONJUR. 28 de Abril de 2018.

Resumindo: se for verdade que o Judiciário (em especial, o STF) deve ouvir a voz das ruas e até existir pesquisa indicando isso, temos a seguinte questão: se a tese é boa, é ruim. Por uma simples razão: se a voz das ruas pode ser mensurada e deve ser levada em conta, já não precisa(re)mos do Judiciário. E a Constituição se torna desnecessária.

Ora, a ideia do dualismo da realidade social e da jurisdição tem um risco muito grande, ou temeridade, como defende Streck e Cattoni. Não poderiam as cortes promover uma normatividade jurisdicional às custas do que defende as ruas, a ponto da Constituição se tornar desnecessária.

#### 4.3.4. O chamado processo estrutural

O processo estrutural (*structural injunction*) teve o seu surgimento nos Estados Unidos<sup>316</sup> entre os anos de 1950 e 1970, e denota outra temática relevante que liga o exercício da jurisdição constitucional e da política.

A noção de processo estrutural, pois, surgiu nos Estados Unidos a partir do ativismo judicial que marcou a atuação do Poder Judiciário norte-americano entre 1950 e 1970. O *leading case*, a ser replicado pelos juízes federais norte-americanos, foi a decisão da Suprema Corte de 1954 (Brown x Board of Education), que determinou o fim da segregação racial no sistema educacional, com escolas para negros e escolas para brancos.

Trata-se o processo estrutural de um litígio estrutural complexo em que se pretende alterar um estado de profunda desconformidade, o substituindo por um estado de coisas ideal<sup>317</sup>.

Trata-se de concepção, com pragmático, que busca a resolução democrática de um problema concreto a partir da judicialização de políticas públicas, com o diálogo entre os poderes. Uma forma de se tentar uma solução global para o problema, e não pontual; uma forma pragmática e concretista de solução de litígios sociais sem estar presa a um processo civil subjetivo tradicional.

Buscando replicar essa experiência do processo estrutural para o modelo brasileiro, defende-se a instauração desse processo de natureza coletiva, com

<sup>316</sup> CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **Covid/19, processo estrutural e ativismo judicial**. 2020. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/depeso/324478/covid-19--processo-estrutural-e-ativismo-judicial> >

<sup>317</sup> DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, H.; OLIVEIRA, R.A. **Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro**. 2020. Disponível em: <[http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1606558/Fredie\\_Didier\\_jr\\_%26\\_Hermes\\_Zaneti\\_Jr\\_%26\\_Rafael\\_Alexandria\\_de\\_Oliveira.pdf](http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1606558/Fredie_Didier_jr_%26_Hermes_Zaneti_Jr_%26_Rafael_Alexandria_de_Oliveira.pdf)> Acesso em: 8 de Junho de 2021. P. 107

identificação precisa da litigiosidade e elaboração/implementação de um plano complexo voltado para certo resultado<sup>318</sup>:

O processo estrutural é um processo coletivo no qual se pretende, pela atuação jurisdicional, a reorganização de uma estrutura burocrática, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação pelo modo como funciona, originando um litígio estrutural. Essencialmente, o processo estrutural tem como desafios: 1) a apreensão das características do litígio, em toda a sua complexidade e conflituosidade, permitindo que os diferentes grupos de interesses sejam ouvidos; 2) a elaboração de um plano de alteração do funcionamento da instituição, cujo objetivo é fazer com que ela deixe de se comportar da maneira reputada indesejável; 3) a implementação desse plano, de modo compulsório ou negociado; 4) a avaliação dos resultados da implementação, de forma a garantir o resultado social pretendido no início do processo, que é a correção da violação e obtenção de condições que impeçam sua reiteração futura; 5) a reelaboração do plano, a partir dos resultados avaliados, no intuito de abordar aspectos inicialmente não percebidos ou minorar efeitos colaterais imprevistos; e 6) a implementação do plano revisto, que reinicia o ciclo, o qual se perpetua indefinidamente, até que o litígio seja solucionado, com a obtenção do resultado social desejado, que é a reorganização da estrutural

Ou seja, partindo da premissa da possibilidade de se implementar o processo estrutural no Brasil, tem-se esse modelo como uma possibilidade de se resolver problemas estruturais com a manutenção da harmonia dos poderes.

Interessante a esse ponto que o processo estrutural, diferentemente do tradicional, tem na decisão de mérito não como um ponto final da resolução do problema, e sim como um ponto inicial. Isso porque, a decisão de mérito, como a do caso citado da Suprema Corte dos EUA, indica a necessidade de um comportamento futuro propositivo dos poderes envolvidos, algo que ocorre em situações ambientais perfeitamente.

Nesse sentido, importante reconhecer que a decisão judicial em um processo estrutural envolve o reconhecimento de uma norma jurídica de conteúdo aberto, seguido da fixação de metas<sup>319</sup>:

Por fim, a decisão estrutural é aquela que, partindo da constatação de um estado de desconformidade, estabelece o estado ideal de coisas que se pretende seja implementado (fim) e o modo pelo qual esse resultado deve ser alcançado (meios). Em essência, a decisão estrutural não estrutura, mas sim reestrutura o que estava desorganizado. Essa decisão tem conteúdo complexo. Primeiro, ela prescreve uma norma jurídica de conteúdo aberto; o seu preceito indica um

<sup>318</sup> VITORELLI, Edilson. 2018. p. 8. **Levando os Conceitos a Sério: Processo Estrutural, Processo Coletivo, Processo Estratégico e Suas Diferenças**. Disponível em: <[https://www.academia.edu/40449066/LEVANDO\\_OS\\_CONCEITOS\\_A\\_S%C3%89RIO\\_PROCESSO\\_ESTRUTURAL\\_PROCESSO\\_COLETIVO\\_PROCESSO\\_ESTRAT%C3%89GICO\\_E\\_SUAS\\_DIFEREN%C3%87AS](https://www.academia.edu/40449066/LEVANDO_OS_CONCEITOS_A_S%C3%89RIO_PROCESSO_ESTRUTURAL_PROCESSO_COLETIVO_PROCESSO_ESTRAT%C3%89GICO_E_SUAS_DIFEREN%C3%87AS)> Acesso em 19 de Julho de 2021. P. 8.

<sup>319</sup> DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, H.; OLIVEIRA, R.A. **Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro**. 2020. Disponível em: <[http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1606558/Fredie\\_Didier\\_jr\\_%26\\_Hermes\\_Zaneti\\_Jr\\_%26\\_Rafael\\_Alexandria\\_de\\_Oliveira.pdf](http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1606558/Fredie_Didier_jr_%26_Hermes_Zaneti_Jr_%26_Rafael_Alexandria_de_Oliveira.pdf)> Acesso em: 8 de Junho de 2021. P. 109.

resultado a ser alcançado – uma meta, um objetivo – assumindo, por isso, e nessa parte, a estrutura deontica de uma norma-princípio.

Nessa linha, a decisão estrutural poderia se definir como aprimoramento do ativismo judicial, consubstanciada não apenas na aplicação direta da Constituição, mas sim em interferência em políticas públicas em questões complexas. Eis que o processo estrutural se apresenta como manifestação pragmática e concretista com clara aderência política.

#### 4.4. Correlacionando pragmática e jurisdição constitucional

Em sua etimologia do grego clássico, o termo “pragma” significa resultado de uma ação<sup>320</sup>:

Quando o homem funda o sistema de sobrevivência a que chamou *pólis*, que o obriga a discutir, calcular, decidir, ocupar-se de sua própria sobrevivência em outra perspectiva que não aquela estruturada pelas comunidades familiares, *os géné*, é exatamente nesse momento que começam a incidir nos textos a palavra *pragma* e alguns de seus derivados como *pragmatikós*, *pragmatikós* e *pragmatéia*. Suas ocorrências surgem quando os homens falam de seus problemas imediatos exigentes de soluções ainda desconhecidas e das tarefas que cumprem objetivando algo

O nascimento do pragmatismo costuma ser referido como tendo acontecido por volta de 1870 nos Estados Unidos da América com três norte-americanos: Charles Sanders Peirce (1839-1914), William James (1842-1910) e John Dewey (1859-1952), tendo os dois primeiros participado da fundação do chamado “Clube Metafísico de Harvard”<sup>321</sup>. Todavia, pode-se dizer que não se refere a “apenas uma noção única e específica de pensamento filosófico”<sup>322</sup>.

A ideia do pragmatismo clássico, em uma visão abrangente, era fornecer uma alternativa às escolas filosóficas até então dominantes: o racionalismo alemão e o empirismo britânico. “Ambas as formas admitem que a verdade seja obtida, quer no mundo sensível, quer num mundo inteligível, num pensamento ou numa razão absolutos. Desta forma, a verdade só poderia ser a transcrição de uma realidade exterior”<sup>323</sup>.

<sup>320</sup> ANDRADE, Rachel Gazolla de. Considerações sobre a palavra *pragma*. **Cognitio Revista de Filosofia**. Ano I, n. I, 2º sem 2000, São Paulo, p. 5.

<sup>321</sup> ARRUDA, Thais Nunes de. **Juízes & Casos difíceis: o pragmatismo de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin**. Juruá, Curitiba, 2014. P. 27.

<sup>322</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**. Belo Horizonte: Letramento Casa do Direito, 2017. P. 223.

<sup>323</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**. Belo Horizonte: Letramento Casa do Direito, 2017. P. 27.

Tendo em conta tal premissa, cabe enfatizar que o pragmatismo clássico apresentou um vínculo entre teoria e prática, buscando erradicar a “verborragia filosófica”, dando mais valor a conjugação da teoria com um conjunto de experiências<sup>324</sup>:

Os pragmatistas clássicos evidenciavam uma necessidade de remodelar a relação passiva e contemplativa entre sujeito e realidade, transformando-a em uma relação ativa e criativa. Ao fazê-lo, concluíram que concepções sobre os fatos são constituídas por nossas atitudes e crenças. [...]

Foi concebido como um método para determinar o significado das palavras, principalmente dos termos filosóficos e científicos e para mostrar que certos problemas filosóficos centrais eram causados apenas por falta de clareza terminológica, sendo preciso erradicar a “verborragia filosófica” insignificante.

Tamanaha<sup>325</sup> destaca que Charles Saunders Peirce, William James, John Dewey e George Herbert Mead foram influenciados pela teoria evolucionista darwiniana; explicação probabilística e o modelo científico de investigação e experimentação, que eles consideravam como contínuos com toda investigação humana:

Os seres humanos se engajam em ações dentro dos ambientes naturais e sociais, seguindo hábitos e costumes, usando ferramentas, atuando em conceitos, crenças e teorias, perseguindo objetivos, aprendendo com as falhas e sucessos, adaptando-se às novas circunstâncias, construindo um corpus de conhecimento coletivo incorporado na linguagem, ideias, conceitos, teorias, hábitos, práticas sociais, normas, regras, princípios, instituições, instrumentos e tecnologia. A qualquer momento, a massa esmagadora do conhecimento na sociedade é o legado de ações anteriores de sucesso, com novas descobertas adicionadas para modificar ou substituir o que veio antes<sup>326</sup>

O ponto central do pragmatismo clássico era a ênfase na utilidade prática da filosofia, dirigindo sua crítica à abstrativização teórica, sem contato com a experiência. Ponto que leva a aproximação da pragmática com a linguagem e a necessária interação, como posto por Ferraz Jr<sup>327</sup>:

A pragmática é uma disciplina ao mesmo tempo antiga e nova. No passado, ela se chamou "retórica" e foi cultivada por gregos e romanos. Modernamente, ela se liga aos estudos de semiótica ou teoria dos signos. Estes são coordenações tríplexes: todo signo se relaciona a algo, para o qual aponta: esta relação é chamada de semântica. Todo signo também se relaciona a outro signo, isto é signos se relacionam entre si: esta relação se chama sintática. Por fim, signos são usados: é a relação ao interpretante ou usuário do signo. Esta última é que se chama pragmática. Do um modo geral, pode-se dizer que uma análise pragmática é um estudo dos aspectos comportamentais no uso dos signos, por

<sup>324</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**. Belo Horizonte: Letramento Casa do Direito, 2017. P. 28.

<sup>325</sup> TAMANAHA, Brian Z. *Pragmatic Reconstruction in Jurisprudence: Features of a Realistic Legal Theory* (March 23, 2020). **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, forthcoming 2021, Washington University in St. Louis Legal Studies Research Paper No. 20-03-11. P. 2.

<sup>326</sup> TAMANAHA, Brian Z. *Pragmatic Reconstruction in Jurisprudence: Features of a Realistic Legal Theory* (March 23, 2020). **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, forthcoming 2021, Washington University in St. Louis Legal Studies Research Paper No. 20-03-11. P. 2-3.

<sup>327</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **A Filosofia como discurso aporético – uma análise da filosofia do ângulo lingüístico-pragmático**. In: A filosofia e a visão comum de mundo. São Paulo: Brasiliense, 1981. pp. 23-35.

exemplo, das palavras. Ver os aspectos comportamentais é situar os problemas do ângulo da comunicação humana, vista como interação de sujeitos que trocam mensagens entre si, definindo assim uma situação.

Os pragmatistas articularam sua posição contra as abordagens filosóficas que buscavam proclamar verdades universais, necessárias e absolutas. O pragmatismo “volta-se contra abstrações e insuficiência, soluções verbais, más razões a priori, princípios fixos, sistemas fechados e verdades absolutas. Ele se dirige para a concretude e adequação, fatos, ações, poder”<sup>328</sup>.

Conforme se depreende da referência feita por Tamanaha, acima transcrita, partindo da própria concepção da teoria darwinista, a natureza humana deveria ser compreendida como um conjunto de adaptações e mudanças, tipicamente exercidas pelas práticas sociais, e não por meio de abstrações teóricas.

Para Peirce o significado de um conceito era dado pelas consequências práticas concebíveis que o objeto de investigação seria capaz de proporcionar e que afetariam a conduta humana. Na concepção de James, por sua vez, o significado pragmático de um termo tem relação com os efeitos práticos que ele provoca na crença do indivíduo, portanto, envolve um método de significação do agir humano e uma teoria da verdade. Peirce pretendia relacionar o significado de uma ideia ou objeto com as consequências práticas que a ideia ou objeto ocasionam, enquanto James associava o significado de uma ideia ou objeto a sensações e reações particulares<sup>329</sup>.

De toda forma, tinham como linha comum não atribuir caráter normativo ao pragmatismo, no sentido de que não dizer nada sobre como deve ser o mundo e o conhecimento que se tem dele. Pragmatismo era um método por meio do qual o significado dos conceitos é depurado pelos fatos, pela experiência; sua postura filosófica testava velhas linhas mestras do conhecimento<sup>330</sup>.

A base das proposições de Pierce era de que o conhecimento seria atividade, e não intuição ou processo racional introspectivo; contudo, para ele, não existia um método de conhecimento *a priori*, pois isso poderia limitar a prática investigativa científica, reforçando a ideia de uma constante inquirição acerca de crenças tidas como

<sup>328</sup> JAMES, 1975, apud TAMANAHA, Brian Z. *Pragmatic Reconstruction in Jurisprudence: Features of a Realistic Legal Theory* (March 23, 2020). **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, forthcoming 2021, Washington University in St. Louis Legal Studies Research Paper No. 20-03-11. P. 6.

<sup>329</sup> DE WAAL, Cornelis. **Sobre pragmatismo**. Tradução Cassiano Terra Rodrigues. São Paulo: Loyola, 2007. P. 53.

<sup>330</sup> ARRUDA, Thais Nunes de. **Juizes & Casos difíceis: o pragmatismo de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin**. Juruá, Curitiba, 2014. P. 29.

incontestáveis, seja por alguma necessidade, carência ou mesmo desconforto da dúvida. “O conhecimento no pragmatismo clássico era participativo, a própria ação humana. Não resulta da observação singela dos fatos, sendo o homem parte de seu próprio conhecimento”. Uma afirmação desconectada da experiência não teria significado; ademais, o significado dos conceitos deveria estar relacionado às suas consequências<sup>331</sup>.

James atribuía à experiência um viés mais psicológico e individual, no sentido de sensações e reações, ao passo que Dewey enquadrava a experiência em duas categorias: “i) a experiência psíquica, visitada em nossa memória, nossa vida psíquica e situações subjetivas e; ii) a experiência social, referente à nossa vida coletiva, (...) à nossa cultura, ao passado do nosso povo, família ou clã”. Dewey também sinalava a experiência como relação entre os elementos do universo, sendo a experiência humana parte importante desses relacionamentos<sup>332</sup>.

Feitas tais considerações, pode-se destacar o antifundacionismo, o contextualismo e o consequencialismo como características do pragmatismo filosófico clássico. O antifundacionalismo como rejeição a conceitos abstratos, o contextualismo como necessário relacionamento com práticas sociais, e consequencialismo como escolha de soluções alinhado com as consequências delas<sup>333</sup>:

i) o antifundacionalismo, que consiste numa rejeição de entidades metafísicas, conceitos abstratos, categorias apriorísticas, princípios perpétuos, instâncias últimas, entes transcendentais, dogmas etc. [...] Rejeita concepção fundacional epistemológica como uma disciplina a priori, cuja missão seja fornecer a base de todas as reivindicações legítimas do conhecimento. Não nega função prática a conceitos como “liberdade”, “igualdade” e “justiça”, mas acredita, ao revés, que o significado destes termos está nas experiências que vivenciamos sobre eles; ii) o contextualismo, de acordo com o qual as investigações filosóficas devem estar atentas ao papel do contexto em seu desenvolvimento, levando em consideração a cultura de uma sociedade e as suas relações com as instituições e práticas sociais. A esse corpo de crenças o pragmatismo dá o nome de “experiência” (...); iii) o consequencialismo, no sentido de que a escolha das soluções para os problemas deve ser feita a partir das consequências práticas concebíveis pela experiência. É, portanto, antecipando consequências futuras que se produz conhecimento no âmbito do pragmatismo. Tais consequências futuras devem ser permanentemente antecipadas para que se possa conhecer qual delas é melhor, a mais satisfatória, útil e benéfica.

<sup>331</sup> ARRUDA, Thais Nunes de. **Juízes & Casos difíceis: o pragmatismo de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin**. Juruá, Curitiba, 2014. P. 29-31.

<sup>332</sup> ARRUDA, Thais Nunes de. **Juízes & Casos difíceis: o pragmatismo de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin**. Juruá, Curitiba, 2014. P. 31.

<sup>333</sup> ARRUDA, Thais Nunes de. **Juízes & Casos difíceis: o pragmatismo de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin**. Juruá, Curitiba, 2014. P. 38.

Traçado este panorama do pragmatismo, a partir de suas origens no pragmatismo filosófico clássico, passa-se, na sequência, à diferenciação com outras abordagens para então chegar ao enfoque do pragmatismo jurídico:

O pragmatismo jurídico implica a tese de que o Direito adote um ponto de vista experimental, secular, instrumental e progressivo, isto é, endereçado para o futuro; não teria essa perspectiva teórica nenhum compromisso com a segurança e a objetividade e, por isso mesmo, propugna que os conceitos e normas sirvam constantemente às necessidades humanas e sociais e que o Direito ajuste suas categorias para se adequar às práticas da comunidade extrajurídica.

Em outros termos: o juiz pragmatista estaria preocupado em descobrir a melhor decisão, isto é, aquela cujas consequências estiverem mais ajustadas às necessidades humanas e sociais<sup>334</sup>.

Influenciado pelo pragmatismo clássico, a partir da década de 1920, entrou em cena o realismo jurídico norte-americano citado no capítulo I dessa tese.

Segundo Bobbio<sup>335</sup>, no século XIX é possível identificar três momentos de emergência de uma maneira peculiar de conceber o direito, que contribuíram para alargar o horizonte da ciência jurídica. O primeiro é representado pela escola histórica do direito, com Savigny, com a mudança de clima do pensamento jurídico derivado da difusão do romantismo; o segundo, de reação antijusnaturalista e também antiformalista, denominado de concepção sociológica do Direito; e o terceiro, considerado o mais violento e radical da revolta antiformalista, que é a concepção realista do direito, que logrou êxito na primeira metade do século XX nos Estados Unidos<sup>336</sup>.

Jorge<sup>337</sup> contextualiza o realismo jurídico como parte das transformações que marcaram o início do século XX, juntamente com o pragmatismo na Filosofia, com a teoria da relatividade de Albert Einstein e a psicanálise de Freud.

Tal movimento teve como precursor Oliver Holmes Jr. - juiz da Suprema Corte norte-americana por muitos anos -, seguido por Roscoe Pound - que se voltou ao estudo

<sup>334</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**. Belo Horizonte: Letramento Casa do Direito, 2017. P. 224

<sup>335</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sucatti. Bauru, SP: Edipro, 2001. P. 63-65.

<sup>336</sup> “A expansão da autoridade judicial começou a ser detectada, já no início do século passado, pelos realistas nos Estados Unidos, a partir de uma série de decisões liberais da Suprema Corte, no que se convencionou chamar de era *Lochner*. Nesse período, a Corte passou a tomar decisões que substituíam a vontade do legislador, por intermédio da doutrina do devido processo legal substantivo. Por essa doutrina, a Corte não apenas se limita a verificar a constitucionalidade formal de um ato normativo, mas também a sua razoabilidade face aos princípios da constituição. No caso *Lochner*, a Corte invalida legislação de cunho social, produzida pelo Estado de Nova York, em face de princípios implícitos pretensamente na Constituição.” VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, n. 8, p. 443, 2008.

<sup>337</sup> JORGE, Cláudia Chaves Martins. **Realismo jurídico e Hart: um debate sobre a indeterminação do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. P. 18.

do direito a partir do que denominou de “jurisprudência sociológica”, referindo-se ao jurista que leva em conta, em sua interpretação e aplicação do direito, os fatos sociais dos quais o direito deriva e que deve regular. A escola realista teve como representante mais radical Jerome Frank, que teria ido bem mais adiante das premissas estabelecidas por seus antecessores<sup>338</sup>.

Ainda conforme Bobbio<sup>339</sup>, Holmes foi o primeiro a repudiar o tradicionalismo jurídico das cortes e a introduzir uma interpretação evolutiva do Direito, mais sensível às mudanças da consciência social.

Holmes<sup>340</sup> defendia que o direito é dinâmico, que não é posto no momento da formação da norma, e que depende do marco temporal de sua interpretação; também alertava que as necessidades morais e políticas se alteram de período a período, a ponto de que mesmo de forma inconsciente os juízes realizam interpretações distintas.

Assim, seu pensamento parte da perspectiva do direito fundamentado na experiência<sup>341</sup>:

A vida do Direito não tem sido lógica: tem sido experiência. As necessidades do tempo, as teorias morais e políticas que prevalecem, as instituições das políticas públicas, claras ou inconscientes, e até mesmo os preconceitos com os quais os juízes julgam têm importância muito maior do que silogismos na determinação das regras pelas quais os homens devem ser governados. O Direito incorpora a história do desenvolvimento de uma nação através de muitos séculos, e não pode ser tratado como se compreendesse tão somente axiomas e corolários de livros matemáticos.

O realismo buscou definir e descredibilizar as teorias jurídicas dominantes “[...] formalistas e objetivas, oferecendo em troca jurisprudência com maior embasamento filosófico, mais iluminada e potencialmente orientada para realidade inesperada que se descortinava”<sup>342</sup>.

Por serem voltadas para a realidade social, as instituições jurídicas deveriam ser realistas quanto às necessidades sociais que visavam suprir, reconhecendo-se, assim, o papel central desempenhado pelo juiz no âmbito do direito.

<sup>338</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sucatti. Bauru, SP: Edipro, 2001. P. 66.

<sup>339</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sucatti. Bauru, SP: Edipro, 2001. P. 65.

<sup>340</sup> HOLMES JUNIOR, Oliver Wendel. **The essential Holmes**. Chicago: Chicago University Press, 1992. P. 287.

<sup>341</sup> HOLMES JUNIOR, Oliver Wendel. **The essential Holmes**. Chicago: Chicago University Press, 1992. P.1.

<sup>342</sup> GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Introdução ao realismo jurídico norte-americano**. 1. ed. Brasília: edição do autor, 2013. P.15.

Tal movimento rejeita o formalismo normativo, estuda o Direito aplicado, especificamente o produzido nos tribunais. Para os realistas, não basta a norma ser revestida de validade (esfera do ‘Dever Ser’), ela tem de ser também eficaz (esfera do ‘Ser’), de modo que o direito a ser seguido não é o que está nos livros, mas o direito em ação. A doutrina da escola realista entende o Direito como um conjunto de normas efetivamente seguidas em uma determinada sociedade. Contudo, quando os realistas referem que direito são as normas efetivamente cumpridas, eles não estão se referindo ao comportamento dos cidadãos, mas sim ao comportamento dos juízes no exercício de suas funções, tanto é que não se preocupam tanto com o legislador, mas com o juiz que aplica a lei estabelecida pelo legislador<sup>343</sup>.

O jurista italiano destaca como principal tese da escola realista:

[...] não existe direito objetivo, isto é, objetivamente dedutível de dados determinados, sejam estes fornecidos pelos costumes, pela lei ou pelo precedente jurídico: o direito é contínua criação do juiz, é obra exclusivamente do magistrado no ato em que decide uma controvérsia. Cai deste modo o tradicional princípio da certeza jurídica, e de fato, qual pode ser a possibilidade de prever a consequência de um comportamento - nisto consiste a certeza -, se o direito é uma contínua nova criação do juiz?<sup>344</sup>

O realismo voltou-se para uma visão aproximativa da realidade social ou pragmática do direito, dando-lhe respaldo a partir de um conhecimento sincrético ou interdisciplinar: “No realismo jurídico norte-americano, a reação ao juspositivismo resultou em um clamor pela interdisciplinaridade com as demais ciências para aproximar direito da realidade social, afastando-se de seu formalismo estéril”<sup>345</sup>.

Assim, os postulados do pragmatismo clássico contribuíram para o desenvolvimento da escola do realismo jurídico e, ao longo do século XX, passaram por sucessivas releituras, conduzindo ao que se denominou de neopragmatismo.

Conforme Arruda<sup>346</sup>, nos anos 1950, as ideias do pragmatismo clássico começaram a ressurgir, com a substituição da fluida noção de experiência dos pragmatistas clássicos por um determinado “comportamento linguístico”. Para a autora, durante as décadas de 1970 e 1980, Richard Rorty, considerado o grande interlocutor do

<sup>343</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sucatti. Bauru, SP: Edipro, 2001. P. 143-144..

<sup>344</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sucatti. Bauru, SP: Edipro, 2001. P.66.

<sup>345</sup> GICO JÚNIOR, Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012. P. 7.

<sup>346</sup> ARRUDA, Thais Nunes de. **Juízes & Casos difíceis: o pragmatismo de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin**. Juruá, Curitiba, 2014. P. 50.

retorno do pragmatismo, deu maior amplitude à fusão entre este e a filosofia analítica, dando origem a um novo movimento filosófico: o neopragmatismo:

Rorty vivenciou a revolução do pós-modernismo, que significou a fragmentação e a descrença nas metanarrativas e o enfraquecimento das teorias filosóficas fundacionais. Viu também que as novas tecnologias da informação democratizaram, em certa medida, o alcance do conhecimento, abrindo os horizontes do cidadão para o mundo e inovações culturais<sup>347</sup>.

Uma das diferenças de abordagem entre os pragmatistas clássicos e os neopragmatistas é de que o conhecimento era consequência da experiência investigativa para os primeiros, passando no neopragmatismo a ser condicionado linguística e culturalmente. A virada linguística é um elemento fundamental para estabelecer as diferenças entre o pragmatismo clássico e o neopragmatismo, uma vez que o lugar anteriormente ocupado pela experiência no pragmatismo clássico passou a ser ocupado pela linguagem no neopragmatismo<sup>348</sup>.

A virada linguística em Rorty preconiza que não temos contato com nossas crenças em si, mas com sua expressão ou justificação, as quais ocorreriam dentro da linguagem, da prática social conversacional. Cada comunidade linguística terá suas regras epistêmicas, por meio das quais seus membros formulam questões, expressam emoções, formam justificações<sup>349</sup>.

Em sociedades plurais podem-se identificar objetivos diferentes, todos com desdobramentos morais, sociais e políticos. No neopragmatismo, o padrão de toda investigação deixa de ser a ciência em si, mas a deliberação sobre as atrações relativas a várias alternativas concretas de ação. Rorty rejeita assim o método científico enquanto modelo para assinalarmos como as coisas “realmente são” em favor do aspecto conversacional da investigação<sup>350</sup>.

Dessa forma, a ausência de preocupação sobre o que seja a investigação ou em quais motivos tenha se declarado, típica do pragmatismo clássico, dá lugar a uma abordagem dos vocabulários que as pessoas usam e em que expressam seus problemas, fins e descobertas<sup>351</sup>.

<sup>347</sup> ARRUDA, Thais Nunes de. **Juízes & Casos difíceis: o pragmatismo de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin**. Juruá, Curitiba, 2014. P. 50.

<sup>348</sup> RORTY, Richard. *The banality of Pragmatism and the Poetry of Justice*. In BRINT, Michael; WEAVER, William. **Pragmatism in law and society**. San Francisco: Westview, 1991. p. 91.

<sup>349</sup> DE WAAL, Cornelis. **Sobre pragmatismo**. Tradução Cassiano Terra Rodrigues. São Paulo: Loyola, 2007. P. 210.

<sup>350</sup> DE WAAL, Cornelis. **Sobre pragmatismo**. Tradução Cassiano Terra Rodrigues. São Paulo: Loyola, 2007. P. 211.

<sup>351</sup> DE WAAL, Cornelis. **Sobre pragmatismo**. Tradução Cassiano Terra Rodrigues. São Paulo: Loyola, 2007. P. 212.

Paralelamente, conforme observa Ferraz<sup>352</sup>, existe um nítido confronto de Rorty com visões como a do pensador alemão Jürgen Habermas – “calcadas em uma aposta no caráter universalista dos pressupostos idealizantes do discurso, apreensíveis pela razão prática”.

O debate entre Habermas e Rorty permite visualizar bem as diferenças na abordagem filosófica do pragmatismo. “Na verdade, Habermas lamenta que Rorty, em vez de levar as consequências do giro linguístico até o seu termo pragmatista, fica numa atitude romântica de decepção a respeito de toda metafísica”<sup>353</sup>.

O foco da crítica de Habermas é o radicalismo de Rorty, pois defende que qualquer sorte de representação de algo que existiria no mundo objetivo é uma ilusão perigosa<sup>354</sup>.

Em artigo a respeito da obra de Rorty, intitulado *Richard Rorty's pragmatic turn*, Habermas<sup>355</sup> afirma:

[...] É verdade que com a virada pragmática a autoridade epistêmica da primeira pessoa no singular, que inspeciona seu eu interior, é repostada pela primeira pessoa no plural, pelo nós da comunidade de comunicação diante da qual toda pessoa justifica suas opiniões. No entanto, é apenas a interpretação empirista dessa nova autoridade que leva Rorty a identificar “conhecimento” com o que é aceito como “racional” segundo os parâmetros de nossas respectivas comunidades.

Habermas introduz uma perspectiva pragmática inspirada primeiramente na pragmática linguística. Ele era contrário a uma redução empirista, sustentando que, da mesma maneira que Kant analisava a consciência em geral, pode-se analisar a comunidade de comunicação em geral:

Mas Rorty, que é nominalista, inscreve-se na tradição empirista e transfere a autoridade epistêmica à prática social corrente da comunidade ‘que é a cada vez a nossa’. [...] Na perspectiva de Rorty, uma empreitada do tipo da pragmática formal seria uma recaída no fundamentalismo<sup>356</sup>.

Para Berten<sup>357</sup>, Habermas refere-se a uma ‘filosofia da história’, que fundamenta a noção de que a guinada linguística é uma aquisição, uma aprendizagem, e não somente uma ‘mudança’ de paradigma ou de perspectiva.

<sup>352</sup> FERRAZ, Sérgio Eduardo. O neopragmatismo de Richard Porty e a reflexão política contemporânea. **Revista de Sociologia e Política**. v.22 n. 49, Curitiba jan./mar. 2014. P. 7.

<sup>353</sup> BERTEN, André Jacques Louis Adrien. Habermas, Direito e Pragmatismo. **Anais do I Congresso de Filosofia do Direito**. Artigos de Palestrantes. PUC Minas, 2011. P. 11.

<sup>354</sup> BERTEN, André Jacques Louis Adrien. Habermas, Direito e Pragmatismo. **Anais do I Congresso de Filosofia do Direito**. Artigos de Palestrantes. PUC Minas, 2011. P. 11.

<sup>355</sup> HABERMAS, Jürgen. *Richard Rorty's pragmatic turn*. In Brandom, R. (ed.) **Rorty and his critics**. Oxford: Blackwell, 2000.p. 37.

<sup>356</sup> HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional**. Ensayos Políticos. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Litera Mundi, 2001. P. 175.

<sup>357</sup> BERTEN, André Jacques Louis Adrien. Habermas, Direito e Pragmatismo. **Anais do I Congresso de Filosofia do Direito**. Artigos de Palestrantes. PUC Minas, 2011. P. 12.

A abordagem dos paradigmas é uma maneira de compreender a história da filosofia que não é uma sucessão contingente de paradigmas incomensuráveis. Ou ainda, o contextualismo<sup>358</sup> - que é uma das características do pragmatismo - “nos faz tomar consciência de um problema para o qual o relativismo cultural apresenta uma falsa solução porque portadora de uma contradição performativa”<sup>359</sup>.

Berten<sup>360</sup> também analisa a possibilidade de tratar o discurso do direito de um ponto de vista pragmático.

[...] para Habermas, o fato de nós podermos criticar o platonismo de nossa linguagem ordinária implica uma reflexividade que leva a uma aprendizagem, o que mostra que as pretensões à verdade possuem uma certa transcendência que supera as condições estritamente empíricas de nossa situação. Essa reflexividade diz respeito à linguagem em geral e permite estabelecer pontes entre a linguagem ordinária e qualquer linguagem especializada. É nesse sentido que uma pragmática linguística pode mostrar como a linguagem ordinária é e deve ser o último intérprete das linguagens especializadas.

De toda forma, o mesmo autor<sup>361</sup> traz uma avaliação moderada do pragmatismo na teoria do direito de Habermas:

[...] não há dúvida de que a influência do pragmatismo sobre o pensamento de Habermas foi forte. Mas ela entrou em tensão com a tentação sistêmica ou sistemática de uma filosofia que passou mais por Hegel, Marx e... Peirce, que por James e Dewey. O debate com Rorty mostra claramente as reticências de Habermas em aceitar as teses mais contextualistas e anti-fundacionalistas do pragmatismo. Seu pragmatismo vem do fato de que o direito articula-se para a resolução de problemas, mas a sua normatividade vem da exigência de uma participação democrática nessa resolução de problemas. Isso significa que toda transformação histórica do contexto social pode ser entendida como um desafio para um reexame da compreensão paradigmática do direito.

A perspectiva do pragmatismo de interpretações mais adaptáveis à estrutura social e econômica mostrou-se atraente ao direito. Conforme já referido, esse movimento preconiza a rejeição de reivindicações fundacionais da teoria jurídica, a partir da utilização do método experimental para resolver problemas jurídicos.

<sup>358</sup> “Também o contextualismo é característica do pragmatismo. Seria isso a importância do papel do contexto no desenvolvimento das investigações<sup>7</sup>, sem se ignorar, porém, que a realidade é mutante. As mudanças geram uma nova versão da verdade, que exige uma adequação contínua<sup>8</sup>. Paralelo a isso, diz-se que um olhar para o futuro, sem uma necessária consistência com o passado é uma marca do pragmatismo. Para Posner, o pragmatismo faz uso crítico da história e observa que casos genuinamente novos não são adequadamente resolvidos através de precedentes e das leis” BRANDÃO, Rodrigo; FARAH, André. Consequencialismo no Supremo Tribunal Federal: uma solução pela não surpresa. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 7, n. 3, p. 834, set./dez. 2020.

<sup>359</sup> HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional**. Ensayos Políticos. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Litera Mundi, 2001. P. 181.

<sup>360</sup> BERTEN, André Jacques Louis Adrien. Habermas, Direito e Pragmatismo. **Anais do I Congresso de Filosofia do Direito**. Artigos de Palestrantes. PUC Minas, 2011. P. 13.

<sup>361</sup> BERTEN, André Jacques Louis Adrien. Habermas, Direito e Pragmatismo. **Anais do I Congresso de Filosofia do Direito**. Artigos de Palestrantes. PUC Minas, 2011. P. 20.

Ao passo que a teoria clássica da decisão jurídica enfatiza a coerência com decisões anteriores (respeito ao precedente), no pragmatismo a preocupação se volta para as consequências da decisão jurídica.

Isso é bem sintetizado pela reflexão de Rosenfeld<sup>362</sup>: “caracterizado por sua orientação em direção ao futuro, adaptabilidade e fluidez, o pragmatismo jurídico pretende oferecer soluções práticas para problemas concretos”.

Para os pragmáticos a teoria é uma ferramenta que pode ajudar os juízes a resolver tais problemas<sup>363</sup>:

Em linhas gerais, o pragmatismo jurídico, construção da filosofia do direito norte-americana, é uma teoria crítica de outras imagens tradicionais de direito e, mais especificamente do sistema de decisão judicial. Critica a visão clássica do direito norte-americano, que enfatiza a qualidade universal e fundacional dos fatos jurídicos especificamente, a análise minuciosa do precedente e argumento da analogia. Rejeita a imagem metafísica do processo decisório enquanto busca de fundação que não seja a experiência e os métodos empíricos. O direito, como qualquer outro domínio do saber, é visto como conceito essencialmente aberto, testado e revisado continuamente sendo dispensável qualquer alegação fundacional.

Um dos maiores referenciais do pragmatismo jurídico atualmente é Richard Posner, com um pragmatismo centrado na decisão judicial, que mescla pragmatismo clássico, realismo jurídico, neopragmatismo, além de análise econômica do direito, verificando-se matizes de todos esses movimentos ao longo de seu trabalho.

Para Posner, pragmatismo significa olhar para os problemas concretamente, experimentalmente, sem ilusões, isento de teorizações, generalizações e ponderações filosóficas. De modo que, o juiz pragmatista não despreza as fontes formais do Direito ou os precedentes judiciais; contudo, apenas fazem-se ponto de partida, pois devem ser sopesados com as consequências positivas ou negativas que a decisão possa ter em termos (sobretudo) econômicos, sociais e políticos. Ora, como Esteves<sup>364</sup> explica, o pragmatismo jurídico possui como foco às consequências práticas que uma decisão pode acarretar.

De acordo com Arruda<sup>365</sup>, a virada pragmática de Posner está estruturada principalmente em três obras - *The Problems of Jurisprudence* (1990), *Overcoming Law*

<sup>362</sup> ROSENFELD, Michel. *Pragmatism, Pluralism, and Legal Interpretation: Posner's and Rorty's Justice without Metaphysics Meets Hate Speech*, 18 Cardozo Law Review 97 (1996). P. 98.

<sup>363</sup> ARRUDA, Thais Nunes de. **Juízes & Casos difíceis: o pragmatismo de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin**. Juruá, Curitiba, 2014. P. 15-16.

<sup>364</sup> ESTEVES, Heloísa Borges Bastos. *Economia e Direito: Um Diálogo Possível*. 2010. Tese (Doutorado em Economia). 252 f. – Programa de Pós-Graduação em Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

<sup>365</sup> ARRUDA, Thais Nunes de. **Juízes & Casos difíceis: o pragmatismo de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin**. Juruá, Curitiba, 2014. P. 19.

(1995) e *The Problematics of Moral and Legal Theory* (1998), seguidas de três importantes reflexões-síntese: *Frontiers of Legal Theory* (2001), *Law, Pragmatism and Democracy*, (2003) e *How Judges Think* (2008).

Posner<sup>366</sup> critica dois grandes postulados da teoria geral do direito: a autonomia e a objetividade.

A indiferença à manutenção da autonomia do direito permite uma maior abertura a outras áreas do conhecimento; o pragmatismo jurídico propõe a inclusão no processo decisório de ferramentas metodológicas de outras áreas do conhecimento que possam torná-lo mais claro, devendo ser o direito pensado como uma prática social e política, enraizada em um contexto específico, sem bases seguras, instrumental. Já o questionamento da objetividade conduz à ideia de que o direito não é fonte de respostas determinadas, mas sim questões polêmicas e litigiosas<sup>367</sup>.

Sobre o uso prático do pragmatismo jurídico, como uma teoria da decisão, Mendonça<sup>368</sup> defende primeiramente uma justificativa do magistrado para a possibilidade de utilizar o pragmatismo, para só após passar a utilizá-lo sem confronto direto com outros argumentos, admitindo-se a possibilidade de universalização sob pena de se instaurar um casuísmo.

Tudo o que teoria pragmática defende, desde o pragmatismo clássico e o realismo jurídico, até atualmente, é a rejeição da ideia de que o direito é algo fundado em princípios permanentes e realizado através de manipulações lógicas desses princípios<sup>369</sup>.

Refere-se, assim, ao pragmatismo como<sup>370</sup>:

[...] abordagem prática e instrumental, não essencialista: interessa-se por aquilo que funciona e é útil, e não por aquilo que ‘realmente é’ (...) olha para frente e valoriza a continuidade com o passado somente na medida em que essa continuidade seja capaz de ajudar-nos a lidar com os problemas do presente e do futuro.

<sup>366</sup> POSNER, Richard. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. P. 607.

<sup>367</sup> POSNER, Richard. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. P. 77.

<sup>368</sup> MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico: a intervenção do Estado na economia** à luz da razão pública e do pragmatismo. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

<sup>369</sup> POSNER, Richard. **Para além do Direito**. Tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009. P. 428.

<sup>370</sup> POSNER, Richard. **Para além do Direito**. Tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009. P. 04.

Butler<sup>371</sup>, discorrendo acerca do pragmatismo jurídico, ressalta a estranheza de autores com matrizes ideológicas das mais variadas fundarem-se em uma concepção pragmática do direito:

Um olhar sobre os autores listados como pragmatistas jurídicos levanta a questão de saber se existe um centro coeso para tal postura. Se juízes de direita e feministas de esquerda podem defender a mesma posição, existe algo de suspeito nela. Pode-se cogitar de que não existe nenhuma integridade em uma postura que possa reivindicar adeptos de tais campos radicalmente opostos. Inevitavelmente é possível imaginar que o conceito seja tão brando ou "banal" a ponto de comandar a aceitação universal ou o projeto funcione como uma cortina de fumaça para agendas individuais.

Na mesma linha, Tamanaha<sup>372</sup> observa que uma característica peculiar dessa corrida ao pragmatismo foi a participação de pensadores de todo espectro de posições teóricas e inclinações políticas, reunindo desde leituras economicistas, como a de Richard Posner, até abordagens da teoria jurídica crítica feminista e de minorias raciais, como as de Martha Minow e de Margareth Radin, respectivamente.

Ainda assim, pode-se dizer que existe um conjunto de propostas essenciais que definem um traço característico das diversas abordagens do pragmatismo:

Dada a dificuldade de caracterização acima indicada, o pragmatismo jurídico pode ser considerado, em linhas gerais, como uma postura argumentativa que serve primordialmente àqueles que querem legitimar argumentos e decisões juridicamente em dois pilares: i) naquilo que é desejável para a comunidade no futuro e; ii) naquilo que é inevitável para ela no presente, já que o passado constitui parte necessária da compreensão da realidade que se impõe no exercício interpretativo e argumentativo conduzido por seus adeptos.<sup>373</sup>

Por fim, cabe referir que existem importantes críticas ao pragmatismo jurídico, como a apresentada por Ronald Dworkin, que aplica o conceito de integridade ao direito, com princípios consistentes ao longo do tempo para embasar decisões judiciais, formando a ideia de precedentes judiciais<sup>374</sup>.

A integridade, portanto, exerce o importante papel de manter a consistência entre a decisão judicial atual e os precedentes. O Juiz Hércules, por meio dos princípios, pode

<sup>371</sup> BUTLER, Brian E. *Legal Pragmatism: Banal or Beneficial as a Jurisprudential Position?*, Essays in Philosophy: vol. 3: Iss. 2, Article 14, 2002. P. 2.

<sup>372</sup> TAMANAHA, Brian Z. *Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law*. Oxford: Cambridge University Press, 2006. P. 127-128.

<sup>373</sup> ARRUDA, Thais Nunes de. *Juizes & Casos difíceis: o pragmatismo de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin*. Juruá, Curitiba, 2014. P. 60.

<sup>374</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. P. 254.

criar direito novo e inovar, mas só poderá fazê-lo na medida em que a decisão que produzir for consistente com a história; algo que o pragmatismo não considera<sup>375</sup>.

A postulação de que se mantenha a consistência com a história é justamente o ponto de maior embate entre o pensamento de Dworkin e o dos pragmatistas<sup>376</sup>.

O juiz pragmatista decide de acordo com as consequências que o seu julgamento pode acarretar. Ele não tem o dever de olhar para o passado, para a história, e só o faria estrategicamente. Ao tomar uma decisão tendo em vista as necessidades sociais presentes e futuras, busca certa consistência com o passado não como um fim em si, mas como um meio de atingir os melhores resultados, de formar a melhor decisão, contrariando o preconizado por Dworkin.

Ou seja, na visão crítica de Dworkin, o pragmatismo se apresenta como um simples ceticismo jurídico, uma simples desconfiança de que na prática não haveriam demandas como pretensões com amparo jurídico verdadeiro; conformando a ideia de um “Direito sem direitos” na prática. Dworkin defende que a corte constitucional deve funcionar como um fórum de princípio e não de política.

O jusfilósofo norte-americano acusa o pragmatismo de ser uma teoria cética que em nada contribui para a teoria do direito. Os pragmatistas revidam afirmando que Dworkin subestima a complexidade da estrutura interna da prática jurídica e tenta dar-lhe limites que já estão contidos nela mesma<sup>377</sup>.

Com efeito, Dworkin não aceita o realismo jurídico, o pragmatismo e, até mesmo, o neopragmatismo:

Dworkin rejeita tanto o realismo jurídico quanto o pragmatismo. Ambos são para ele teorias céticas. Para provar esse ponto ele estabelece uma nítida distinção entre os dois. O primeiro, seria apenas uma teoria semântica do direito (do mesmo modo que o positivismo) e não uma concepção interpretativa, como, pelo menos, seria o caso do pragmatismo. Segundo Dworkin, os realistas não acreditavam nem mesmo na existência do direito, o viam apenas como uma maneira de prever o que os juízes iam fazer, ou seja, meramente como um instrumento. Afirma ainda que, mais do que reivindicações semânticas, as proposições realistas podem ser entendidas simplesmente como tomada de posições políticas provocativas. Os pragmatistas, por sua vez, segundo Dworkin, são aqueles que acreditam que as pessoas não têm direito a nada além de uma decisão judicial que, apesar de interpretar o direito, desconsidera absolutamente o passado.

O pragmatismo seria assim, no entanto, um adversário poderoso, do qual Dworkin esforça-se para se esquivar ao longo de toda a sua obra. [...]

<sup>375</sup> DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. P.254.

<sup>376</sup> POGREBINSCHI, Thamy; EISENBERG, José. Pragmatismo, Direito e política. **Novos Estudos. CEBRAP**, São Paulo, n. 62, p. 107-121, mar. 2002. P; 114.

<sup>377</sup> POGREBINSCHI, Thamy; EISENBERG, José. Pragmatismo, Direito e política. **Novos Estudos. CEBRAP**, São Paulo, n. 62, p. 107-121, mar. 2002. P. 114.

Já o neopragmatismo [...] seria, segundo Dworkin, “uma perda de tempo para a teoria do direito”. As proposições dos neopragmatistas seriam, assim, falsas. [...] Dworkin desafia que os neopragmatistas mostrem qual é a diferença entre as proposições teóricas que eles rejeitam e aquelas ordinárias que aceitam; isto é, os provoca a descrever aquelas proposições que normalmente refutam aprioristicamente. Esse é um desafio que ainda espera resposta<sup>378</sup>.

O pragmatismo, desde suas origens, com Charles Sanders Peirce, William James e John Dewey, articulou uma postura contrária às abordagens filosóficas que buscavam proclamar verdades universais, necessárias e absolutas.

As principais características do pragmatismo filosófico clássico repousam, assim, sobre as noções de antifundacionalismo<sup>379</sup>, por meio da qual rejeita uma concepção fundacional epistemológica como uma disciplina a priori, cuja missão seja fornecer a base de todas as reivindicações legítimas do conhecimento; contextualismo, de acordo com o qual as investigações filosóficas devem estar atentas ao papel do contexto em seu desenvolvimento, levando em consideração a cultura de uma sociedade e as suas relações com as instituições e práticas sociais; e consequencialismo, no sentido de que a escolha das soluções para os problemas deve ser feita a partir das consequências práticas concebíveis pela experiência<sup>380</sup>:

A discussão quanto às consequências práticas de determinada ação ou decisão também é chamada de pragmatismo, e é estudada no campo da filosofia moral. O consequencialismo, nessa seara, é concebido como a característica da “matriz pragmatista” que “prioriza as consequências do ato, teoria ou conceito”. Junto ao consequencialismo, também compõem as características da matriz pragmatista o *antifundacionismo*, tomado como a rejeição sistemática a dogmas e verdades absolutas, apriorísticas e fixas; e o *contextualismo*, que, ao rejeitar abstrações temporais na investigação filosófica e científica, defende a consideração dos contextos social, político, histórico e cultural na pesquisa.

Tais postulados contribuíram para o desenvolvimento da escola do realismo jurídico, que teve como precursor Oliver W. Holmes Jr., preconizando a perspectiva do direito fundamentado na experiência.

<sup>378</sup> POGREBINSCHI, Thamy; EISENBERG, José. Pragmatismo, Direito e política. **Novos Estudos. CEBRAP**, São Paulo, n. 62, p. 107-121, mar. 2002. P. 114.

<sup>379</sup> “Imbuída na ideia de pragmatismo está a de antifundacionalismo. O fundacionalista almeja o encontro da fundação. Significa uma busca para trás na procura de um começo, de um início. O antifundacionalismo, no entanto, significa a ausência desse ponto de parada e a constante produção de novas investigações. Nega uma fundação estática, perpétua e imutável de um pensamento<sup>5</sup>. A realidade, nessa lógica, seria independente das opiniões das pessoas individualmente consideradas, havendo uma nota de falibilidade no ar, o que propulsionaria o esforço pela descoberta. BRANDÃO, Rodrigo; FARAH, André. Consequencialismo no Supremo Tribunal Federal: uma solução pela não surpresa. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 7, n. 3, p. 833-834, set./dez. 2020.

<sup>380</sup> GABARDO, Emerson; SOUZA, Pablo Ademir de. O consequencialismo e a LINDB: a cientificidade das previsões quanto às consequências práticas das decisões. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 20, n. 81, p. 97-124, jul/set 2020. P. 102.

Ademais, por serem voltadas para a realidade social, as instituições jurídicas deveriam ser realistas quanto às necessidades sociais que visavam suprir, reconhecendo-se, assim, o papel central desempenhado pelo juiz no âmbito do direito.

As sucessivas releituras das premissas pragmatistas também conduziram ao que se denominou de neopragmatismo, principalmente por meio de Richard Rorty.

A virada linguística aparece como o elemento fundamental para estabelecer as distinções diferenças com o movimento em sua forma clássica - o lugar anteriormente ocupado pela experiência no pragmatismo clássico passou a ser ocupado pela linguagem no neopragmatismo.

Com seu enfoque em interpretações mais adaptáveis à estrutura social e econômica, o pragmatismo acabou sendo canalizado ao direito. O pragmatismo jurídico aparece, nessa linha, como uma crítica a reivindicações fundacionais da teoria jurídica, a partir do método experimental para resolver problemas jurídicos, voltando especial atenção à teoria da decisão judicial.

Em que pese um dos maiores referenciais do pragmatismo jurídico atual seja Richard Posner, o jurista norte-americano acabou construindo uma visão particular de pragmatismo - o pragmatismo cotidiano, que preconiza que as pessoas se valem da razão prática para fazer seus julgamentos e escolhas a partir das consequências de sua ação.

Dessa forma, apesar de existir um conjunto de propostas essenciais que definem um traço característico das diversas abordagens do pragmatismo, a diversidade de perspectivas sustentadas por pensadores pragmatistas foi objeto de constatação e estudo por vários autores dedicados ao tema.

A isso somam-se importantes críticas ao movimento nas formulações de Lenio Streck. Streck, também influenciado por Dworkin, cita: i) o descompromisso do pragmatismo com a coerência lógica do sistema ao se buscar muitos recursos não-jurídicos para resultados desejáveis; ii) o afastamento da produção democrática do Direito, criando uma verdadeira anti-hermenêutica, enfraquecendo o Direito e satisfazendo modelos utilitaristas; e iii) a criação de um modelo de livre-interpretação que desconsidera que no atual século o Direito é construído perante uma Constituição compromissória, diferentemente dos problemas da época do exegetismo<sup>381</sup>.

Para Streck, quando o intérprete dá o sentido que melhor lhe convém diante do caso concreto, encontra-se diante de uma “neosofismização”, uma vez que o Direito posto

---

<sup>381</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**. Belo Horizonte: Letramento Casa do Direito, 2017. P. 224-226.

deixa de existir, imperando apenas o “Direito” dito pelo intérprete, por instinto e não por uma análise teórica.

#### 4.4.1. O confronto de Dworkin e Posner

Passadas as considerações históricas e teóricas do pragmatismo, e sua correlação com a o Direito, importante descrever o embate nessa temática entre Dworkin e Posner.

O debate acerca da incorporação do pragmatismo ao Direito é um debate que pode aparentar ser recente no Brasil, mas que seria mais remoto “pelo embate entre a teoria do ‘direito como integridade’, representada por Ronald Dworkin, e a teoria instrumento do Direito, entendido como meio para busca de resultado desejados pela sociedade, cujo principal expoente é Richard Posner.”<sup>382</sup>

Dworkin, na sua obra “o império do direito”, apresenta uma evidente crítica ao que ele chama de convencionalismo e pragmatismo, além da sua defesa de um modelo de direito com integridade.

O convencionalismo para Dworkin se relacionaria com o respeito às decisões ou convenções políticas do passado; fato negativo para Dworkin na medida que a formação dessas convenções residiria na discricionariedade dos juízes na solução de um caso sem um precedente pré-estabelecido.<sup>383</sup>

O pragmatismo, por sua vez, volta-se para um prestígio do futuro e não do passado, o que conduz também para discricionariedade judicial em função da sua percepção de realidade. Na sua visão o pragmatismo<sup>384</sup>:

Nega que as decisões políticas do passado, por si sós, ofereçam qualquer justificativa para o uso ou não do poder coercitivo do Estado. Ele encontra a justificativa necessária à coerção na justiça, na eficiência ou em alguma outra virtude contemporânea da própria decisão coercitiva, como e quando ela é tomada por juízes, e acrescenta que a coerência com qualquer decisão legislativa ou judicial anterior não contribui, em princípio, para a justiça ou a virtude de qualquer decisão atual. Se os juízes se deixarem guiar por esse conselho, acredita ele, então, a menos que cometam grandes erros, a coerção que impõem tornará o futuro da comunidade mais promissor, liberado da mão morta do passado e do fetiche da coerência pela coerência.

<sup>382</sup> GABARDO, Emerson; SOUZA, Pablo Ademir de. O consequencialismo e a LINDB: a cientificidade das previsões quanto às consequências práticas das decisões. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 20, n. 81, p. 97-124, jul/set 2020. P. 99.

<sup>383</sup> DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. P. 142-143.

<sup>384</sup> DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. P. 185.

Críticas, ao convencionalismo e pragmatismo, que leva a desenvolvimento da teoria da integridade: equidade, justiça e devido processo legal<sup>385</sup>:

A integridade da concepção de equidade de uma comunidade exige que os princípios políticos necessários para justificar a suposta autoridade da legislatura sejam plenamente aplicados ao se decidir o que significa uma lei por ela sancionada. A integridade da concepção de justiça de uma comunidade exige que os princípios morais necessários para justificar a substância das decisões de seu legislativo sejam reconhecidos pelo resto do direito. A integridade de sua concepção de devido processo legal adjetivo insiste em que sejam totalmente obedecidos os procedimentos previstos nos julgamentos e que se consideram alcançar o correto equilíbrio entre exatidão e eficiência na aplicação de algum aspecto do direito, levando-se em conta as diferenças de tipo e grau de danos morais que impõe um falso veredito.

A integridade também é dividida por Dworkin em integridade na legislação (quanto a observância dos princípios do direito) e integridade no julgamento (quanto ao respeito de precedentes).

Posner<sup>386</sup> considera o pragmatismo como a melhor opção, justamente por sua “disposição para fundamentar julgamentos de políticas públicas em fatos e consequências em vez de conceitualismos, generalidades, devoções e slogans”. Entre as devoções rejeitadas está a ideia de perfeição humana; a concepção pragmatista da natureza humana não tem ilusões. Entre os conceitualismos rejeitados estão teorias morais, jurídicas e políticas, quando estas se oferecem para guiar a tomada de decisões jurídicas e outras formas de decisão.

Arruda<sup>387</sup> assim sintetiza as pretensões pragmáticas do jurista norte-americano:

Em suma, Posner identifica três características principais em seu pragmatismo jurídico: i) a desconfiança de respostas corretas e entidades metafísicas ou abstratas (“verdade”, “natureza”, “realidade” etc.), como garantia de certeza epistemológica, ética ou política; ii) a insistência de que as proposições sejam testadas por suas consequências, pela diferença prática que elas fazem em nossas vidas, e; iii) a insistência em julgar os nossos projetos, de caráter científico, ético, político ou jurídico, de acordo com as necessidades humanas e sociais ao invés de critérios objetivos e impessoais (OL, 2009, p. 417).

Para a autora<sup>388</sup>, Posner constrói uma visão particular de pragmatismo – o pragmatismo cotidiano:

Posner se afastará dos pragmatistas clássicos ao rejeitar o papel de quaisquer teorias, especialmente da filosofia moral, que não conduzam ao experimentalismo e à satisfação de casos indeterminados, ao mesmo tempo em

<sup>385</sup> DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. P. 203.

<sup>386</sup> POSNER, Richard. *Law, pragmatism and democracy*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2003. P. 03.

<sup>387</sup> ARRUDA, Thais Nunes de. **Juízes & Casos difíceis: o pragmatismo de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin**. Juruá, Curitiba, 2014. P. 91.

<sup>388</sup> ARRUDA, Thais Nunes de. **Juízes & Casos difíceis: o pragmatismo de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin**. Juruá, Curitiba, 2014. P. 20.

que se afastará do neopragmatismo ao conceder áreas em que há consenso no direito e na moral, vindo a adotar um ceticismo moderado e um relativismo moral. Nesses termos, construirá uma visão muito particular de pragmatismo, o pragmatismo cotidiano, por meio do qual as pessoas se valem da razão prática para fazer seus julgamentos e escolhas a partir das consequências de sua ação.

De toda forma, a diversidade de perspectivas sustentadas pelos autores pragmatistas, característica do pragmatismo desde as suas origens, revela a complexidade da tentativa de formular uma definição comum do que seria o pragmatismo jurídico e que tipos de consequências práticas poderiam ser extraídas dele, tanto que não seria possível afirmar se é mais correto falar em pragmatismo ou pragmatismos<sup>389</sup>.

Posner acredita que o propósito da interpretação das leis é político e não epistêmico, pois “talvez fosse melhor abolir totalmente a palavra interpretação e, em seu lugar, falar, à maneira pragmática, das consequências das abordagens antagônicas para a função judicial nos casos legais e constitucionais”<sup>390</sup>.

Enfim, Richard Posner, pretendia justificar a ideia de uma hermenêutica jurídica com faces de racionalidade e objetividade, uma hermenêutica científica, voltada para os efeitos e consequências das decisões judiciais. Acreditava que sua teoria era a resolução para o problema da subjetividade valorativa, uma vez que deixava de lado questões especulativas ou de natureza filosófica, mas, por outro lado, considera que há um paralelismo entre a função dos juízes e dos artistas, uma vez que ambos são atores ao combinar técnica com criatividade.

Ora, Posner é considerado, juntamente com Gary Becker, um dos grandes responsáveis pela disseminação das propostas da Análise Econômica do Direito (AED). Essa referência não será objeto de aprofundamento neste estudo. De toda forma, em linhas gerais, cabe pontuar a AED como o movimento teórico que defende a utilização da economia e seus instrumentos para avaliar a adequação de determinada norma frente às suas reais consequências sobre a sociedade. A ligação da AED com o pragmatismo decorreria justamente do trato jurídico dissociado de questões filosóficas. “O objeto da análise pragmática é afastar a discussão das questões semânticas e metafísicas e aproximá-las das questões factuais e empíricas”<sup>391</sup>.

---

<sup>389</sup> ROSENFELD, Michel. *Pragmatism, Pluralism, and Legal Interpretation: Posner's and Rorty's Justice without Metaphysics Meets Hate Speech*, 18 Cardozo Law Review 1996. P. 98.

<sup>390</sup> POSNER, Richard. *Problemas de filosofia do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. P; 365-366.

<sup>391</sup> POSNER, Richard. *Law, pragmatism and democracy*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2003.

#### 4.5. A formação de uma hermenêutica consequencialista

A hermenêutica consequencialista, ainda que muitas vezes não é reconhecida por essa nomenclatura, está presente no Direito com forte ligação com o chamado pragmatismo tratado anteriormente. Trata-se da avaliação das consequências decisórias como elemento do exercício jurisdicional.

A defesa e a crítica desse modelo consequencialista apresenta pólos na doutrina com posicionamentos igualmente defensáveis.

Tem-se de um lado aqueles que são chamados muitas vezes de juspositivistas, que defendem que o racicínio judicial como um silogismo entre o fato e a norma, no qual o magistrado não precisa e não deve avaliar consequências; cenário que se destaca o pensamento de autores como Ronald Dworkin.

Em outra ponta, tem-se aqueles que reagem ao juspositivismo, com defesa da necessidade dos juízes avaliar as consequências de suas decisões; cenário que se destaca a escola referida como análise econômica do Direito e autores como Richard Posner. Para estes, “não podemos mais negar que os juízes buscam ter um comportamento eficiente e, até de forma inconsciente, adotam raciocínios privilegiando o custo-benefício de suas decisões”<sup>392</sup>. Os dois autores citados no ponto anterior.

Outra dicotomia doutrinária, para além de Posner e Dworkin, é de Sunstein e Drakeman; Cass Sunstein que defende o consequencialismo como forma legítima de interpretação legal, e Donald Drakeman que o critica diretamente, defendendo como impesável utilizar meras suposições como forma de ignorar preceitos legais claros.

Acerca de Cass Sunstein<sup>393</sup>:

Cass Sunstein, em seus estudos sobre a matéria, defende o consequencialismo como forma legítima de interpretação. Isso implica reconhecer o valor da aferição das consequências na fundamentação judicial, mas limitá-la ao sentido semântico do texto normativo. Se o julgador o respeitar, estaria livre para utilizar outros métodos que façam o sistema jurídico melhor. O autor traz um questionamento que sintetiza sua linha argumentativa: “se as consequências de um julgamento forem terríveis, e se estas consequências puderem ser evitadas por outra abordagem, não deveriam os julgadores considerar a outra abordagem?”. O autor, no entanto, não oferece nenhum critério para definir o que seria uma consequência terrível. Nesse ponto, a crítica de Dworkin quanto à ausência de critério objetivo para definição do bem comum também pode se aplicar à teoria de Sunstein.

<sup>392</sup> KLEIN, Vinicius. Teorema de Coase. In: RIBEIRO, Maria Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. P. 12.

<sup>393</sup> GABARDO, Emerson; SOUZA, Pablo Ademir de. O consequencialismo e a LINDB: a cientificidade das previsões quanto às consequências práticas das decisões. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 20, n. 81, p. 97-124, jul/set 2020. P. 108.

E em sentido contrário Donald Drakeman<sup>394</sup>:

Donald. L. Drakeman, em pesquisa que explicitamente rebate os argumentos de Sunstein, relembra o fato de que durante séculos a interpretação era centrada nas intenções do legislador ou no sentido semântico do texto constitucional, e que apenas na pós-modernidade as escolas começaram a sugerir a inclusão das consequências da decisão como fator base das decisões judiciais. O autor defende que argumentos consequencialistas são um verdadeiro chamado para os juízes ignorarem as decisões legislativas em detrimento das preferências das cortes, especialmente em países com a possibilidade de controle de constitucionalidade por cortes superiores. Ainda, segundo Drakeman, a abertura do sistema jurídico a fundamentações consequencialistas implicaria incerteza na previsão dos resultados das decisões judiciais, pois as consequências consideradas seriam aquelas que o juiz imagina que possam ocorrer. Salvo nos poucos casos em que há um estudo técnico lastreando a decisão, os argumentos consequencialistas não passariam de mera suposição. Com o fim em mente, as técnicas de interpretação podem se flexibilizar o suficiente para se ajustarem ao resultado desejado. Nesse sentido, a interpretação passa a ser um meio para alcance das consequências desejadas pelo julgador.

Há quem defenda, inclusive, que Hans Kelsen foi uma voz favorável ao consequencialismo<sup>395</sup>.

Independente desses contornos doutrinários, todavia, é evidente que a hermenêutica pragmático-consequencialista está presente na atual jurisprudência brasileira muitas vezes atrelada à ideia conceitual de ativismo judicial.

O que demonstra uma influência brasileira a um quadro histórico muito mais remoto nos EUA, no período de 1897-1937 (chamada “Era Lochner”)<sup>396</sup>, em que a Suprema Corte daquele país se posicionou de forma pragmática-consequencialista dentro do seu modelo de controle difuso de constitucionalidade.

Contudo, paradoxalmente, é necessário reconhecer que a reação ao juspositivismo não se limita à chamada hermenêutica pragmático-consequencialista no Supremo Tribunal Federal. Essa reação também estaria evidente na recepção do neoconstitucionalismo<sup>397</sup>, que nega o juspositivismo e a subsunção legal sem se ater às

<sup>394</sup> GABARDO, Emerson; SOUZA, Pablo Ademir de. O consequencialismo e a LINDB: a cientificidade das previsões quanto às consequências práticas das decisões. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 20, n. 81, p. 97-124, jul/set 2020. P. 108.

<sup>395</sup> MATHIS, Klaus. Consequentialism in law. In: MATHIS, Klaus (org.). **Efficiency, sustainability, and justice to future generations**. Dordbrecht: Springer, 2011. p. 3-29.

<sup>396</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, June 2012. P.38.

<sup>397</sup> “O neoconstitucionalismo pretende explicar um conjunto de textos constitucionais que surgem após a 2ª Guerra [...] não se limitam mais a estabelecer a separação de poderes e delimitar competências do Poder Público, na medida em que passam a positivar diversas garantias fundamentais, estabelecendo, assim, novos limites para a atuação do Poder Público.” “O neoconstitucionalismo reside em um fenômeno político-jurídico surgido no pós-guerra. Já o pós-positivismo consiste num paradigma filosófico que se originou a partir do giro-linguístico e do giro ontológico-linguístico” ABBOD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. P.400 e 401.

consequências de fundo moral do caso concreto, e não econômicas como no caso da AED. Ora, o neoconstitucionalismo foi concebido como reação à Segunda Guerra Mundial, voltando-se a um modelo de Direito não mais positivista, com superação da supremacia legalista do parlamento e ascensão de um forte constitucionalismo atrelado a um forte controle de constitucionalidade.

Deixando de lado, todavia, a discussão sobre o neoconstitucionalismo, importante reconhecer que a hermenêutica consequencialista nada mais se apresenta como a pretensa superação da chamada jurisprudência de conceitos.

Essa jurisprudência de conceitos, por sua vez, é conhecida pelo seu caráter formalista, positivo e sistemático, ao determinar que a interpretação do direito se deva dar unicamente de forma lógico-dedutiva mediante a subsunção. Jurisprudência que sofreu ataques por outras escolas como o exetismo francês e pela escola analítica de John Austin (1790-1859).

Todavia, ao ponto que importa para essa pesquisa, imperioso reconhecer que o consequencialismo decorre de forma mais aproximada do realismo jurídico nos Estados Unidos, que, por sua vez, foi influenciado pelo inglês Jeremy Bentham (1748-1832).

O realismo jurídico norte-americano apresenta autores importantes como Oliver W. Holmes (1841-1935). Eles negam um direito de valores e moral, criticando o que seria uma perigosa indeterminação legal que pode levar a decisões diferentes para casos parecidos. Crítica que o inglês Herbert Hart (1907–1992) também realizou, assim como o alemão Hans-Georg Gadamer (1900-2002).

Ora, evidente que a hermenêutica consequencialista é apenas uma das abordagens que nega os propagados métodos hermenêuticos de Savigny, como métodos que não garantem resultado adequado para aplicação em casos específicos.

Seria a hermenêutica consequencialista, portanto, uma negação do clássico mecanismo de subsunção direta no Direito.

Para se entender essa negação, inicialmente, deve-se reconhecer que a interpretação é um momento no ordenamento jurídico que precede a aplicação ou concretização normativa respectiva. Nesse sentido, cabe diferenciar os conceitos de texto de norma e de norma. A norma difere da norma na medida que é fruto justamente da interpretação do texto jurídico.

Da mesma forma, o conjunto de todas as normas é conhecido como ordenamento jurídico, que deve ter unidade, completude e coerência<sup>398</sup>. Unidade como também consta em Kelsen, coerência como combate de antinomias por critérios de resolução de antinomias<sup>399</sup>, e completude como a pretensão de resolução de qualquer caso concreto.

Esse ordenamento jurídico como um todo, por sua vez, estaria sujeito a interpretação por meio do raciocínio lógico-dedutivo, partindo de uma premissa maior abstrata legal para um menos nos fatos.

Esse raciocínio representa um processo de subsunção ou silogismo, ao menos para o positivismo; processo em que o juiz criaria o direito no caso concreto, com proibição do chamado *non liquet* e revelação da fundamentação respectiva. Sobre o positivismo:

O positivismo jurídico, incorporando o positivismo filosófico, procurou criar uma ciência jurídica com características análogas às ciências exatas e naturais. Sete características merecem ser salientadas: i) a identificação plena do direito com a lei; ii) a completude do ordenamento jurídico (não admissão de lacunas); iii) o não reconhecimento dos princípios como normas; iv) a dificuldade para explicar os conceitos indeterminados; v) a identificação entre vigência e validade da lei; vi) o formalismo jurídico; vii) o não tratamento da questão da legitimidade do direito.<sup>400</sup>

Mais do que isso, esse raciocínio lógico-dedutivo na aplicação da norma também é utilizado no processo de criação da norma, dentro da lógica piramidal do ordenamento por Kelsen. Isso porque seria necessário observar a norma acima na pirâmide para criar a norma inferior.

Ainda retomando Kelsen<sup>401</sup>, vale menção à ideia de moldura na interpretação, na ideia de que a interpretação adequada ao caso concreto – decorrente dessa subsunção tratada – deva estar limitada à moldura imposta pelas normas. A moldura, por sua vez, não seria uma escolha por parte do Direito, mas sim da política; de modo que ao aplicador não são facultadas múltiplas interpretações possíveis.

Ou seja, a subsunção cria uma norma jurídica individual.

A dificuldade posta, todavia, reside na grande indeterminação dos textos das leis, a ponto de ser difícil na prática imaginar uma única interpretação inserida nessa moldura jurídica. O que nos conduz para o reconhecimento de que o interprete faz a escolha da

<sup>398</sup> BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone Editora, 1995.

<sup>399</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 33.

<sup>400</sup> CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. P. 79.

<sup>401</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6ª. ed. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1988.

interpretação possível dentro da moldura utilizando-se de fatores extrajurídicos, como posto pela hermenêutica consequencialista.

O consequencialismo constitui, pois, método de interpretação em que, diante de várias interpretações jurídicas possíveis, o juiz opta pelo cenário com resultados extrajurídicos mais favoráveis, geralmente no campo econômico.

O consequencialismo também apresenta sinônomo na expressão “sinépica”<sup>402</sup>:

Uma palavra de origem grega que pode ser traduzida como pensamento consequencial, a sugerir que a decisão judicial seja tomada com base nas possíveis consequências práticas que ela pode produzir. Com efeito, o consequencialismo (ou sinépica) é o exercício prognóstico realizado pelo magistrado (ou que deve ser realizado) quanto às consequências da decisão proferida no mundo sensível, não só com relação às partes envolvidas na contenda, mas à sociedade como um todo.

O consequencialismo, portanto, impõe ao julgador, diante de mais uma decisão possível juridicamente, considerar as consequências sociais e econômicas da opção a ser escolhida. Ou seja, trata-se de adequar a decisão às consequências a ela associadas:

Aquele estilo de julgamento do juiz que reflete sobre as consequências metajurídicas, indo além do processo e adentrando no impacto social e econômico de suas decisões. Não é que o juiz possa julgar fora da lei, mas dentro de uma margem de abertura que a própria lei confere. Ao juiz torna-se permitido graduar as determinações, considerando as peculiaridades do caso concreto e os efeitos sociais e econômicos da sentença.<sup>403</sup>

Em complemento:

O consequencialismo, para fins do presente estudo, é entendido como uma teoria em que uma ação é considerada correta se ela produz um resultado que maximize determinado tipo de bem. Nesse aspecto, o ‘o bem é definido independentemente do correto e, então, o correto é definido como aquilo que maximiza o bem’. Essa perspectiva é também compartilhada por Bernard Williams ao esclarecer que o que no caso central do consequencialismo ‘uma ação é correta é absolutamente uma noção maximizadora’. Essa ideia de consequencialismo expõe o elemento central deste tipo de teoria; a produção de resultados mensuráveis que possam ser avaliados de acordo com o critério específico.<sup>404</sup>

Enfim, “o objetivo da teoria consequencialista é buscar uma integração entre norma e realidade, saindo do plano abstrato da norma para alcançar o plano dos fatos, (...)”

<sup>402</sup> NUNES, Tatiana Couto. **A sinépica como mecanismo de eficácia das decisões judiciais**: a Eficácia das decisões judiciais com foco nas decisões da jurisdição constitucional STF. Brasília: IDP, 2012. P. 27.

<sup>403</sup> PIROZI, Maurício José Machado. **Consequencialismo judicial - Uma realidade ante o impacto socioeconômico das sentenças**. [2008, Belo Horizonte]. Disponível em: < [http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/artigos/consequencialismo\\_judicial.pdf](http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/artigos/consequencialismo_judicial.pdf) > Acesso em 20 Maio 2020. P. 2.

<sup>404</sup> RIEFFEL, Luiz. **O mundo feito: o consequencialismo na análise econômica do Direito de Richard Posner**. Dissertação de mestrado. UFRGS, 2006. P. 2.

mais que aplicar a norma ao caso concreto, deverá escolher a melhor decisão possível juridicamente”<sup>405</sup>.

Pode-se classificar, ainda, o consequencialismo entre consequencialismo forte e consequencialismo fraco<sup>406</sup>. O forte estaria ligado às decisões que usam exclusivamente a valoração das consequências como justificativa decisória. E o fraco ligado às consequências como caráter subsidiário ou residual das decisões.

Outra forma de classificar o consequencialismo é distinguir o consequencialismo entre consequencialistas jurídico-legais e consequencialistas reais:

Before discussing the consequences of judges' decisions, it is important to be clear about which type of consequences are meant here. A key distinction can be made between *legal consequences* and *real consequences*. According to Lübbe-Wolff, legal consequences are those consequences attached by legal provisions when certain preconditions are met. Real consequences, in contrast, are the *actual* consequences of the validity and application of legal provisions. Real consequences can be further subdivided into the consequences for the parties directly affected by the judgement (*micro-level real consequences*) and consequences for the whole of society (*macro-level real consequences*).<sup>407</sup>

Uma crítica importante aos consequencialistas decorre dos chamados garantistas, que defendem que os juízes consequencialistas teriam uma tendência a ser punitivistas, passando por cima de garantias individuais e direitos fundamentais. Fato que ofenderia o chamado devido processo legal.

Uma outra crítica importante ao consequencialismo reside em sua proximidade com o chamado utilitarismo, da tentativa racional de se maximizar a utilidade. Raciínio que não seria restrito a decisões judiciais, mas a decisões cotidianas de todas as pessoas.

Em oposição ao consequencialismo e sua ligação com o utilitarismo, John Rawls propôs a chamada teoria da justiça como equidade, em que não se admite cálculos com

---

<sup>405</sup> CHAVES, Ana Karina Mendes; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. O consequencialismo e a argumentação jurídica nas decisões dos tribunais brasileiros. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 1, p. 141, abr. 2020.

<sup>406</sup> FALCÃO, Joaquim; SCHUARTZ, Luís Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. Jurisdição, incerteza e estado de direito. **Revista de Direito Administrativo** n. 243. Rio de Janeiro, Atlas, 2006. P. 131.

<sup>407</sup> Tradução livre: “Antes de discutir as consequências das decisões dos juízes, é importante claro sobre que tipo de consequências se referem aqui. Uma distinção fundamental pode ser feita entre consequências jurídicas e consequências reais. De acordo com Lübbe-Wolff, consequências jurídicas são aquelas associadas por disposições legais quando certas condições prévias são cumpridas. As consequências reais, em contraste, são as consequências reais da validade e aplicação das disposições legais. As consequências reais podem ser subdivididas em consequências para as partes diretamente afetadas pelo julgamento (consequências reais de nível micro) e consequências para toda a sociedade (consequências reais em nível macro).” MATHIS, Klaus. *Consequentialism in law*. In: MATHIS, Klaus (org.). **Efficiency, sustainability, and justice to future generations**. Dordbrecht: Springer, 2011. p. 5.

relação a possíveis consequências das ações humanas, ainda que gerem maior bem-estar coletivo<sup>408</sup>:

Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem mesmo o bem-estar da sociedade como um todo pode ignorar. Por essa razão, a justiça nega que a perda da liberdade de alguns se justifique por um bem maior partilhado por outros. Não permite que os sacrifícios impostos a uns poucos tenham menos valor que o total maior das vantagens desfrutadas por muitos. Portanto, numa sociedade justa as liberdades da cidadania igual são consideradas invioláveis; os direitos assegurados pela justiça não estão sujeitos à negociação política ou ao cálculo de interesses sociais.

Essa teoria de Rawls retoma o contratualismo, a concepção do contrato social como mecanismo de cooperação com pessoas livres e iguais. Concepção que fica bem clara em sua outra obra<sup>409</sup>:

Na justiça como equidade, as instituições da estrutura básica são justas desde que satisfaçam os princípios que pessoas morais livres e iguais, numa situação equitativa, adotariam como o objetivo de regular essa estrutura. Os dois princípios mais importantes são os seguintes: a) toda a pessoa tem o direito igual ao mais amplo esquema de liberdades fundamentais iguais que seja compatível com um esquema similar de liberdade para todos; b) as desigualdades sociais são aceitáveis desde que sejam: 1) para o maior benefício dos menos privilegiados; e 2) vinculadas a posições e cargos abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades.

Contra essas críticas, os defensores do consequencialismo afirmam que o consequencialismo não seria um método aplicado a quaisquer casos, mas sim restrito aos “*hard cases*” definidos por Dworkin. O consequencialismo, portanto, seria complementar à subsunção direta das leis.

Há quem defenda também, como MacCormick, que o consequencialismo nada mais é do que um tipo de argumentação<sup>410</sup>:

A argumentação consequencialista envolve a elaboração da deliberação universalizada necessária para a decisão em pauta, examinando seu significado prático pela ponderação dos tipos de decisão que ela exigirá na faixa de casos possíveis que cobrir e avaliando esses tipos de decisão como consequências da deliberação. Essa avaliação não usa uma escala única de valores mensuráveis. Ela envolve critérios múltiplos, que deve incluir no mínimo “justiça”, “senso comum”, “política de interesse público” e “conveniência jurídica”<sup>411</sup>

Enfim, o debate acerca do consequencialismo é extenso.

<sup>408</sup> RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997. P. 04.

<sup>409</sup> RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2ª ed. São Paulo: Ática, 2000. P. 324.

<sup>410</sup> “Desse modo, a argumentação é um ponto de convergência entre a necessária legitimidade e autoridade das decisões judiciais.” SILVA, Diogo Bacha e; VIEIRA, José Ribas. Os itinerários da politização do Supremo Tribunal Federal: do ativismo ao populismo judicial. **Sequência: Estudos jurídicos e Políticos**. Ano 2022, Volume 43, n.91. P. 05.

<sup>411</sup> MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the rule of law**. Oxford: Oxford University Press, 2005. P. 24.

Pode-se dizer, ainda, que a principal origem teórica do consequencialismo reside no realismo jurídico norte-americano, que tem Oliver W. Holmes (1841-1935) como seu principal expoente. Oliver W. Holmes bem defendia que o direito é dinâmico, alertando que as necessidades morais e políticas se alteram de período a período, a ponto de que mesmo de forma inconsciente os juízes realizam interpretações distintas.

Ora, “no realismo jurídico norte-americano, a reação ao juspositivismo resultou em um clamor pela interdisciplinaridade com as demais ciências para aproximar direito da realidade social, afastando-se de seu formalismo estéril”<sup>412</sup>.

Enfim, o realismo jurídico se afastou da pretensa teoria pura do direito, culminando em áreas como a Análise Econômica do Direito e os Estudos Críticos do Direito (*Critical Legal Studies*).

Interessante, a esse ponto, que a interdisciplinaridade também ocorreu na tradição europeia-continental no chamado neoconstitucionalismo citado, com a diferença de que os neoconstitucionalistas buscam reaproximar o direito da filosofia. Todavia, essa linha neoconstitucionalista é extremamente criticada pelos consequencialistas<sup>413</sup>:

Ainda que tenha havido algum sucesso em reaproximar o direito da moral e da ética, para que tenhamos uma compreensão plena do fenômeno jurídico e para que os supostos critérios de justiça sejam operacionalizáveis [...] precisamos de teorias que permitam, em algum grau, a avaliação mais acurada das prováveis consequências de uma decisão ou política pública dentro do contexto legal, político, social, econômico e institucional em que será implementada. Em suma, precisamos de uma teoria sobre o comportamento humano.

De qualquer forma, é fato que o consequencialismo contribui muito para formação de instrumentos analíticos capazes de auxiliar o intérprete a identificar, prever e mensurar consequências da concretização das normas.

A Análise Econômica do Direito (AED) surge nesse contexto com a utilização da economia e seus instrumentos para avaliar a adequação de determinada norma frente às suas reais consequências sobre a sociedade.

O principal autor desse movimento é Richard Posner, que defende a AED como uma corrente que evita os extremos do positivismo jurídico e da corrente da livre interpretação, apresentando-se como uma posição intermediária.

---

<sup>412</sup> GICO JÚNIOR, Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2014. P. 10-11.

<sup>413</sup> GICO JÚNIOR, Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2014. P. 07.

Trata-se, pois, a escola do “Law and Economics” ligada a escola de Chicago na segunda metade do século XX, que também apresenta autores como Ronald Cose, Gary Becker e Guido Calabressi.

Para se compreender mais a fundo a tentativa mais bem sucedida de propagação do consequencialismo definido acima, é importante levantar os estudos de Richard Posner na gênese da Análise Econômica do Direito.

São três os fundamentos da teoria defendida por Posner<sup>414</sup>:

- 1) A demonstração da insuficiência de duas importantes teorias sobre o que é a justiça: a visão aristotélica e a justiça como imparcialidade [fairness] de John Rawls, no que tange especificamente ao seu ponto de partida (a posição original) e o princípio distributivo que dela decorre;
- 2) a incapacidade da filosofia moral de auxiliar o direito;
- 3) uma determinada visão econômica do mundo (e seus desdobramentos).

Para Posner, deve-se compreender a economia como a ciência da escolha racional em um contexto de escassez de recursos. O direito, nesse ambiente, teria como função propagar a maximização de riqueza ou a eficiência econômica por interpretações consequencialistas<sup>415</sup>:

Tal postura de Posner encontra arrimo ao impor ao juiz o dever de formar boa motivação de sua decisão, devendo utilizar a linguagem de tais direitos para enfrentar os casos que instintivamente (analisando-se as possíveis consequências das decisões alternativas), não tomando por base apenas sua consciência, tornando o Direito, pois, consequencialista, robustecendo os princípios da segurança jurídica e da isonomia, e por isso mesmo potencialmente reduzindo os voluntarismos. Consequências essas que levam em consideração o caso concreto, o que de fato ocorre, relegando a segundo plano as implicações de ordem teórica. Ademais, Posner, ao partir do conceito de “adjudicação pragmática<sup>88</sup>”, rechaça a possibilidade de o magistrado pragmático julgar pura e simplesmente de acordo com sua consciência.

Todavia, a Análise Econômica do Direito, na própria visão de Posner, apresenta múltiplas abordagens assim como a própria economia<sup>416</sup>:

As análises econômicas do direito compõem-se de dois ramos. O mais antigo, a análise das leis que regulam as atividades explicitamente econômicas, remonta pelo menos às discussões de Adam Smith sobre os efeitos econômicos da legislação mercantilista, as quais ainda hoje representam uma parte importante da análise econômica do direito. Do ponto de vista quantitativo é, de fato, a mais importante. Entre os estudos dessa área incluem-se os de legislação antitruste, tributação e direito societário; os de regulamentação das empresas públicas e do transporte de cargas, e os de regulamentação do comércio internacional, entre outras atividades do mercado. O outro ramo, a

<sup>414</sup> RIEFFEL, Luiz. **O mundo feito: o consequencialismo na análise econômica do Direito de Richard Posner**. Dissertação de mestrado. UFRGS, 2006. P. 5.

<sup>415</sup> SILVA, Diego Saboia e. **A dicotomia doutrinária entre richard posner e ronald dworkin quanto à análise econômica do direito: a reciprocidade jurídico-econômica**. Dissertação de Mestrado, UFSC, 2017. P.67.

<sup>416</sup> POSNER, Richard. **A abordagem econômica do Direito**. In: Problemas da filosofia do direito. São Paulo : Martins Fontes, 2007. P.07.

análise das leis que regulam as atividades não mercadológicas, é de modo geral, muito mais recente. E é precisamente esse ramo que fornece o arcabouço teórico desse livro. Os pioneiros nesse terreno são Ronald Coase e Guido Calabresi.

Este estudo de Posner também apresenta correlação com Ronald Coase, que aborda as decisões dos juízes no sistema da *common law* contaminados por abordagens consequentialistas econômicas. Um estudo empírico<sup>417</sup>:

A hipótese não é a de que os juízes sejam capazes de reproduzir, ou que efetivamente reproduzam os resultados, dos mercados competitivos, mas que, dentro dos limites impostos pelos custos administrativos do sistema judiciário (aos quais se deve atentar em qualquer tentativa de promover a eficiência por meio de normas jurídicas), as decisões judiciais do *common law* conduzem o sistema econômico a um resultado mais próximo do que seria obtido por intermédio da concorrência efetiva, ou seja, no âmbito de um mercado livre, sem externalidades significativas, monopólio ou problemas de informação.

Como já foi tratado, todavia, tem-se uma confusão comum em se associar a Análise Econômica do Direito ao chamado utilitarismo, como forma de desqualificação da teoria. Todavia, Richard Posner bem explica a razão de se diferenciar:

O utilitarismo, no sentido mais comum do termo e também o que usarei aqui, sustenta que o valor moral de uma ação, conduta, instituição ou lei deve ser julgado por sua eficácia na promoção da felicidade (o superávit do prazer comparativamente à dor) acumulada por todos os habitantes (todos os seres sencientes, em algumas versões do utilitarismo) da sociedade, a qual pode representar uma única nação ou o mundo inteiro. Por outro lado, para a economia normativa, uma ação deve ser julgada por sua eficácia na promoção do bem-estar social, termo não raro definido de forma tão abrangente que se transforma em sinônimo do conceito utilitarista de felicidade, exceto pelo fato de que geralmente não se inclui, no conceito de bem estar social, a satisfação de outros seres que não os humanos”.<sup>418</sup>

Posner combate o utilitarismo, tanto que evidencia vícios insanáveis dessa postura, a saber, a inoperância do critério de felicidade, ante a ausência de métrica adequada a aferir o nível de felicidade dos indivíduos em razão dos valores capilarizados inviabilizarem a objetividade da aferição. Dessa forma, não haveria confundir-se efficientismo com utilitarismo, dada a objetividade efficientista, fornecedora de previsibilidade dos gostos dos indivíduos.<sup>419</sup>

Apesar de Richard Posner ser conhecido como principal expoente da Análise Econômica do Direito, e principal alvo de críticas, importante apresentar outros autores

<sup>417</sup> POSNER, Richard. **A abordagem econômica do Direito**. In: Problemas da filosofia do direito. São Paulo : Martins Fontes, 2007. P.8.

<sup>418</sup> POSNER, Richard. **A abordagem econômica do Direito**. In: Problemas da filosofia do direito. São Paulo : Martins Fontes, 2007. P.59.

<sup>419</sup> SILVA, Diego Saboia e. **A dicotomia doutrinária entre richard posner e ronald dworkin quanto à análise econômica do direito: a reciprocidade jurídico-econômica**. Dissertação de Mestrado, UFSC, 2017. P. 125.

como Maccomik e Summers que propagam variantes teóricas para incidência da Economia no Direito.

Enquanto que Richard Posner defende que o Direito deva absorver os argumentos econômicos nas decisões judiciais, com consequências mais benéficas para a sociedade, Maccomik e Summer defende que o raciocínio consequencialista deva estar restrito a produção das normas, não sua aplicação.

Ora, para eles a análise consequencialista não estaria no silogismo do juiz, mas sim nas premissas das escolhas normativas, da construção da norma. Eis que o consequencialismo deveria ser aplicado de forma universal em abstrato, e não individualmente em casos concretos. Raciocínio que vai de encontro com os problemas do ativismo judicial em ações individuais.

Para Maccormick, portanto, o consequencialismo não poderia ocorrer em casos individualmente, mas sim de forma global, para proteção da coerência e coesão do ordenamento jurídico<sup>420</sup>:

A coesão significa a ausência de contradição lógica entre normas jurídicas. Portanto, para a uma decisão ser coesa, ela não pode estar em contradição com alguma outra norma válida e obrigatória do sistema jurídico. Todavia, salienta-se que em uma situação fática extrema a falta de coesão pode ser justificada e interpretada evitando eventuais contradições formais entre as normas.

Além disso, para Maccormick, a ideia de universalidade no consequencialismo envolveria a necessária observância dos precedentes, dos casos do passado para justificar os casos futuros<sup>421</sup>. Ora, para ele, as leis estariam voltadas para certos objetivos racionais, no sentido de assegurar benefícios e evitar malefícios sociais; de modo que, em uma justificação de primeira ordem, a decisão deveria se curvar ao formalismo legal, sendo que apenas em uma justificação de segunda ordem (auxiliar) seria utilizado o consequencialismo para embasar a interpretação de casos futuros.

Por fim, especificamente para Maccormick, a única ideia válida de consequencialismo é aquela que considera todas as consequências de uma decisão, um somatório de custo e benefício; e não uma ideia que ignora a extensão de algum dos efeitos da decisão, de fatores não diretos<sup>422</sup>.

---

<sup>420</sup> MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Oxford University Press Scholarship Online, 2012. P. 106.

<sup>421</sup> MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Oxford University Press Scholarship Online, 2012. P. 76.

<sup>422</sup> MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Oxford: Oxford University Press, 2005. P. 350.

Para Summer, por sua vez, o consequencialismo deve considerar aspectos teleológicos das normas, do desdobramento prático independente da atuação judicial<sup>423</sup>.

Do ponto de vista doutrinário, pode-se dizer que muitos autores brasileiros são entusiastas da hermenêutica consequencialista, em sentido contrário à tradução positivista do século XIX da razão.

Para estes, o realismo poderia auxiliar no preenchimento de lacunas legislativas, até mesmo pela expansão dos chamados enunciados vinculativos e incidentes de julgamento repetitivos na nova dinâmica de precedentes do direito brasileiro<sup>424</sup>.

Logicamente, esse processo de avanço do consequencialismo no Brasil ocorre algumas décadas após os Estados Unidos, com vasta influência da Análise Econômica do Direito<sup>425</sup>:

Embora o discurso econômico do Direito haja principiado, nos moldes propostos pela AED, no crepúsculo da década de 1950 e aurora dos anos 1960, nos EUA, notadamente com Ronald Coase e Guido Calabresi, e logo em seguida (década de 1970) servido de supedâneo para Richard Posner desenvolver teoria autônoma sobre o fenômeno – a *LaE* –, no Brasil a aplicação da Ciência Econômica – em especial a Teoria Microeconômica – ao Direito chegou após cerca de três décadas de seu nascedouro, portanto, já com certa maturidade, até porque nesse hiato houve a assunção do destaque do eficientismo com pretensões totalizantes, até sua atenuação, com a adesão de Posner ao pragmatismo jurídico, após o crivo crítico de Dworkin.

O Supremo Tribunal Federal (STF) tem adotado em vários casos uma postura consequencialista em diversas áreas, como casos de lidam com saúde e tributos. Fato elogiável principalmente para os defensores da análise econômica do direito<sup>426</sup>:

Atualmente, observa-se um aumento significativo da relevância dos fundamentos extrajurídicos na argumentação judicial, em especial econômicos. (...) Para superar essa barreira e incorporar argumentos econômicos (geralmente restritos em perícias etc) nas decisões judiciais, tem-se um conjunto de desafios a serem vencidos, em especial, a incorporação dos argumentos econômicos sem que se perca o papel de controle das decisões judiciais exercido pelo processo de justificação. Bem como o uso de um raciocínio consequencialista sem que se permita que o julgador possa desvincular-se da norma.

<sup>423</sup> SUMMERS, Robert. *Essay in Legal Theory*. Dordrecht: Kuller Academic, 2000. P. 716.

<sup>424</sup> VILLAR, Alice Saldanha. **A influência do sistema do common law no ordenamento jurídico brasileiro**. Abril 2015. Disponível em: <<https://alice.jusbrasil.com.br/artigos/236648454/a-influencia-do-sistema-do-common-law-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em 25 de Maio 2020.

<sup>425</sup> SILVA, Diego Saboia e. **A dicotomia doutrinária entre richard posner e ronald dworkin quanto à análise econômica do direito: a reciprocidade jurídico-econômica**. Dissertação de Mestrado, UFSC, 2017. P. 178.

<sup>426</sup> KLEIN, Vinicius. Teorema de Coase. In: RIBEIRO, Maria Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. P. 141.

Esse movimento estaria ligado à necessidade de se adequar de forma mais eficiente a lei no caso concreto<sup>427</sup>.

Para alguns, ainda, a influência do realismo jurídico no Brasil ocorreu em um movimento liberalizante em que as leis são “flexibilizadas” como forma de valorização da Constituição<sup>428</sup>. Posição, todavia, que também é vista com certa cautela por outra parte da jurisprudência, com um risco de se restringir decisões judiciais a questões de foro íntimo dos magistrados, e com o risco de se ofender a tripartição de poderes.

Outro fato que demonstraria a influência do realismo jurídico na jurisprudência brasileira seria o avanço de uma cultura de precedentes, na vinculação dos magistrados a decisões antigas em casos análogos.

Por outro lado, como contraponto, alguns defendem que o Supremo Tribunal Federal apenas utiliza argumentos consequencialistas de maneira especulativa, sem expressar respeito aos precedentes, nem também coerência argumentativa. Ponto em que o consequencialismo poderia expressar a ideia decisionista.

Para o próprio Richard Posner, esse processo decorreu de uma evolução dos constitucionalistas brasileiros, contrários ao tradicional positivismo<sup>429</sup>:

O Brasil, à semelhança de outros países cujo sistema jurídico é derivado da *civil law* da Europa continental, tradicionalmente adotou a concepção rigorosamente positivista do papel do judiciário. O direito é feito (positivado) pelo poder legislativo; os juízes se limitam a identificar e aplicar as normas legisladas. Nos últimos anos, porém, seguindo a tendência dos tribunais constitucionais da Europa Ocidental depois da Segunda Guerra Mundial, os constitucionalistas brasileiros começaram a adotar uma concepção não positivista da interpretação constitucional, orientando-se por teorias constitucionais como as da ponderação de valores ou interesses, da proporcionalidade e do direito como moral (direito natural). Além disso, cada vez mais se reconhece a textura aberta dos textos legislativos, o que permite e até mesmo impõe o exercício da discricionariedade judicial

Do ponto de vista histórico, ainda, pode-se citar a influência do Ministro Nelson Jobim nessa jurisprudência consequencialista do Supremo Tribunal Federal<sup>430</sup>:

Tal momento, não por acaso, converge com a passagem do homem político Nelson Jobim pela Corte. A tendência politicamente orientada no discurso dos Ministros e, de modo geral, na colocação da Corte diante dos demais ramos políticos e da sociedade civil parece ser herança deixada pelo então Ministro Nelson Jobim. Parece que a chamada “responsabilidade do Judiciário das

<sup>427</sup> GARCIA NETO, Paulo Macedo. **A influência do realismo jurídico norte-americano no direito constitucional brasileiro**. 2008. Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo.

<sup>428</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional**. Editora: Saraiva, 2007.

<sup>429</sup> POSNER, Richard. **Law, pragmatism and democracy**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2003. P.XI.

<sup>430</sup> ANDRADE, Fábio Martins de. O consequencialismo, a modulação temporal dos efeitos e o ativismo judicial nas decisões do Supremo Tribunal Federal e o Estado de Direito. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 172, p. 34-43, jan. 2010. P. 1-2

consequências de suas decisões” foi definitivamente introjetada pela maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, mesmo depois da saída do Ministro Jobim. Ele atribui à consequência o peso do critério determinante nas hipóteses em que há um leque de interpretações justificáveis e logicamente possíveis.

Evidente, nesse contexto, que aplicar o consequencialismo nos *easy cases* não é devido. Por outro lado, evidente que a sua aplicação nos *hard cases* é defensável<sup>431</sup>:

É possível identificar em algumas decisões do STF uma certa ética utilitarista, assim compreendida, uma parte da ética que aprova determinada ação de acordo com suas consequências. Para o consequencialismo, não importa a ação em si. A justiça da decisão de agir é medida pelas consequências. No plano social, o utilitarismo é regido pela máxima de Bentham segundo a qual se deve buscar a maior felicidade para o maior número. A ação social justa é aquela que trará como consequência a maximização da média de satisfação (ou felicidade, ou utilidade) quanto aos seus resultados.

Contudo, admitir a reflexão dos juízes sobre consequências metajurídicas de suas decisões, quanto ao impacto social e econômico, não parece ser algo tão simples de se valorar positivamente. Muitos são os defensores do automatismo, na ideia de que o juiz deve respeito total a legislação sem se preocupar com questões externas ao processo, que seriam da obrigação do legislador.

Richard Posner, no prefácio da edição do seu livro a economia da justiça, todavia, defende com propriedade o consequencialismo e a AED<sup>432</sup>:

Para concluir, devo fazer duas considerações relacionadas com a aceitação da abordagem econômica pela comunidade jurídica brasileira. A primeira diz respeito à formação dos juízes; a segunda, ao caráter do Brasil como país em desenvolvimento, e não ainda plenamente desenvolvido. Nos sistemas de civil law, a formação de advogados e juízes tende a ser estritamente profissional e, portanto, metodologicamente conservadora. Uma concepção do direito que o entenda como fator político, dando ênfase à discricionariedade judicial e à permeabilidade do processo judicial às influências de outras disciplinas, como a economia, não é um modo espontâneo de pensar para advogados e juízes formados na tradição da civil law. Por isso todo esforço para introduzir a análise econômica do direito no sistema brasileiro deve começar nas universidades e faculdades de direito.

Interessante que a aplicação do consequencialismo pode diminuir a incerteza das decisões judiciais, reduzindo-se a margem de incerteza, com a estabilização dos riscos judiciários e aumento da previsibilidade.

<sup>431</sup> VAZ, Paulo. Tutela jurisdicional da seguridade social. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 45, dez. 2011. P. 20.

<sup>432</sup> POSNER, Richard. *Law, pragmatism and democracy*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2003. P.XVII.

Eis que o receio da hermenêutica consequencialista significar a abertura indevida de uma essa caixa de pandora. Receio que seria afastado pela não utilização abusiva de argumentos consequencialistas<sup>433</sup>:

Há uma série de objeções levantadas contra o uso jurídico do argumento consequencialista: (a) preocupações de se manter a autonomia do Direito frente à Política e à Economia, searas em que a análise das consequências constitui trânsito diário; (b) cuidado para não se “abrir a Caixa de Pandora” do argumento, de tal forma que, pelo abuso, todo e qualquer tipo de proposição jurídica contra legem encontrasse alguma fundamentação genérica; (c) receio de que o raciocínio utilitarista, tão próprio ao consequencialismo, terminasse por negar, no limite, a dignidade de certas condutas humanas – que não possuem valor ou produzem resultado prático, e nisso reside seu maior valor. É possível rebater cada uma das críticas, desde que se esteja falando de uso moderado e controlado do argumento pragmático-consequencialista: (a) quanto à autonomia do Direito, é importante que a argumentação jurídica que pretenda se utilizar de argumentos consequencialistas se refira a princípios jurídicos que a eles encaminhem o operador do Direito – como, por exemplo, o “princípio da realidade” do contrato administrativo ou o “princípio da praticabilidade” das decisões judiciais; (b) quanto ao abuso do argumento, é só utilizá-lo com parcimônia, lembrando-se dos riscos; o que costuma acontecer, e, verdade, o que deve ser evitado, é o uso disfarçado do consequencialismo, camuflado entre artigos, precedentes e citações doutrinárias; (c) quanto à terceira objeção, nem todo consequencialismo é utilitarista: é possível avaliar as consequências jurídicas de uma decisão – operando, portanto, análise consequencialista – à luz, por exemplo, da manutenção ou da alteração do sistema de princípios incorporado pela Constituição”.

Certas críticas, inclusive, são realizadas por Ministros do próprio Supremo Tribunal Federal como Marco Aurélio Mello, que defende que a prevalência das consequências sobre o direito legislado resulta na inversão da lógica jurídica<sup>434</sup>:

Esclareço não preconizar, com isso, ignorar-se no processo a quadra vivida. Não perco de vista o horizonte social quando busco a solução dos problemas jurídicos com que me defronto. Aliás, qualquer interpretação jurídica parte da consideração de elementos fáticos, ainda que seja uma interpretação em abstrato, pois, mesmo em casos tais, o magistrado não deixa de formular a hipótese e alcançar conclusões com base na realidade conhecida. O que não posso aceitar é que, presente a obrigação jurídica sob todos os cânones interpretativos – extraída da literalidade, historicidade, sistematicidade e teleologia da Constituição –, simplesmente se deixe de reconhecê-la ante razões de índole pragmática. Impõe-se o contorcionismo técnico para salvar as finanças públicas, mas este é o papel do Tribunal Constitucional? A resposta só pode ser negativa. O Supremo tornou esse enfoque claro ao apreciar casos envolvendo a colisão entre direitos fundamentais, que ficariam submetidos à ineficácia por argumentos de índole financeira. Faço referência a decisões que resultaram no deferimento de coquetéis para tratamento da Aids, direito à matrícula em creche, direito a tratamentos médicos e internação hospitalar – vejam, por exemplo, os acórdãos relativos ao Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286-8/RS, ao Recurso Extraordinário nº 436.996-6/SP, ambos relatados pelo Ministro Celso de Mello, ao Recurso Extraordinário nº

<sup>433</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Interpretação consequencialista e análise econômica do Direito Público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade**. IN: Regulação e Agências Reguladoras Governança e Análise de Impacto Regulatório. Brasília: Casa Civil/ANVISA, 2009, p. 29.

<sup>434</sup> STF. RE 565.089.

226.835-6/RS, relatado pelo Ministro Ilmar Galvão. Invariavelmente, este Tribunal tem assentado a plena eficácia da Carta, colocando em segundo plano considerações pragmáticas. O Supremo não deve ser um filtro pragmático quanto a disposições constitucionais cuja eficácia depende de recursos para que seja concretamente observada.

Interessante a este ponto reconhecer que o consequencialismo é utilizado muito mais como técnica para justificar a improcedência de pedidos do que para concessão deles.

Note que a própria técnica da interpretação conforme adotada pelo STF no controle de constitucionalidade denota um caráter consequencialista de sua atuação, ao preservar uma dada norma infraconstitucional e excluir interpretação (consequente) não desejável (ainda que possível paradoxalmente).

De qualquer forma, seguindo os ensinamentos de Streck, não poderia a hermenêutica consequencialista resultar em um caso em que o juiz deixa de aplicar uma lei<sup>435</sup>:

Um juiz pode deixar de aplicar uma lei (uma regra jurídica), mas só em seis hipóteses: a) quando se tratar de inconstitucionalidade; b) quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias; c) quando aplicar a interpretação conforme à Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*); d) quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigklärung ohne Normtextreduzierung*); e) quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto; f) quando for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio, entendidos estes como normas (deontológicos), aplicáveis no código lícito-ilícito.

Emerge, nesse contexto, o debate de que o consequencialismo se assimila aquilo que se afirma ser as decisões políticas das cortes. Decisões políticas defendidas por poucos e criticadas pela grande maioria. Barroso aborda a questão do direito e política da seguinte forma<sup>436</sup>:

Direito é política, proclamava ceticamente a teoria crítica do Direito, denunciando a superestrutura jurídica como uma instância de poder e dominação. Apesar do refluxo das concepções marxistas na quadra atual, é fora de dúvida que já não subsiste no mundo contemporâneo a crença na ideia liberal-positivista de objetividade plena do ordenamento e de neutralidade absoluta do intérprete. *Direito não é política*. Somente uma visão distorcida do mundo e das instituições faria uma equiparação dessa natureza, submetendo a noção do que é correto e justo à vontade de quem detém o poder. Em uma cultura pós-positivista, o Direito se aproxima da Ética, tornando-se instrumento da legitimidade, da justiça e da realização da dignidade da pessoa humana. Poucas críticas são mais desqualificantes para uma decisão judicial do que a acusação de que é política e não jurídica. Não é possível ignorar, porém, que a linha divisória entre Direito e Política, que existe inegavelmente, nem sempre é nítida e certamente não é fixa.

<sup>435</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**. Belo Horizonte: Letramento Casa do Direito, 2017.

<sup>436</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional**. Editora: Saraiva, 2007. P. 13.

Contudo, parece importante diferenciar decisões políticas, em que se interpreta por valores e ideologias, de interpretações consequencialistas que apresentam um arcabouço teórico-interdisciplinar como visto nos itens anteriores.

#### 4.5.1. O modelo de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade

Para além da discussão acerca da LINDB que será tratada no próximo item, importante reconhecer outra hipótese de adoção da hermenêutica consequencialista no direito brasileiro.

Trata-se da possibilidade de modulação temporal dos efeitos das decisões do controle de constitucionalidade. É justamente a redação do artigo 27 da Lei 9.868/99 quanto às ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade, idêntica à redação do artigo 11 da Lei 9.882/99:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Uma hipótese, prevista no controle concentrado de constitucionalidade, mas que o Supremo Tribunal Federal já adotou no controle difuso de constitucionalidade, de alterar o efeito *ex tunc* (retroativo) das decisões. Permitindo-se modular e conceder efeito *ex nunc* ou pro-futuro, com o voto de 2/3 dos ministros em casos de segurança jurídica e excepcional interesse social.

Exemplo de decisão com efeitos pro futuro foi o caso em que o STF, ao analisar o número de vereadores proporcional à população do município, determinou que os vereadores que já estivessem nos cargos poderiam neles permanecer até o final de seu mandato. A decisão foi de 2002, mas só teve efeitos a partir de 2004.

#### 4.5.2. A influência da LINDB

Do ponto de vista legal o dispositivo mais evidente da adoção da hermenêutica consequencialista é o artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

(LINDB), o Decreto-Lei nº 4867 de 1942, com redação dada pela lei 12376/2010 e alteração pela lei nº 13.655/2018.

Eis a redação do polêmico dispositivo:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Este dispositivo, que determina que o juiz deva considerar as “consequências práticas da decisão” e não “valores abstratos”, apresenta-se claramente como um rompimento de paradigma. Claramente um dispositivo que procura combater o ativismo judicial, com a contaminação do Direito pela moral. A ideia seria de substituir o voluntarismo do juiz pela segurança jurídica, pela atenção a consequências, pelo equilíbrio do impacto das decisões.

A mingua das extensas críticas em face desse dispositivo, importante analisar primeiramente o decreto nº 9830/2019 que procurou regulamentar o artigo 20 da LINDB.

Eis o artigo 3º desse decreto:

Motivação e decisão baseadas em valores jurídicos abstratos

Art. 3º A decisão que se basear exclusivamente em valores jurídicos abstratos observará o disposto no art. 2º e as consequências práticas da decisão.

§ 1º Para fins do disposto neste Decreto, consideram-se valores jurídicos abstratos aqueles previstos em normas jurídicas com alto grau de indeterminação e abstração.

§ 2º Na indicação das consequências práticas da decisão, o decisor apresentará apenas aquelas consequências práticas que, no exercício diligente de sua atuação, consiga vislumbrar diante dos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos.

§ 3º A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta, inclusive consideradas as possíveis alternativas e observados os critérios de adequação, proporcionalidade e de razoabilidade.

Ora, o decreto regulamentador determina que os valores jurídicos abstratos a serem evitados pelo magistrado seriam aqueles com alto grau de indeterminação e abstração. Também, esclarece que as consequências práticas da decisão seriam todas as consequências imagináveis com base nos dados fundamentos e fatos postos. E, mais a frente, a motivação da decisão estaria adstrita à proporcionalidade e razoabilidade. Dispositivo, vale ressaltar, que carece de objetivismo e acaba por não solucionar as controvérsias da matéria.

Apontando para defesa do dispositivo tem-se Marçal Justen Filho<sup>437</sup>:

As inovações introduzidas pela Lei nº 13.655/2018 destinam-se preponderantemente a reduzir certas práticas que resultam em insegurança no desenvolvimento da atividade estatal. O art. 20 relaciona-se a um dos aspectos do problema, versando especificadamente sobre as decisões proferidas pelos agentes estatais e fundadas em princípios e valores de dimensão abstrata. A finalidade buscada é reduzir o subjetivismo e a superficialidade de decisões, impondo a obrigatoriedade do efetivo exame das circunstâncias do caso concreto, tal como a avaliação das diversas alternativas sob um prisma de proporcionalidade.

Defende Marçal Justen Filho que desconsiderar as consequências práticas de uma decisão, como combate esse dispositivo da LINDB, é algo muito perigoso e arbitrário, apesar da extensa retórica em sentido oposto, encobrindo muitas vezes uma preferência do juízo<sup>438</sup>:

Toda decisão fundada em normas gerais e abstratas pressupõe um processo de ponderação relacionado de modo inafastável com o universo fático existente. Isso exige considerar as consequências práticas de uma decisão, inclusive para evitar a consumação de danos irreparáveis aos próprios valores invocados como fundamento para decidir. [...] Nesses casos, a invocação a fórmulas gerais e imprecisas funciona como uma solução para encobrir uma preferência subjetiva da autoridade estatal. O sujeito investido da competência formula uma escolha segundo processos psicológicos indeterminados. Em muitos casos, essa decisão até pode se configurar como arbitrária. A invocação a fórmulas genéricas apresenta uma dimensão retórica, destinada a impedir a crítica e a ocultar a solução arbitrária adotada. [...] Sob um certo ângulo, a invocação a valores abstratos se configura como um expediente retórico, destinado a obter a aprovação para uma decisão pessoal da autoridade. Uma decisão arbitrária pode ser legitimada mediante a invocação a fórmulas gerais e abstratas, que se referem a valores considerados de modo teórico. Cada pessoa pode aplicar essas fórmulas verbais para justificar soluções que lhe pareçam adequadas e satisfatórias. O pior é que decisões contraditórias entre si podem ser justificadas mediante a invocação das mesmas fórmulas verbais.

Por outro lado, a crítica doutrinária sobre o artigo 20 da LINDB é muito forte, a considerar que os valores abstratos são próprios do Direito e do próprio ser humano, em atenção à própria psicanálise.

Para Alexandre Morais da Rosa<sup>439</sup> esse modelo consequencialista invocado por Posner, que tenta dissociar a aplicação normativa de valores abstratos, é impossível de se controlar já que “os significantes adquiridos dialogam com a pré-compreensão (consciente e inconsciente)”.

<sup>437</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Artigo 20 da LINDB — Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito Administrativo - Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro, nov. 2018, p. 15.

<sup>438</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Artigo 20 da LINDB — Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito Administrativo - Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro, nov. 2018, p. 23-27.

<sup>439</sup> ROSA, Alexandre Morais; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. Editora Lumen Juris, 2ª Edição. Rio de Janeiro. 2011. P. 93-94.

Para Rosa<sup>440</sup>, a análise econômica do Direito, que pregaria o consequencialismo econômico, adotaria como pressuposto irreal um sujeito ultra-racional. Isso porque o ser também seria provido de inconsciente além de consciente e que a mão invisível do mercado não pode ser a fonte de toda a justiça possível, como um modelo de manipulação ideológica.

Consideração importante também é levantada por Georges Abboud, de que a alterações da LINDB não podem ser aplicadas em detrimento da legalidade, a ponto, por exemplo, de “um tributo não pode seixar de ser considerado inconstitucional tão somente pelas consequências práticas econômicas danosas que essa decisão de inconstitucionalidade acarretará ao erário”<sup>441</sup>. Sendo que, no seu entendimento, as consequências práticas da decisão só poderiam ser utilizadas como elemento de calibragem das decisões judiciais.

Ainda como condão teórico em sentido contrário, Dworkin assinala que os indivíduos costumam valorar suas experiências consoante suas experiências individuais; sendo que não seria possível nem ético precificar as experiências e desejos alheios, pois valorar e objetivar a subjetividade alheia seria impensável. Ou seja, é extremamente irracional aprisionar a irracionalidade alheia em uma caixa racionalizante.

Em abordagem próxima, Emerson Gabardo critica o modelo probabilístico em substituição ao modelo determinístico, que ele destaca como atrelado ao argumento consequencialista<sup>442</sup>. Para ele, os operadores do Direito não estariam preparados para operar sua intuição no sentido consequencialista<sup>443</sup>:

A ausência de lastro probatório adequado para as previsões pode relegar o argumento consequencialista ao senso intuitivo dos operadores que, por sua própria natureza, não possuem habilitação sobre outras áreas do conhecimento. Ao final, toda esta conjuntura pode favorecer a impactação de fenômenos como o *Lawfare*, o populismo judicial e o moralismo político na decisão dos administradores, controladores e juízes – o que caminha em sentido inverso à ideia original de busca por uma solução aos problemas hermenêuticos do Direito brasileiro neste início do século XXI.

<sup>440</sup> ROSA, Alexandre Morais; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. Editora Lumen Juris, 2ª Edição. Rio de Janeiro. 2011. P. 94.

<sup>441</sup> ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. P.352.

<sup>442</sup> GABARDO, Emerson; SOUZA, Pablo Ademir de. O consequencialismo e a LINDB: a cientificidade das previsões quanto às consequências práticas das decisões. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 20, n. 81, p. 97-124, jul/set 2020. P. 98.

<sup>443</sup> GABARDO, Emerson; SOUZA, Pablo Ademir de. O consequencialismo e a LINDB: a cientificidade das previsões quanto às consequências práticas das decisões. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 20, n. 81, p. 97-124, jul/set 2020. P. 98.

Gabardo ainda avança<sup>444</sup>:

O Decreto nº 9.830/19 regulamentou as novas disposições da LINDB e, quanto ao artigo 20, limitou a apresentação das consequências práticas ao “exercício diligente” da atuação do julgador. Não há, porém, uma definição doutrinária e jurisprudencial para o que significaria diligência no contexto da previsão de consequências. Certo é que se trata de dispositivo que limita os esforços empreendidos, independentemente da extensão do sentido semântico que se conferirá ao termo. Mas isso não parece ser suficiente, pois toda essa legislação produzida foca o plano do *logos* (preferências entre princípios e consequências), enquanto o problema desse momento “pós-positivista” típico do neoconstitucionalismo está justamente no abandono do *logos*. Quanto às provas de fato e de Direito descritas na fundamentação forem constituídas por uma operação conjunta com o *pathos* (emoção) ou o *ethos* (caráter subjetivo), o resultado será sempre precário e inseguro, mesmo que racionalmente descrito na motivação da decisão. Não há qualquer razão para se imaginar que o conteúdo pragmático está imune de ser utilizado como instrumento retórico de legitimação simbólica da decisão.

Enfim, resta claro que o artigo 20 da LINDB se apresenta como um reflexo da hermenêutica consequencialista no direito brasileiro. Todavia, como visto, a maior parte da doutrina critica fortemente essa previsão, apesar de vozes contrárias que alertam para riscos de preceitos abstratos no paradigma neoconstitucionalista.

---

<sup>444</sup> GABARDO, Emerson; SOUZA, Pablo Ademir de. O consequencialismo e a LINDB: a cientificidade das previsões quanto às consequências práticas das decisões. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 20, n. 81, p. 97-124, jul/set 2020. P. 117-118

## V. A JURISPRUDÊNCIA CONCRETISTA E PRAGMÁTICO-CONSEQUENCIALISTA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ao se discutir anteriormente a chamada hermenêutica e a jurisdição constitucional correlacionadas na premissa de avanço de uma sistemática pragmático-consequencialista e concretista no Brasil, cabe se voltar para um verdadeiro teste de hipótese confrontando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>445</sup>.

Ora, cabe inicialmente do ponto de vista teórico compreender que o STF apresenta nítida influência do *common* e do *civil law*, e que faz uso paralelamente do chamado processo objetivo e processo subjetivo na jurisdição constitucional. Uma certa confusão teórica que levanta certos questionamentos sobre a necessidade ou não de se aprimorar o regimento do STF ou mesmo se criar um código de processo constitucional no Brasil. Pontos que se voltam para um debate crítico sobre uma suposta falta de diálogo institucional entre os poderes no avanço de uma sistemática pragmático-consequencialista ou concretista, ou mesmo um avanço em instrumentos empíricos.

Nesse cenário, todavia, é essencial compreender a importância do STF na pacificação de conflitos sociais; de modo que “o STF, independente e legítimo, é o espaço imprescindível para prolongar a vida minimamente saudável dos regimes de democracia constitucional”<sup>446</sup>.

E nesse processo cabe também compreender se o sistema concentrado de constitucionalidade tem se apresentado como um intruso no sistema brasileiro, apesar da importação do modelo europeu<sup>447</sup>:

De um lado, um sistema difuso importado sem a força do *stare decisis*. De outro, um controle concentrado que, por vezes, é convocado para apagar os incêndios gerados pelo controle difuso. No meio disso tudo, tentativas e arremedos no sentido de conferir maior eficácia ao primeiro e alocá-lo precipuamente junto à Corte de controle concentrado, como a repercussão geral e a súmula vinculante.

<sup>445</sup> O STF desempenha um papel no Brasil de não apenas de um tribunal constitucional, ao concentrar também competência processual originária e recursal. Fato que, em tese, permitiria a proteção mais extensa da segurança jurídica ou previsibilidade; todavia, fato criticável por autores como Nelson Nery Jr (Princípios do processo constitucional na Constituição Federal), pelo fato do STF integrar o organograma do Poder Judiciário ao invés de se situar ao lado dos três poderes (inclusive o judiciário), incrementando a sua legitimidade.

<sup>446</sup> ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. P.68.

<sup>447</sup> OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de. A questão de inconstitucionalidade – Richterklage – na práxis do tribunal constitucional federal alemão e o sistema de controle de brasileiro. **Anais do VIII Congresso Nacional da FEPODI**. São Paulo, 2021. P. 109.

Quer dizer, de que forma o STF vem se apresentando como uma corte concretista e pragmático-consequencialista em sua jurisdição constitucional dentro de um modelo de *civil law* em que não se tem a chamada cultura de precedentes e o *stare decisis*<sup>448</sup>.

Interessante, nesse contexto, questionar se o controle difuso de constitucionalidade se apresenta como mais condizente com o conceito de uma sociedade aberta de intérpretes citado por Peter Habermas, com mais arenas de discussão não institucionalizadas<sup>449</sup>.

Por fim, antes de partir para os subtópicos, importante lembrar que “o fenômeno hermenêutico não é, de forma alguma, um problema de método”<sup>450</sup>. Que hermenêutica é filosofia.

### 5.1. A influência da dicotomia *common* e *civil law*

Uma distinção imprescindível para tratar da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a tendência por decisões concretistas e pragmáticas é adentrar na diferenciação entre as tradições do *Civil Law* e do *Common Law*. Ainda que essa diferenciação tenha suas críticas<sup>451</sup>.

<sup>448</sup> “Nos países que não adotam o *stare decisis*, a saída racional para o controle de constitucionalidade apenas pode estar no controle concentrado, adotando-se o modelo de decisão única com eficácia erga omnes. O controle difuso, destituído de decisões com eficácia vinculante, não é adequado. Porém, preferindo-se apostar no controle difuso [...] torna-se inevitável adotar um sistema de precedentes constitucionais de natureza obrigatória”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012 P. 78..

<sup>449</sup> BAHIA, Alexandre. **A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas**. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo A. (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 302.

<sup>450</sup> “(a) a crítica quanto à crença na possibilidade de se alcançar a verdade nas ciências do espírito através da utilização de um método; (b) a revisão da idéia do distanciamento do intérprete em relação ao objeto interpretado, com o reconhecimento de que é no intérprete, com sua tradição e pré-conceitos, que se realiza o processo interpretativo; e (c) a inclusão da aplicação no âmbito do processo hermenêutico, a qual abala os alicerces do entendimento, difundido na seara jurídica, de que a aplicação seria um momento pós-interpretativo, em que o intérprete, estranho ao texto legal e aos fatos sob exame, aplica a estes o resultado da interpretação do texto, resolvendo uma controvérsia jurídica”. GADAMER, Hans-Georg, **Verdade e Método II**. Petrópolis: Vozes, 2003. P. 29.

<sup>451</sup> “O agrupamento dos direitos em “famílias”, certamente, é uma forma arbitrária de reduzir a complexidade, mas que didaticamente se recorre, como importante meio utilizado para racionalizar a compreensão dos diferentes direitos do mundo contemporâneo. De início, cumpre advertir que o sentido de família aqui não corresponde a uma realidade biológica, bem como lembrar que não há concordância sobre os critérios de se efetuar agrupamento dos direitos em famílias, e que nenhuma classificação consegue dar conta de toda a realidade do mundo jurídico contemporâneo. [...] Da contraposição entre o *Civil Law* (sistema continental europeu, de origem Romanista) e o *Common Law* (sistema anglo-saxão), surgem entre eles elementos que informam semelhanças e diferenças. Se, por exemplo, a escolha do critério diferenciador for a principal fonte do direito, centra-se na lei (*Civil Law*) e em precedente judicial (*Common Law*).” MEDEIROS, Orione Dantas de. **Uma dicotomia superada: o controle híbrido de constitucionalidade – no Brasil e em Portugal**. 2013. Tese (Doutorado em Direito). 268 f. – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife. P. 40.

Historicamente os juristas do *Civil Law* caracterizaram o pragmatismo e consequencialismo como um tema alienígena, acentuando as visíveis convergências entre essas duas famílias. Como assinalam Cooter e Ulen, não é óbvio que o movimento Direito e Economia esteja em ascensão pelo mundo todo, pois: “nos anos 80, havia um sentimento de que esse era um interesse específico dos países do *Common Law* - que havia uma forte conexão entre o objeto da análise econômica da lei e as características peculiares do *common law*”<sup>452</sup>.

Por outro lado, a história do Direito é bastante distinta na França e em alguns outros países da Europa. Quando da revolução no século XVIII, os revolucionários tomaram os juízes como tão incorruptíveis quanto o rei, de modo que não só mataram este último, mas também extinguiram as suas leis, abolindo o *Common Law* da França. Assim, os revolucionários franceses abraçaram um Direito fincado em uma base mais popular, abrangendo um conjunto de leis fixadas por escrito a fim de preencher o vácuo deixado pela queda do rei, promulgando o Código Napoleônico em 1804.

A tradição do *Civil law* é predominante em quase toda Europa Ocidental, América Central e do Sul, nas partes da Ásia colonizadas por países Europeus, bem como Luisiana, Québec e Porto Rico. Já a tradição do *Common Law*, que teve origem na Inglaterra, prevalece ainda hoje na Grã-Bretanha, Irlanda, Estados Unidos da América, Canadá, Nova Zelândia, Austrália e nas partes colonizadas pela Grã- Bretanha.

Cooter e Ulen<sup>453</sup> acreditam que as tradições do *Civil Law* e do *Common Law* possuem uma distinção basilar no que trata da discricionariedade judicial. Enquanto juízes do *common law* justificam suas decisões judiciais com referência a precedentes e normas sociais, ou a amplas exigências da racionalidade pressuposta pelas políticas públicas, juízes do *civil law* justificam sua interpretação através de um código, ou seja, de um estatuto, fazendo referência direta a seu significado. Foram com essas mesmas diferenças acentuadas que Richard Posner defendeu a superioridade do sistema jurídico da família da *Common Law*.

Em seu livro *Economic Analysis of Law* (1973), Posner defende que a tradição do Direito consuetudinário é mais benéfica que o Direito Legislado no que tange à maximização de riquezas na sociedade. Não sem razão que essa teoria ficou conhecida

---

<sup>452</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5ª ed. Porto Alegre: Brokman Companhia Editora, 2010. P. 200

<sup>453</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5ª ed. Porto Alegre: Brokman Companhia Editora, 2010.

como *efficiency theory of the common Law*. Para o autor<sup>454</sup>, a tradição do *common law* facilita a maximização de riqueza, uma vez que regras que são feitas pelos juízes tendem a promover maior eficiência, contrapondo-se àquelas feitas no âmbito legislativo. Desse modo, a decisão a ser proferida no caso concreto dependerá das anteriores, influenciando decisões que serão tomadas em casos futuros, fazendo com que esse sistema de precedentes seja dotado de um equilíbrio econômico.

Parece existir dois motivos para essa teoria. Em primeiro lugar, a família do *Common Law* é menos interventiva e facilitadora da liberdade econômica, de maneira diversa da família romanogermânica, que é interventiva no plano estatal, prejudicando supostamente a eficiência do mercado. Em segundo lugar, as instituições e normas do *Common Law* são mais eficientes, sendo mais adequadas para o mercado financeiro e as transações comerciais, em razão da maleabilidade.

Uma das questões interessantes no debate da dicotomia dos sistemas de common e civil law é a temática relativa ao modelo de *stare decisis*. Para se compreender a tendência ou o modelo de decisão (hermenêutica) do controle de constitucionalidade brasileiro é essencial entender o debate entorno do *stare decisis*.

O Brasil é um país que flerta com o *stare decisis* apesar de receber a inovação do controle de constitucionalidade alemão; e é justamente esse flerte que vem se aprofundando na prática dos tribunais superiores que vem sendo mais um fator a considerar a formação de uma jurisprudência concretista e pragmática-consequencialista no controle de constitucionalidade.

Para se fazer um comparativo inverso, por exemplo, pode-se citar o caso da Itália, país de adota o controle de constitucionalidade concentrado mas que, por outro lado, não adota o *stare decisis*<sup>455</sup>.

Luiz Guilherme Marinoni avança ainda mais na conceituação dos motivos determinantes (transcendência da fundamentação) das decisões sujeitas a eficácia vinculante, e os equipara ao conceito de *ratio decidendi* (o direito extraído das decisões)

---

<sup>454</sup> POSNER, Richard. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007b. P. 481.

<sup>455</sup> “Os motivos da preferência acordada na Itália por um sistema de tipo concentrado são múltiplos e de natureza tanto técnico-jurídica quanto política. Entre os primeiros motivos, deve-se recordar a inexistência na Itália do princípio do *stare decisis*: as sentenças da Corte de Cassação, mesmo exercendo uma notória influência substancial frente aos demais juízes, não são, todavia, formalmente vinculantes em relação a estes.” CICCONETTI, Stefano; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição constitucional comparada**. 2ª ed. Belo Horizonte: Forum, 2018. P. 148.

do *common law*. Ou seja, Marinoni demonstra muito bem o como o modelo concentrato ou abstratista no Brasil recebeu influência do *common law*<sup>456</sup>:

De qualquer forma, ainda que o objeto do controle concentrado seja uma norma abstrata e geral, o precedente que aí se forma inegavelmente assume particularidade, a refletir a individualidade da norma confrontada. A decisão de (in) constitucionalidade, em virtude dos seus efeitos gerais e obrigatórios, naturalmente aplica-se a casos futuros. O problema é que, ao se considerar apenas a parte dispositiva da decisão e, assim, a específica norma questionada, simplesmente se retira da decisão de inconstitucionalidade a força de precedentes. Isto quando se tem em conta o que realmente caracteriza uma decisão como precedente, ou seja, a sua *ratio decidendi*. Ora, a decisão de inconstitucionalidade apenas constituirá precedente, no sentido de regra judicial que outorga estabilidade à ordem jurídica e segurança jurídica aos cidadãos, quando for considerada a partir da sua *ratio decidendi* ou, em outra terminologia, dos seus “motivos determinantes”. Para que norma similar possa ser abrangida por precedente oriundo de decisão de (in) constitucionalidade, é preciso identificar a sua *ratio decidendi* ou, o que é o mesmo, atribuir eficácia vinculante aos seus motivos determinantes.

Interessante, nesse ponto, questionar se o consequencialismo jurídico é incompatível com o sistema do *civil law*, como defende Emerson Gabardo:

O debate sobre o consequencialismo jurídico enquanto teoria da decisão judicial, isto é, a utilização de consequências do caso concreto com um grau de normatividade apto a determinar qual seria a interpretação adequada para o caso analisado, traz diversos problemas no contexto brasileiro. Trata-se de uma teorização característica do sistema de *Common Law* que tem sido transplantada para o sistema *Civil Law* brasileiro sem um processo adequado de adaptação. Ainda que a racionalidade que lhe é inerente não seja uma absoluta novidade para qualquer que seja a tradição jurídica sob análise, por certo o modelo europeu continental fundou um sistema baseado em uma dogmática apriorística, enquanto a tradição anglo-americana percorreu um caminho diverso – instaurando uma dicotomia que se tornou clássica, mas que vem sendo contestada.<sup>457</sup>

Todavia, inegável que o consequencialismo apresente uma inserção muito maior nos julgados da Suprema Corte norte americana frente ao Supremo Tribunal Federal brasileiro:

Em *Müller vs Oregon*, julgado em 1908, pela Suprema Corte norte americana, Louis D. Brandeis apresentou memorial que possuía apenas duas páginas com conteúdo jurídico e cento e dez outras páginas voltadas para as consequências da longa duração do trabalho em relação à mulher. No caso *Webster vs Reproductive Health Services*, julgado pela Suprema Corte norte americana em 1989, vinte e cinco senadores, cento e quinze deputados, duzentos e oitenta e um historiadores, oitocentos e oitenta e cinco professores de direito e outros tantos grupos e interessados apresentaram considerações. Esses casos, em

<sup>456</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Elaboração dos conceitos de *ratio decidendi* (fundamentos determinantes da decisão) e *obiter dictum* no Direito Brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord). **A força dos precedentes**: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. Salvador: JusPodium, 2010. P. 604.

<sup>457</sup> GABARDO, Emerson; SOUZA, Pablo Ademir de. O consequencialismo e a LINDB: a cientificidade das previsões quanto às consequências práticas das decisões. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 20, n. 81, p. 97-124, jul/set 2020. P. 101.

comum, significam a grande importância do debate em relação a questões fáticas, ainda que uma questão constitucional esteja sob análise<sup>458</sup>.

Ainda ao se confrontar o *civil* e o *common law*, dentro de uma premissa de avanço pragmático-consequencialista, é interessante afastar o entendimento que se pode ter que apenas o modelo do *common law* permite uma concepção de discricionariedade judicial. Ora, o avanço da discricionariedade judicial e suposta insegurança jurídica é um fenômeno próprio do pós-positivismo, presente nos dois sistemas<sup>459</sup>:

Na realidade, a insegurança jurídica e a discricionariedade judicial caracterizam-se independentemente do sistema jurídico. Em outros termos, ser *civil law* ou *common law* não assegura haver maior ou menor segurança jurídica, até porque a discricionariedade culminará ou num decisionismo (mais afeto ao *civil law*) ou num incorreto ativismo judicial (em regra relacionado ao *common law*).

Enfim, o Supremo Tribunal Federal vem incorporando intitutos e práticas do *common law*, o que o acaba inclinando para o modelo concretista e pragmático-consequencialista.

## 5.2. A dicotomia do processo objetivo e subjetivo

O modelo do controle de constitucionalidade brasileiro determinou um avanço da judicialização no Supremo Tribunal Federal. Ora, para Barroso, o modelo de controle de constitucionalidade é apontado, ao lado da redemocratização do país e da constitucionalização abrangente, como causa da judicialização<sup>460</sup>.

E nesse modelo próprio de jurisdição constitucional brasileiro tem-se de um lado o uso de processo objetivo<sup>461</sup> nas ações de controle concentrado de constitucionalidade e

<sup>458</sup> BRANDÃO, Rodrigo; FARAH, André. Consequencialismo no Supremo Tribunal Federal: uma solução pela não surpresa. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 7, n. 3, p. 832, set./dez. 2020.

<sup>459</sup> ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. P.337.

<sup>460</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. P. 12.

<sup>461</sup> “O processo de controle abstrato de normas não é um processo em contraditório, não existem direitos subjetivos em litígio. Cuida-se de um processo objetivo, sem contraditores, ainda que os autores do ato normativo *sub iudice* possam ser ouvidos no processo. (...) No processo abstrato, como não existem direitos subjetivos, a coisa julgada não exerce sua clássica função de assegurar segurança jurídica e promover a pacificação social, substituindo a vontade das partes, até porque partes não há.” ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. P.463.

de outro do processo subjetivo<sup>462</sup> nas mais diversas ações constitucionais e do controle difuso de constitucionalidade como um todo.

### 5.2.1. A objetivação do controle difuso de constitucionalidade

O controle de constitucionalidade, no Brasil, assume classicamente o modelo jurisdicional em duas formas: difusa (à luz do caso concreto) e concentrada (das normas em abstrato).

Tal modelo difuso, entretanto, apresenta atualmente flexibilidade em seus efeitos *inter partes*, voltando seus efeitos para toda coletividade (*erga omnes*)<sup>463</sup>:

Este cenário mudou radicalmente desde fevereiro de 2008, quando então o Supremo Tribunal Federal passou a considerar que as decisões proferidas em sede de controle difuso (concreto), que até então atingiam apenas as partes (*inter partes*), também poderiam – a exemplo do controle concentrado – atingir terceiros. Passaram-se, então, quase quarenta e cinco anos, desde a adoção do sistema concentrado no Brasil, para que o Supremo Tribunal Federal pudesse dar os primeiros passos de aproximação entre os dois modelos.

Ora, atualmente, o controle difuso de constitucionalidade sofre uma chamada abstratização ou objetivação, tendo em vista que seus resultados, pelo posicionamento da doutrina e jurisprudência atuais, não atingem necessariamente tão somente os sujeitos da relação em questão e do caso concreto posto (efeito *inter partes*). Eis que a sentença atinge de forma ampla a todos e não só as partes envolvidas, o chamado efeito *erga omnes*. Destarte, em certas situações, de matérias e interesses que ultrapassam o caso concreto, o Supremo Tribunal Federal pode estipular efeitos gerais à decisão (em grau recursal).

Trata-se, segundo o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, de uma nova interpretação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso, fundamentada na mutação constitucional, em vista das necessidades atuais de alcance social.

Os que têm posicionamento neste sentido justificam o fenômeno na chamada força normativa da Constituição e na sua aplicação uniforme segundo o guardião da Constituição que é o Supremo Tribunal Federal. Para outros, tratar-se-ia de um processo que tornaria a guarda da Constituição mais eficiente: “contemporaneamente, temos vivenciado um processo paulatino e incisivo de ‘abstratização’ do controle de

<sup>462</sup> Processo subjetivo ou relação processual subjetiva como a clássica triangulização processual entre autor, réu e juiz. Oposto do processo objetivo em que tecnicamente se tem apenas um objeto submetido a uma corte não por autores, e sim por legitimados ativos, com inexistência de réus.

<sup>463</sup> APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada**. Curitiba: Juruá, 2008. P. 17-18.

constitucionalidade, com a finalidade precípua de racionalizar e tornar mais eficiente a guarda da Constituição pelo Supremo Tribunal Federal”<sup>464</sup>.

Enfim, constata-se um evidente fenômeno de influência no sistema processual comum de institutos do chamado processo objetivo “no qual não há lide em sentido técnico, nem partes”<sup>465</sup>.

De modo que, a principal inovação do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade é a possibilidade de se conferir eficácia *erga omnes* para decisões em casos de controle concreto. Nesse sentido o voto do Ministro Ilmar Galvao junto ao RE 190.725-8/PR:

[...] declarada a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada lei, pela maioria absoluta dos membros de certo Tribunal, soaria como verdadeiro despropósito, notadamente nos tempos atuais, quando se verifica, de maneira inusitada, a repetência desmesurada de causas versantes da mesma questão jurídica, vinculadas à interpretação da mesma norma, que, se exigisse, em cada recurso apreciado, a renovação da instância incidental da arguição de inconstitucionalidade, levando as sessões da Corte a uma monótona e interminável repetição de julgados da mesma natureza.

Razões porque o Supremo Tribunal Federal passou a aplicar a transcendência de motivos determinantes também no controle difuso de constitucionalidade.

Do ponto de vista da exegese, essa abstratização do controle de constitucionalidade se explica pela releitura ou nova interpretação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso pela necessidade de um novo alcance social. Decorrência disso, no entendimento de Gilmar Mendes, e ora repetido, é o afastamento da regra de suspensão da execução da norma pelo Senado para aplicação de efeitos gerais e a utilização daqui para frente para apenas para dar publicidade a decisão do Supremo Tribunal Federal em controle difuso. Nesse sentido<sup>466</sup>:

A inconstitucionalidade é vício que acarreta a nulidade *ex tunc* do ato normativo, que, por isso mesmo, é desprovido de aptidão para incidir eficazmente sobre os fatos jurídicos desde então verificados, situação que não pode deixar de ser considerada. Também não pode ser desconsiderada a decisão do STF que reconheceu a inconstitucionalidade. Embora tomada em controle difuso, é decisão de incontestável e natural vocação expansiva, com eficácia imediatamente vinculante para os demais tribunais, inclusive o STJ (CPC, art. 481, § único: ‘Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando

<sup>464</sup> MORAIS, Dalton Santos. Crítica a caracterização da atuação senatorial no controle concreto de constitucionalidade brasileiro como função de publicidade: a importância da jurisdição constitucional ordinária e os limites da mutação constitucional. **Revista de Processo**, n. 176. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. P. 60.

<sup>465</sup> BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2005. P.49.

<sup>466</sup> SOTELO, José Luiz Vasquez. **A jurisprudência vinculante na ‘common law’ e na ‘civil law’**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. P. 374.

já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão’), e com força de inibir a execução de sentenças judiciais contrárias, que se tornam inexigíveis (CPC, art. 741, § único; art. 475 -L, § 1.º, redação da Lei 11.232/05...). Sob esse enfoque, há idêntica força de autoridade nas decisões do STF em ação direta quanto nas proferidas em via recursal. Merece aplausos essa aproximação, cada vez mais evidente, do sistema de controle difuso de constitucionalidade ao do concentrado, que se generaliza também em outros países.

Note-se, entretanto, que não são pacíficos na doutrina aplausos a este movimento do Supremo Tribunal Federal<sup>467</sup>:

Evidente que tal espécie de posicionamento apresenta-se como vertente prática daquele movimento de ‘abstratização’ do controle difuso já comentado anteriormente, com a finalidade de tornar ainda mais proponderantes as decisões tomadas pelo STF; ainda que estas sejam proferidas em demandas concretas submetidas a Corte pela via difusa de constitucionalidade. [...] Esse movimento de ‘germanização’ puro e simples, sem considerar as especificidades de nosso sistema misto de controle jurisdicional, não considera a importância que o sistema constitucional brasileiro ainda atribui ao controle concreto/difuso de constitucionalidade, através do qual se permite a solução direta da questão constitucional – seja ela normativa ou concreta, estatal ou particular – direta e subjetivamente em relação aos indivíduos que estão sendo por ela infringidos.

Na prática, portanto, a abstratização ou objetivação do controle difuso de constitucionalidade determina a vinculação dos motivos fundantes das decisões do Supremo Tribunal Federal em recurso extraordinário para todos os órgãos do Poder Judiciário e Executivo. Assim leciona Luiz Guilherme Marinoni<sup>468</sup>:

A decisão proferida em recurso extraordinário, no que diz respeito a questão constitucional envolvida, possui efeitos com qualidades distintas. Além de atingir as partes em litígio, impedindo que voltem a discutir a questão constitucional para tentar modificar a tutela jurisdicional concedida, a decisão possui efeitos vinculantes, obrigando todos os juízes e tribunais a respeitá-la. Consideram-se, nesta dimensão, os fundamentos da decisão, ou, mais precisamente, os seus motivos determinantes ou a sua *ratio decidendi*, e não o seu dispositivo. Ou seja, os motivos determinantes – em relação a tutela jurisdicional – se tornam indiscutíveis as partes e obrigatórios aos demais órgãos judiciais.

Declarada incidentalmente a inconstitucionalidade da norma, essa não produz efeitos no caso sob julgamento, mas não é declarada nula. A norma se torna inaplicável nos demais casos porque os juízes e tribunais ficam vinculados aos fundamentos da decisão que determinaram a inconstitucionalidade.

<sup>467</sup> MORAIS, Dalton Santos. **Abstrativização do controle difuso de constitucionalidade**. Revista de processo 164. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. P. 74-75.

<sup>468</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores. **Revista dos Tribunais**. n. 906. abr. 2011. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011. P. 268-269.

De modo que, em diversas oportunidades, notadamente nos casos de habeas corpus, o Supremo Tribunal Federal vem fixando posições “pacificadas” – principalmente criminais – que as têm qualificado com eficácia vinculante.

O exemplo clássico é do habeas corpus nº 82.959, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 23/02/2006, que reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 2º §1º da Lei nº 8.072/90 que determina que os autores de crimes hediondos devem cumprir a pena em regime integralmente fechado; constitucionalidade frente ao disposto no artigo 5º inciso XLVI da Constituição Federal que trata do princípio da individualização da pena.

Decisão que culminou com a aprovação da súmula vinculante nº 26 do Supremo Tribunal Federal em 16/12/2009<sup>469</sup>:

PARA EFEITO DE PROGRESSÃO DE REGIME NO CUMPRIMENTO DE PENA POR CRIME HEDIONDO, OU EQUIPARADO, O JUÍZO DA EXECUÇÃO OBSERVARÁ A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º DA LEI N. 8.072, DE 25 DE JULHO DE 1990, SEM PREJUÍZO DE AVALIAR SE O CONDENADO PREENCHE, OU NÃO, OS REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS DO BENEFÍCIO, PODENDO DETERMINAR, PARA TAL FIM, DE MODO FUNDAMENTADO, A REALIZAÇÃO DE EXAME CRIMINOLÓGICO.

Dentre os votos proferidos no HC 82.959<sup>470</sup> pode-se destacar aqueles do Ministro Cezar Peluso e do Ministro Gilmar Mendes; primeiro que vai de encontro com o mérito da ação e segundo que trata dos efeitos desta declaração de inconstitucionalidade.

Destaque-se a parte do voto do Ministro Gilmar Mendes:

Essas colocações têm a virtude de demonstrar que a declaração de inconstitucionalidade *in concreto* também se mostra passível de limitação de efeitos. [...]. É que, nesses casos, tal como já argumentado, o afastamento do princípio da nulidade da lei assenta-se em fundamentos constitucionais e não em razões de conveniência. Se o sistema constitucional legitima a declaração de inconstitucionalidade restrita no controle abstrato, esta decisão poderá afetar, igualmente, os processos do modelo concreto ou incidental de normas. Do contrário, poder-se-ia ter inclusive um esvaziamento ou uma perda de significado da própria declaração de inconstitucionalidade restrita ou limitada. [...] No caso em tela, observa-se que eventual declaração de inconstitucionalidade com efeito *ex tunc* ocasionaria repercussões em todo o sistema vigente. [...] Com essas considerações, também eu, Senhor Presidente, declaro a inconstitucionalidade do artigo 2º, §1º, da Lei n.º 8.072, de 1990. Faço isso, com efeito *ex nunc*, nos termos do artigo 27 da Lei n.º 9.868, de 1999, que entendo aplicável à espécie. Ressalto que esse efeito *ex nunc* deve se entendido como aplicável às condenações que envolvam situações ainda suscetíveis de serem submetidas ao regime de progressão.

Pois bem, o voto do Ministro Gilmar Mendes, de forma implícita, admite que a declaração de inconstitucionalidade em concreto posta naquela ação tem efeitos erga

<sup>469</sup> <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=1271>

<sup>470</sup> <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=ac&docID=79206&pgI=156&pgF=160>

omnes e eficácia vinculante. Tanto o admite como, para prevenir problemas decorrentes dessa “retirada” da regra do ordenamento jurídico, propõe e aprova a modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, deixando o efeito *ex tunc* para assumir efeito *ex nunc*, da decisão passar a valer da data de seu trânsito em julgado e não retroativo à data de entrada em vigor da lei em 1990.

Entretanto, vale mencionar que após a decisão do HC 82.959-7 o Supremo Tribunal Federal, em primeiros casos pontuais, negou a vinculação da decisão deste precedente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Federal. Após fevereiro de 2006, ainda naquele ano de 2006, o STF não teria incorporado o entendimento de mutação constitucional, que admitiria a hipótese de ampla eficácia vinculante aqui discutida. No julgamento das reclamações nº 4263/MT e nº 4.299/MS, de abril e maio de 2006, os Ministros do Supremo Tribunal Federal Carlos Ayres Britto e Ricardo Lewandowski negaram essa proposição:

Reclamação 4263: “[...] entendo ser a reclamatória manifestamente incabível. Isto porque a reclamação constitucional prevista na alínea ‘I’ do inciso I do artigo 102 da Carta-cidadã se revela como uma importante ferramenta processual para o fim de preservar a competência desta colenda Corte e garantir a autoridade das suas decisões. Nesta última hipótese, contudo, sabe-se que as reclamatórias podem ser manejadas ante o descumprimento de decisórios proferidos, com efeito vinculante, nas ações destinadas ao controle abstrato de constitucionalidade, tanto quanto em processos de índole subjetiva (desde que, neste último caso, o eventual reclamante deles haja participado). 4. Com os olhos postos no caso concreto, observo que a decisão tomada no processo apontado pelo reclamante não possui efeito vinculante e eficácia erga omnes, razão pela qual o pronunciamento jurisdicional exarado nesse feito apenas tem a finalidade de atar as partes neles envolvidas. Se é assim, vale repisar, se o reclamante não figurou em nenhum dos pólos da relação processual instaurada no seio do precitado processo, é de se inferir que falta ao acionante legitimidade ativa ad causam. 5. Por tudo isso, frente ao § 1º do artigo 21 do RI/STF, nego seguimento à reclamação, restando prejudicado o exame da medida cautelar.” Brasília, 06 de abril de 2006. Ministro CARLOS AYRES BRITTO.

Reclamação 4299: “Bem examinados os autos, vê-se que a pretensão não merece acolhida, pois não se enquadra em nenhuma das duas hipóteses permissivas inscritas no art. 102, I,, da Constituição Federal, seja para preservar a competência desta Suprema Corte, seja para garantir a autoridade de suas decisões. É que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do HC 82.959/SP, em 23.2.2006, Relator o Ministro Marco Aurélio, no qual esta Corte declarou, incidenter tantum, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, não possui efeito vinculante e eficácia erga omnes, não havendo o reclamante figurado na relação processual no referido writ. Nesse sentido, sabe-se que as reclamatórias somente podem ser manejadas ante o descumprimento de decisórios proferidos, com efeito vinculante, nas ações destinadas ao controle abstrato de constitucionalidade, ou, então, nos processos de índole subjetiva (desde que, neste último caso, o eventual reclamante deles haja participado)”. Brasília, 03 de maio de 2006. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI.

Tal posição do Supremo Tribunal Federal foi revista em abril de 2007, como consta do informativo 463 da Corte<sup>471</sup>. Oportunidade de julgamento da reclamação 4335 em que foi reconhecida uma mutação constituição no que concerne à aplicação do artigo 52 inciso X da Constituição Federal, de que suspensão da execução de lei declarada inconstitucional no controle difuso de constitucionalidade apenas tem o condão de dar mais publicidade, considerando ampliação dos efeitos daquela decisão *inter partes*.

Eis, portanto, hipótese de atuação ordinária do Supremo Tribunal Federal – julgamento de Habeas Corpus – em que foi reconhecido o efeito vinculante sob aspecto de natureza constitucional de sua decisão. A prova disso é justamente o acolhimento de reclamações constitucionais.

Não há, nesse sentido, como negar que o sistema concentrado de constitucionalidade foi ampliado e modificado a ponto de influenciar no sistema difuso e na competência ordinária do Supremo Tribunal Federal, com a ideia de eficácia geral das decisões, consolidando-se, realmente, como corte guardião da Constituição e não apenas como mais um tribunal integrante do Poder Judiciário.

À luz do artigo 97 da Constituição Federal de 1988, ainda, não há mais exigência de submissão de alegação de inconstitucionalidade ao pleno dos tribunais inferiores quando já houver decisão plenária do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a inconstitucionalidade (artigo 481, parágrafo único do CPC).

Note-se que a hipótese do recurso extraordinário frente à alínea “d” do artigo 102 inciso III – “julgar válida lei local contestada em face de lei federal” – da Constituição Federal também revela atuação do Supremo Tribunal Federal não diretamente relacionada ao controle difuso de constitucionalidade – mas sim a uma questão reflexa constitucional – em que se aplica o efeito vinculante.

Um aspecto interessante no que diz respeito a objetivação do controle difuso de constitucionalidade afeta à hermenêutica pragmático-consequencialista é o pensamento de Neil MacCormick. Ora, a objetivação do controle difuso de constitucionalidade seria necessário para garantir a universalidade<sup>472</sup> quanto ao raciocínio consequencialista a ser imposto pelo Supremo Tribunal Federal.

### 5.2.2. A subjetivação do controle abstrato de constitucionalidade a luz do *amicus curiae*

---

<sup>471</sup> <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo463.htm>

<sup>472</sup> MacCORMICK, N. **Legal reasoning and legal theory**. New York: Oxford University Press, 2003. p. 142-150.

Da mesma forma que a análise (empírica) das decisões do Supremo Tribunal Federal denota a objetivação do controle difuso de constitucionalidade, por outro lado, a análise dessas mesmas decisões denota uma subjetivação do controle abstrato por meio da expansão do instituto do *amicus curiae* no controle em abstrato.

O *amicus curiae* é um instituto do direito inglês (da *common law*), consistente em um terceiro (desinteressado) que é chamado ao processo para apresentar parecer ou memorial dito neutro acerca de alguma matéria ventilada no processo. Um terceiro que prestaria informações técnicas ou assemelhadas a respeito de alguma matéria que pode a corte desconhecer profundamente. Para alguns uma figura assemelhada de intervenção de terceiros e para outros como uma espécie própria de intervenção processual qualificada, com respeito a ideia de pertinência temática<sup>473</sup>:

A figura do *amicus curiae* é técnica e já vinha sendo admitida no controle concentrado de constitucionalidade, antes mesmo de quando fora incorporada também ao controle difuso [...] a sua função termina ampliando a dimensão subjetiva do processo em análise pelo Supremo, permitindo que a este cheguem interesses externos de cunho notadamente social, econômico, político ou jurídico de indivíduos, classes ou grupos específicos. Além desta função, o *amicus curiae* pode exercer função técnica ou informativa dentro do processo sem que, para isso, ele represente interesses de terceiros.

No Brasil este instituto do *amicus curiae* surgiu especificamente nas ações de controle concentrado de constitucionalidade – em que tradicionalmente não se admite as formas tradicionais de intervenção de terceiros por se tratar de processo objetivo sem interesses subjetivos envolvidos.

Nestes termos, nasce o *amicus curiae* no Brasil junto à Lei nº 9868/99, especificamente em seu §2º do artigo 7º, que determina que “o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades”.

Previsão repetida na Lei 9882/99 que trata da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Antes destas previsões, todavia, já admitia o Supremo Tribunal Federal a intervenção de certos interessados por meio de memoriais.

De toda forma, após 1999 verifica-se uma expansão quantitativa e qualitativa do instituto, inclusive com a incorporação da sustentação oral; expansão que atingiu ações

---

<sup>473</sup> CICCONE, Stefano; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição constitucional comparada**. 2ª ed. Belo Horizonte: Forum, 2018. P. 59.

diversas daquelas de controle de constitucionalidade (RE 416.827 do STF), inclusive para o âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Nesse sentido, o *amicus curiae* permite que o controle concentrado de constitucionalidade no Brasil seja influenciado por debates concretistas, e que amplie o debate democrático sobre o tema em exame pelo STF<sup>474</sup>:

A participação crescente do *amicus curiae* está em conformidade com o caráter democrático do constitucionalismo contemporâneo de caráter pluralista, conforme ensina Peter Haberle. Esse aumento do pluralismo se dá via incremento da atuação do cidadão na jurisdição constitucional e também por meio do *amicus curiae*, que externaliza a manifestação de segmentos sociais e institucionais para fornecer os elementos necessários para o julgamento do STF.

Ou seja, não há como dissociar dentro da atuação do Supremo Tribunal Federal uma atuação separada de processo objetivo e subjetivo, sendo evidente a abstratização do controle difuso e a subjetivação do controle concentrado. Um movimento que, na linha da hipótese posta nesta tese, denota um movimento concretista e pragmático da corte.

### 5.3. O regimento do STF

Ao se abordar o exercício da jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Constitucional e suas tendências hermenêuticas – como posto nesse trabalho – essencial abordar minimamente aspectos importantes do respectivo regimento administrativo.

A importância do regimento notadamente está atrelada a múltipla atuação do Supremo Tribunal Federal, de tribunal constitucional e instância recursal extraordinária<sup>475</sup>:

A dúplice função que desempenha o Supremo Tribunal Federal, sendo instância recursal extraordinária ao mesmo tempo em que atua como verdadeiro Tribunal Constitucional, pode ser visualizada com nitidez quando nos atemos às competências que lhe são próprias.

Eis que a atuação do STF não se restringe a um Tribunal Constitucional<sup>476</sup>:

A Constituição de 1988, mais uma vez preocupada em preservar a sua obra contra os ataques do corpo político, conferiu ao Supremo Tribunal Federal amplos poderes de guardião constitucional. Ao Supremo Tribunal Federal foram atribuídas funções que, na maioria das democracias contemporâneas, estão divididas em pelo menos três tipos de instituições: tribunais constitucionais, foros judiciais especializados (ou simplesmente competências difusas pelo sistema judiciário) e tribunais de recursos de última instância.

<sup>474</sup> ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. P.567-568.

<sup>475</sup> CICONETTI, Stefano; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição constitucional comparada**. 2ª ed. Belo Horizonte: Forum, 2018. P. 23.

<sup>476</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, n. 8, p. 447, 2008.

E completa<sup>477</sup>:

Além da proeminência do Supremo, enquanto arena de deliberação pública, é importante buscar demonstrar o quanto o Supremo tem se afastado do modelo tradicional de legislador negativo, imaginado por Kelsen, quando justificou a necessidade de cortes constitucionais no continente europeu, nas primeiras décadas do Século XX.

O Supremo Tribunal Federal, ao exercer a jurisdição constitucional, não exerce simplesmente a função jurisdicional, mas também exerce funções de natureza política de natureza hermenêutico-constitucional. Essa é a razão para Georges Abboud defender a sentença constitucional como categoria triádica<sup>478</sup>, alertando para o fato do STF produzir uma fonte de direito e determinar atividade integradora do ordenamento.

De modo que, para desempenhar adequadamente essa função cabe ao STF se atentar a cinco princípios informadores de suas decisões: congrudência, motivação, colegialidade, publicidade e igualdade. Congruência quanto a decisões atentas a demanda ou pontos impugnados<sup>479</sup>, motivação como forma de legitimação da atuação, colegialidade como exigência de cláusula de plenário e de segurança jurídica, publicidade como divulgação das decisões, e igualdade como correção da atuação do legislador.

No debate sobre princípios a serem adotados pelo STF, tem-se a discussão, ainda, sobre a aplicação da chamada cláusula *rebus sic stantibus*. Ora, o Supremo não poderia reapreciar uma matéria quanto inexistir modificação das circunstâncias de fato sobre ela, sob pena de violação da coisa julgada.

Ora, o fato do STF atuar não apenas como corte constitucional, mas também como corte originariamente competente para ações constitucionais e para julgamento recursal, envolve uma engenharia regimental mais complexa.

### 5.3.1. O caso do mandado de injunção

A hipótese mais evidente que ilustra a dificuldade da coerência regimental do Supremo é o caso do mandado de injunção; ação concretista que se pulverizou nos últimos anos, mas que tem uma irmã abstratista (a ação direta de inconstitucionalidade por omissão) que restou mais rara. Novamente ilustrando o avanço do pragmatismo no Brasil.

<sup>477</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, n. 8, p. 454, 2008.

<sup>478</sup> ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. P.577.

<sup>479</sup> Alerta todavia para possibilidade do STF fazer uso de técnicas relativadoras desse princípios como técnica de inconstitucionalidade por arrastamento ou da teoria da transcendência dos motivos determinantes no caso do efeito vinculante de suas decisões.

Na forma do artigo 5º inciso LXXI da Constituição: “concerder-se-a mandado de injuncao sempre q a falta de norma regulamentadora torne inviavel o exercicio dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes a nacionalidade, soberania e cidadania.”. Uma inovação da Constituição de 1988.

Ora, trata-se o mandado de injunção uma ação constitucional para a tutela de direitos previstos na Constituição inerentes a nacionalidade, soberania e cidadania, sem norma regulamentadora.

Tem como pressupostos a existência de direito não autoaplicável e, cumulativamente, a falta de norma infraconstitucional regulamentadora (pode ser medida legislativa ou administrativa). A finalidade do mandado de injunção, pois, é realizar em concreto o controle de constitucionalidade por omissão.

Quanto a seu procedimento, tem legitimidade ativa pessoas físicas ou jurídicas<sup>480</sup>, e tem legitimidade passiva o legislativo pela inércia legislativa ou o executivo em caso de iniciativa legal privativa deste. Ainda, cabe ressaltar a possibilidade de se interpor o mandado de injunção na forma coletiva como o mandado de segurança, e o uso justamente da legislação do mandado de segurança (lei nº 12.016/2009) por analogia.

Entretanto, como ponto central nessa pesquisa, cabe destacar a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto as diferenças dessa ação com a ADI por omissão e os consequentes efeitos da decisão do mandado de injunção.

A chamada ADI por omissão constitui hipótese de controle abstrato de constitucionalidade, com o STF como única corte julgadora, diferente do mandando de injunção que apresenta também STJ e TSE.

Especificamente sobre a sentença nas duas ações, pois, na ADI omissão o STF notifica o legislativo ou executivo a suprir a omissão, com a ressalva da impossibilidade de coagir demais poderes sob pena de violação da independência dos poderes.

Todavia, do ponto de vista teórico, no mandado de injunção a sentença pode consistir em quatro tipos de provimentos: ciência da omissão ao poder competente, concretização da norma de forma individual, concretização da norma de forma geral e coletiva, e ciência da omissão seguida de concretização em caso de inércia.

Ora, tem-se correntes concretista e não-concretista no que concerne à sentença do mandando de injunção; sendo que, antecipo que o Supremo evoluiu justamente nos últimos anos de um comportamento não-concretista para concretista.

---

<sup>480</sup> Como ficou estabelecido no MI 725, o STF entendeu que pessoas jurídicas de direito publico também possuem legitimidade ativa.

A corrente não-concretista consiste nos mesmos efeitos que a ADI por omissão: dar ciência ao poder competente de sua omissão<sup>481</sup>. A corrente intermediária<sup>482</sup> determina a ciência ao poder omissor para suprir a lacuna em um prazo razoável (como 60 dias), seguida da concretização em situações de inércia. A corrente concretista<sup>483</sup>, por fim, determina a criação de uma regra para o caso concreto, com efeito *inter partes* (apenas para as partes do processo) ou *erga omnes* (criando uma norma de forma abstrata e geral, legiferante).

A consolidação da teoria concretista (e abstrata) no âmbito do Supremo Tribunal Federal, todavia, ocorreu no julgamento em 2007 dos MI 670 e 712 sobre a ausência de norma regulamentadora do direito de greve dos servidores públicos<sup>484</sup>.

Nesse caso foi proferida decisão determinando a aplicação da lei de greve dos trabalhadores em geral para o caso dos servidores públicos (a lei nº 7783/1989). O ponto de partida foi a divergência, em voto-vista, do Min Gilmar Mendes, trazendo o princípio da continuidade do serviço público, com possibilidade de restrições em serviços ditos essenciais.

### 5.3.2. O estado de coisas inconstitucional

<sup>481</sup> No julgamento do MI 107, de relatoria do Min Moreira Alves, o Supremo Tribunal Federal atribuiu um comportamento não-concretista, reconhecendo o mandado de injunção como “ação que se destina a obter uma sentença que declare a ocorrência da omissão inconstitucional”. Hipótese concreta que um oficial do exército questiona omissão do Presidente em não encaminhar projeto de lei disciplinando a duração dos serviços temporário, previsto no parágrafo novo do artigo 42 da Constituição.

<sup>482</sup> No julgamento do MI 283, de relatoria do Min Sepúlveda Pertence, o STF conferiu prazo para o legislativo sanar a omissão (§ 3º do art. 8º do ADCT), com fixação de mora ao fim e autorização das partes prejudicadas a solicitarem indenização nas vias ordinárias: deferimento do mandado de injunção para: a) declarar em mora o legislador com relação a ordem de legislar contida no artigo 8º, parágrafo 3º, Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, comunicando-o ao Congresso Nacional e à Presidência da República; b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada; c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual

adequada, sentença líquida de condenação a reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem; d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que

que lhe for mais favorável. (MI 283, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ14.11.1991).

<sup>483</sup> No julgamento do MI 284, de relatoria do Min. Marco Aurélio, foi assegurado “aos impetrantes, “desde logo”, a possibilidade de ajuizarem, “imediatamente”, nos termos do direito comum ou ordinário, a ação de reparação de natureza econômica instituída em seu favor pelo preceito transitório. (MI 232, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 26.06.1991).

<sup>484</sup> No anterior MI 20 sobre a mesma temática, de relatoria do Min Celso de Mello, firmou-se entendimento no sentido de que o direito de greve dos servidores públicos não poderia ser exercido antes da edição da lei complementar respectiva, pelo direito de greve consistir norma de eficácia limitada, desprovida, portanto, de auto-aplicabilidade.

Outro precedente do Supremo Tribunal Federal que ilustra a dificuldade do modelo regimental do Supremo, assim como evidencia uma sistemática concretista e pragmático-consuencialista de julgamento é o caso que envolve o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional na questão carcerária.

Pode ser definido o estado de coisas inconstitucional como um termo utilizado para a decretação de emergência e calamidade de alguma situação que esteja ocorrendo no país. Declarar esse determinado cenário é dizer que o caso está tão caótico e fora do controle que depende do abraçamento de todos os poderes, bem como, que todos os envolvidos assumam um compromisso real de resolver a questão de uma forma efetiva.

Nesse sentido, para que haja a decretação do estado de coisas inconstitucional faz-se necessário o preenchimento de alguns requisitos citados pela suprema corte colombiana que teve o primeiro precedente: a) a constatação de um quadro de violação grave, permanente e massiva dos direitos fundamentais; b) que exista um número elevado e indeterminado de pessoas afetadas pela violação; c) que haja a comprovada omissão reiterada de diversos e diferentes órgãos estatais no cumprimento de suas obrigações, concretizando assim, uma falha estrutural de mais de um órgão ou autoridade; d) que haja a necessidade da solução ser instruída pela atuação conjunta e coordenada de todos os órgãos envolvidos, ou seja, a possibilidade de reversão desse quadro se dará somente a partir de um conjunto de medidas administrativas, orçamentárias, política, executiva, legislativa e demais autoridades envolvidas.

A ideia é fazer com que os incumbidos assumam suas atribuições e adotem medidas, dentro de suas competências, visando à solução da questão. Para isso, ao declarar o estado de coisas inconstitucional e identificar o grave e eminente problema e a consequente violação de direitos fundamentais, a primeira medida adota pelo Judiciário é a comunicação às autoridades, depois, convoca-se órgãos responsáveis para que elaborem planos de saída, bem como, que haja a indicação de órgãos de monitoramento e fiscalização sob as medidas adotadas.

No Brasil, no STF, a primeira decisão dessa temática foi tomada em 2015 junto à ADPF nº 347, relativa a violação de direitos fundamentais da população carcerária, que restou julgada procedente, com a decretação de diversas medidas atípicas:

A) aos juízes e tribunais, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, motivar expressamente as medidas;

B) aos juízes e tribunais, para que sejam observados os artigo 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos,

para realizar audiências de custódia no prazo máximo de 24 horas contados do momento da prisão;

C) aos juízes e tribunais, para que considerem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de implemento de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal;

D) aos juízes e tribunais, para que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo;

E) aos juizes da execução penal, para que apliquem os benefícios e direitos dos presos, com a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando reveladas as condições de cumprimento da pena mais severas do que as previstas na ordem jurídica em razão do quadro do sistema carcerário, preservando-se, assim, a proporcionalidade da sanção;

F) aos juízes da execução penal, para que diminuam o tempo de prisão se constatado que as condições de efetivo cumprimento foram significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica, de forma a compensar o ilícito estatal;

G) ao Conselho Nacional de Justiça, para que coordene mutirão carcerário a fim de revisar todos os processos de execução penal, em curso no país, que envolvam a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas pleiteadas nas alíneas “e” e “f”;

H) à União, para que libere as verbas do Fundo Penitenciário Nacional, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.

Conforme consta em informativo 798 do STF, o advogado representante do partido PSOL, Dr. Daniel Sarmento, ressaltou que em nenhum outro campo a distância entre “as promessas generosas da Constituição e a realidade é maior, é mais abissal”, e que, “não há, talvez, desde a abolição da escravidão, maior violação de direitos humanos no solo nacional”. Em contrapartida, o advogado Luís Inácio Adams, advogado geral da União afirmou “falta entendimento entre os Três Poderes” e que “precisamos buscar um diálogo nacional que passe pelos Três Poderes e pelos estados de forma ativa”.

Ainda, a vice procuradora geral da República, Ela Wiecko, se manifestou dizendo que reconhece a importância dos pedidos e do tema proposto pela arguição, todavia, acredita que as “medidas cautelares pleiteadas são muito abrangentes e generalizadas”.

Ao seu turno, o Ministro Marco Aurélio ressaltou que o Brasil tem a terceira maior população carcerária do mundo, e disse, “que com o déficit prisional ultrapassando a casa das 206 mil vagas, saltam aos olhos o problema da superlotação, que pode ser a origem de todos os males”. Nesse sentido, disse também que a maior parte dos detentos estão sujeitas às más condições dos presídios, como a violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças, falta de água potável, de produtos de higiene, de acesso à assistência judiciária, dentre outras situações degradantes. Dessa forma, conforme o relator, ocorre no sistema prisional brasileiro uma “violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade”, e ainda, considera que o “quadro é geral, devendo ser reconhecida inequívoca falência do sistema”. Declara ainda, que “além de ofensa a diversos princípios constitucionais, a situação fere igualmente normas reconhecedoras dos direitos dos presos, como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, e a Convenção contra a Tortura”. Dessa forma, o papel do Supremo seria retirar as autoridades públicas do estado de inércia, e promover a elaboração de novas políticas públicas, bem como, “aumentar a deliberação política e social sobre a matéria e monitorar o sucesso da implementação das providencias escolhidas, assegurando a efetividade prática das soluções propostas”.

Conforme voto do relator, Ministro Marco Aurélio, restou estabelecido, pelo menos em um primeiro momento, que a responsabilidade pela situação em que se encontram as cadeias nos dias de hoje não poderia ser delegada a um único poder, vez que, existe na verdade, uma falta de coordenação institucional.

O interessante, atestando o concretismo e pragmatismo do STF, que o julgamento da ADPF nº 347 se deu em paralelo do RE nº 592.581, determinando que a administração pública realizasse obras e reformas para garantir os direitos fundamentais dos presos:

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 220 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário para cassar o acórdão recorrido, a fim de que se mantenha a decisão proferida pelo juízo de primeiro grau. Ainda por unanimidade, o Tribunal assentou a seguinte tese: É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.

Éis o texto do informativo nº 798 do STF:

A violação de direitos fundamentais alcançaria a transgressão à dignidade da pessoa humana e ao próprio mínimo existencial e justificaria a atuação mais assertiva do STF. Assim, caberia à Corte o papel de retirar os demais poderes

da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados. A intervenção judicial seria reclamada ante a incapacidade demonstrada pelas instituições legislativas e administrativas. Todavia, não se autorizaria o STF a substituir-se ao Legislativo e ao Executivo na consecução de tarefas próprias. O Tribunal deveria superar bloqueios políticos e institucionais sem afastar esses poderes dos processos de formulação e implementação das soluções necessárias. Deveria agir em diálogo com os outros poderes e com a sociedade. Não lhe incumbiria, no entanto, definir o conteúdo próprio dessas políticas, os detalhes dos meios a serem empregados. Em vez de desprezar as capacidades institucionais dos outros poderes, deveria coordená-las, a fim de afastar o estado de inércia e deficiência estatal permanente. Não se trataria de substituição aos demais poderes, e sim de oferecimento de incentivos, parâmetros e objetivos indispensáveis à atuação de cada qual, deixando-lhes o estabelecimento das minúcias para se alcançar o equilíbrio entre respostas efetivas às violações de direitos e as limitações institucionais reveladas.

Contudo, evidente que esse julgamento, totalmente atípico do regimento do STF, apresenta críticas no que diz respeito à judicialização, à legitimidade do STF e à separação dos poderes.

O jurista Lênio Streck, em sua coluna semanal denominada *senso incomum*, escreveu a respeito do tema, e relatou que o “*Estado de Coisas Inconstitucional acarreta um risco de ser utilizado para fins retóricos*”.

#### 5.4. O projeto de código de processo constitucional

O projeto de Código de Processo Constitucional decorre de uma tentativa de se sistematizar as leis esparsas e a jurisprudência atinente à Jurisdição Constitucional, a exemplo de países como Costa Rica, Argentina e Peru. Mais do que isso, essas tentativas legislativas partem do pressuposto de que o processo constitucional é elemento essencial para consolidação da democracia e de proteção às distopias modernas<sup>485</sup>. Ora, a Constituição não se concretiza sozinha, necessita da evolução de um processo constitucional<sup>486</sup> e de um reconhecimento deste objeto de estudo como “conjunto de regras e princípios positivados na Constituição e noutras fontes de direito (leis, tratados) que regulam os procedimentos juridicamente ordenados à solução de questões de natureza jurídico-constitucional pelo Tribunal Constitucional”<sup>487</sup>.

Este projeto pode, dessa forma, dar novos contornos para a postura concretista e pragmático-consequencialista da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Todavia,

<sup>485</sup> ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. P.60.

<sup>486</sup> ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. P.62.

<sup>487</sup> CANOTILHO, J J Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Almedina: Coimbra. 2003. P. 965.

esse projeto em verdade não pode ser chamado ainda de projeto, mas apenas uma intenção de um grupo de juristas; isso porque, tem-se de um lado um anteprojeto de código apresentado por Paulo Bonavides e Paulo Lobo Saraiva em 2015 ao Conselho Federal da OAB<sup>488</sup>, e de um outro lado uma comissão instituída em 2020<sup>489</sup> junto à Câmara dos Deputados para elaborar outro anteprojeto.

Essa proposta acabou ganhando mais destaque com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, que fez importantes mudanças mas não resolveu todos os problemas da jurisdição constitucional. Problemas que não foram totalmente solucionados pela antiga lei 9868/99, mas que não seriam resolvidos com uma simples compilação de leis, mas sim com uma efetiva sistematização que poderia alterar o dinâmica crescente de ativismo judicial.

Andre Ramos Tavares também defende a ideia de um Código de Processo Constitucional como forma integrante do sistema de freios e contrapesos e como forma de controle dos três poderes<sup>490</sup>:

A primeira diretriz está em considerar que a norma processual constitucional, porque se destina a instrumentalizar a tarefa jurisdicional potencialmente vocacionada à interferência nos Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), é parte integrante de um sistema de controle de Poder (sistema de freios e contrapesos), logo, inexoravelmente, está imbricada com a separação de poderes.

Peter Haberle<sup>491</sup>, nesse contexto, fala da importância da jurisdição constitucional na limitação, racionalização e controle do poder estatal e social, na proteção das minorias e dos débeis, e na reparação dos novos perigos para a dignidade humana.

Outro argumento favorável à instituição de um Código de Processo Constitucional no Brasil é uma aparente dúvida no que diz respeito ao modelo de controle de constitucionalidade que prevalece na sistemática doméstica. De modo que, apesar da

---

<sup>488</sup> Este anteprojeto de 2015 (<https://www.oab.org.br/arquivos/anteprojeto-codigo-de-processo-constitucional-1336318980.pdf>) é fruto de uma proposta levantada em 2010 em artigo publicado na Folha de São Paulo por Bonavides e Saraiva (<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz1001201009.htm>) além de artigo do professor André Ramos Tavares (“Por que um Código Processual Constitucional?”)

<sup>489</sup> O presidente da Câmara dos Deputados instituiu em 24/11/2020 uma comissão, presidida pelo ministro Gilmar Mendes do Supremo Tribunal Federal, para elaborar um anteprojeto de lei que sistematize as normas de processo constitucional brasileiro: “regime jurídico aplicável ao processamento e ao julgamento das ações de controle abstrato de constitucionalidade, das reclamações constitucionais, do mandado de segurança, do habeas data, do mandado de injunção, e dos recursos extraordinários”.

<sup>490</sup> TAVARES, Andre Ramos.; HERANI, Renato. **Um Código de Processo Constitucional para o Brasil**. Belo Horizonte: Arras editores, 2021. P. 35.

<sup>491</sup> HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

importância de vozes como de Gilmar Mendes<sup>492</sup> que fala de uma prevalência do controle concentrado pós Constituição de 1988, o fato é que inexistente consenso. Consenso de que a racionalidade das decisões de controle de constitucionalidade estaria preservada no Brasil em situações abstratas.

Diversas decisões atuais do Supremo Tribunal Federal, como os Habeas Corpus de nº 193.726/PR e 164.493/PR atestam pouco rigor procedimental. Ora, os hiatos normativos postos e casos midiáticos demonstram um perigo ao sistema democrático, perigo da tentativa do STF em exercer uma suposta legitimação contramajoritária.

Quer dizer, a necessidade do Código passa pela necessidade de se organizar procedimentos e tendências doutrinárias e jurisprudenciais – como a hipótese dessa tese –, além da necessidade de maior inserção do Brasil junto a tribunais internacionais como a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Enfim, “o processo constitucional visa tutelar o princípio da Constituição, protegendo os direitos fundamentais”<sup>493</sup>.

Nesse contexto, o anteprojeto apresentado por Bonavides e Saraiva em 2015 foi apresentado à OAB sob 167 artigos<sup>494</sup> englobando as ações existentes protetivas de direitos fundamentais e as ações de controle de constitucionalidade, além de sugerir a criação do mandado de garantia social e de tratar sobre a jurisdição supranacional<sup>495</sup>.

Sobre esse anteprojeto, que até a presente data não foi movimentado no âmbito interno da OAB, Bonavides destaca alguns pontos<sup>496</sup>:

Mas professamos que o neoconstitucionalismo, desde a Nova Hermenêutica, sobre levar o espírito da Constituição aos códigos, emprestou às regras

<sup>492</sup> “A partir de 1988, todavia, somente faz sentido cogitar-se de um sistema misto se se tiver consciência de que a base desse sistema respalda-se no modelo concentrado” MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005. P. 12.

<sup>493</sup> BARACHO DE OLIVEIRA, José Alfredo. **Direito Processual Constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. P. 1.

<sup>494</sup> Art. 1º. Este Código regula os processos constitucionais, relacionados às ações de defesa de direitos fundamentais e coletivos - garantias constitucionais: Habeas Corpus, Mandado de Segurança individual e coletivo. Mandado de Injunção, Habeas Data, Ação Popular, bem assim, as Ações de Controle da Constitucionalidade das Leis e Atos Normativos - garantias constitucionais: Ação Direta de Constitucionalidade - ADIN; Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC; Ação de inconstitucionalidade - ADCOM; por Omissão; Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF; Ação Interventiva - AI; e Reclamação Constitucional - REC.

<sup>495</sup> Art. 163. Para cumprimento do art. 5º, § 1º, 2º, 3º e 4º da CFB/88, qualquer pessoa que tenha lesão em seus direitos constitucionais, poderá recorrer aos organismos jurisdicionais internacionais, com o escopo de obter revogação de decisões judiciais relativas a direitos e garantias constitucionais.

Art. 164. As Decisões de Organismos Internacionais serão executadas imediatamente, pelos poderes nacionais.

Art. 165. Os órgãos internacionais, com jurisdição no Brasil são: OEA, ONU e outros com quem o Brasil tenha firmado tratado internacional.

Art. 166. Cabe aos poderes nacionais oferecer todas as informações necessárias ao cumprimento das decisões dos órgãos internacionais, supramencionados.

<sup>496</sup> BONAVIDES, Paulo. Código de processo constitucional: as bases doutrinárias do anteprojeto da ordem dos advogados do Brasil. **Revista de Processo Comparado**. Jan-jun 2016. P. 280-282.

formuladas pelos sistematizadores estatuta normativa inferior àquela conferida aos princípios. Disso deriva a força maior de juridicidade atribuída à base principiológica, ministrando-lhe em definitivo a prevalência sobre o corpo da legislação ordinária tanto nas regras, quanto na doutrina, na vida do direito e na obra dos codificadores. [...] O Código de Processo Constitucional brasileiro surgirá, de conseguinte, na segunda idade da codificação. Há de figurar qual repositório duma legislação mais avançada e aperfeiçoada que a do passado em fazer efetivas as garantias processuais da Constituição. De sorte que suas formas, suas técnicas, seu campo de ação processual não de ser deveras úteis ao juiz constitucional a fim de levar a efeito com precisão, propriedade, diligência e equilíbrio, a prestação jurisdicional do direito codificado. Representará o Código, por conseguinte, notável adiantamento no emprego dos meios instrumentais do processo, constantes do sistema constitucional.

Confrontada com a conjuntura, é de advertir que a república brasileira corre o risco de mergulhar numa crise de profundidade institucional. Urge, portanto, em circunstância tão delicada para o normal funcionamento do sistema, que o novo Código regulamente, bem sucedido, aquelas ações protetoras da liberdade, da Constituição e dos direitos fundamentais. Desse modo, fará ele muito por garantir a estabilidade do regime, a segurança jurídica da sociedade, o exorcismo dos fantasmas da crise, a dissipação de nuvens que, desde muito, se acumulam condensando as incertezas do futuro.

Ou seja, Bonavides atrela a criação do Código à proteção da segurança jurídica e dos direitos fundamentais como todo, em momento histórico conturbado politicamente. Nesse sentido, defende a “necessidade de manter o regime sob a égide pluralista duma Constituição aberta, porquanto um dos caminhos para alcançar a estabilidade e segurança das instituições democráticas no Estado de Direito contemporâneo”<sup>497</sup>.

No cenário internacional, como citado, tem-se a iniciativa da Lei de Jurisdição Constitucional da Costa Rica de 1989; posteriormente na Argentina, em âmbito regional, a Lei da Provincia de Tucumán de nº 6844 de 1999; e, na sequência, como mais importante, o Código Processual Constitucional da República do Peru consistente na lei nº 28.237 de 2004.

#### 5.4.1. Modelo efficientista?

Quando se pensa em uma proposta de código de processo constitucional, a luz do que o próprio nome sugere, imagina-se um código de normas indiretas ou processuais; todavia, pode-se também imaginar em normas de cunho material ou direto.

Dentro desse exercício, sob a ideia de jurisprudência concretista e pragmático-consequencialista, seria natural pensar em parâmetros para decisões em matéria de jurisdição constitucional. A parte curiosa desse ponto é que o parâmetro primário seria a

---

<sup>497</sup> BONAVIDES, Paulo. Código de processo constitucional: as bases doutrinárias do anteprojeto da ordem dos advogados do Brasil. *Revista de Processo Comparado*. Jan-jun 2016. P. 295.

ideia da eficiência<sup>498</sup>; curiosamente um parâmetro ou princípio carregado de carga abstratista, justamente aquilo que o pragmatismo combate.

Todavia, a esse ponto, interessante verificar que a economia fornece parâmetros teóricos para a identificação daquilo que seria propriamente é eficiência. Cooter e Ulen<sup>499</sup> assinalam que os economistas possuem inúmeras definições de eficiência. Uma das definições mais corriqueiras, conforme Salama<sup>500</sup>, trata da “maximização da riqueza e do bem-estar e à minimização de custos sociais”. Ou, ainda, numa visão bastante lógica, a eficiência consiste em fazer o melhor com a menor quantidade de recursos disponíveis.

Posner, de acordo com Salama<sup>501</sup>, entendia a eficiência como a expressão de um sistema jurídico voltado para a maximização de riquezas sociais, compreendendo que as regras jurídicas que promovam a maximização da riqueza são tomadas por justas, enquanto as que não a promovessem, seriam tomadas por injustas.

Aprofundando, no âmbito econômico, há duas importantes construções de eficiência sob o ponto de vista de Vilfredo Pareto e de Kaldor e Hicks. Vilfredo Pareto foi um economista suíço-italiano que desenvolveu uma espécie de eficiência que leva seu sobrenome, em homenagem. A eficiência de Pareto, também denominada eficiência alocativa, diz respeito à satisfação de interesses pessoais. A eficiência de Pareto ocorre quando é não é possível modificá-la a ponto de aumentar a riqueza de uma pessoa sem fazer com que a riqueza de outra diminua.

As críticas a esse critério de eficiência, para Sztajn<sup>502</sup>, são a dependência da alocação inicial de riqueza, a não indução das pessoas a revelarem suas preferências qualitativas, bem como o fato de que, frequentemente, há perdedores.

Cooter e Ulen<sup>503</sup> declaram que “os economistas, insatisfeitos com o critério de Pareto, desenvolveram a noção de uma melhoria potencial de Pareto (mais conhecida como eficiência de Kaldor-Hicks)”. Isso se deu na tentativa de corrigir algumas falhas da eficiência de Pareto, no que tange a superação da limitação de que somente se pode

---

<sup>498</sup> “Elaboração teórica que utiliza a ordem jurídica para a produção de consequências de ordem Econômica, em especial, a Eficiência”. (DEL MASSO, Fabiano. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. P. 156)

<sup>499</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5ª ed. Porto Alegre: Brokman Companhia Editora, 2010. P. 38.

<sup>500</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. **Estudos em direito & economia** [livro eletrônico]: micro, macro e desenvolvimento. 1. ed. Curitiba: Editora Virtual Gratuita - EVG, 2017. P.35.

<sup>501</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof.. **Direito, Justiça e Eficiência: A Perspectiva de Richard Posner**. August 8, 2008. P. 5-6.

<sup>502</sup> SZTAJN, Raquel; ZYBERSZTAJN, Décio. **Direito e Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. P. 81.

<sup>503</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5ª ed. Porto Alegre: Brokman Companhia Editora, 2010. P. 64.

modificar uma situação em que pelo menos uma pessoa fique em situação melhor e nenhuma em situação pior.

Desse modo, os economistas Nicholas Kaldor e John Hicks elaboraram o modelo de eficiência que ganhou a nomenclatura de seus sobrenomes, respectivamente. Tal modelo aponta que a exigência Paretiana é irreal e ilusória, não levando a cabo a eficiência, dado que a perda dos prejudicados pode existir, desde que os benefícios gerados sejam suficientes para compensar tal perda. Assim, partido de modelos de utilidade, como preconizado por Bentham, as normas devem ser pensadas de maneira a gerarem o máximo de bem-estar para o maior número de pessoas.

Salama aponta que, com base na Eficiência de Kaldor-Hicks, basta que a compensação para os perdedores seja possível, mesmo que não ocorra de fato, distintamente da Eficiência de Pareto, em que os perdedores devem, necessariamente, ser compensados com a perda. Posner, em *Economics of Justice* (1983), defendeu o critério de eficiência Kaldor-Hicks, alegando que esse modelo seria mais adequado na busca da maximização de riqueza e redução dos custos, fazendo com que a atividade do juiz seja um exercício de análise de custo-benefício, em busca da maximização da riqueza em geral. Assim, para que uma decisão seja considerada ótima, basta que os benefícios gerados a uma das partes sejam suficientes para (re)compensar a parte que obteve prejuízos com a decisão, levando em conta o bem estar geral.

Nesse sentido que Posner estabelece como critério ético o que ele intitulou como “maximização da riqueza”, com o objetivo de reduzir ativismos judiciais e evitar a construção política da lei.

Para Rosa<sup>504</sup> a relação do juiz com o Direito é profundamente modificada nos ares da AED, pois não se trata mais, apenas, de um dever com a ordem jurídica posta, mas com a eficiência e a maximização da riqueza. Assim, ao libertar o Direito do formalismo, acabou por inseri-lo na lógica do livre mercado, rebaixando a hierarquia das leis e submetendo-as a uma lógica consequencialista. Rosa<sup>505</sup> dispõe que um dos grandes entraves da teoria de Posner é que este não problematiza de maneira suficiente os critérios para os padrões de eficiência, de maximização da riqueza, de custo/benefício, e das possíveis e desejáveis consequências das decisões por tal parâmetro proferidas.

---

<sup>504</sup> ROSA, Alexandre Morais; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. Editora Lumen Juris, 2ª Edição. Rio de Janeiro. 2011. P. 81.

<sup>505</sup> ROSA, Alexandre Morais; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. Editora Lumen Juris, 2ª Edição. Rio de Janeiro. 2011. P. 82-83..

Talvez um dos maiores exemplos de crítica direcionada a Posner tenha sido feita por Ronald Dworkin, sobretudo em seus dois artigos publicados na década de 1980 – “*Why Efficiency?*” e “*Is wealth a Value?*”. Para Dworkin o problema estaria no fato de que não há fundamento a cerca da veracidade do argumento da riqueza social, afinal, não é possível pensar que uma sociedade que tem mais riqueza, tal como definida, é melhor ou está em melhor situação que uma sociedade que tem menos riqueza. Assim sendo, a maximização da riqueza e a eficiência não podem ser erigidas a um status de valores, não sendo objetos dignos a serem perseguidos pelo Direito.

Isso deve ocorrer, pois, do contrário, é possível que, no momento da tomada de decisão, o indivíduo seja equiparado ou relegado a uma posição inferior de um objeto ou coisa. Ademais, se a decisão possui o intuito de maximizar a riqueza da sociedade, instala-se o risco de imperar decisões que sejam pautadas numa perspectiva individualista, do qual o ideário de justiça social muito se distancia.

Quando se levanta essa concepção dita eficientista, ao analisar a mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento da (im)possibilidade de execução provisória de pena (ADCs 43, 44 e 45) – pela compatibilidade do Código de Processo Penal com a Constituição – Georges Abboud aponta para abandono pela corte nesse caso de uma visão praxista-eficientista-populista. Conclui<sup>506</sup>:

Aliás, para quem se diz pragmático e eficientista, depositar no Judiciário a esperança da construção de um mundo melhor parece muito mais utópico do que exigir dele o exercício de sua tarefa a partir do paradigma da autonomia, sem qualquer espécie de discricionariedade. Ao final das contas, pedir para o Judiciário enfrentar o texto é muito menos complexo e mais tangível do que convidá-lo a ser o agente de melhoria social. O STF é, antes de tudo, guardião da Constituição e não uma espécie de corregedor geral da República, da moralidade e da sociedade brasileira.

Enfim, ao se debater um suposto projeto de Código de Processo Constitucional, a temática quanto ao eficientismo se mostra muito relevante, principalmente ao se observar que muitos julgados do Supremo Tribunal Federal o tem utilizado. Um claro aceno ao pragmatismo e consequencialismo.

#### 5.4.2. Um modelo tedesco<sup>507</sup>-yankee?

<sup>506</sup> ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. P.371.

<sup>507</sup> O termo tedesco (alusivo à tradução “alemão” na língua italiana) é uma ironia ao fato do modelo processual civil brasileiro ser de base italiana. Ironia de que, em sede constitucional ao menos, a influência procedimental alemã é mais forte, ao lado da norte-americana.

Uma das questões mais delicadas ligadas a um modelo de Código de Processo Constitucional é a questão de conjugação da influência na jurisprudência do Brasil do modelo alemão e do modelo norte-americano.

Interessante que os modelos podem se imbricar pelo já tratado instituto do *Richterklage* no capítulo dois<sup>508</sup>:

A questão de inconstitucionalidade ressalta uma aproximação do modelo concentrado alemão com o modelo norte-americano, ao permitir que os tribunais remetam ao TCF a apreciação incidental de matéria constitucional – questionada em face da Lei Fundamental - decorrente de um caso concreto.

Outra questão interessante afeta a esse modelo híbrido tedesco-yankee é a correlação dos institutos do efeito vinculante e da repercussão geral no capítulo segundo.

Ora, os institutos efeito vinculante e repercussão geral, de origem alemã e norte-americana, representam uma correlação ou conexão direta entre os modelos que influenciaram o Brasil, como também conclui André Ramos Tavares<sup>509</sup>:

A combinação da sumula vinculante com o instituto aqui analisado da repercussão geral cria uma nítida conexão entre o modelo de controle difuso-concreto e o modelo abstrato-concentrado, aproximando aquele das características próprias deste último, o que talvez seja realmente o caminho mais apropriado para países que pretendam manter ambos os modelos concomitantemente.

Mesma conclusão que se encontra na obra de Cassio Scarpinella Bueno<sup>510</sup>:

Isto porque, mesmo que não exista, com relação à 'repercussão geral' (pelo menos do ponto de vista constitucional), previsão para a adoção de efeitos 'vinculantes', não há como negar que sua própria função no sistema de acesso recursal ao Supremo Tribunal Federal e fator suficiente para que o maior número de 'interessados' possa manifestar-se perante aquela corte em busca da mais adequada definição do que se amolda e daquilo que não se amolda naquela expressão. Trata-se, aqui, de um nítido caso em que, qualquer que seja o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito da interpretação daqueles conceitos vagos, seus efeitos (mesmo que só os práticos, meramente persuasivos) vão além, necessariamente além, da específica questão julgada, e que poderá, conforme o caso, até mesmo envolver apenas dois litigantes em uma situação que, na visão deles, diz respeito só a eles próprios, um 'Caio' de um lado e um 'Tício' de outro. Inequivocamente, estamos diante de uma situação em que os *interesses* subjacentes ao caso concreto suplantam - e muito o *interesse* que caracteriza o litígio entre dois sujeitos, travestido de 'direito'. Não se estará, ao definir o que pode e o que não pode ser entendido como 'repercussão geral', decidindo 'só' se um dos litigantes - quem quer que sejam

<sup>508</sup> OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de. A questão de inconstitucionalidade – Richterklage – na prática do tribunal constitucional federal alemão e o sistema de controle de brasileiro. **Anais do VIII Congresso Nacional da FEPODI**. São Paulo, 2021. P. 106.

<sup>509</sup> TAVARES, André Ramos. A repercussão geral no recurso extraordinário. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesus Lora (coord). **Reforma do Judiciário analisada e comentada**. São Paulo: Método, 2005. P.219.

<sup>510</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. São Paulo: Saraiva, 2006. P. 627.

eles, frisamos este ponto - tem razão. Estar-se-a discutindo e *decidindo* quais as condições que, concretamente, devem estar presentes para se alcançar o Supremo Tribunal Federal em quaisquer outros casos similares aqueles. E que deverão, ainda que não haja um 'efeito vinculante' para aquela específica decisão, ser observados por todos os demais litigantes, independentemente de quem sejam eles.

Note-se, neste ponto, que a existência do efeito vinculante e da repercussão geral é necessária para garantir a eficácia da técnica decisória mais utilizada pelo Supremo Tribunal Federal na atualidade: a chamada interpretação conforme de dispositivos da Constituição<sup>511</sup>:

De modo a preservar a obra do legislador, ficou clássica a regra de hermenêutica constitucional que recomenda ao interprete, entre duas interpretações possíveis, adotar aquela que não infirma a da autoridade perante o texto constitucional. O emprego do canone hermenêutico no exercício da jurisdição constitucional, sobretudo em sede de controle abstrato de normas, confere ao seu titular poderes que excedem as suas funções tradicionais. Segundo Hesse, trata-se de atividade mais contundente do que a própria declaração de inconstitucionalidade, pois, nesse aspecto, o órgão da jurisdição constitucional *conforma positivamente* a norma, enquanto no caso da declaração de inconstitucionalidade a *nova conformação segue sendo assunto do legislador*.

Um princípio hermenêutico moderno que determina que diante de interpretações polissêmicas ou plurissignificativas dos atos normativos deve o intérprete optar (e o Supremo indicar) aquela interpretação que está em maior compatibilidade com a Constituição. Lembrando que a interpretação conforme comporta dois limites: clareza do texto (se o texto da lei é claro não cabe sua deturpação) e objetivo da lei (se a lei foi feita para determinada finalidade, não se pode desvirtuá-la).

Imperioso lembrar, ainda, que o efeito vinculante apresenta como principal instrumento de sua garantia a chamada reclamação constitucional, uma ação que tem por objetivo a necessária observância das decisões do Supremo Tribunal Federal (com força vinculante)<sup>512</sup>:

A reclamação, medida originária de competência dos Tribunais Superiores, pode ser de três tipos no STF, conforme a Constituição Federal, a regulamentação dada por seu Regimento Interno e a legislação ordinária: para garantia da autoridade das decisões do STF, para a preservação da competência e contra o desrespeito a súmula vinculante.

<sup>511</sup> LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006. P. 97.

<sup>512</sup> CORTES, Osmar Mendes Paixão. Reclamação – a ampliação do cabimento no contexto da “objetivação” do processo nos Tribunais Superiores. **Revista do Processo**. n. 197. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. P. 13-25.

Um direito do jurisdicionado ou de terceiro interessado em afastar o controle concreto (difuso) de constitucionalidade e exigir aplicabilidade do julgado do Supremo Tribunal Federal com força vinculante<sup>513</sup>:

Ou seja, a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do preceito normativo, afirmada pelo Supremo, já não mais poderá ser questionada no caso concreto, devendo a norma ser aplicada ou não, segundo o que já foi por ele decidido. Quaisquer atos ou omissões praticados depois da decisão da Corte Suprema, contrários a ela, detêm, contudo, uma ofensa em grau mais elevado: a da desobediência ao comando vinculante da sentença, dando ensejo, em certas circunstâncias, a ação de reclamação.

Ainda, quando se fala em observância do efeito vinculante, note-se que a reclamação no âmbito do Supremo Tribunal Federal pode se dar não apenas quanto ao conteúdo do dispositivo de suas decisões, mas também com relação aos fundamentos (*ratio decidendi*) delas. Observância necessária, sublinhe-se, dos chamados motivos transcendentais dos julgados. Nesse sentido:

EMENTA: RECLAMAÇÃO. 2. Sequestro de recursos do Município de Capitão Paços. Débitos trabalhistas. 3. Afronta a autoridade da decisão proferida na ADI 1.662. 4. Admissão de sequestro de verbas públicas somente na hipótese de quebra da ordem cronológica. Não equiparação as situações de não-inclusão da despesa no Orçamento. 5. Efeito vinculante das decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade. 6. Eficácia que transcende o caso singular. 7. Alcance do efeito vinculante que não se limita a parte dispositiva da decisão. 8. Aplicação das razões determinantes da decisão proferida na ADI 1.662. 9. Reclamação que se julga procedente (STF. Pleno - REcl. n.º 2.363-0-DF -ReI. Ministro Gilmar Mendes -j. 23.10.2003 -DJU 01.04.2005).

Note-se, contudo, que antes da Emenda 3/1993, o Supremo Tribunal Federal não aceitava a utilização de reclamação acerca dos meros efeitos *erga omnes* da jurisdição concentrada de controle de constitucionalidade:

EMENTA: RECLAMAÇÃO. GARANTIA DA AUTORIDADE DE DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE EXCEPCIONALIDADE DO SEU CABIMENTO -AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE ATIVA. PEDIDO NÃO CONHECIDO. O ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal, faz instaurar processo objetivo, sem partes, no qual inexistem litígios referentes a situações concretas ou individuais. A natureza eminentemente objetiva do controle normativo abstrato afasta o cabimento do instituto da reclamação por inobservância de decisão proferida em ação direta (Recl 354, ReI. Min. CELSO DE MELLO). Coloca-se, contudo, a questão da conveniência de que se atue o rigor dessa vedação jurisprudencial, notadamente em face da notória insubmissão de alguns Tribunais judiciais às teses jurídicas consagradas nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em ações diretas de inconstitucionalidade. A expressão 'parte interessada', constante da Lei n.

<sup>513</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. P.72.

8038/90, embora assuma conteúdo amplo no âmbito do processo subjetivo, abrangendo, inclusive, os terceiros juridicamente interessados, deveria no processo objetivo de fiscalização normativa a abstrata limitar-se apenas aos órgãos ativos ou passivamente legitimados a sua instauração (CF, art. 103). Reclamação que não deverá ser conhecida, eis que formulada por magistrados, estranhos ao rol taxativo do art. 103 da Constituição (STF -Pleno -Recl. 397 - ReL. Min. Celso de Mello -j. 25.11.1992 - DJ 21.05.1993).

A reclamação constitucional foi regulamentada Lei nº 8038/1990, em seus artigos 13 a 18:

Art. 13 - Para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões, caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público.

Parágrafo único - A reclamação, dirigida ao Presidente do Tribunal, instruída com prova documental, será autuada e distribuída ao relator da causa principal, sempre que possível.

Art. 14 - Ao despachar a reclamação, o relator:

I - requisitará informações da autoridade a quem for imputada a prática do ato impugnado, que as prestará no prazo de dez dias;

II - ordenará, se necessário, para evitar dano irreparável, a suspensão do processo ou do ato impugnado.

Art. 15 - Qualquer interessado poderá impugnar o pedido do reclamante.

Art. 16 - O Ministério Público, nas reclamações que não houver formulado, terá vista do processo, por cinco dias, após o decurso do prazo para informações.

Art. 17 - Julgando procedente a reclamação, o Tribunal cassará a decisão exorbitante de seu julgado ou determinará medida adequada à preservação de sua competência.

Art. 18 - O Presidente determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente.

Dentre os pontos mais importantes de norma pode-se destacar a expressão “garantir a autoridade das suas decisões” (do Supremo Tribunal Federal) e o fato da ação ser dirigida à Presidência do Supremo Tribunal Federal que, em caso de procedência, determinará a cassação da decisão que exorbite seu julgado. E por cassação da decisão, tem-se que a decisão na reclamação constitucional apresenta natureza mandamental.

A doutrina bem explica a origem do instituto<sup>514</sup>:

No que agora nos interessa, a reclamação é uma ação constitucional que visa a preservação da competência do Supremo Tribunal Federal (art. 102 I, I, da CF). Em suas origens mais remotas, aflora da *supplicatio* do período da *cognitio extra ordinem* do direito romano e das *sopricatioes*, *querimas* ou *querimonias* do antigo direito português. Quanto ao direito luso-brasileiro mais recente, tem-se simile no agravo de ordenação não guardada (Ordenações Filipinas, Livro III, Título XX, § 46, e Livro I, Título V, § 4º) e no agravo por dano irreparável (Regulamento 737 de 1850, art. 669, § 15). Pode-se separar, em nossa história recente, o estudo da reclamação em quatro fases bem distintas: a) a primeira vai da criação do Supremo Tribunal Federal até 1957; b) a segunda começa em 1957, com a inserção da reclamação no Regimento Interno do Supremo e estende-se até 1967; c) a terceira vai da Constituição de 1967,

<sup>514</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. P. 43-44.

art. 115, parágrafo único, c, reproduzido pela EC 1 de 1969, art. 120, parágrafo único, c, destacando-se posteriormente a disposição contida no art. 119, § 3º, por obra da EC 7 de 1977, que autorizava o Regimento Interno do Supremo a estabelecer o processo e julgamento dos feitos de sua competência originária e da arguição de relevância de questão federal e d) a quarta fase, que inicia com a Constituição de 1988 e os arts. 102, I, I e 105, I, f, em que se alude expressamente a reclamação. Passou-se da construção jurisprudencial do primeiro período, baseada principal mente na teoria dos poderes implícitos, a expressa previsão constitucional do instituto, tal a importância que veio a receber de nosso sistema jurídico.

Observe-se, no entanto, que a reclamação constitucional surtiu ampliação em seu objeto com a emenda constitucional nº 45/2004, oportunidade em que foi criada a chamada súmula vinculante e estabelecida a possibilidade de usar a reclamação para cassar qualquer ato administrativo ou decisão judicial que deixe de observar a súmula, como bem regulamentado pela Lei nº 11.417/2006:

Art. 7º Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação.

§ 1º Contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas.

§ 2º Ao julgar procedente a reclamação, o Supremo Tribunal Federal anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial impugnada, determinando que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso.

Um instrumento que qualquer indivíduo prejudicado poderia utilizar, elevando muito o número destas ações no Supremo Tribunal Federal; razão da própria restrição da lei de se esgotar as vias administrativas em caso de ato administrativo. Razão, ainda, da possibilidade em se responsabilizar administrativa, civil e criminalmente a autoridade de que decorre comando contrário ao Supremo Tribunal Federal<sup>515</sup>:

A inobservância do efeito vinculante caracteriza *grave violação de dever funcional* das autoridades públicas infratoras, sejam elas integrantes do Poder Judiciário ou do Poder Executivo. Tratando-se, em ambos os casos, de servidores públicos -magistrados e autoridades administrativas -, é possível cogitar, além da prática de infração administrativa, que a renitência aos julgados em controle abstrato de constitucionalidade possa resultar, na esfera criminal, na prática de crime contra a Administração Pública e, na esfera civil, em responsabilidade civil do Estado, assegurado o direito de regresso contra a autoridade insubordinada, conforme o §6º do art. 37 do texto constitucional. Ainda na órbita criminal, não parece descabido especular sobre a prática de crime de responsabilidade, nos termos do inc. VII do art. 85 da Constituição. Especificamente quanto aos magistrados, caberia, em tese, aplicar a responsabilidade por perdas e danos de que trata o art. 133, I, do Código de Processo Civil.

<sup>515</sup> LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006. P. 168.

De modo que, dentro da proposta de um Código de Processo Constitucional, fica evidente a conjugação dos modelos norte-americano e alemão, dentro de uma perspectiva concretista e pragmático-consequencialista que a corte brasileira vem adotando. Como visto, a chamada reclamação constitucional ilustra a conjugação desses modelos.

### **5.5. O dilema entre democracia e jurisdição – a questão da juristocracia e a falta de diálogo institucional**

Feitas as devidas considerações nos pontos anteriores sobre o avanço do concretismo e do pragmático-consequencialismo no âmbito do Supremo Tribunal Federal, imperioso questionar os efeitos dessa expansão da jurisdição constitucional<sup>516</sup> frente a democracia.

Ora, o Poder Judiciário sendo pressionado a resguardar os princípios constitucionais promove uma progressiva tensão com os demais poderes Legislativo e Executivo, acaba por gerar questionamentos acerca da separação e autonomia dos poderes e de suas atribuições respectivas.

Uma tensão entre um Poder cujos membros não são eleitos pelo povo e outros Poderes com uma representatividade popular direta; ou seja, “o que ocorre é que quando se amplia o papel da Constituição e da jurisdição constitucional, acaba-se por se retrair o papel da democracia e vice-versa”<sup>517</sup>.

Uma tensão, entretanto, que seria injustificável já que a postura ativa do Judiciário decorre da própria Constituição e seus postulados normativos abertos<sup>518</sup>:

Nosso sistema constitucional baseia-se em uma teoria moral específica, a saber, a de que homens têm direitos morais contra o Estado. As cláusulas difíceis da Bill of Rights, como as cláusulas do processo legal justo e da igual proteção, devem ser entendidas como um apelo a conceitos morais, e não como uma formulação de concepções específicas. Portanto, um tribunal que assume o ônus de aplicar plenamente tais cláusulas como lei deve ser um tribunal ativista, no sentido de que ele deve estar preparado para formular questões de moralidade política e dar-lhes uma resposta.

<sup>516</sup> “A expansão da autoridade do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais em geral não é, no entanto, um fenômeno estritamente brasileiro. Há, hoje, uma vasta literatura que busca compreender este fenômeno de avanço do direito em detrimento da política e conseqüente ampliação da esfera de autoridade dos tribunais em detrimento dos parlamentos.” VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. **Revista Direito GV**, n. 8, p. 442, 2008.

<sup>517</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional**: entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007. P. 18.

<sup>518</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. P. 231.

Por isso da importância em se falar em um mecanismo de filtragem constitucional cujo eixo “hermenêutico girava em torno da defesa da força normativa da Constituição, da necessidade de uma dogmática constitucional comprometida com os princípios, bem como com o desenvolvimento de novos mecanismos de concretização constitucional”<sup>519</sup>.

Enfim, tratar do concretismo e do pragmático-consequencialismo aplicado no Supremo Tribunal Federal, com expansão dessa jurisdição constitucional, nos leva a um debate sobre os limites do direito, política e democracia.

Ora, geralmente o debate sobre a expansão da jurisdição constitucional leva a discussões quanto ao princípio da separação de poderes; todavia o debate é mais profundo ao se bordar uma suposta confusão “conceitual e funcional” entre Direito e Política<sup>520</sup>.

O problema estaria relacionado com um contexto histórico pós-moderno em que a sociedade de massa não se satisfaz mais com a prestação de serviços públicos e a tutela de direitos individuais do Estado moderno; isso porque a sociedade evolui em uma velocidade na qual o Estado não consegue acompanhar em vista de sua burocracia e insuficiência regulatória.<sup>521</sup>

Diante desse cenário, o magistrado, em todas as instâncias jurisdicionais, é chamado a atender demandas cujo elevado e crescente grau de complexização impede que ele se mantenha adstrito ao padrão de racionalidade jurídica, bem como às técnicas hermenêuticas e decisórias, que fundamentavam a era do apogeu do positivismo jurídico ocidental, durante o século XIX e a primeira metade do XX. Com isso, elementos tradicionais foram alterados nas suas concepções mais fundamentais, outros surgiram e se consolidaram, mas o resultado circunstancial desse processo social de modificação de categorias elementares do Direito e da Política culmina em uma nova ideia de racionalidade jurídica.

Não há sentido em se defender uma pretensa liberdade de decisão conforme a própria consciência irresponsável por parte dos magistrados; o que se exige, em verdade, é uma identificação precisa dos fatos e normas afetados em cada ação frente a uma orientação pacificada dos tribunais com base em precedentes<sup>522</sup>:

Nos casos em que o magistrado está vinculado a precedentes judiciais, a sua primeira atitude é verificar se o caso em julgamento guarda alguma semelhança com o(s) precedente(s). Para tanto, deve valer-se de um método de comparação

<sup>519</sup> KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Repercussão geral e efeito vinculante: neoconstitucionalismo, *amicus curiae* e a pluralização do debate.** 2010. 427 f. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010. P.193.

<sup>520</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, June 2012. P. 42.

<sup>521</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, June 2012. P. 42.

<sup>522</sup> DIDIER JR, Fredie; CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo Jose. **Curso de Direito Processual Civil.** 10. ed. Salvador: JusPodium, 2012. P. 393.

a luz de um caso concreto, o magistrado deve analisar os elementos objetivos da demanda, confrontando-os com os elementos caracterizadores de demandas anteriores. Se houver aproximação, deve então dar um segundo passo, analisando a *ratio decidendi* (tese jurídica) firmada nas decisões proferidas nessas demandas anteriores. Fala-se em *distinguishing* (ou *distinguish*) quando houver *distinção* entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma, seja porque não é coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base a *ratio decidendi* (tese jurídica) constante no precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, alguma peculiaridade no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente.

Eis o entendimento de que esta chamada cultura de precedentes determina um ganho de eficiência para o ordenamento jurídico, na linha do pensamento consequencialista<sup>523</sup>:

Alem disso, o respeito aos julgados já proferidos incrementa a *eficiência* do sistema: provoca uma *economia de tempo e de recursos*, na medida em que torna desnecessárias novas considerações acerca daquelas matérias que já restaram pacificadas; diminui os riscos de erro judicial; evita a produção de decisões conflitantes; e torna mais claro o direito, desestimulando demandas aventureiras e promovendo uma redução dos litígios. Tal estado de coisas preserva a *legitimidade* e a *credibilidade* das cortes aos olhos do jurisdicionados construindo um importante fator de sua preservação institucional.

Eis o elogio feito por Cândido Rangel Dinamarco ao sistema do *common law* – da cultura de precedentes – e crítica ao sistema posto no Brasil<sup>524</sup>:

No sistema da *commow law* costuma ser dito que a força vinculante dos holdings (maximas contidas nos julgamentos) propicia a quadrupla vantagem expressa nas palavras igualdade segurança-economia-respeitabilidade. Vendo agora o avesso representado pela imensa fragmentação de julgados presente na realidade brasileira, tem-se que os julgamentos repetitivos e absolutamente desvinculados residem fatores que podem comprometer cada um desses ideais de boa justiça, porque (a) somente os que puderem e se animarem a subir ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça poderão afastar de si os julgamentos desfavoráveis suportados nas instancias locais; (b) por isso mesmo ou por outros fatores, reinara sempre entre os jurisdicionados alguma incerteza sobre o futuro dos litígios em que se acham envolvidos; (c) O Poder Judiciario prossegue envolvido em um trabalho inutil e repetitivo, quando poderia liberar-se da carga de repetição e dedicar-se com maior proeficiência e celeridade a outros casas; e (d) as decisões do órgao competente para dada matéria ficariam sempre prestigiadas, prevalecendo soberanas e com homogeneidade em todos os casos.

Todavia, evidente que o sistema deve estar atento a situações em que o substrato fático diverso possa determinar a necessidade de apreciação de distinção por parte dos tribunais superiores, situação em que os fundamentos (*ratio decidendi*) da decisão deve ser analisada de forma pormenorizada.

<sup>523</sup> MELLO, Patricia Perrone Campos. **Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P. 71.

<sup>524</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2001. P. 1126-1127.

Na verdade, talvez a maior deficiência do sistema brasileiro e que necessite socorro teórico do *common law* seja a correta identificação dos chamados motivos determinantes das decisões e as questões periféricas (*obiter dictum*), e a sistematização de mecanismos pelos quais se possa superar precedentes vinculantes e mecanismos pelos quais se possa afastar precedentes no caso concreto.

Sobre a identificação dos motivos determinantes verifica-se uma dificuldade em sintetizar (ponto de vista fático e jurídico) o entendimento do Supremo Tribunal Federal e, por consequência, a dificuldade em se separar questões periféricas, notadamente em função da fragmentação dos posicionamentos pessoais de cada Ministro.

Mais a frente, sobre mecanismos para superação de precedentes, citam-se expedientes elogiáveis do *common law* o *overruling* e o *overriding*; primeiro deles que permite que um precedente seja substituído por outro (com possibilidade de efeitos futuros - *prospective overruling*) e segundo deles que permite que um precedente tenha sua aplicação limitada em função da superveniência de uma regra ou princípio legal<sup>525</sup>:

O *overruling* e a revogação total de um precedente, no sentido de que o juiz do caso atual apresenta suas razões para não segui-lo, abrindo a oportunidade para construção de nova proposição jurídica para contexto idêntico. Trata-se da forma mais extrema de revogação, a qual, assim como no *distinguishing*, confere poderes legislativos limitados ao julgador, e que segue algumas regras elaboradas pela doutrina e pela legislação. Na Inglaterra e nos Estados Unidos, o *overruling* geralmente só pode ser feito por uma Corte superior a Corte prolatora da decisão a ser revogada. [...] O *overriding* consiste no ato da corte em restringir o âmbito de aplicação de determinada doutrina em decorrência de uma nova regra surgida após o estabelecimento da doutrina no precedente, tratando-se de uma espécie de revogação parcial.

Técnicas que convivem com o chamado *transformation*, em que ocorre o afastamento de um posicionamento sem anúncio por parte do órgão julgador, com possibilidade de utilização de antigo precedente em julgamentos futuros; e o *signaling*, consistente nos casos que “o tribunal vinculante, ao apreciar determinado caso concreto, aplica-lhe a doutrina vigente, mas informa, sinaliza a comunidade jurídica, através de um mero *obiter dictum*, a intenção de abandoná-la no futuro, o que afasta, a partir do aviso, a justificada confiança em sua aplicação”<sup>526</sup>.

Ainda, sobre os mecanismos de afastamento dos precedentes no caso concreto, imperioso falar do chamado *distinguishing* do direito norte-americano, consistente na

<sup>525</sup> PORTES, Maira. Instrumentos para revogação de precedentes no sistema de *common Law*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord). **A força dos precedentes**: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. Salvador: JusPodium, 2010. P. 198-199.

<sup>526</sup> MELLO, Patricia Perrone Campos. **Precedentes**: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P. 235-236.

superação de um entendimento no caso concreto sem afastar esse entendimento pacificado de forma geral. Mecanismo, da mesma forma, que poderia servir de exemplo para o direito brasileiro, mas que já encontrou resistência no Supremo Tribunal Federal, no julgamento da reclamação nº 7569/SP, em que a Ministra Ellen Gracie chamou atenção para o risco de excesso de reclamações àquela corte sob o fundamento do chamado *distinguishing* para efeito de afastamento de um comando decidido com repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, e que deveria ser solucionado pelo Tribunal que viria a aplicar aquele precedente.

Dentro do problema da estabilidade institucional, o modelo do *stare decisis* é um pressuposto essencial para o correto funcionamento de um sistema de controle difuso de constitucionalidade, para evitar, na medida do possível, incertezas e falta de uniformidade na aplicação judicial do direito<sup>527</sup>; contudo, politicamente, o *stare decisis* pode conduzir para uma excessiva entrega de poderes pro judiciário, como verdadeiro legislador negativo, colocando-se acima do Parlamento, como também explica Anderson Teixeira<sup>528</sup>.

O debate acerca de uma ruptura democrática posta nessa mudança quantitativa e qualitativa da jurisdição constitucional foi objeto de análise de Juliano Zaiden Benvindo. Seria justamente esse ajuste no modelo brasileiro, com maior força normativa na Constituição, que levaria a uma tensão do STF com demais poderes; a ponto de tanto se falar de diálogo institucional atualmente<sup>529</sup>:

Harmonia, diálogo institucional são palavras mágicas, ressoam com uma beleza sonora que convence, persuade, acalma os ânimos. Talvez representem aquilo por que mais se anseia quando se trata de defender a estabilidade das instituições. Por outro lado, elas talvez escondam o que ocorre na prática, nos jogos inerentemente políticos – e, pois, marcados pelo desacordo em grande medida – que ocorrem entre os Poderes e dentro de cada um deles. [...] O diálogo constitucional, assim como ele o denomina, está, na verdade, na compreensão de que o constitucionalismo democrático é marcado por uma ampla interação entre os diferentes Poderes e, sobretudo, pelo reconhecimento do caráter nitidamente político de todos eles, respeitando-se, naturalmente, suas diversidades nesse aspecto. [...] Assim, por exemplo, é altamente falacioso acreditar que o Judiciário é meramente um Poder técnico e, desse modo, alheio à política, aos jogos de poder, como se o âmbito do Direito discutido pelos tribunais fosse o local da sabedoria, da dignidade interpretativa, da racionalidade, enquanto o da política seria um mundo sombrio,

<sup>527</sup> CICCONE, Stefano; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição constitucional comparada**. 2ª ed. Belo Horizonte: Forum, 2018. P. 148.

<sup>528</sup> Anderson Teixeira cita Edouard Lambert (*Les gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis: l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité de lois*. Paris: Dalloz, 1995), ao se referir ao risco nos Estados Unidos de um “governo de juízes”.

<sup>529</sup> BENVINDO, Juliano Zaiden. A. A “última palavra”, o poder e a história – o Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, ano 51, n. 201, jan./mar. 2014, 73/74.

imprevisível, caótico e irracional. [...] É claro que a história mundial tem vários exemplos de conflitos entre Poderes que acabaram gerando instabilidades institucionais sérias e estabelecendo ditaduras, mas também tem exemplos de conflitos que, embora contínuos, arrefeceram e consolidaram ainda mais o arranjo estável entre os Poderes.

Essa tensão resultaria em uma ideia de desacordos políticos, com supremacia do Judiciário elogiada por alguns e criticadas por outros, como também será visto no item 4.5.2<sup>530</sup>:

Alguns autores naturalmente vão discordar, de algum modo, da perspectiva de que esses desacordos, muitas vezes caminhando para um avanço da supremacia do Judiciário, são estabilizadores e consolidadores de democracias (WALDRON, 1999), mas outros entenderão que, por mais que se critique o avanço do Judiciário no âmbito de tais desacordos políticos, existe uma certa aceitação social desse seu novo papel (FRIEDMAN, 2009, p. 9).

Ora, Jeremy Waldron<sup>531</sup> fez uma crítica profunda com relação a esse movimento de supremacia do Judiciário e das Supremas Cortes sob o pretexto de se proteger a jurisdição constitucional e a própria Constituição. Para Waldron, os “desacordos de direitos”, de aplicação de direitos, devem ser resolvidos na instância política do parlamento, e não no judiciário.

Todavia, esse debate está longe de ser simples, já que levar o tratamento de desacordos para o Congresso poderia levar a retirada de direitos fundamentais das minorias<sup>532</sup>.

Por fim, cabe romper a ideia de que o direito está atrelado unicamente em uma ideia de moldura imutável; já que “Kelsen afirma claramente que, por mais que a fixação da modura seja um ato de cognição, o juiz sempre tem a potencialidade de, movido por suas motivações políticas, decidir fora da moldura definida pela norma”<sup>533</sup>.

### 5.5.1. Implicações frente à teoria crítica do direito

<sup>530</sup> BENVINDO, Juliano Zaiden. A. A “última palavra”, o poder e a história – o Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, ano 51, n. 201, jan./mar. 2014, 74.

<sup>531</sup> WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Oxford: Oxford University, 1999.

<sup>532</sup> “O Supremo Tribunal Federal tem, de fato, realizado a defesa da Constituição Federal e, especialmente, protegido as minorias e os direitos fundamentais contra possíveis riscos de um retrocesso antidemocrático. Para tanto, a análise é, sobretudo, empírica, factual, concreta.” BENVINDO, Juliano Zaiden. A. A “última palavra”, o poder e a história – o Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, ano 51, n. 201, jan./mar. 2014, 84.

<sup>533</sup> COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. 2008. Tese (Doutorado em Economia). 421 f. – Curso de Doutorado, Universidade de Brasília, Brasília. P.305.

A chamada teoria crítica trata-se de um referencial epistemológico que aponta para as contradições estruturais da modernidade<sup>534</sup>. Ora, a teoria crítica constitui um movimento filosófico, mais à frente aplicado ao Direito, que busca substituir o paradigma da racionalidade frente às transformações sociais e econômicas da sociedade mundial do século XX.

De modo que o avanço pragmático-consequencialista e concretista do Supremo Tribunal Federal decorre, nitidamente, de transformações da sociedade e do reconhecimento de que o legalismo não consegue responder aos anseios da prestação jurisdicional. Trata-se de um referencial teórico importante a se compreender os problemas da correlação entre Direito e Política posto nesse item.

A origem da teoria crítica está diretamente relacionada com as incongruências do racionalismo, do referencial epistemológico anteriormente adotado. Neste paradigma da racionalidade o valor central proposto se tratava da razão.

Pois bem, na racionalidade o vetor adotado consistia na razão, com a construção do conhecimento a partir da razão, com a construção do real (ou da realidade) a partir da razão. Nesse paradigma, em seu extremismo, chega-se a ideia de idealismo, na teoria que prega que o conhecimento nasce e se esgota no sujeito, na ideia pura. Neste paradigma, tem-se por real apenas aquilo que pode ser representado pela razão; as coisas em si não seriam conhecidas e sim a sua representação.

Eis a crítica posta no racionalismo, ou mais ainda, crítica posta no paradigma do racionalismo liberal, no idealismo individual e no formalismo positivista.

Enfim, a teoria crítica surgiu como uma abordagem teórica contrária ao paradigma racionalista (ou cartesiano). Trata-se de um movimento gestado na Escola de Frankfurt que propõe a união de teoria e prática, que entregou pressupostos teóricos para diversas áreas como a Filosofia, a Psicologia e o próprio Direito.

A teoria crítica, nesse aspecto, opera como crítica ao paradigma raciocínio lógico-racionalista, notadamente nas ciências humanas em que os fenômenos sociais não poderiam ser representados unicamente com base na razão ou unicamente com base em uma representação matemática.

Essa negação do paradigma racionalista, no início da Escola de Frankfurt, ocasionou perseguição por parte do então regime de Hitler, que fez com que

---

<sup>534</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

pesquisadores como Max Horkheimer e Theodor Adorno deixassem a Alemanha e partissem para o Estados Unidos. Esse fato, em grande escala, pode ser explicado pela influencia marxista a este movimento e pela presença de judeus nas pesquisas. Movimento, já nos Estados Unidos, que passa a estudar e criticar a chamada cultura de massa (ou industria cultural) da sociedade.

Note-se que o racionalismo, paradigma anterior, transformava os objetos de conhecimentos em verdadeiras ficções criadas pela razão; de modo que o objeto fatalmente se tornaria alienado em relação à realidade. Tal objeto, como em qualquer ciência humana, frente ao racionalismo, evolui para a ideia de dogma, para ideia de um conhecimento indiscutível, acima de qualquer debate, acima de qualquer contestação ou alternativa.

Emerge, dessa forma, a crítica da teoria critica no fato do racionalismo se apresentar como mecanismo de criação de dogmas, de conhecimento não contestável, que poderia acobertar ideologias ou interesses de alguns grupos sociais, e nao em promover uma emancipação social. Mesmos dogmas no Direito que o pragmatismo tanto combate.

Na teoria crítica do Direito, Lyra Filho conclui que o Direito deveria ter como ponto de partida e de chegada o social<sup>535</sup>:

Toda a vez que se examina a teorização positivista, nota-se que o ponto de partida é um fato social- a norma posta à mesa do jurista- e o desfecho é outro fato social- a eficácia da norma, cuja mera existência e aplicação se pretende legitimar, pelo consenso. De qualquer forma, a dialética real de imperativos e aplicação fica em suspenso, uma vez que o dogmático se coloca de permeio, para tirar do papo idealista, como uma aranha, o fio ideológico da sua teia de exegese.

De modo que a crise na racionalidade emerge do fato que as verdades racionais, metafísicas e teológicas que prevaleceram durante séculos, como bem apresentado pela Teoria Critica, “não consegue mais responder inteiramente as inquietações e as necessidades do presente estagio de desenvolvimento da modernidade humana.”<sup>536</sup>.

Estas inquietações da sociedade, dentre outras deste século XX, seriam a crescente complexidade dos conflitos sociais e da estrutura socioeconômica dos Estados, com concentração e centralização do capital sem resposta suficiente de um crescente intervencionismo estatal.

---

<sup>535</sup> LYRA FILHO, Roberto. **Para um direito sem dogmas**. Porto Alegre: S. Fabris, 1980.

<sup>536</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Neste ponto pode-se dizer que o paradigma racionalista dentro do Direito, seja do racionalismo metafísico-natural (jusnaturalista) ou seja do racionalismo lógico-instrumental (positivismo jurídico), não poderia prevalecer para responder aos anseios sociais, fazendo necessário um novo modelo crítico-interdisciplinar e emancipatório.

A teoria crítica, nesse contexto, propõe uma teoria de esclarecimento ao mecanismo de dominação social posto. Quer dizer, os pensadores da Escola de Frankfurt, em larga escala, apresentam o que poderia ser chamado de alerta a sociedade das instituições presentes.

Mais do que isso, a teoria crítica propõe uma reorganização da sociedade para superar a chamada “crise da razão”, para superar a tentativa de representação da realidade pela razão, que nada mais fazia senão perpetuar o *stato quo*.

Fala-se, nesse sentido, que a teoria crítica propõe uma ciência interdisciplinar, negante a fragmentação da ciência na explicação do fato social ou das forças sociais que o provocam. Fala-se de uma negação da chamada razão instrumental, que tem como função a manutenção das normas sociais.

Ora, a teoria crítica propõe uma nova interpretação das relações sociais contextualizando só fenômenos que acontecem na sociedade, e não simplesmente estabelecendo uma coleta (descontextualizada) de dados como utilizado no racionalismo. Trata-se de enxergar para além das aparências dos dados, propondo uma maior complexidade analítica da ideia macrossocial e das relações de dominação.

Ocorre que a teoria crítica, como propõe Luiz Fernando Coelho<sup>537</sup>, determina um processo de conscientização dos cidadãos, e de busca de participação deste no mecanismo de transformação social.

Enfim, a teoria crítica é justamente chamada de “crítica” no sentido mais puro da expressão “crítica”, seja de forma particular como se revela uma opinião acerca de juízos científicos (como tratado em Kant) ou seja como forma de desmistificar ideologias ocultadas (como tratado em Marx).

O adjetivo “crítica” a esta teoria pode, dessa forma, ser chamado de conhecimento que procura transformar a realidade e libertar o ser humano frente as continuidades históricas.

Wolkmer, nesse sentido, conceitua a teoria crítica como instrumento “que permite a sujeitos inertes e mitificados uma tomada histórica de consciência, desencadeando

---

<sup>537</sup> COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**. 2. ed. Porto Alegre: S. Fabris, 1991.

processos que conduzem à formação de agentes sociais”<sup>538</sup> participativos, transformadores e antidogmáticos.

Epistemologicamente, portanto, a teoria crítica se apresenta como teoria mais dinâmica e abrangente, que associa teoria e prática de forma revolucionária à realidade posta, em busca da mudança social e da auto-emancipação dos indivíduos. Não basta, pois, mudar a sociedade sem mudar a condição de alienado do homem.

Nesse processo, relembra Wolkmer, que “a Escola de Frankfurt toma como um de seus valores centrais um compromisso de penetrar o mundo das aparências objetivas para expor as relações sociais subjacentes que frequentemente a iludem”<sup>539</sup>.

O mérito da teoria crítica se apresenta em demonstrar que os indivíduos, dentro da realidade posta, estão determinados e moldados historicamente, mas não necessariamente cientes das ilusões do mundo real (do racionalismo), da representação do imaginário social.

Pode-se dizer, todavia, que as grandes imprecisões ou inconsistências da teoria crítica residem na incapacidade de resolução viável dos problemas por ela apresentados e na passividade, pativa, aos problemas apresentados, tal o grau de elitismo e verdadeiro compromisso social que a teoria se apresenta em muitos teóricos.

Entretanto, cabe convir que a teoria crítica é verdadeiramente crítica por natureza, que ela própria determina suas falhas, fato elogiável.

Os próprios teóricos da teoria crítica diriam que essa teoria deve permanentemente ser questionada para evitar os dogmatismos e as absolutizações antes por ela criticados do racionalismo.

De toda forma, verdade que a teoria crítica se apresenta, em grande medida, em uma simples dialética negativa, em uma teoria que se esgota na desmistificação do estabelecido, na indicação de diagnósticos de crise sem propor positivamente nada, sem apresentar um passo adiante de transformação. Fato que se pode dizer que tem correlação com uma postura intelectualizada e elitista dos seus teóricos, que acabam personalizando uma cultura burguesa dominante que eles mesmos apontam outrora, bem distante da opressão social das massas.

---

<sup>538</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>539</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Eis que a teoria crítica, apesar do discurso emancipador, esta longe da “praxis” política de movimentos sociais emergentes. Esta teoria esta longe de ser transformadora de uma forma prática na sociedade.

Motivo porque se fala em uma teoria crítica pós-moderna em Boaventura de Sousa Santos, que determina que a teoria crítica, que outrora critica a razão, deve também propor alternativas ou mudanças práticas, deve ser a mesma que pensa, constrói e legitima aquilo que é criticável.

De toda forma, independentemente das críticas ou das inconsistências da teoria crítica, certo que os méritos desta teoria são inegáveis, tratando-se de um referencial epistemológico que representa resistência ou emancipação ao paradigma posto no início do século XX.

Sobre a sua importância, registra Wolkmer que a teoria crítica é fundamental na medida em que dá relevância ao sentido sociopolítico do Direito, ou seja, plena eficácia ao discurso que conteste o tipo de justiça apresentado por um determinado ordenamento jurídico.

Enfim, o conceito dado à teoria crítica do Direito, segundo Wolkmer, é que se trata de uma formulação teórico-prática capaz de questionar e romper com o que está disciplinado e consagrado no ordenamento jurídico oficial, visando conceber e operacionalizar outras formas de práticas jurídicas, com outro referencial epistemológico.

Em suma, entende-se que a correta compreensão do pensamento jurídico crítico, que visa romper com o formalismo dogmático, será capaz de transformar o Direito, a fim de que ele passe a ter uma eficácia jurídica humanizadora, democrática e pluralista.

Há controvérsias entre jusfilósofos sobre a existência da teoria crítica do Direito. Porém, para Wolkmer, não se pode negar e desconhecer a existência de um pensamento jurídico crítico representado por correntes que buscam questionar, repensar e superar o modelo jurídico tradicional (idealismo/formalismo).

Como exemplos, tem-se diversas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre casos como o da anencefalia, células tronco, fidelidade partidária, casamento de pessoas do mesmo sexo, etc. Todos exemplos que tem em comum o fato de emergirem demonstração de ampliação dos institutos do concretismo e do pragmatismo. O protagonismo desta Corte ao eleger (via repercussão geral) casos e matérias de maior importância para sociedade e proferir decisão que, necessariamente, deve ser replicada (efeito vinculante) para todo o ordenamento jurídico.

Enfim, pode parecer absurdo pensar na correlação da teoria crítica do Direito com a ampliação dos institutos do concretismo e pragmatismo. No entanto, partindo para a origem do fenômeno, com a expansão do neoconstitucionalismo, traduzido na expansão da hermenêutica constitucional atrelada a princípios e à efetivação dos direitos fundamentais, parece claro que a busca por um direito mais justo e menos dogmático passa necessariamente por uma expansão da jurisdição constitucional, que deve emitir comandos com observância obrigatória a todos os órgãos deste chamado Estado Democrático de Direito. Essa é a conclusão de Sandro Marcelo Kozikoski<sup>540</sup>:

[...] parece lícito afirmar que a influência do neoconstitucionalismo e os influxos do pós-positivismo permitem concluir que o efeito vinculante pode ser usado como um ponto de equilíbrio na equação do ativismo judicial e da autocontenção, na difícil tarefa de concretização dos direitos fundamentais.

Outro aspecto interessante é que o fenômeno discutido de ampliação do controle difuso de constitucionalidade determina a quebra do monopólio interpretativo da Constituição por parte do Supremo Tribunal Federal. Ora, assim como ocorreu a muito séculos com relação ao cristianismo e a bíblia, atualmente é patente um novo paradigma para interpretação constitucional como consta nas lições de Peter Haberle<sup>541</sup>:

Até pouco tempo imperava a ideia de que o processo de interpretação constitucional estava reduzido aos órgãos estatais ou aos participantes diretos do processo. Tinha-se, pois, uma fixação da interpretação constitucional nos 'órgãos oficiais', naqueles órgãos que desempenham o complexo jogo jurídico-institucional das funções estatais. Isso não significa que se não reconheça a importância da atividade desenvolvida por esses entes. A interpretação constitucional e, todavia, uma 'atividade' que, potencialmente, diz respeito a todos. Os grupos mencionados e o próprio indivíduo podem ser considerados intérpretes constitucionais indiretos ou a longo prazo. A conformação da realidade da Constituição torna-se também parte da interpretação das normas constitucionais pertinentes a essa realidade.

Todavia, por outro lado, Peter Haberle critica a atribuição de efeito vinculante às decisões dos Tribunais Superiores, incluindo o Tribunal Constitucional Alemão pois os demais tribunais perderiam a coragem para alcançar outras interpretações da Constituição e a força inovadora de eventuais votos particulares seria desatendida.

<sup>540</sup> KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Repercussão geral e efeito vinculante: neoconstitucionalismo, *amicus curiae* e a pluralização do debate.** 2010. 427 f. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010. P. 334.

<sup>541</sup> HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997. P. 24.

Interessante que o Ministro Gilmar Ferreira Mendes também cita Peter Haberle para elogiar, e não criticar, o mesmo fenômeno, no julgamento do recurso extraordinário nº 376.852<sup>542</sup>:

Esse novel modelo legal traduz, sem dúvida, um avanço na concepção vetusta que caracteriza o recurso extraordinário entre nós. Esse instrumento deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional (Verfassungsbeschwerde). Nesse sentido, destaca-se a observação de Haberle, segundo a qual “a função da Constituição na proteção dos direitos individuais (subjectivos) é apenas uma faceta do recurso de amparo”, dotado de uma “dupla função”, subjetiva e objetiva, “consistindo esta última em assegurar o Direito Constitucional objetivo”.

De qualquer forma, evidente que a expansão da jurisdição constitucional do ponto de vista concretista e pragmático está ligada à superação do paradigma da modernidade e racionalidade. Ou seja, esse pensamento crítico tem clara relação com o aumento da tensão entre os poderes.

#### 5.5.2. O conceito de democracia em Jeremy Waldron e em Stephen Holmes

Como visto, o debate entorno do chamado (ou da falta de) diálogo institucional entre poderes no contexto de expansão constitucionalista, ou do neoconstitucionalismo, necessariamente retoma o debate sobre o conceito de democracia.

Ora, o conceito clássico de democracia se volta para maior participação do povo na coisa pública ou no rumo do Estado. Todavia, esse conceito da democracia é um conceito dinâmico que não se confunde com a chamada ditadura da maioria. Eis juntamente o ponto da discussão sobre a legitimidade de cada um dos poderes e do crescente intervencionismo do Poder Judiciário.

Nesse debate é importante citar o trabalho de Jeremy Waldron (*Law and disagreement*), em que defende a efetiva participação popular como necessária para efetivação democrática<sup>543</sup>:

Uma das principais questões para uma teoria da democracia é saber como proteger os direitos em um sistema de tomada de decisões democrático. Para levar a cabo esta análise, o autor considera dois conjuntos de direitos: 1) *direitos constitutivos do processo democrático* (direito de participar em termos iguais na resolução dos desacordos) e, 2) *direitos que são condição de legitimidade ou de respeitabilidade moral da tomada de decisões democráticas* (liberdade de expressão e de associação e algo pouco ou não procedimental relacionado ao igual respeito pelo julgamento dos outros

<sup>542</sup> <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261812>

<sup>543</sup> CONSANI, Cristina Foroni. A crítica de Jeremy Waldron ao constitucionalismo contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, vol. 59, n. 2, p. 164, 2014.

membros). A legitimidade democrática está então associada à relação estabelecida entre esses conjuntos de direitos, sendo que os direitos do conjunto *a* pressupõem os direitos do conjunto *b*. E eles devem ser considerados de modo que nem os direitos relacionados a valores morais (substância), nem aqueles relacionados aos procedimentos democráticos (forma) sejam excluídos do debate político.

Enfim, Jeremy Waldron entende que na democracia é o povo ou seus representantes quem deve decidir sobre os direitos que estão em discussão (sobre os desacordos de direitos). De modo que, uma legislatura não poderia se submeter ao poder judicial simplesmente<sup>544</sup>.

Em linha parecida com Waldron temos o pensamento de Ran Hirschl<sup>545</sup>, que critica o agigantamento do Judiciário e a intervenção indevida desse não apenas na esfera de direitos, mas também sobre os conflitos políticos.

Em sentido contrário, o conceito de democracia em Stephen Holmes exclui do debate político certas temáticas delicadas, para se promover um conceito de justiça em uma sociedade diversificada. Ou seja, temáticas como aquelas de ordem religiosa estariam fora da discussão direta do povo ou de seus representantes para se evitar desacordos radicais na sociedade.

Holmes chama essa retirada de temas de debates políticos de *gag rules*<sup>546</sup>, como uma forma de autocontrole social, reconhecendo-se que a sociedade não estaria preparada para certas discussões.

Holmes, ainda, naquilo que ele chama da *paradox of democracy*, defende que a existência e a proteção da democracia dependeria da própria e necessária limitação dessa democracia. Ou seja, o fortalecimento da democracia dependeria da retirada de certos temas ou de certas restrições constitucionais.

Trazendo esse debate para o Brasil especificamente, a dúvida estaria posta na possibilidade ou não do Supremo Tribunal Federal, como corte constituída por ministros não eleitos, ter a última palavra sobre temáticas delicadas. Fato mais questionável, ainda,

<sup>544</sup> “A relação entre o Poder Judiciário e a democracia é tema de relevância na contemporaneidade, uma vez que o agigantamento da esfera jurisdicional tende a relegar aos espaços democráticos um papel subsidiário na sociedade. [...] Nesse sentido, a atuação do Judiciário, baseada em uma posição neoconstitucionalista ou pós-positivista do Direito, deve ser questionada.” NOVAIS, Melissa Mendes de; MIGUEL, Alexia de Melo. Qual democracia? Contribuições de Jeremy Waldron para a crítica ao protagonismo judicial no neoconstitucionalismo. *Ciências Sociais Aplicadas em Revista*, v. 20, n. 38, n. 203, janeiro-junho 2020.

<sup>545</sup> HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**. Harvard: Harvard University Press, 2004.

<sup>546</sup> HOLMES, Stephen. Gag rules or the politics of omission. In: J. Elster/ R. Slagstad (Orgs.), *Constitutionalism and democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988a, p. 19-58.

a se pensar a possibilidade de mudança de entendimentos, com alteração da composição do tribunal, sem se respeitar uma estrutura de precedentes ou uma coerência argumentativa. E nesse sentido tem-se um perigoso aumento de poder do Judiciário, com crescente controle sobre o legislador.<sup>547</sup>

Nesse ponto, entretanto, deve-se lembrar a diferenciação doutrinária entre judicialização e ativismo judicial posta no item 3.3 desse trabalho, diferenciando-se a transferência de questões de grande repercussão política e social autorizada expressamente pela Constituição, de uma postura oposta a regulamentação legislativa ordinária chamada de ativismo judicial.

Entretanto, cabe a crítica de que a atuação do Supremo Tribunal Federal está ligada inegavelmente a uma falha do próprio parlamento em não, a exemplo da experiência norte-americana, realizar de uma forma mais efetiva um estudo de impacto de normativos antes de implementá-los<sup>548</sup>:

Ressalte-se, ademais, que a ênfase acima conferida à incorporação da produção do jurista-cientista social pelo Poder Judiciário deve-se ao fato de ser este órgão, presumivelmente, o último reduto da aplicação do direito desligada de uma preocupação com os efeitos fáticos da decisão. Este fenômeno é ainda mais acentuado — e, portanto, a correspondente produção acadêmica ainda mais demandada — em outros órgãos estatais, como as agências reguladoras e demais autarquias. Embora o Brasil não consagre a exigência de elaboração formal de uma análise de custo-benefício (*cost-benefit analysis*) previamente à implementação de instrumentos normativos em sede administrativa, tal como ocorre nos Estados Unidos,<sup>90</sup> a versão nacional mais branda — a chamada análise de impacto regulatório — vem progressivamente ganhando espaço.

De qualquer forma, importante reconhecer que essa supremocracia posta no Brasil não é algo novo, é fruto da própria evolução do modelo constitucionalista<sup>549</sup>:

Para muitos constitucionalistas, o deslocamento da autoridade do sistema representativo para o judiciário é, antes de tudo, uma consequência do avanço das constituições rígidas, dotadas de sistemas de controle de constitucionalidade, que tiveram origem nos Estados Unidos. Logo, não é um processo recente. Este processo de expansão da autoridade judicial, contudo, torna-se mais agudo com a adoção de constituições cada vez mais ambiciosas. Diferentemente das constituições liberais, que estabeleciam poucos direitos e privilegiavam o desenho de instituições políticas voltadas a permitir que cada geração pudesse fazer as suas próprias escolhas substantivas, por intermédio da lei e de políticas públicas, muitas constituições contemporâneas são desconfiadas do legislador, optando por sobre tudo decidir e deixando ao legislativo e ao executivo apenas a função de implementação da vontade constituinte, enquanto ao judiciário fica entregue a função última de guarda da constituição. A hiper-constitucionalização da vida contemporânea, no entanto, é consequência da desconfiança na democracia e não a sua causa.

<sup>547</sup> MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como Superego da Sociedade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2010.

<sup>548</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof; PARGENDLER, Mariana. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v 262, p. 128, jan/abr. 2013.

<sup>549</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, n. 8, p. 443, 2008.

Porém, uma vez realizada a opção institucional de ampliação do escopo das constituições e de reforço do papel do judiciário, como guardião dos compromissos constitucionais, isto evidentemente contribuirá para o amesquinamento do sistema representativo.

Enfim, o debate entre Waldron e Holmes poderia ser definido como a necessidade ou não de uma contenção judicial, de uma redução ou não de interferência do judiciário nos outros poderes. Barroso defende que o oposto do ativismo judicial é justamente a auto-contenção judicial com a abstenção quanto a interferência em políticas públicas<sup>550</sup>.

Interessante sobre esse debate é que o “novo” modelo de jurisdição constitucional inglês, como debatido por Lucas Azevedo Paulino<sup>551</sup>, pode se apresentar como uma terceira via ou alternativa que rompe um modelo de supremacia legislativa anterior<sup>552</sup>:

Entre 1982 e 1998, o Canadá, a Nova Zelândia e o Reino Unido – países da Comunidade Britânica que adotavam a supremacia legislativa tradicional – efetuaram reformas institucionais que introduziram cartas ou declarações de direitos, concedendo aos tribunais o poder de proteger tais direitos, mas desvinculando o controle de constitucionalidade da supremacia judicial, ao dar a última palavra ao legislador.

Esse novo modelo seria um modelo intermediário, consistente em um controle prévio político antes da promulgação da lei e um controle repressivo judicial posterior mais enfraquecido<sup>553</sup>:

Em primeiro lugar, os poderes eleitos, o Executivo e o Legislativo, se engajam no processo legislativo, em uma deliberação interna, para a discussão a respeito da compatibilidade da lei com os direitos fundamentais, com o objetivo de verificar e de se evitar potenciais lesões a direitos. Em segundo lugar, o Poder Judiciário detém o poder de analisar a conformidade do diploma legal com a declaração de direitos, mas sem ter a autoridade final sobre a interpretação do direito, uma vez que o legislativo pode rever a decisão judicial.

<sup>550</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. P. 14.

<sup>551</sup> “Apesar de essa dicotomia entre cortes e parlamentos ter sido tônica do debate e da prática constitucional, recentemente surgiu uma alternativa para estruturar e institucionalizar os arranjos constitucionais que representa uma posição intermediária entre as duas vias tradicionais: o novo modelo de constitucionalismo da Comunidade Britânica (*Commonwealth*).” PAULINO, Lucas Azevedo. **Jurisdição constitucional sem supremacia judicial: a reconciliação entre a proteção de direitos fundamentais e a legitimidade democrática no constitucionalismo**. Dissertação mestrado – Universidade Federal de Minas Gerais. P. 107.

<sup>552</sup> PAULINO, Lucas Azevedo. **Jurisdição constitucional sem supremacia judicial: a reconciliação entre a proteção de direitos fundamentais e a legitimidade democrática no constitucionalismo**. Dissertação mestrado – Universidade Federal de Minas Gerais. P. 108.

<sup>553</sup> PAULINO, Lucas Azevedo. **Jurisdição constitucional sem supremacia judicial: a reconciliação entre a proteção de direitos fundamentais e a legitimidade democrática no constitucionalismo**. Dissertação mestrado – Universidade Federal de Minas Gerais. P. 108.

Observe que esse modelo foca na declaração de direitos humanos do Reino Unido de 1998, rejeitando o modelo norte-americano de supremacia judicial; algo que é criticado por supostamente impedir um papel contramajoritário das cortes constitucionais. Por outro lado, estando o legislativo à frente do sistema, outros argumentos não jurídicos podem ser postos na mesa como argumentos morais, sociais, econômicos e políticos.

Evidente que esse modelo, dessa forma, se apresenta como alternativa a esse embate doutrinário e que tem no pragmatismo e consequencialismo um elemento muito forte. De modo que a tendência brasileira nessa linha não é algo isolado. A ideia do “melhor dos dois mundo, ao tentar fazer acomodar as virtudes e se restringir os vícios do constitucionalismo jurídico e político: juízes independentes com a possibilidade de conter abusos direitos bem como o legislador com autoridade democrática final”<sup>554</sup>.

Um modelo que remeteria a ideia de fórum de princípio de Dworkin e ampliação argumentativa em Alexy. Algo que revitalizaria o debate popular e melhoraria o debate institucional com menor tensão entre processo democrático e direitos fundamentais.

## 5.6. Análise crítica do concretismo e do pragmatismo do STF

A ampliação da jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal, como visto, consubstanciou na ampliação de preceitos concretistas pragmáticos-consequencialistas.

Esse modelo pragmatista, como visto no ponto 3.4, tem uma ligação conceitual com a comunicação e linguagem, como bem apresentado por Tércio Sampaio Ferraz Jr. O que conduz para um problema e um ponto positivo, conforme lições de Luiz Alberto Warat. Problema na medida que “a ideologia é um fator indissociável da estrutura conceitual das normas”<sup>555</sup>; e ponto positivo porque a pragmática seria essencial para se identificar a conexão das palavras da lei e os fatores políticos e ideológicos que estão relacionados.

Ainda, falar em concretismo e pragmatismo na jurisdição constitucional poderia ser muito bem interpretado como uma invasão indevida da zetética na dogmática. Isso porque a livre investigação jurídica, como opiniões e evidências sobre determinada

---

<sup>554</sup> PAULINO, Lucas Azevedo. **Jurisdição constitucional sem supremacia judicial: a reconciliação entre a proteção de direitos fundamentais e a legitimidade democrática no constitucionalismo**. Dissertação mestrado – Universidade Federal de Minas Gerais. P. 119.

<sup>555</sup> WARAT, Luis Alberto. O direito e sua linguagem. 2ª versão. Porto Alegre: Fabris, 1984. P. 47.

temática, seria próprio da zetética<sup>556</sup>, que se apresentaria apenas como um ponto de partida da dogmática, do direito posto relacionado ao dever-ser. Ora, o modelo pragmático-consequencialista poderia afastar indevidamente premissas e conceitos legais postos<sup>557</sup>.

Um ponto a ser considerado nesse pretense modelo pragmático-consequencialista, ainda, diz respeito à previsibilidade e segurança jurídica. Isso porque as consequências que poderiam ser vislumbradas pelo intérprete e pela suprema corte só seriam as consequências imediatas e não as mediatas (de prazo mais elevado). Ou seja, toda decisão tem consequências que tendem ao infinito; assim como, existem consequências mais complexas de serem vislumbradas, e outras mais previsíveis<sup>558</sup>:

Segundo MacCormick, a utilização de consequências mediatas excluiria a possibilidade de justificação racional das decisões, pois o futuro é incerto, e as cadeias de consequência tendem ao infinito, por isso as consequências relevantes para a decisão seriam aquelas imediatas. O autor, no entanto, não estipula um critério objetivo para classificar o prazo temporal em mediato ou imediato. Ademais, nem sempre é o fator “tempo” que irá determinar a previsibilidade da consequência ou o seu nível de complexidade. É possível serem identificadas consequências altamente previsíveis, ainda que não imediatas; e o contrário também é verdadeiro – consequências imediatas nem sempre são identificáveis com precisão.

Para se analisar esse contexto interessante citar dados das decisões mais recentes de jurisdição constitucional no STF, atestando ou não esse concretismo e pragmático-consequencialismo, como verdadeiro teste de hipótese.

Não se trata, contudo, de um estudo de jurimetria, de aplicação estatística das decisões do STF. Richard Fallon Jr defende, por sua vez, ao analisar o papel da Suprema Corte dos EUA, que a vinculação ao passado ao lado do futuro seria um mecanismo construtor da autoridade moral da Corte<sup>559</sup>. Passado como coerência e previsibilidade e futuro afeto à legitimidade e adesão às decisões.

Feita essa ressalva, um estudo empírico interessante com relação à expansão da jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal foi o trabalho de Benvindo com

<sup>556</sup> Para Tercio Sampaio Ferraz Jr a norma jurídica apresenta a zetética e a dogmática como dois prismas distintos da norma jurídica. (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2010)

<sup>557</sup> “Dogmática se vincula às premissas e conceitos que extrai dos textos legais; declara-os indiscutíveis e os legitima; por sua vez, a zetética põe em relevo a problemática das premissas e pontos de partida da dogmática”. WARAT, Luis Alberto. O direito e sua linguagem. 2ª versão. Porto Alegre: Fabris, 1984. P. 26.

<sup>558</sup> GABARDO, Emerson; SOUZA, Pablo Ademir de. O consequencialismo e a LINDB: a cientificidade das previsões quanto às consequências práticas das decisões. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 20, n. 81, p. 97-124, jul/set 2020. P. 110.

<sup>559</sup> FALLON JR, Richard H. **Law and Legitimacy in the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 2018.

base em 4900 ações diretas de inconstitucionalidade com um índice de procedência de 1/3. Analisando mais especificamente de forma crítica a temática de direitos fundamentais, conclui o autor que a transição para um modelo de controle de constitucionalidade em maior medida abstrato não se mostra positivo<sup>560</sup>:

Se for esse o caminhar que legitima ter o Supremo Tribunal Federal a “última palavra”, um caminhar que busca cada vez mais se afirmar com base em um sistema respaldado pelo modelo concentrado, estamos muito, muito mal. Não há, a toda evidência, como defender um processo de concentração e abstração das decisões do Supremo Tribunal Federal, se a história de vinte e cinco anos de constitucionalismo demonstra que a defesa da Constituição, aquilo, aliás, que mais daria razão à atuação da suprema corte – a defesa dos direitos fundamentais –, tem deixado muito a desejar, muito aquém do que tem sido alardeado pela doutrina e muito aquém de qualquer argumento capaz de referendar a tese da “última palavra”.

É claro que isso não significa que se esteja negando o papel relevante do Supremo Tribunal Federal na democracia constitucional brasileira. Sem dúvida, a previsão de um tribunal que exerça a jurisdição constitucional é um elemento importante e, em alguma medida, estabilizador de determinados desacordos institucionais sobre direitos. Porém, entre reconhecer a relevância da existência de um tribunal exercendo a jurisdição constitucional e concluir que ele tem a “última palavra”, há um salto deveras largo. E ainda mais o é quando se observa que, seja do ponto de vista da movimentação legislativa, seja sob o aspecto das modificações de jurisprudência recentes, o tribunal aparenta querer, cada vez mais, adquirir essa feição de corte monopolizadora do debate constitucional, em detrimento de outras formas do exercício da jurisdição, como o controle difuso, visto, segundo a passagem citada de Gilmar Mendes, como secundário na nova sistemática de 1988. Pelos dados empíricos coletados, mantidas as mesmas condições, o querer ser essa tão desejada corte constitucional significará o próprio não exercício da jurisdição constitucional. Nesse aspecto, sim, seria negado o papel relevante do Supremo Tribunal Federal na democracia constitucional brasileira.

Outro estudo empírico foi construído por Virgílio Afonso da Silva<sup>561</sup> a respeito das divergências nos julgamentos do mesmo Supremo, demonstrando estatisticamente um número muito grande de publicação de votos vencidos pela ausência de deliberação prévia e a prática de se levar o voto pronto. Divergências apesar da composição padrão de ministros entre homens brancos cristãos casados entre 50 e 65 anos, de classe média-alta. Fatos que demonstrariam que o STF não estaria devidamente alinhado a uma ideia de colegialidade, e sim fragmentado e individualista.

<sup>560</sup> BENVINDO, Juliano Zaiden. A “última palavra”, o poder e a história – o Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, ano 51, n. 201, jan./mar. 2014, 87-88.

<sup>561</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. De quem divergem os divergentes: os votos vencidos no Supremo Tribunal Federal. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 47, 2015.

Outro estudo a ser citado é o de Bruno Brandão e André Farah<sup>562</sup>, que também alisando os votos e decisões do STF, chegam à conclusão que o STF vêm utilizando cada vez mais investigações e dados empíricos explícita ou implicitamente (inclusive sem citação de fontes em alguns casos). Conclusão que atestaria um avanço do consequencialismo, do uso de componentes extra-normativos; mas que gera críticas profundas.

Ora, este mesmo estudo de Brandão e Farah conclui que o uso destes dados empíricos seria indevido pela simples razão processual de que estes dados seriam omitidos anteriormente no processo, violando o princípio da não surpresa e o princípios do contraditório<sup>563</sup>:

Não é possível pensar até mesmo na concepção de coletividade se não houver, em um grau mínimo, segurança nas referidas relações. A economia e suas transações reclamam segurança. A política deve acontecer em um ambiente de segurança. E o direito não pode fugir da ideia de segurança. [...] Parece correto dizer que o magistrado que introduz elemento novo e, portanto, desconhecido dos demais atores processuais, age de forma imprevisível. Se, além disso, magistrados de órgão colegiado, como ficou demonstrado acima, utilizam-se de dados empíricos e chegam a soluções opostas, a segurança jurídica resta ainda mais comprometida. A desconfiança, não por responsabilidade das partes ou da própria sociedade, será o tom presente. É realmente difícil justificar fundamentadamente como dados empíricos podem direcionar votos em sentidos diversos.

Isso leva à necessidade de antes de autorizar-se o uso de investigações empíricas pelo julgador, as mesmas serem estudadas pelos envolvidos no processo. Tal passo prévio espantará a surpresa e tornará mais previsível o norte do julgamento. Caso os estudos tenham sentidos contrários, é o momento inclusive de falsear um ou outro. De todo modo, de insegurança jurídica não se poderá mais falar. Assim, para a sociedade como um todo e para as partes e envolvidos, em particular, pairará um sentimento de confiança no sentido de que, caso elementos empíricos surjam no conhecimento do magistrado, este antes levará os mesmos à ciência dos demais.

Também nessa pesquisa, chama atenção a crítica pela falta de sistematização adequada dos estudos empíricos em vários casos conhecidos, em que os dados apresentados pelos Ministros são confusos ou geram conclusões confusas.

Cita<sup>564</sup> o caso da execução de pena a partir da decisão condenatória de segundo grau de jurisdição, especificamente sobre a divergência dos Ministros Barroso e Celso

<sup>562</sup> BRANDÃO, Rodrigo; FARAH, André. Consequencialismo no Supremo Tribunal Federal: uma solução pela não surpresa. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 7, n. 3, p. 831-858, set./dez. 2020.

<sup>563</sup> BRANDÃO, Rodrigo; FARAH, André. Consequencialismo no Supremo Tribunal Federal: uma solução pela não surpresa. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 7, n. 3, p. 831-858, set./dez. 2020.

<sup>564</sup> BRANDÃO, Rodrigo; FARAH, André. Consequencialismo no Supremo Tribunal Federal: uma solução pela não surpresa. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 7, n. 3, p. 831-858, set./dez. 2020.

de Mello que utilizaram igualmente dados estatísticos, mas diferentes, atestando diferenças de 0,1% a 3,3% de índice de absolvição de presos.

Também citou o caso do ensino domiciliar, em que trata da divergência de Barroso e de Alexandre de Moraes com dados estatísticos distintos; com Barroso citando número alto de ensino domiciliar em alguns países e Moraes citando melhoria de taxas escolares presenciais. Caso ainda que o Ministro Fux cita casos de abusos sexuais de pais para pautar a improcedência, e que Gilmar Mendes cita dados pelo fraco desempenho de países que optaram pelo regime domiciliar nos rankings de qualidade de educação mundial.

Bruno Salama e Mariana Paengler também apontam para diversos casos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em que se utiliza “juízos sobre os prováveis efeitos concretos de diferentes normas para, então, concluir sobre a sua compatibilidade ou não com a ordem constitucional brasileira”<sup>565</sup>.

Floriano de Azevedo Marques Neto<sup>566</sup> aborda o uso de mecanismos empíricos sob três aspectos: a estabilidade – perenidade dos atos e seus efeitos, ainda quando mudanças ocorrerem; a ponderabilidade – exigindo-se racionalidade e proporcionalidade na aplicação do direito; e previsibilidade – retardando-se grandes alternâncias, armadilhas e surpresas.

Quando se trata da utilização da jurimetria ou das estatísticas, todavia, evidente que se pode verificar um problema de consistência dado a tentativa de confirmação de ideias pré-concebidas (viés confirmatório). A possibilidade do judiciário utilizar a jurimetria (de estatística sob linhas temáticas de precedentes) como tentativa de se manter consistente.

O novo ministro do Supremo Kassio Nunes Marques, inclusive, nas conclusões de sua dissertação de mestrado, defende que as decisões tomadas pelo judiciário levam em consideração o peso de suas consequências e não só os argumentos jurídicos de fato.

No trabalho de pesquisa apresentado à Universidade Autónoma de Lisboa, sobre “Concretização Judicial do Direito à Saúde”, Kassio Nunes defende que “o uso de critérios decisórios de ordem técnica — não necessariamente jurídica — se mostram de grande relevância para os magistrados pois permitem que sejam evitados eventuais efeitos

---

<sup>565</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof; PARGENDLER, Mariana. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v 262, p. 126, jan/abr. 2013.

<sup>566</sup> NETO, Florian de Azevedo Marques. Art. 23 da LINDB - O equilíbrio entre mudança e previsibilidade na hermenêutica jurídica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 93-112, nov. 2018, p. 99.

colaterais das decisões”<sup>567</sup>. Essa é justamente a visão que se convencionou chamar de “consequencialismo”.

Ainda, especificamente sobre a variante consequencialista chamada de análise econômica do direito, tratada anteriormente no trabalho, cabe citar a dissertação de mestrado de Guilherme Maines Caon<sup>568</sup> que investigou o aumento de argumentos econômicos no âmbito do Supremo Tribunal Federal entre 1991 e 2019. Pesquisa que chega a conclusão não só pelo aumento quantitativo do uso da AED pelo STF, mas também pelo aumento qualitativo, naquilo que ele chama como aprimoramento no uso de conceitos e teorias econômicas com base em Posner, Coase e outros.

Ora, Guilherme aponta para o ano de 2015 como uma virada paradigmática, com uso de AED em maior escala, com destaque para atuação do Ministro Luiz Fux que teria apresentado 17 votos no período com fundamentação econômica, seguido de Gilmar Mendes com 12 votos, e demais ministros entre uma (Fachin, Celso de Mello) e três hipóteses (Barroso, Marco Aurélio, Jobim, Pelluso, Barboza).

O caso mais importante por ele citado seria o da ação direta de inconstitucionalidade de nº 5062<sup>569</sup>, na qual foram utilizadas questões econômicas para confirmar a constitucionalidade da lei 12.853/2013 sobre direitos autorais.

Todos elementos e estudos empíricos que confirmam a tese da expansão do concretismo e do pragmático-consequencialismo no âmbito do STF.

#### 5.6.1. Os supostos vetores da atuação concretista e pragmática do STF: da doutrina para evidências empíricas da Corte

O aumento das decisões com caráter pragmático-consequencialistas do Supremo Tribunal Federal, como atestado empiricamente, está atrelado a três vetores como defendido por Bruno Salama e Mariana Pargendler<sup>570</sup>. Vetores de caráter ideológico (progressista), de caráter organizacional (de centralidade do Poder Judiciário) e de caráter técnico-jurídico (de força normativa dos princípios). Vetores que voltam o direito para o futuro e não apenas para o passado; todavia, fenômeno que jamais poderia se dar de forma

<sup>567</sup> <https://repositorio.ual.pt/handle/11144/984>

<sup>568</sup> CAON, Guilherme Maines. **Análise econômica do direito: aplicação pelo Supremo Tribunal Federal**. 2020.

<sup>569</sup> <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13065371>

<sup>570</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof; PARGENDLER, Mariana. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v 262, p. 95-144, jan/abr. 2013.

radical pela incerteza probabilística do mundo e pela chamada “guilhotina ou lei de Hume”<sup>571</sup> (impossibilidade de se deduzir o que ‘deve-ser’ com base no ‘ser’):

O primeiro vetor, o de caráter ideológico, aponta para uma postura progressista do Supremo Tribunal Federal ao promover decisões pragmático-consequencialistas. Essa postura dita progressista consistiria em um viés desenvolvimentista, oposto ao conservadorismo. Um vetor de atuação do STF voltado para políticas públicas (*government by policy*), revelando o caráter pragmático-concretista<sup>572</sup>:

Generalizando, pode-se dizer que a ascensão do *government by policy* propõe ao jurista problemas para os quais o conhecimento jurídico tradicional — interpretar leis e redigi-las, sustentar um argumento para um debate judicial ou desconstruir a coesão de argumentos sobre a interpretação das leis — oferece poucas respostas. A política pública é eminentemente finalística, isto é, está eminentemente voltada à consecução de fins concretos. Sua legitimidade, portanto, prende-se não apenas aos procedimentos seguidos para a sua feitura, mas também à plausibilidade de que os efeitos pretendidos possam ser de fato alcançados. O ponto básico é o seguinte: para se analisar a pertinência entre meios jurídicos e fins normativos não basta interpretar a lei nem recorrer a intuições de justiça.

Dito de outra forma, o vetor ideológico-progressista na jurisprudência brasileira estaria se voltando para normas não apenas com validade formal, mas também normas com validade finalística<sup>573</sup>.

Sobre o vetor organizacional, tem-se uma mudança no arranjo institucional, com o Judiciário passando ao centro, passando a ter protagonismo do Supremo Tribunal Federal no trato com políticas públicas<sup>574</sup>, revelando novamente uma postura pragmático-consequencialista:

O papel de árbitro dos grandes conflitos institucionais e políticos que historicamente coubera ao Exército passou a ser ocupado pelo STF. Ao mesmo tempo, o Poder Judiciário acabou cada vez mais desempenhando um papel relevante no delineamento das políticas públicas no Brasil — ora negativamente, contrabalançando o excesso, ora positivamente, contrabalançando a inação; e, nos dois casos, contribuindo decisivamente para a criação de incentivos (e desincentivos) para toda sorte de atividades. É como se o Judiciário tivesse sido *empurrado* — muitas vezes a contragosto,

<sup>571</sup> A lei de Hume (guilhotina de Hume) ou “falácia naturalista” foi criada pelo empirista escocês David Hume (1711-1776) para separar o plano do ser e do dever-ser. Ora, para o empirismo, a natureza só pode ser descrita – e comprovada por experimentos –, sendo a natureza o plano do ser; por outro lado o dever-ser é o plano de juízos de valor, do que é certo ou errado (da moralidade e direito). E por ser planos diversos, o dever-ser não poderia derivar do ser.

<sup>572</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof; PARGENDLER, Mariana. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v 262, p. 114, jan/abr. 2013.

<sup>573</sup> FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2010. P. 152-154.

<sup>574</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof; PARGENDLER, Mariana. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v 262, p. 116, jan/abr. 2013.

ocasionalmente com certo júbilo — para a posição de ator relevante, e diversas vezes decisivo, no grande quadro institucional de formulação da política pública.

Sobre o vetor técnico-jurídico, fica evidente uma mudança dos sistemas jurídicos ocidentais mais atrelada ao direito público e a aplicação direta de princípios<sup>575</sup>:

A verdadeira revolução no papel do jurista — cujas repercussões para o funcionamento do sistema jurídico ainda não foram suficientemente apreendidas — decorre justamente de seu papel como aplicador de princípios e implementador de políticas públicas. O fator diferenciador, relativamente ao tirocínio jurídico tradicional, que subjaz à aplicação de princípios e aos juízos de proporcionalidade, é justamente a integração das consequências da norma como elemento que determina a validade ou incidência da norma no caso concreto. Isto é, a norma incidirá ou não a depender de suas presumíveis consequências futuras. Nas regras jurídicas tradicionais, os fatos referidos no suporte fático estão no passado.

Quando se trata desses supostos vetores de um modelo pragmático-consequencialista no Supremo Tribunal Federal é curioso perceber que a própria Corte vem incorporando (reconhecendo expressamente) ferramentas norte-americanas no controle de constitucionalidade no Brasil.

O *site* do STF, em seção denominada “publicações temáticas”<sup>576</sup>, justamente na matéria controle de constitucionalidade, cita o *overruling* e *distinguishing* tratados no ponto 2.4 do trabalho.

Ao que parece, portanto, a própria corte vem tentando organizar vetores de uma atuação concretista e pragmático consequencialista sob subtemática de “efeitos de decisão” e “técnicas de decisão”:

A propósito das hipóteses de necessidade e das formas de superação de precedentes, bem resume Daniel Mitidiero (in *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2013. pp. 105-6): “... a regra do *stare decisis* horizontal pode ser justificadamente deixada de lado pela corte responsável pelo precedente. Isso quer dizer que as Cortes Supremas podem, para promover a unidade do Direito prospectivamente, afastar-se justificadamente dos próprios precedentes, superando-os total (*overruling*) ou parcialmente (*overturning*) mediante transformação (*transformation*) ou reescrita (*overriding*) do precedente. A superação total de um precedente (*overruling*) constitui a resposta judicial ao desgaste da sua dupla coerência (congruência social e consistência sistêmica) ou a um evidente equívoco na sua solução. Quando o precedente carece de dupla coerência ou é evidentemente equivocado e os princípios básicos que sustentam a sua replicabilidade (*replicability*), o precedente deve ser superado, sob pena de estancar-se o processo de contínua evolução do Direito. Essa conjugação é tida pela doutrina como a norma básica para superação de precedentes (*basic overruling*).

<sup>575</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof; PARGENDLER, Mariana. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v 262, p. 122-123, jan/abr. 2013.

<sup>576</sup> <https://portal.stf.jus.br/publicacaotematica/vertema.asp?lei=5235>

*principle*)." (...) É dizer, em resumo, que não verifico, na questão, a imprescindível demonstração do desgaste do precedente no que tange à sua congruência social e à sua consistência sistêmica. *Overruling* ou superação total (tradução livre) é técnica que pressupõe justamente a força vinculante do precedente e que, portanto, impõe à corte responsável pela sua formulação um complexo encargo argumentativo, a indicar, repiso, que a antiga interpretação já se tornou inconstitucional ou está se tornando. [RE 655.265, voto do rel. p/ o ac. min. Edson Fachin, j. 13-4-2016, P, *DJE* de 5-8-2016, Tema 509.]

A segurança jurídica, cláusula pétrea constitucional, impõe ao Pretório Excelso valer-se do comando do art. 27 da Lei 9.868/1999 para modular os efeitos de sua decisão, evitando que a sanatória de uma situação de inconstitucionalidade propicie o surgimento de panorama igualmente inconstitucional. (...) A modulação de efeitos possui variadas modalidades, sendo adequada ao caso *sub judice* a denominada *pure prospectivity*, técnica de superação da jurisprudência em que "o novo entendimento se aplica exclusivamente para o futuro, e não àquela decisão que originou a superação da antiga tese" (...). [ADI 4.029, rel. min. Luiz Fux, j. 8-3-2012, P, *DJE* de 27-6-2012.]

Se não bastasse essas ferramentas do sistema norte-americano já reconhecidas, como evidência empírica acima, na jurisprudência do STF, cabe também citar outra temática atual em que a corte procura estabelecer nada mais do que vetores concretistas e pragmáticos de atuação: a chamada mutação constitucional.

#### 5.6.2. A escalada da mutação constitucional no Supremo Tribunal Federal

A mutação constitucional, como forma de alteração no sentido interpretativo da Constituição sem ensejar na mudança de seu texto formal, apresenta-se, dentro de uma visão crítica, como evitente expansão do concretismo e do pragmatismo no Supremo Tribunal Federal. Conforme expõe Barroso<sup>577</sup>:

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.

Assim, percebe-se que a mutação constitucional supre a necessidade de adaptação da norma de acordo com o contexto social em que está inserido<sup>578</sup>:

A análise interpretativa da Constituição não pode, por conseguinte, prescindir do critério evolutivo, mediante o qual se explicam as transformações ocorrentes no sistema, bem como as variações de sentido que tanto se aplicam ao texto normativo, como a realidade que lhe serve de base – a chamada realidade constitucional, cuja mudança e, não raro, lenta e imperceptível ao observador comum,

<sup>577</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional**. Editora: Saraiva, 2007. P. 126-127.

<sup>578</sup> BONAVIDES, Paulo. **A Constituição aberta**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. P. 138.

Esse critério, como elemento hermenêutico de extrema relevância, está todo impregnado de historicidade, a qual se comunica ao método de interpretação, não tanto para colher a Constituição jurídica ou a norma na sua origem senão, em primeiro lugar, para acompanhar a conseqüente evolução ou desdobramento que no seio do sistema constitucional ocorre com a norma codificada na Constituição e com a realidade que lhe imprime eficácia, vida e conteúdo.

É fruto de um processo lento e gradual, o qual é finalizado com a realização de uma nova interpretação elaborada pelo STF e fixada pelo mesmo órgão, que deve ser seguida e aplicada pelos demais operadores do Direito<sup>579</sup>.

Enfim, a mutação constitucional se apresenta como uma solução para o afastamento do texto constitucional da realidade social, como uma correção jurisprudencial. A mutação constitucional (*Verfassungswandlung*) como um modelo supostamente evolutivo formulado por Laband (*Wandlungen der deutschen Reichsverfassung*, Dresden, 1895) e Jellinek (*Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, Berlim, 1906). A esse respeito<sup>580</sup>:

A doutrina refere que o uso pioneiro do termo remonta à obra do jurista alemão Paul Laband intitulada *Wandlungen der deutschen Reichsverfassung*, escrita em 1895. Com efeito, Laband distingue entre a ocorrência de dois fenômenos distintos, quais sejam, *Verfassungsänderung* e *Verfassungswandlung*, que seriam, respectivamente, Reforma constitucional (processo formal de mudança) e Mutação constitucional (processo informal de mudança). O alemão Georg Jellinek e o chinês Hsü Dau-Lin também empreenderam estudos importantes com o fito de sistematizar a mutabilidade do Direito. Jellinek delineou o conceito de *Verfassungsänderung* como uma modificação expressa e voluntária do texto, ao passo que a *Verfassungswandlung* seria o resultado de mudança involuntária de significado sem que ocorresse alteração do texto da norma.

Dentre os casos de mutação constitucional mais emblemáticos da jurisprudência brasileira pode-se citar: i) o afastamento da intervenção do Senado no controle concentrado de constitucionalidade; e ii) a relativização da presunção de inocência.

O primeiro caso (clássico) de mutação constitucional se trata da negativa de vigência do dispositivo que determina que o Senado promova a suspensão da execução de leis no caso de reconhecimento de inconstitucionalidade no controle difuso de

<sup>579</sup> “O tema da mutação constitucional tem o seu ambiente natural na fronteira em que o Direito interage com a realidade. Já ficou para trás, na teoria jurídica, a visão do positivismo normativista que apartava o Direito do mundo fático, assim como dissociava, igualmente, da filosofia, da ética e de considerações em torno da idéia da justiça. (...) O Direito não existe abstratamente, fora da realidade sobre a qual incide. (...) A mutação constitucional se realiza por via da interpretação feita por órgãos estatais ou por meio dos costumes e práticas políticas socialmente aceitas”. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional**. Editora: Saraiva, 2007. P. 149-150.

<sup>580</sup> STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Revista Argumenta**, Jacarezinho, n. 7, p. 45-68, 2007.

constitucionalidade. Como as decisões do STF tanto no controle concentrado quanto no difuso atualmente têm efeitos *erga omnes*, esse papel do Senado tem que ser redefinido. O papel do Senado, a partir de agora, deveria ser apenas dar publicidade das decisões do STF, expedindo resolução. Assim, o texto não foi alterado, mas foi redesenhado informalmente. Gilmar Mendes assim escreve<sup>581</sup>:

A única resposta plausível nos leva a acreditar que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão exclusivamente histórica. Observe-se que o instituto da suspensão da execução da lei pelo Senado mostra-se inadequado para assegurar eficácia geral ou efeito vinculante as decisões do Supremo Tribunal que não declaram a inconstitucionalidade de lei, limitando-se a fixar a orientação constitucionalmente adequada ou correta. Isso se verifica quando o Supremo Tribunal afirma que dada disposição há de ser interpretada desta ou daquela forma, superando, assim, entendimento adotado pelos tribunais ordinário ou pela própria Administração. A decisão do Supremo Tribunal não tem efeito vinculante, valendo nos estritos limites da relação processual subjetiva. Como não se cuida de declaração de inconstitucionalidade de lei, não há cogitar aqui de qualquer intervenção do Senado, restando o tema aberto para inúmeras controvérsias.

Ressalta-se, entretanto, que o professor Canotilho<sup>582</sup> aponta para o risco de excesso na aplicação da mutação constitucional. Para Canotilho, a mutação haveria que se dar somente dentro dos *limites possíveis do texto* para ser considerada legítima. Além disso, não poderia violar os princípios estruturantes da Constituição.

Ocorre que, por constituir a mutação um processo informal, que não está expresso no texto, mas sim na mudança de sentido dado à norma, poderão existir mutações que fujam aos limites impostos pela Constituição, violando seu texto e seu espírito, sendo manifestamente inconstitucionais. Enfim<sup>583</sup>:

A nosso juízo, a Constituição é a autoconsciência de um povo do Estado e da sociedade em uma época de mudanças frequentes. Por isso a doutrina das mutações constitucionais é a reflexão - teórica e prática - de tais mudanças. Elas são produzidas quando a normatividade constitucional modifica-se pela realidade político-social que não afeta suas formas textuais, mas transforma o seu conteúdo.

Anna Cândida da Cunha Ferraz<sup>584</sup> refere-se a mudanças que não são manifestamente inconstitucionais, tais como a inércia e o desuso no plano constitucional

<sup>581</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 1159.

<sup>582</sup> CANOTILHO, J J Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Almedina: Coimbra. 2003.

<sup>583</sup> STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Revista Argumenta**, Jacarezinho, n. 7, p. 45-68, 2007.

<sup>584</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 1986.

e a mudança tácita da Constituição. Percebe-se, contudo, que essas situações não seriam propriamente mutações inconstitucionais, e nem mesmo inconstitucionalidade de normas constitucionais, mas sim cessação de vigência da norma e perda de sua eficácia.

Ainda, como outra ressalva importante, Bulos<sup>585</sup> cita a possibilidade de quatro tipos de mutação constitucional: i) por interpretação constitucional; ii) por práticas constitucionais; iii) por construção constitucional; e iv) aquelas contrárias a Constituição que devem ser reconhecidas como inconstitucionais.

Sobre o segundo caso paradigmático mais polêmico de mutação constitucional tem-se o julgamento da reclamação 4335 (atrelada ao Habeas Corpus 126.292/2016-SP), relativizando a presunção de inocência e determinando a prisão para cumprimento de pena antes do trânsito em julgado da ação penal.

Em fevereiro de 2016, ao negar a liminar no Habeas Corpus 126.292, por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência. Para o relator do caso, ministro Teori Zavascki, a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena:

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (HC 126292, Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016)

Tal entendimento foi acompanhado pelos Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. A ministra Rosa Weber e os ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, presidente da Corte (na ocasião), ficaram vencidos. Eles votaram pela manutenção da jurisprudência do Tribunal que exige o trânsito em julgado para cumprimento de pena.

Interessante, neste processo, que o artigo 283 do Código de Processo Penal, por consequência da citada mutação constitucional do princípio da presunção de inocência,

---

<sup>585</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

tornou-se de forma superveniente como dispositivo inconstitucional ou dispositivo em não conformidade com a Constituição. Eis o voto do Ministro Fachin no caso:

Voto por declarar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com interpretação conforme à Constituição, que afasta aquela conferida pelos autores nas iniciais dos presentes feitos segundo à qual referida norma impediria o início da execução da pena tão logo esgotadas as instâncias ordinárias, assentando que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação confirmada em segundo grau, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível.

Enfim, o uso da mutação constitucional vem se apresentando bem extenso no âmbito do Supremo Tribunal Federal como ilustrado nos casos acima e nas decisões abaixo:

A legislação infraconstitucional que colida frontalmente com a jurisprudência (leis *in your face*) nasce com presunção *iuris tantum* de inconstitucionalidade, de forma que caberá ao legislador ordinário o ônus de demonstrar, argumentativamente, que a correção do precedente faz-se necessária, ou, ainda, comprovar, lançando mão de novos argumentos, que as premissas fáticas e axiológicas sobre as quais se fundou o posicionamento jurisprudencial não mais subsistem, em exemplo acadêmico demutaçãoconstitucional pela via legislativa. Nesse caso, a novel legislação se submete a um escrutínio de constitucionalidade mais rigoroso, nomeadamente quando o precedente superado amparar-se em cláusulas pétreas. [ADI 5.105, rel. min. Luiz Fux, j. 1º-10-2015, P,*DJE*de 16-3-2016.]

A mutação constitucional é transformação de sentido do enunciado da Constituição sem que o próprio texto seja alterado em sua redação, vale dizer, na sua dimensão constitucional textual. Quando ela se dá, o intérprete extrai do texto norma diversa daquelas que nele se encontravam originariamente involucradas, em estado de potência. Há, então, mais do que interpretação, esta concebida como processo que opera a transformação de texto em norma. Na mutação constitucional caminhamos não de um texto a uma norma, porém de um texto a outro texto, que substitui o primeiro. Daí que a mutação constitucional não se dá simplesmente pelo fato de um intérprete extrair de um mesmo texto norma diversa da produzida por um outro intérprete. Isso se verifica diuturnamente, a cada instante, em razão de ser, a interpretação, uma prudência. Na mutação constitucional há mais. Nela não apenas a norma é outra, mas o próprio enunciado normativo é alterado. [Rcl 4.335, voto do rel. min. Eros Grau, j. 20-3-2014, P, *DJE* de 22-10-2014.]

A interpretação judicial como instrumento de mutação informal da Constituição. A questão dos processos informais de mutação constitucional e o papel do Poder Judiciário: a interpretação judicial como instrumento juridicamente idôneo de mudança informal da Constituição. A legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea. [HC 91.361, rel. min. Celso de Mello, j. 23-9-2008, 2ª T, *DJE*de 6-2-2009.]

A força normativa da Constituição da República e o monopólio da última palavra, pelo STF, em matéria de interpretação constitucional. O exercício da jurisdição constitucional – que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição – põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do STF, pois, no processo de indagação

constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que "A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la". Doutrina. Precedentes. A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo STF – a quem se atribuiu a função eminente de "guarda da Constituição" (CF, art. 102, *caput*) – assume papel de essencial importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso país confere, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental. [ADI 3.345, rel. min. Celso de Mello, j. 25-8-2005, P, *DJEd* de 20-8-2010.]

### 5.6.3. Populismo judicial, *lawfare* e moralismo político como critérios da decisão?

Ainda focado em uma análise empírica do Supremo Tribunal Federal, interessante abordar a correlação da atuação pragmática-consequencialista posta com os conceitos ou expressões chamadas de populismo judicial, *lawfare* e moralismo político.

Ora, certas decisões de cunho pragmático-consequencialistas do Supremo Tribunal Federal são muito criticadas justamente por estes fenômenos: “o grande problema da discussão quanto ao consequencialismo é o seu abuso e mau uso, caracterizado quando se utilizam convicções político-partidárias e ideológicas como fundamento para as decisões, em detrimento de argumentos doutrinários”<sup>586</sup>

Ou seja, a título do consequencialismo, seriam usados argumentos dogmáticos para atingir resultados previamente escolhidos. Eis que, nessa crítica “os fenômenos do populismo judicial, do *Lawfare*, e do moralismo político como critério de decisão jurídica, certamente tendem a ser fomentados e legitimados, e não contidos ou refutados, pelo consequencialismo”<sup>587</sup>.

Avançando nesse viés crítico, o modelo pragmático-consequencialista levaria a interpretações subjetivas por parte da visão do aplicador do Direito, e não por parte de uma visão do legislador<sup>588</sup>:

Para tanto, deve se valer das ambiguidades, contradições e insuficiências de que os textos normativos são permeados e, principalmente, do controle de constitucionalidade, que lhe permite recusar validade a atos legislativos a partir de parâmetros normativos altamente flexíveis e que se prestam a manipulações argumentativas de toda a espécie. Não é preciso muito esforço para perceber (e a jurisprudência de valores apenas confirma isto) que a atração exercida pelo idealismo axiológico fatalmente conduz, em algum momento e com maior ou menor elastério, ao rompimento das barreiras que o direito positivo,

<sup>586</sup> ARAUJO, Fernando. **Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais**. Brasília: ENFAM, 2010.

<sup>587</sup> ARAUJO, Fernando. **Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais**. Brasília: ENFAM, 2010.

<sup>588</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 135.

constitucional e infraconstitucional, impõe aos órgãos oficialmente incumbidos de sua aplicação [...] Se no positivismo clássico a interpretação se submete à vontade do legislador, 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.

Para outros autores, entretanto, não se trata apenas de reconhecer o problema dos “abusos”, e sim de afirmar a própria impossibilidade de utilização do aparato analítico econômico (ou de conceitos inerentes à ideia de eficiência) como determinantes das escolhas normativas. O papel consequencialista seria, então, meramente instrumental e auxiliar.<sup>589</sup>

Adentrando nesse debate, Barroso, no ano de 2009 – antes de sua posse como Ministro do Supremo Tribunal Federal –, defendeu o uso do consequencialismo político nas decisões judiciais, para se evitar “resultados injustos ou danosos ao bem comum ou direitos fundamentais”<sup>590</sup>:

Os riscos da politização da justiça, sobretudo da justiça constitucional, não podem ser totalmente eliminados. A Constituição é, precisamente, o documento que transforma o poder constituinte em poder constituído, isto é, Política em Direito. Essa interface entre dois mundos dá à interpretação constitucional uma inexorável dimensão política. Nada obstante isso, ela constitui uma tarefa *jurídica*. Sujeita-se, assim, aos cânones de racionalidade, objetividade e motivação das decisões judiciais, devendo reverência à dogmática jurídica, aos princípios de interpretação e aos precedentes. Uma corte constitucional não deve ser cega ou indiferente às consequências políticas de suas decisões, inclusive para impedir resultados injustos ou danosos ao bem comum ou aos direitos fundamentais. Mas somente pode agir dentro das possibilidades e dos limites abertos pelo ordenamento jurídico.

Especificamente, o populismo judicial se apresenta como a atuação contrarrevolucionária do Poder Judiciário que se alinha a maiorias políticas ocasionais, não atuando como força contramajoritária em prol de direitos fundamentais<sup>591</sup>. De modo que, no caso brasileiro, em vista da atuação do Supremo Tribunal Federal após 2013, seria defensável a transição do ativismo judicial para populismo judicial buscando aprovação da audiência externa em nome de sua reputação televisada<sup>592</sup>.

<sup>589</sup> GABARDO, Emerson; SOUZA, Pablo Ademir de. O consequencialismo e a LINDB: a cientificidade das previsões quanto às consequências práticas das decisões. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 20, n. 81, p. 97-124, jul/set 2020. P. 109.

<sup>590</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. P.20-21.

<sup>591</sup> SILVA, Diogo Bacha e; VIEIRA, José Ribas. Os itinerários da politização do Supremo Tribunal Federal: do ativismo ao populismo judicial. **Sequência: Estudos jurídicos e Políticos**. Ano 2022, Volume 43, n.91. P. 23.

<sup>592</sup> ““Aqui, ao invés de uma teoria constitucional da efetividade, ganha corpo uma teoria do processo penal do espetáculo, capaz de desintegrar a rede de proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos.” SILVA, Diogo Bacha e; VIEIRA, José Ribas. Os itinerários da politização do Supremo Tribunal Federal: do

Eis a suposta necessidade do Judiciário buscar maior reputação como uma forma de ganhar mais legitimidade e autoridade para suas decisões. Todavia, se no passado a reputação decorreria da audiência de especialistas, da academia, atualmente essa reputação se volta para audiência não técnica externa, rompendo ciclo de decisões ativistas contramajoritárias inovadoras do ativismo judicial (e da judicialização da política)<sup>593</sup>:

Entretanto, muito embora a reputação do Supremo Tribunal Federal tenha se elevado nessa época entre os especialistas, a vaidade institucional não ermitiu que este órgão se bastasse com esta audiência, buscando alcançar um papel de salvaguarda de nossa democracia. Nessa medida, passa-se a caracterizar uma passagem de uma judicialização da política para uma *politização do Poder Judiciário*, a partir da própria audiência do Supremo Tribunal Federal. (...) A modificação da postura decisória de uma judicialização da política para uma politização do judiciário adveio de uma modificação na audiência do Supremo Tribunal Federal, capaz de provocar uma influência na argumentação e no conteúdo decisório. Ao invés dos especialistas, o órgão pretende atingir um público amplo e também a grande mídia.

O populismo judicial, como outro fenômeno afeto ao concretismo e pragmatismo, seria muito perigoso, a exemplo do populismo nos demais poderes, com ascendência de lideranças carismáticas de ideologias diversas que fariam um suposto apelo ao povo e combate a uma elite<sup>594</sup>. Cenário de consolidação de uma vontade geral ou senso comum<sup>595</sup>:

No caso, o Supremo Tribunal Federal interpretará a Constituição de acordo com o senso comum, ainda que a custo do direito positivo. Em verdade, está aí não uma preocupação de manter a integridade constitucional, mas sim de se arvorar na pretensão de ser o guardião da moralidade do “povo de bem” contra a “elite corrupta”.

A expressão inglesa *lawfare*, por sua vez, foi criada em 2001 por um militar norte-americano chamado Charles Dunlap, consistente na junção de *law* (lei) e *welfare* (guerra). Em um artigo (“Direito e Intervenções Militares: preservando valores humanitários nos conflitos do século XXI”) por ele publicado Charles criticou o uso do Direito por entidades de Direitos Humanos para atacar e delegitimar ações do exército americano. De

---

ativismo ao populismo judicial. **Sequência: Estudos jurídicos e Políticos**. Ano 2022, Volume 43, n.91. P.4.

<sup>593</sup> SILVA, Diogo Bacha e; VIEIRA, José Ribas. Os itinerários da politização do Supremo Tribunal Federal: do ativismo ao populismo judicial. **Sequência: Estudos jurídicos e Políticos**. Ano 2022, Volume 43, n.91. P. 18-19.

<sup>594</sup> Pode-se analisar essa perspectiva crítica também pela ideia de um Direito responsivo, responsivo e repressivo. (NONET, Philippe. **Direito e sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo**. Rio de Janeiro: Revan, 2010)

<sup>595</sup> SILVA, Diogo Bacha e; VIEIRA, José Ribas. Os itinerários da politização do Supremo Tribunal Federal: do ativismo ao populismo judicial. **Sequência: Estudos jurídicos e Políticos**. Ano 2022, Volume 43, n.91. P. 25.

modo que o *lawfare* pode ser conceituado como “o uso da lei como a arma de guerra”, algo que seria característico das guerras do século XXI.

Em 2020 esse conceito foi trazido para o Brasil por publicação de livro (*Lawfare: uma introdução*) de Cristiano Zanin, Vasleska Martins e Rafael Valim<sup>596</sup>. Oportunidade que os autores apontaram para uma tendência no Brasil de instrumentalização da lei ou “o uso estratégico do Direito para fins de deslegitimar, prejudicar ou aniquilar um inimigo”. Hipótese que atrelaram à atuação da polícia, ministério público e judiciário aos casos de corrupção envolvendo o governo lula.

Ou seja, nesse raciocínio, assim como o populismo judicial e moralismo político, seria o *lawfare* um expediente indevido na realidade jurídica brasileira. Expediente que teria, também, traços concretistas e pragmático-consequencialistas muito claros.

---

<sup>596</sup> ZANIN, Cristiano; MARTINS, Valeska; VALIM, Rafael. **Lawfare: uma introdução**. São Paulo: Contracorrente, 2019.

## VI. CONCLUSÕES

A hipótese posta nessa tese do avanço dos métodos concretistas e pragmático-consequencialistas na jurisdição constitucional no Brasil resta confirmada pelo trabalho. Hipótese que decorre da evolução do pensamento hermenêutico e da incorporação de teorias modernas na atuação do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade, com afastamento gradual do abstratismo e de decisões dedutivo-silogísticas.

Como ficou evidente no trabalho, o pensamento jusfilosófico hermenêutico mais atual nega a interpretação normativa dissociada do caso concreto, como se fazia classicamente na tradição positivista; isso é justamente aquilo que autores como Konrad Hesse e Friedrich Muller pregam, como também em Dworkin e Gadamer. Da mesma forma, paralelamente, observou-se um avanço do pensamento hermenêutico pragmático-consequencialista na linha de escolas norte-americanas como do realismo jurídico em Holmes e análise econômica do direito em Posner.

Ainda, perante a análise empírica, a luz da exaustivamente tratada dicotomia do modelo de controle de constitucionalidade brasileiro – difuso e concentrado – tem o Supremo Tribunal Federal brasileiro avançado em uma sistemática efetivamente mais concretista e pragmática, com uma atuação recursal pautada em conjunto com ações de controle concentrado de constitucionalidade, evitando discutir teses sem referências concretas e buscando soluções práticas atentas às consequências. Ou seja, o Supremo Tribunal Federal vem incorporando essas mudanças doutrinárias hermenêuticas, pelo concretismo e pragmático-consequencialismo, claramente reconhecendo que a racionalidade de julgamentos puramente abstratos seria incompleta.

São vários os termômetros e fenômenos que comprovam isso.

Talvez o fenômeno mais clássico seja a chamada objetivação do controle difuso de constitucionalidade ao lado de uma pretensa subjetivação do controle abstrato de constitucionalidade, convergindo os modelos na linha do concretismo e do pragmatismo. Ora, o STF vem utilizando de forma extensa institutos como do efeito vinculante e de repercussão geral em processos subjetivos, da mesma forma que invoca uma participação mais profunda do *amicus curiae* no processo de jurisdição constitucional abstrata, como forma de ampliar e legitimar o debate entorno da jurisdição constitucional como um todo.

Interessante que esse movimento do Supremo Tribunal Federal não significa a negação simples do controle concentrado de constitucionalidade, mas sim de

adaptabilidade a um modelo concretista e pragmático com o recorrente julgamento de conjunto de ações de controle concentrado de constitucionalidade com incidentes recursais e ações originárias que envolvem questionamentos a luz da Constituição.

Um exemplo desse modelo siamês de julgamento no STF, que atesta o fenômeno, é o histórico de julgamento da constitucionalidade da quebra do sigilo bancário direta da fazenda pública posto na lei complementar nº 105/2001 que substituiu a lei 4595/1964 na matéria. Eis a polêmica sobre o artigo 5º da LC nº 105/2001 que determinou a análise irrestrita do fisco a informações bancárias de contribuintes, que afetaria em tese o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal que reconhece a inviolabilidade de dados.

De 2005 até 2016 – momento da pacificação da jurisprudência do Supremo – foram diversas ações (de controle difuso e concentrada) julgadas separadamente e em conjunto. Destaca-se, nesse histórico, inicialmente, as decisões do Recurso Extraordinário nº 389.808, da Ação Cautelar nº 33 e por uma série de Mandados de Segurança (MS 21729, MS 22801, MS 23851) questionando o livre acesso da autoridade fiscal a movimentações bancárias ou a reserva jurisdicional. De modo, apenas em 2016 – em claro movimento concretista e pragmático-consequencialista –, agora no julgamento conjunto do RE 601.314 e de quatro Ações de Inconstitucionalidade (2.390, 2.386, 2.397 e 2.859), em que atuaram como *amicus curiae* a Ordem dos Advogados no Brasil e o Banco Central do Brasil (para além do Advogado-Geral da União como *defensor legis* e do Procurador-Geral da República como *custus legis*), foi realizada a devida consolidação jurisprudencial. Oportunidade em que os relatores Ministros Dias Toffoli e Edson Fachin proferiram voto favorável a constitucionalidade da LC 105/01, acompanhados pelos Ministros Luis Roberto Barroso, Teori Zavascki, Rosa Weber, Carmen Lúcia, Luiz Fux, Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski; restando vencidos apenas os Ministros Celso de Mello e Marco Aurélio. Caso catalogado pelo próprio STF como Tema 225, como uma temática classificada de estabilização jurisprudencial que envolveu um julgamento complexo recursal e originário, assim como se observa repetir em outros casos mais atuais.

O interessante desse caso, ainda, para além de um caso ilustrativo do diálogo entre os modelos de controle de constitucionalidade, demonstrando o viés concretista, foi um claro aceno pragmático-consequencialista em que a constitucionalidade foi permeada com argumentos como a necessidade de se ter um melhor mecanismo de combate a sonegação fiscal e do comprometimento do Brasil no campo internacional relacionado a um suposto padrão de transparência bancária e combate a crimes.

Outro caso recente e famoso que ilustra esse avanço concretista e pragmático-consequencialista no Supremo Tribunal Federal foi a temática da presunção de inocência do artigo 5º inciso LVII da Constituição Federal frente à possibilidade de prisão para cumprimento de pena antes do trânsito em julgado. Caso em que o STF pacificou seu entendimento no julgamento conjunto das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nºs 43,44 e 54, declarando a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal que determina prisão apenas em flagrante ou cautelar antes do trânsito em julgado. Caso do uso de argumentos como da Ministra Carmen Lúcia do problema da “crença da impunidade” (consequencialismo) e do Ministro Gilmar Mendes do problema da falta de individualização dos casos concretos (concretismo). Para além disso, caso em que muito se invocou de um certo pragmatismo processual, ao se defender que a produção de provas se daria apenas em primeiro e segundo grau de jurisdição, sendo os tribunais superiores impedidos de produzir provas, a ponto de justificar a execução penal em grau de recurso especial ou extraordinário como constou anteriormente no julgamento do tema nº 925 de relatoria do Ministro Teori Zavascki (Agravo em RE 964246), permitindo-se a execução provisória de pena.

Um terceiro caso no Supremo que ilustra um modelo concretista e pragmático-consequencialista é o caso sobre a constitucionalidade do *homeschooling*, da possibilidade dos tutores legais optarem pela instrução de seus tutelados em casa ao invés do modelo escolar tradicional. Trata-se de um *leadig case* afeto ao Recurso Extraordinário nº 888.815 de relatoria do Ministro Luis Roberto Barroso, que votou pela possibilidade de ensino domiciliar, sendo vencido pela divergência do pletário no sentido da impossibilidade pela falta de regulamentação legal. Nesse caso, como visto no ponto 4.6, foram diversos argumentos pragmáticos e consequencialistas, como os de Barroso citando número alto de ensino domiciliar em alguns países desenvolvidos e de Moraes citando melhoria de taxas escolares presenciais, além de Fux citando casos de abusos sexuais de pais, e de Gilmar Mendes que cita dados pelo fraco desempenho de países que optaram pelo regime domiciliar nos rankings de qualidade de educação mundial.

Um quarto caso muito importante em que o Supremo desempenhou um papel concretista e pragmático-consequencialista foi o caso de reconhecimento do estado de coisas inconstitucional na situação carcerária do país, citado no ponto 4.3.2 desta tese. Ora, nesse julgamento conjunto de uma ADPF e de um Recurso Extraordinário o STF reconheceu uma violação estrutural de direitos humanos no que diz respeito à situação carcerária, determinando várias medidas de combate passando pela atuação de todos os

poderes e de um alinhamento institucional. Caso claro de atuação concretista e pragmática da corte.

Evidente que o STF cria um modelo único do ponto de vista mundial, tentando conjugar os pontos positivos dos modelos de controle concentrado e difuso de constitucionalidade, tentando resguardar a segurança jurídica de centralidade nas decisões e de dinamismo na possibilidade de qualquer corte e juízo se manifestar. Fato, todavia, que muitos criticam, a título de supostos excessos na judicialização da política ou de ativismo judicial dentro da lógica pós-moderna e neoconstitucionalista.

Interessante que o Supremo Tribunal Federal, como restou demonstrado, tem utilizado institutos próprios do sistema do *common law* e do modelo de *stare decisis* norte-americano, como o *distinguishing* e o *overruling*; situações que permitem a superação de precedentes em caso de variações concretas. Basta realizar uma pesquisa no endereço eletrônico do Supremo Tribunal Federal e procurar o índice temático de decisões para encontrar referência a estes institutos alienígenas que seriam impensáveis a um modelo de *civil law*. Claramente uma adaptação realizada na jurisdição constitucional brasileira para permitir uma convivência mais adequada do controle de constitucionalidade abstrato e difuso.

Certo é que o referencial racionalista próprio do positivismo está em crise, pela impossibilidade de se ter uma racionalidade perfeita ou completa a ponto de antever todas as hipóteses de aplicação normativa concreta. É importante reconhecer que a era das codificações, da crença de um modelo padronizado de regras que responderiam todos os problemas, foi superada por um contexto constitucionalista plural e aberto que entrega mais protagonismo para as cortes. Justamente o que faz com que as cortes tenham que se adaptar com o uso mais extenso de princípios e diminuição do uso deduções legais.

Nesse contexto cabe citar também a evolução nas decisões de mandado de injunção no Brasil e o reconhecimento cada vez maior de mutações constitucionais, da permissão por mudanças informais da Constituição.

No que diz respeito ao mandado de injunção, ação de controle difuso de constitucionalidade que inova na Constituição de 1988, imperioso destacar a evolução da jurisprudência do STF partindo da teoria não-concretista das decisões para teoria concretista. A transição, descrita no trabalho, de decisões que apenas notificavam o legislativo e o executivo em função na omissão na regulamentação de um direito de eficácia limitada na Constituição (tal qual a ADI por omissão), para decisões que

determinam a concretização de direitos, com a possibilidade inclusive de efeitos coletivos (*erga omnes*) como o célebre caso do direito de greve de servidores públicos.

No que diz respeito à mutação constitucional, quanto às mudanças informais no texto da Constituição do ponto de vista interpretativo, vem-se observando uma tendência do STF, diante da impossibilidade muitas vezes de declarar inconstitucional a redação originária da Constituição, em realizar arranjos decisórios distintos de uma interpretação literal do texto. Hipótese do emblemático e recente caso envolvendo o princípio da presunção de inocência e a determinação de cumprimento de pena antes do trânsito em julgado da ação penal. Claras situações de uma jurisprudência pragmática, que afasta o formalismo e o tecnicismo e determina que o direito é aquilo que a corte assim o julga no caso concreto, trazendo soluções práticas, como também do casamento de pessoas do mesmo sexo, que seriam impossíveis do ponto de vista da técnica clássica.

Por fim, especificamente no que diz respeito ao ponto mais polêmico dessa tese, da expansão consequencialista das cortes brasileiros e principalmente do Supremo Tribunal Federal, tem-se a utilização em maior escala de argumentos econômicos, da chamada análise econômica do direito. Muitas decisões novas tem sido pautadas pelo princípio da eficiência econômica ao lado da justiça.

Enfim, o avanço de uma jurisprudência concretista e pragmático-consequencialista na esteira e acomodação das influências paralelas da jurisdição constitucional alemã e norte-americana é bem clara. Não tão claro, todavia, seria qualificar esse fenômeno como positivo e negativo; reconhecendo-se de um lado um avanço do concretismo e pragmatismo na solução de *hard cases* ao se romper um raciocínio abstratista-dedutivo e instauração de verdadeira tópicos no Direito, mas também reconhecendo-se de outro lado o perigo de se misturar zetéica com dogmática ao permitir que especulações desconstituam o direito posto.

Esse cenário concretista e pragmático-consequencialista não importa em concluir a eliminação do controle concentrado de constitucionalidade, mas sim de aprimoramento decorrente da utilização de mecanismos e incidentes intercambiáveis em julgamentos conjuntos de ações de controle concentrado e matérias recursais. Ora, como se o controle concentrado funcionasse como um prequestionamento global da matéria e o controle difuso funcionasse como uma necessária avaliação decisória.

Pode-se, ainda, por outro lado, concluir que o uso de argumentos concretistas e consequencialistas por parte do STF se apresenta com um avanço em verdade do chamado voluntarismo. Isso porque, alguns questionam que a falta de rigor hermenêutico tem

produzido decisões dissociadas de uma cadeia dogmática clara, atendendo a convicções íntimas de ministros em alguns casos.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Controle difuso de constitucionalidade**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

ABBOUD, Georges . **Processo constitucional brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique G.; OLIVEIRA, Rafael T de. **Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito**. 3 ed. rev., atual. e ampl. - Sao Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. **International Journal of Constitutional Law**, v. 3, n.4,p. 572-581, 2005.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução Luís Afonso Heck. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Incidente de Argüição de inconstitucionalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 101-103.

ANDRADE, Fábio Martins de. O consequencialismo, a modulação temporal dos efeitos e o ativismo judicial nas decisões do Supremo Tribunal Federal e o Estado de Direito. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 172, p. 34-43, jan. 2010.

ANDRADE, Rachel Gazolla de. Considerações sobre a palavra *pragma*. **Cognitio Revista de Filosofia**. Ano I, n. I, 2º sem 2000, São Paulo, pp 8-18.

APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada**. Curitiba: Juruá, 2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Interpretação consequencialista e análise econômica do Direito Público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade**. IN: Regulação e Agências Reguladoras Governança e Análise de Impacto Regulatório. Brasília: Casa Civil/ANVISA, 2009, p, 29-52.

ARAUJO, Fernando. **Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais**. Brasília: ENFAM, 2010.

ARRUDA, Thais Nunes de. **Como os juízes decidem os casos difíceis? A guinada pragmática de Richard Posner e as críticas de Ronald Dworkin**. Mestrado em Direito USP, 2011.

- ARRUDA, Thais Nunes de . **Juízes & Casos difíceis: o pragmatismo de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin**. Juruá, Curitiba, 2014.
- AVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Coimbra: Almedina, 1994.
- BAHIA, Alexandre. **A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas**. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo A. (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 301-357.
- BARACHO DE OLIVEIRA, José Alfredo. **Direito Processual Constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional**. Editora: Saraiva, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 5 ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. **Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.
- BENTHAM, Jeremy. **An introduction to the principles of morals and legislation**. Nova York, Hafner Press. 1948.
- BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. São Paulo: Abril, 1974.
- BENVINDO, Juliano Zaiden. *A Integração e o Constitucionalismo Autoritário: a Experiência Alemã*. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, n.50, 2009, p.61-87.
- BENVINDO, Juliano Zaiden . *A “última palavra”, o poder e a história – o Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro*. **Revista de Informação Legislativa**, ano 51, n. 201, jan./mar. 2014, 71-95.
- BERTEN, André Jacques Louis Adrien. *Habermas, Direito e Pragmatismo*. **Anais do I Congresso de Filosofia do Direito**. Artigos de Palestrantes. PUC Minas, 2011.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone Editora, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sucatti. Bauru, SP: Edipro, 2001.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição aberta**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONAVIDES, Paulo . Código de processo constitucional: as bases doutrinárias do anteprojeto da ordem dos advogados do Brasil. **Revista de Processo Comparado**. Jan-jun 2016. P. 279-295.

BONIFÁCIO, Artur Cortez. Limitações materiais ao Poder Constituinte Originário. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, v. 42.p.114-142. 2003.

BRANDÃO, Rodrigo; FARAH, André. Consequencialismo no Supremo Tribunal Federal: uma solução pela não surpresa. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 7, n. 3, p. 831-858, set./dez. 2020.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

BUTLER, Brian E. **Legal Pragmatism: Banal or Beneficial as a Jurisprudential Position?**, *Essays in Philosophy*: vol. 3: Iss. 2, Article14, 2002.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

CANOTILHO, J J Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Almedina: Coimbra. 2003.

CAON, Guilherme Maines. **Análise econômica do direito: aplicação pelo Supremo Tribunal Federal**. 2020.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Trad. Aroldo Punio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: S. Fabris, 1999. P. 103.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional – Teoria do Estado e da Constituição – Direito Constitucional Positivo**. 14. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008

CAVALCANTE, Diogo Lopes. **Federalismo Brasileiro e Guerra Fiscal: concorrência em prol do desenvolvimento regional**. 2010. 129 f. Tese (Doutorado

em Desenvolvimento Econômico) - Universidade Estadual do Oeste do Paraná, Toledo, 2021.

CHAVES, Ana Karina Mendes; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto Lima. O consequencialismo e a argumentação jurídica nas decisões dos tribunais brasileiros. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n.1, p. 137-152, abr. 2020. P. 137-152.

CICCONETTI, Stefano; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição constitucional comparada**. 2ª ed. Belo Horizonte: Forum, 2018.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COASE, Ronald. **The Institutional Structure of Production**. The American Economic Review. v. 82, n. 4, p 713-719, set. 1992.

COASE, Ronald . **The Problem of Social Cost**. **The Journal of Law and Economics**. Vol. 3. Charlottesville: University Of Virginia School of Law, 1960.

COASE, Ronald. **The Problem of Social Cost**. The Journal of Law and Economics. Vol. 3. Charlottesville: University Of Virginia School of Law, 1960.

COELHO, Inocencio Martires. As ideias de Peter Haberle e a abertura da interpretação constitucional no Direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 211, jan/mar 1998. 125-134.

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**. 2. ed. Porto Alegre: S. Fabris, 1991.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5ª ed. Porto Alegre: Brokman Companhia Editora, 2010.

CONSANI, Cristina Foroni. A crítica de Jeremy Waldron ao constitucionalismo contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, vol. 59, n. 2, p. 143-173, 2014.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **Covid/19, processo estrutural e ativismo judicial** . 2020. Disponível em:  
< <https://www.migalhas.com.br/depeso/324478/covid-19--processo-estrutural-e-ativismo-judicial> > Acesso em: 8 de Junho de 2021.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. Reclamação – a ampliação do cabimento no contexto da “objetivação” do processo nos Tribunais Superiores. **Revista do Processo**. n. 197. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. 2008. Tese (Doutorado em Economia). 421 f. – Curso de Doutorado, Universidade de Brasília, Brasília.

COTA, Samuel Paiva. NUNES, Leonardo Silva. **Medidas estruturais no ordenamento**

**jurídico brasileiro Os problemas da rigidez do pedido na judicialização dos conflitos de interesse público** . 2017. Disponível em:

<[https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril\\_v55\\_n217\\_p243.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p243.pdf)> Acesso em 07 Abril 2022.

DANTAS, Bruno. **Repercussão geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DANTAS, Ivo. **Constituição e Processo**. Curitiba: Jurua: 2003.

DANTAS, Ivo. **Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1995.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito Processual Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

D'MACEDO, J.M. Pragmatismo jurídico no supremo tribunal federal. **Revista de Direito e Humanidade**. N. 25, 2013. Disponível em:<[http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista\\_direito/article/viewFile/2362/1558](http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/viewFile/2362/1558)>. Acesso em: 25 Maio 2020.

DE WAAL, Cornelis. **Sobre pragmatismo**. Tradução Cassiano Terra Rodrigues. São Paulo: Loyola, 2007.

DEL MASSO, Fabiano. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

DIDIER JR, Fredie; CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo Jose. **Curso de Direito Processual Civil**. 10. ed. Salvador: JusPodium, 2012.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, H.; OLIVEIRA, R.A. **Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro** . 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Tradução Pedro Elói Duarte. Coimbra, Almedina, 2013.

DWORKIN, Ronald. *Pragmatism, right answers and true banality*. In **Pragmatism in Law and Society** 359-88. Michael Brint & William Weaver eds, 1991.

ENGELMANN, Wilson. **Direito Natural, Ética e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ESTEVES, Heloísa Borges Bastos. **Economia e Direito: Um Diálogo Possível**. 2010. Tese (Doutorado em Economia). 252 f. – Programa de Pós-Graduação em Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 6. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

FALCÃO, Joaquim; SCHUARTZ, Luís Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. Jurisdição, incerteza e estado de direito. **Revista de Direito Administrativo** n. 243. Rio de Janeiro, Atlas, 2006.

FALLON JR, Richard H. **Law and Legitimacy in the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 2018.

FERNANDES, Manuela Braga. **O Realismo Jurídico como Meio de Garantia da Justiça Ambiental**. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS, Porto Alegre, v. 8, n. 2, dez. 2013. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/42398>>. Acesso em 20 maio 2020.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERRAZ, Sérgio Eduardo. O neopragmatismo de Richard Porty e a reflexão política contemporânea. **Revista de Sociologia e Política**. v.22 n. 49, Curitiba jan./mar. 2014.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **A Filosofia como discurso aporético – uma análise da filosofia do ângulo lingüístico-pragmático**. In: A filosofia e a visão comum de mundo. São Paulo: Brasiliense, 1981. pp. 23-35.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Constituinte – Assembléia, processo, poder**. 2 ed. São Paulo: RT, 1986.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FERREIRA, D. B. **Realismo Jurídico norte-americano: origem, contribuições e principais autores**. Direito, Estado e Sociedade, Rio de Janeiro, 2012.

FERREIRA FILHO. Manoel Gonçalves. **Estado de direito e constituição**. 3 ed. rev. e ampliada. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERREIRA MENDES, Paulo; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos Vieira de. **Ecos do realismo no Supremo Tribunal Federal?**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 70, nov 2009. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6934](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6934)>. Acesso em 20 Maio 2021.

FONTELES, Samuel Sales. **Direito e Backlash**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Programa de Mestrado da Escola de Direito de Brasília, Brasília, 2018.

FONTELES, Samuel Sales. **Direito e backlash**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

FONTES, A. **Aspectos do Realismo Jurídico**. *Justiça & Cidadania*, 2009. Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/aspectos-do-realismo-juridico/>>. Acesso em: 21 maio 2020.

FORGIONI, Paula A. Análise Econômica do Direito: paranóia ou mistificação? In: COUTINHO, Jacinto N. M.; LIMA, Martonio M. B. (orgs). **Diálogos Constitucionais: Direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GABARDO, Emerson. Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 70, out./dez. 2017.

GABARDO, Emerson; SOUZA, Pablo Ademir de. O consequencialismo e a LINDB: a cientificidade das previsões quanto às consequências práticas das decisões. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 20, n. 81, p. 97-124, jul/set 2020.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução Flávio Paulo Meurer. 12. Ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**. Petrópolis: Vozes, 2003.

GALDINO, Matheus Souza. **Elementos para uma Compreensão Tipológica dos Processos Estruturais**. 2019. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/30432>> Acesso em 22 de Julho de 2021.

GARCIA NETO, Paulo Macedo. **A influência do realismo jurídico norte-americano no direito constitucional brasileiro**. 2008. Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo.

GENY, François. **Methodes d'interpretation et sources en droit prive positif: essai critique**. 2 vol. 2 ed. Paris: Lgdj, 1995.

GICO JÚNIOR, Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2014.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Introdução ao realismo jurídico norte-americano**. 1. ed. Brasília: edição do autor, 2013.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Controle da constitucionalidade. **Revista Processo**. n. 90/12. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun. 1998.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.

HABERMAS, Jürgen . **Richard Rorty's pragmatic turn**. In Brandom, R. (ed.) **Rorty and his critics**. Oxford: Blackwell, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional**. Ensayos Políticos. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Litera Mundi, 2001.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HAYEK, F.A. **The constitution of liberty: the definitive edition**. Edited by Ronald Hamowy. Chicago: Chicago University Press, 2011.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução Fausto Castilho. Campinas: Editora da Unicamp/Vozes, 2012.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1991.

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**. Harvard: Harvard University Press, 2004.

HOLMES, Stephen. **Gag rules or the politics of omission**. In: J. Elster/ R. Slagstad (Orgs.), *Constitutionalism and democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988a, p. 19-58.

HOLMES, Stephen. **Precommitment and the paradox of democracy**. In: J. Elster/ R. Slagstad (Orgs.), *Constitutionalism and democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988b, p. 195-240.

HOLMES JUNIOR, Oliver Wendel. *The essential Holmes*. Chicago: Chicago University Press, 1992.

HOLMES JUNIOR, Oliver Wendel. *The common law*. Reprint. Originally published: Boston: Little, Brown, 1881. Copyright 1991 by Sheldon N. Novick.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. São Paulo: Rideel, 2005.

JORGE, Cláudia Chaves Martins. **Realismo jurídico e Hart: um debate sobre a indeterminação do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. Artigo 20 da LINDB — Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito Administrativo - Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro, nov. 2018, p. 13-41.

KALLÁS FILHO, Elias; FUZARI, Tiago de Souza. Da Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck ao Jurisprudencialismo de Castanheira Neves: um caminho para a superação da discricionariedade do juiz na atual realidade jurídica brasileira. **Revista Quaestio Iuris**. v. 09, n.º. 01, Rio de Janeiro, 2016. pp. 122-139.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6ª. ed. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1988.

KLEIN, Vinicius. Teorema de Coase. In: RIBEIRO, Maria Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Repercussão geral e efeito vinculante: neoconstitucionalismo, amicus curiae e a pluralização do debate**. 2010. 427 f. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Emendas e Mutações Constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2009.

LAGO, Rodrigo Pires Ferreira. **A jurisdição constitucional no Brasil: uma história em construção**. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-jurisdicao-constitucional-no-brasil-uma-historia-em-construcao> Acesso em: 12 nov. 2016.

LEAL, Mônia Clarissa Henig. **Interpretação conforme a constituição x nulidade parcial sem redução de texto: semelhanças, diferenças e reflexão sobre sua operacionalização pelo Supremo Tribunal Federal**. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. (Org.). **Direitos Sociais & Políticas Públicas**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006, t. 6, p. 1568.

- LEAL, Rogério Gesta. **Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios**. Brasília: ENFAM, 2010.
- LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- LEITE, Glauco Salomão. **Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LIMA, Hermes. **Introdução à ciência do direito**. 33 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.
- LYRA FILHO, Roberto. **Para um direito sem dogmas**. Porto Alegre: S. Fabris, 1980.
- LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito** 1. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.
- MACCORMICK, Neil. **Legal reasoning and legal theory**. Oxford: Oxford University Press Scholarship Online, 2012.
- MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the rule of law**. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- MACKAAY, Ejan. History of Law and Economics. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (eds.). **Encyclopedia of Law and Economics**. Cheltenham: Edward Elgar, 2000. v. 1.
- MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Editora Atlas. 2ª Edição. 2015.
- MACIEL, Silvio Luiz. Controle de constitucionalidade e a interpretação conforme a Constituição. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 13, n. 53, p. 55-95, out./dez. 2005.
- McILWAIN, C.H. **Constitutionalism: ancient and modern**. Indianapolis: Liberty Fund, 2007.
- MAIA, Mayssa Marla. **Hermenêutica, Pragmatismo e Aplicação do Direito**. Dissertação de mestrado. PUC-SP, 2016.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MARCELLINO JUNIOR, Julio C. **Princípio constitucional da eficiência administrativa: (des)encontros entre Economia e Direito**. Florianópolis: Habitus, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores. **Revista dos Tribunais**. n. 906. abr. 2011. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. Elaboração dos conceitos de *ratio decidendi* (fundamentos determinantes da decisão) e *obiter dictum* no Direito Brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord). **A força dos precedentes**: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. Salvador: JusPodium, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

\_\_\_\_\_. **Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional**: reações políticas ao ativismo judicial. Texto-base de palestra proferida durante o Terceiro Seminário Ítalo-Brasileiro, proferida em outubro de 2016, em Bolonha-Itália.

MATHIS, Klaus. Consequentialism in law. In: MATHIS, Klaus (org.). **Efficiency, sustainability, and justice to future generations**. Dordrecht: Springer, 2011. p. 3-29.

MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como Superego da Sociedade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2010.

MAZOTTI, **As escolas hermenêuticas e os métodos de interpretação da lei**. Barueri: São Paulo, Minha Editora, 2010.

MEDEIROS, Oriane Dantas de. **Uma dicotomia superada: o controle híbrido de constitucionalidade – no Brasil e em Portugal**. 2013. Tese (Doutorado em Direito). 268 f. – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

MELLO, Patricia Perrone Campos. **Precedentes**: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MILL, John Stuart. **Utilitarismo**. Lisboa: Gradiva. 2005.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo II. Lisboa: Coimbra Editora, 1983.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 25. Ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010.

MORAIS, Dalton Santos. **Abstrativização do controle difuso de constitucionalidade**. Revista de processo 164. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MORAIS, Dalton Santos. Crítica a caracterização da atuação senatorial no controle concreto de constitucionalidade brasileiro como função de publicidade: a importância da jurisdição constitucional ordinária e os limites da mutação constitucional. **Revista de Processo**. n. 176. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da; SANTOS, William Douglas Resinete dos. **Controle de constitucionalidade: teoria e questões**. 2 ed. atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2000.

MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. São Paulo: Esvala, 2007.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. 2 ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 1999.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NERY JUNIOR, Nelson. **Anotações sobre mutação constitucional – alteração da constituição sem modificação do texto, decisionismo e Verfassungsstaat**. In: Direitos fundamentais e estado constitucional. Ingo Wolfgang Sarlet e George Salomão Leite (org.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.

NONET, Philippe. **Direito e sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

NOVAIS, Melissa Mendes de; MIGUEL, Alexia de Melo. Qual democracia? Contribuições de Jeremy Waldron para a crítica ao protagonismo judicial no neoconstitucionalismo. **Ciências Sociais Aplicadas em Revista**, v. 20, n. 38, n. 203-237, janeiro-junho 2020.

NUNES, Tatiana Couto. **A sinéptica como mecanismo de eficácia das decisões judiciais: a Eficácia das decisões judiciais com foco nas decisões da jurisdição constitucional STF**. Brasília: IDP, 2012.

OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de. A questão de inconstitucionalidade – Richterklage – na práxis do tribunal constitucional federal alemão e o sistema de controle de brasileiro. **Anais do VIII Congresso Nacional da FEPODI**. São Paulo, 2021. P. 101-112.

PAULINO, Lucas Azevedo. **Jurisdição constitucional sem supremacia judicial: a reconciliação entre a proteção de direitos fundamentais e a legitimidade democrática no constitucionalismo**. Dissertação mestrado – Universidade Federal de Minas Gerais.

PAZ, Samuel Mota de Aquirio. **Inconstitucionalidade parcial sem redução de texto x interpretação conforma à Constituição**. 2014. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/38487>. Acesso em: 30 de jan. 2020.

PEIXINHO, Manoel Messias. **A interpretação da Constituição e os princípios fundamentais: elementos para uma hermenêutica constitucional renovada**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1999.

PIROZI, Maurício José Machado. **Consequencialismo judicial - Uma realidade ante o impacto socioeconômico das sentenças**. [2008, Belo Horizonte]. Disponível em: < [http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/artigos/consequencialismo\\_judicial.pdf](http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/artigos/consequencialismo_judicial.pdf) > Acesso em 20 Maio 2021

POGREBINSCHI, Thamy; EISENBERG, José. Pragmatismo, Direito e política. **Novos Estudos**. *CEBRAP*, São Paulo, n. 62, p. 107-121, mar. 2002.

POLETTI, Ronaldo. **Controle da constitucionalidade das leis**. 2 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

POSNER, Richard. **A abordagem econômica do Direito**. In: Problemas da filosofia do direito. São Paulo : Martins Fontes, 2007.

POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. Boston: Little Brown, 1973.

POSNER, Richard. **Para além do Direito**. Tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

POSNER, Richard. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007b.

POSNER, Richard. *Law, pragmatism and democracy*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2003.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2ª ed. São Paulo: Ática, 2000.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

RIEFFEL, Luiz. **O mundo feito: o consequencialismo na análise econômica do Direito de Richard Posner**. Dissertação de mestrado. UFRGS, 2006.

RODRIGUEZ, José R. **Direito das Lutas, Democracia, Diversidade, Multinormatividade**. Editora LiberArs. 2019.

RORTY, Richard. *The banality of Pragmatism and the Poetry of Justice*. In BRINT, Michael; WEAVER, William. **Pragmatism in law and society**. San Francisco: Westview, 1991. pp. 89-97.

ROSA, Alexandre Moraes; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. Editora Lumen Juris, 2ª Edição. Rio de Janeiro. 2011.

ROSENFELD, Michel. *Pragmatism, Pluralism, and Legal Interpretation: Posner's and Rorty's Justice without Metaphysics Meets Hate Speech*, 18 Cardozo Law Review 1996.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **A história do declínio e queda do eficientismo na obra de richard posner**. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (Ed.). **Agenda contemporânea: direito e economia: Trinta anos de brasil**. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1, p. 284–321.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **Apresentação: direito e economia: textos escolhidos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **Direito, Justiça e Eficiência: A Perspectiva de Richard Posner**. August 8, 2008a.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **Estudos em direito & economia** [livro eletrônico]: micro, macro e desenvolvimento. 1. ed. Curitiba: Editora Virtual Gratuita - EVG, 2017.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **O Fim da Responsabilidade Limitada no Brasil: História, Direito e Economia**. São Paulo, Ed. Malheiros, 2014.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Pesquisa em Direito e Economia. **Cadernos Direito GV**, v. 5, n. 2. São Paulo: FGV Direito, 2008.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **Sete enigmas do desenvolvimento em Douglass North**. In: VIEIRA, Oscar V.; DIMOULIS, Dimitri (Orgs.). Estado de direito e o desafio do desenvolvimento. São Paulo: Sarava, 2011.

SALAMA, Bruno Meyerhof; PARGENDLER, Mariana. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v 262, p. 95-144, jan/abr. 2013.

SALCEDO REPOLÊS, Maria Fernanda. **Quem deve ser o guardião da Constituição? Do Poder Moderador ao Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza (org.); SARMENTO, Daniel (org.). **A constitucionalização do Direito**. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

SCHMITT, Carl. O guardião da constituição. Tradutor Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. Jeremy Waldron e a sabedoria da multidão: a importância do Legislativo na resolução de desacordos de moralidade política. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 48, p. 53-74, abr. 2022.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36. Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2013.

SILVA, Diego Saboia e. **A dicotomia doutrinária entre richard posner e ronald dworkin quanto à análise econômica do direito: a reciprocidade jurídico-econômica**. Dissertação de Mestrado, UFSC, 2017.

SILVA, Diogo Bacha e; VIEIRA, José Ribas. Os itinerários da politização do Supremo Tribunal Federal: do ativismo ao populismo judicial. **Sequência: Estudos jurídicos e Políticos**. Ano 2022, Volume 43, n.91.

SILVA, Mariana Faraco Siqueira; **A declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto como técnica decisória autônoma da justiça constitucional brasileira**; Mestrado em Direito: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC; São Paulo, 2010.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. **Poder Constituinte originário e sua limitação material pelos direitos humanos**, Campo Grande: Solivros, 1999.

SILVA, Virgílio Afonso da. De quem divergem os divergentes: os votos vencidos no Supremo Tribunal Federal. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 47, 2015.

SMEND, Rudolf. **Constitución y Derecho Constitucional**. Traducción de José Maria Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

SUMMERS, Robert. **Essay in Legal Theory**. Dordrecht: Kuller Academic, 2000.

SUNSTEIN, Cass R. **Backlash's Travels**. University of Chicago Public Law & Legal Theory. Working Paper nº. 157, 2007.

STEIN, Ernildo. **Pensar é pensar a diferença: filosofia e conhecimento empírico**. Ijuí: Unijuí, 2002.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre Hermenêutica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996.

STIGLER, George J. Law or Economics?, **Journal of Law and Economics**, University of Chicago Press, vol. 35 (2), páginas 455-468, outubro, 1992.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**. Belo Horizonte: Letramento Casa do Direito, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica, Jurisdição e Decisão: Diálogos com Lenio Streck**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional de decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014a.

STRECK, Lenio Luiz. **O Efeito Vinculante das Súmulas e o Mito da Efetividade: Uma Crítica Hermenêutica**. In: *Crítica à Dogmática: Dos Bancos Acadêmicos à Prática dos Tribunais*. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto? Decido conforme minha consciência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio Luiz; MORBACH, Gilberto. (Autonomia do) Direito e desacordos morais. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, n. 119, p. 253-289, nov. 2019.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Revista Argumenta**, Jacarezinho, n. 7, p. 45-68, 2007.

SZTAJN, Raquel; ZYBERSZTAJN, Décio. **Direito e Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

TAMANAH, Brian Z. **Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law**. Oxford: Cambridge University Press, 2006.

TAMANAHA, Brian Z. ***Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global***. Sydney Law Review, Vol. 29, 2007, St. John's Legal Studies Research Paper No. 07-0080.

TAMANAHA, Brian Z. *The Rule of Law and Legal Pluralism in Development* (July 1, 2011). ***Legal Pluralism and Development: Scholars and Practitioners in Dialogue***, Caroline Sage, Michael Woolcock, Brian Z. Tamanaha, eds., Cambridge University Press, 2012, Hague Journal on the Rule of Law, Vol. 3, p. 1, 2011, Washington University in St. Louis Legal Studies Research Paper No. 11-07-01.

TAMANAHA, Brian Z. ***A Realistic Theory of Law***. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

TAMANAHA, Brian Z. *Pragmatic Reconstruction in Jurisprudence: Features of a Realistic Legal Theory* (March 23, 2020). **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, forthcoming 2021, Washington University in St. Louis Legal Studies Research Paper No. 20-03-11.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TAVARES, Andre Ramos. A repercussão geral no recurso extraordinário. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesus Lora (coord). **Reforma do Judiciário analisada e comentada**. São Paulo: Método, 2005.

TAVARES, Andre Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, Saraiva: 2002.

TAVARES, Andre Ramos. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

TAVARES, Andre Ramos; HERANI, R. **Um Código de Processo Constitucional para o Brasil**. Belo Horizonte: Arras editores, 2021.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, June 2012.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

TIMM, Luciano Benetti; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. As recentes alterações legislativas sobre os recursos aos tribunais superiores: a repercussão geral e os processos repetitivos sob a ótica da *law and economics*. **Revista de Processo**. n. 178. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo, **O consequencialismo e a modulação dos efeitos das decisões do STF**. IN: DERZI, Misabel Abreu Machado (coord). *Separação de Poderes e efetividade do Sistema Tributário*. Belo Horizonte, 2010.

- TREANOR, Willian Michael. **Judicial Review before Marbury**. Georgetown: Georgetown Law Library, 2005.
- TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Crítica Hermenêutica do Direito: do quadro referencial teórico à articulação de uma posição filosófica sobre o Direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, Unisinos, 9 (3), pp. 311-326, set./dez.2017.
- WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Oxford: Oxford University, 1999.
- WALDRON, Jeremy. **Judicial review and the conditions of democracy**. The Journal of Political Philosophy, Oxford, v. 6, n. 4, p. 335-355, 1998.
- WALDRON, Jeremy. **The core of the case against judicial review**. The Yale Law Journal, New Haven, v. 115, p. 1347-1406, 2006.
- WARAT, Luis Alberto. **A pureza do poder**. Florianópolis: UFSC, 1983.
- WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2ª ed. Porto Alegre: Fabris, 1984.
- WEBER, Max. **Economy and society: An Outline of Interpretive Sociology**. Berkeley, University of Califórnia Press, 1978.
- WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- VALE, André Rufino do. Centenário de Weimar é oportunidade de reflexão sobre constitucionalismo. **Consultor Jurídico (Conjur)**. 02 de fevereiro de 2019.
- VAZ, Paulo. Tutela jurisdicional da seguridade social. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 45, dez. 2011.
- VENTURI, Thais. **A análise consequencialista no processo de tomada das decisões judiciais a partir da obra de Ricardo L. Lorenzetti**. RIDB, Ano 1 (2012), nº 7. p. 4353-4375
- VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Trad. Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Universidade de Brasília, 1979.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, n. 8, p. 441-463, 2008.
- VIEIRA, Renato Stanzola. **Jurisdição Constitucional Brasileira**. São Paulo: Renovar, 2009.
- VILLAR, Alice Saldanha. **A influência do sistema do common law no ordenamento jurídico brasileiro**. Abril 2015. Disponível em: <<https://alice.jusbrasil.com.br/artigos/236648454>>. Acesso em 25 de Maio 2021.
- VITORELLI, Edilson. 2018. p. 8. **Levando os Conceitos a Sério: Processo Estrutural**,

**Processo Coletivo, Processo Estratégico e Suas Diferenças** . Disponível em:  
<<https://www.academia.edu/40449066>> Acesso em 19 de Julho de 2021.

ZANATTA, Rafael. **Desmistificando a Law & Economics: a receptividade da disciplina Direito e Economia no Brasil**. VI 10. Revista dos Estudantes de Direito da UnB, 2011.

ZANIN, Cristiano; MARTINS, Valeska; VALIM, Rafael. **Lawfare: uma introdução**. São Paulo: Contracorrente, 2019.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.