

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

ANTONIO CARLOS MARCHIORI

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: ENTRE A
(IN)DISTINÇÃO DO DIREITO E DA POLÍTICA E O PAPEL HERMENÊUTICO DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

SÃO LEOPOLDO

2018

ANTONIO CARLOS MARCHIORI

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: ENTRE A
(IN)DISTINÇÃO DO DIREITO E DA POLÍTICA E O PAPEL HERMENÊUTICO DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de doutor, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS.

Área de Concentração: Direito Público

Orientador. Prof. Dr. Leonel Severo Rocha.

SÃO LEOPOLDO

2018

Ficha catalográfica elaborada por Everaldo Nunes – CRB 14/1199
Biblioteca Universitária da FURB

M317j

Marchiori, Antonio Carlos, 1963-

Jurisdição constitucional brasileira: entre a (in)distinção do direito e da política e o papel hermenêutico dos direitos fundamentais / Antonio Carlos Marchiori. - São Leopoldo, 2018.

395 f. : il.

Orientador: Leonel Severo Rocha.

Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, São Leopoldo.

Bibliografia: f. 353-395.

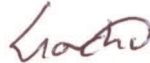
1. Direito. 2. Direitos fundamentais. 3. Direito constitucional. 4. Política. 5. Direito e política. 6. Poder judiciário e questões políticas. I. Rocha, Leonel Severo. II. Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDD 340.1

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 BRASILEIRA: ENTRE A (IN)DISTINÇÃO DO DIREITO E DA POLÍTICA E O PAPEL HERMENÊUTICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**”, elaborada pelo doutorando **Antonio Carlos Marchiori**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de DOUTOR EM DIREITO.

São Leopoldo, 29 de outubro de 2018.

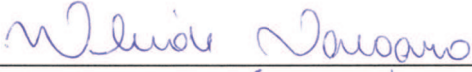


Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**,

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Leonel Severo Rocha  _____

Membro: Dra. Cleide Calgaro  _____

Membro: Dra. Milena Petters Melo  _____

Membro: Dra. Luciane Klein Vieira Participação por Webconferência _____

Membro: Dr. Wilson Engelmann  _____

AGRADECIMENTOS

Essa é sem dúvida a parte mais difícil dessa tese para escrever.

É comum dizer que trabalhos acadêmicos como esse não são obras individuais. É justo que se diga isso. Para além do esforço individual de redação do texto, uma tese nasce da interlocução do seu autor com inúmeras pessoas, todas elas capazes de moldar diferentes formas de pensamento. As falhas devem ser creditadas para mim. Porém, se virtudes há nesse trabalho, elas pertencem a todas as pessoas que me ajudaram, muitas mais do que eu poderia citar nesse limitado espaço, e a quem agradeço de coração.

Gostaria de manifestar a minha mais profunda gratidão à Universidade Regional de Blumenau, inclusive pela possibilidade de concluir mais essa etapa da minha formação acadêmica. É justo que o faça na pessoa do Reitor, Professor Doutor João Natel Pollonio Machado. É uma singela homenagem a um generoso amigo que a vida me proporcionou.

O presente trabalho constitui-se, sobretudo, como um registro de respeito, gratidão e profunda admiração por dois queridos Professores e amigos: Leonel Severo Rocha, meu orientador, e Wilson Engelmann. Se eu não pudesse ter contado com a ajuda e a confiança de ambos, esse trabalho certamente não existiria.

Pessoas se inspiram em outras, pessoas se modelam baseadas em outras, mas ninguém consegue estar tão arraigado na alma de alguém quanto os pais.

Por essa razão e por último, tendo plena consciência que sozinho nada disso seria possível, dedico esse trabalho aos meus pais Lidia e Aparecido (*in memoriam*).

“O mistério da linguagem é a sua abertura”

(Hans-Georg Gadamer)

RESUMO

Essa tese é resultado de uma pesquisa que trata do fenômeno da judicialização da Política, no contexto da constitucionalização do Direito, notadamente no Brasil. A expansão global do poder judicial a partir de meados do século XX tem-se tornado problema recorrente da teoria democrática contemporânea em todo o mundo ocidental e, tardiamente, no Brasil. Sob qual justificativa juízes não eleitos podem interferir diretamente nas atribuições constitucionais conferidas aos poderes representativos? É assim que a questão costuma ser formulada pela tradição. Essa tendência à ampliação das fronteiras do Direito sobre a Política gerou reações diversas. Alguns a consideram uma patologia da vida social moderna, apontando graves déficits democráticos provocados pela interferência dos juízes em questões políticas. Outros, ao contrário, defendem a ideia de que o Poder Judiciário exerce uma função de representação social e política, não dos eleitores propriamente, mas da memória coletiva, que consiste em manter e dar vida aos valores fundamentais da Democracia, regulando o processo de ajuste contínuo da Constituição tomada como contrato social. A tese investiga uma saída alternativa para esse dilema, oferecida pelo enfrentamento do problema da interpretação do Direito. Busca demonstrar que o papel hermenêutico dos direitos fundamentais, na contemporaneidade, atua como fator de limitação da discricionariedade judicial e do ativismo judicial dela decorrente. Propõe que Política e Direito mantêm entre si uma relação de complementariedade, alertando para os riscos tanto da politização do Direito, quanto da sua despolitização. O *impeachment* foi escolhido como caso de estudo por ser a face mais visível da investigação sobre a (in) distinção entre Direito e Política, o que será feito tanto na perspectiva da hermenêutica filosófica, quanto da teoria funcional-sistêmica.

Palavras-chave: Direito. Política. Direito Fundamentais. Judicialização da Política. Ativismo Judicial.

ABSTRACT

This thesis is the result of a research that deals with the phenomenon of the judicialization of Politics, in the context of the constitutionalization of Law, notably in Brazil. The global expansion of the judiciary since the mid-twentieth century has become a recurring problem of contemporary democratic theory throughout the Western world and, belatedly, in Brazil. Under what justification can non-elected judges interfere directly with the constitutional attributions conferred on the representative powers? This is how the question is usually formulated by tradition. This tendency to expand the borders of Law on Politics has generated diverse reactions. Some consider it pathology of modern social life, pointing to serious democratic deficits caused by the interference of judges on political issues. Others, on the contrary, defend the idea that the Judiciary exerts a function of social and political representation, not of the voters properly, but of the collective memory, which consists in maintaining and giving life to the fundamental values of Democracy, regulating the adjustment process of the Constitution taken as a social contract. The thesis investigates an alternative solution to this dilemma, offered by facing the problem of interpretation of Law. It seeks to demonstrate that the hermeneutic role of fundamental rights, at the present time, acts as a limiting factor for judicial discretion and judicial activism resulting from it. It proposes that Politics and Law maintain a relation of complementarity among themselves, alerting to the risks of both the politicization of the Law and its (des)politicization. Impeachment was chosen as a case study because it is the most visible aspect of the research on the (in) distinction between Law and Politics, which will be done both from the perspective of philosophical hermeneutics and from the functional-systemic theory.

Keywords: Law. Policy. Fundamental Rights. Judicialization of the Politics. Judicial Activism.

SOMMARIO

Questa tesi è il risultato di una ricerca sul fenomeno della giudiziizzazione della Politica, nel contesto della costituzionalizzazione del Diritto, notatamente in Brasile. L'espansione globale del potere giudiziale, a partire della metà do secolo XX, diventò un problema ricorrente della teoria democratica contemporanea in tutto il mondo occidentale e, con certo ritardo, anche in Brasile. Quale la giustificativa per cui giudici non eletti possono interferire direttamente nelle attribuzioni costituzionali dei poteri rappresentativi? É in questi termini che la questione è generalmente formulata dalla tradizione. Questa tendenza all'ampliamento delle frontiere del Diritto sulla Politica ha generato reazioni diverse. Alcuni considerano questa tendenza una patologia della vita sociale moderna, appuntando gravi deficit democratici provocati dall'interferenza dei giudici in questioni politiche. Altri, dall'altro canto, difendono l'idea di che il Potere Giudiziario esercita una funzione di rappresentazione sociale e politica, non degli elettori propriamente, ma della memoria collettiva, che consiste nel mantenere e dare vita ai valori fondamentali della Democrazia, regolando il processo di continua concertazione della Costituzione quale contrato social. La tesi investiga una via di uscita alternativa a questo dilemma, offerta dal confronto del problema dell'interpretazione del Diritto. Cerca di dimostrare che il ruolo ermeneutico dei diritti fondamentali, nella contemporaneità, attua come fattore di limitazione della discrizionarietà giudiziale e dell'attivismo giudiziale decorrente. Propone che Politica e Diritto mantengono una relazione di complementarietà, allertando per i rischi tanto della politicizzazione del Diritto, quanto della sua depoliticizzazione. L'impeachment è stato scelto come caso di studio perché sembra essere la faccia visibile dell'investigazione sulla (in) distinzione tra Diritto e Politica, in questo senso lo studio segue tanto nella prospettiva dell'ermeneutica filosofica, quanto della teoria funzionale-sistemica.

Parole-chiave: Diritto. Politica. Diritti Fondamentali. Giudiziarizzazione della Politica. Attivismo Giudiziale.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Quadro 01 - Comparação entre uma Corte e um Corpo Legislativo.....	37
--	----

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ART.	Artigo
CF	Constituição da República Federativa do Brasil
DF	Distrito Federal
EC	Emenda Constitucional
ES	Espírito Santo
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
ONU	Organização das Nações Unidas
PL	Projeto de Lei
RJ	Rio de Janeiro
RS	Rio Grande do Sul
STF	Superior Tribunal de Justiça
UERJ	Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro
UNISINOS	Universidade do Vale do Rio dos Sinos

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 PROTAGONISMO JUDICIAL E A NECESSÁRIA DISTINÇÃO ENTRE DIREITO E POLÍTICA.....	27
2.1 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A DEMARCAÇÃO DA LINHA DE ATUAÇÃO DO DIREITO E DA POLÍTICA.....	29
2.1.1 A Constituição Moderna como Mecanismo de Autonomia Recíproca entre o Direito e a Política	35
2.1.2 O Direito (“Posto e Pressuposto”) entre Legislação e Jurisdição	38
2.1.3 A Constituição como Interface ou Negação da Pretensão de Autonomia entre o Direito e a Política	44
2.1.4 Sobre a Legitimidade Democrática do Poder Judiciário e o Protagonismo Judicial.....	60
2.1.5 O Conflito entre Racionalidade Jurídica e Política no Controle Jurisdicional.....	86
2.2 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E EXPERIÊNCIA HERMENÊUTICA: ENTRE DIREITO E POLÍTICA	88
2.2.1 Hermenêutica Constitucional: a Constituição como Vetor Hermenêutico de Racionalidade e Previsibilidade das Opções Interpretativas	89
2.2.2 Neoconstitucionalismo, Moralismo Jurídico e Protagonismo Judicial ...	104
2.2.3 A Experiência Hermenêutica em Gadamer e a Constituição entre Texto e Contexto.....	108
2.2.5 Argumentação Jurídica Racional e Legitimidade das Decisões	121
3 A DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL E O PAPEL HERMENÊUTICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENTRE DIREITO E POLÍTICA	129
3.1 A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENTRE O DIREITO E A POLÍTICA: UM FALSO DILEMA	131
3.1.1 O Constitucionalismo Democrático entre o Direito e a Política	155
3.1.2 A Constitucionalização do Direito e a Rearticulação da Democracia.....	164
3.2. A FUNÇÃO HERMENÊUTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENTRE A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO, A JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E A POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA.....	173

3.2.1 A Constituição e os Direitos Fundamentais sob a Perspectiva da Hermenêutica Filosófica.....	175
3.2.2 A Legitimidade Político-Jurídica das Decisões em Sociedades Policontexturais numa Visão Funcional-Sistêmica.....	183
3.2.3. A Judicialização da Política, a Politização da Justiça e a Democracia Constitucional no Impasse entre o Direito e a Política.....	189
3.2.4 Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais e Judicialização da Política: uma Relação de Causa e Efeito	214
3.2.5 O Giro Linguístico-Hermenêutico em Gadamer e a (necessária) Superação da Discricionariedade Judicial.....	237
4 O IMPEACHMENT E A (IN)DISTINÇÃO ENTRE DIREITO E POLÍTICA.....	245
4.1. O IMPEACHMENT NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: A NARRATIVA DO “CASO DILMA”.....	245
4.1.1 Golpe ou Uso do Impeachment como Solução de Crises?	256
4.1.2 Golpe de Estado: uma Realidade Ainda Atual.....	259
4.1.3 Golpe de Estado e Revolução	263
4.1.4 Primeira Tentativa de Definição Jurídica do “Golpe de Estado”: Alguns Problemas Metodológicos.....	268
4.1.5 Contextualização do Golpe de Estado na Dogmática Jurídica qual Fenômeno Ilegal e Extrajurídico	275
4.2 O IMPEACHMENT ENTRE DIREITO E POLÍTICA: UM DIÁLOGO COM A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E A TEORIA SISTÊMICA	282
4.2.1 Apresentando o Instituto na Perspectiva da Hermenêutica Filosófica de Hans-Georg Gadamer	285
4.2.2 A Resposta “Constitucionalmente Adequada” é aquela que advém de um Processo Justo.....	294
4.2.3 Direito e Política: Ninguém Conhece a Distinção se Ignora a Unidade...303	
4.2.4 O Impeachment na Perspectiva da Teoria dos Sistemas e o Papel Hermenêutico dos Direitos Fundamentais.....	324
CONCLUSÃO	339
REFERÊNCIAS.....	351

1 INTRODUÇÃO

O estabelecimento da fronteira ideal entre Política e Direito passou pelas discussões de boa parte da teoria Política clássica¹ e continua a ocupar as discussões contemporâneas² tanto no plano da Teoria do Direito quanto no que concerne à sua práxis atual, especialmente quando se pensa no contexto da constitucionalização do Direito e da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

A democracia representativa se apoia no axioma segundo o qual a vontade geral se expressa direta e completamente no processo eleitoral. Nesse enunciado se superpõe uma modalidade de expressão da vontade política (o voto), a designação de um sujeito político (o eleitor) e a determinação de um regime temporário (o processo eleitoral). Os elementos que estruturam essa visão da democracia estão vinculados a três pressupostos: a identificação da opção eleitoral com a expressão da vontade geral; a assimilação dos eleitores com o povo; a duradoura representação da atividade política como consequência do processo eleitoral. A fragilidade desses enunciados não necessita de demonstração, porque são óbvias as reduções da realidade que traduzem.

No século XIX, a história da democracia se confundia com a da conquista do sufrágio universal e com o desenvolvimento de instituições eletivo-representativas. Garantes da liberdade de todos e expressão da diversidade dos interesses e das opiniões, os Parlamentos encarnavam a ruptura com o absolutismo e o advento da democracia. Não tardou para que eles fossem duramente criticados, acusados de fracassar na sua missão, de refletir de forma imperfeita a sociedade e de sucumbirem aos interesses dos partidos políticos. Essas críticas, porém, só visavam reformá-los ou reequilibrá-los, para devolvê-los à sua verdadeira origem. Dessa maneira, os Parlamentos permaneciam no coração do imaginário democrático.

¹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução do alemão de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1986; MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1979; TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América: leis e costumes**. São Paulo: Martins Fontes, 1998; HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Brasília: UNB, 1984; HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Nova Cultural, 1999; MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Tradução de José Cretella Júnior e Agnes Cretella. São Paulo: Saraiva, 2009.

² FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. La ley del más débil, Madri: Trotta, 1999; HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003; SUSTEIN, Cass. **Designing democracy**. What constitutions do, New York: Oxford University Press, 2001; SCHAPIRO, Martin. **Who guards the guardians?** Judicial control of administration. Athens: University of Georgia Press, 1988.

No entanto, a partir do momento em que o Estado assumiu novos papéis nas estruturas econômica e social, os pressupostos da democracia representativa, a saber, soberania do Parlamento, o monopólio da representação pelos órgãos eletivos estatais e a hierarquia das leis, foram sensivelmente abalados.

Embora tenham conservado o caráter unidimensional e monista que haviam adquirido desde a sua criação, o fato é que os regimes democráticos foram evoluindo gradativamente. Com a afirmação da democracia constitucional, no pós Segunda Guerra Mundial, novas instituições representativas foram sendo introduzidas e fortalecidas no panteão democrático, dentre as quais os tribunais constitucionais.

Apesar de resistências teóricas pontuais,³ os tribunais constitucionais se impuseram como atores democráticos importantes. Sob formas muito diversas em todos os continentes,⁴ esses tribunais passaram a figurar no centro da vida democrática, a tal ponto de se falar de uma verdadeira “ressurreição” contemporânea da noção de Constituição.⁵

Tem início, assim, uma profunda reorganização da separação dos poderes, fenômeno que trouxe ao centro do debate o tema da judicialização da Política, sobre o qual, nos últimos anos, alguns autores apresentaram grandes contribuições, destacando-se, no estrangeiro, Neal Tate e Torbjörn Vallinder,⁶ Mauro Cappelletti,⁷ Antoine Garapon,⁸ Boaventura de Souza Santos,⁹ Ran Hirschl,¹⁰ Jeremy Waldron,¹¹

³ Cf. WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.

⁴ Para uma análise comparativa das diferentes estruturas dos Tribunais Constitucionais, ver SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

⁵ Cf. ROUSSEAU, Dominique. O Direito Constitucional contínuo: instituições, garantias de direitos e utopias. Tradução de Anderson Vichinkeski Teixeira e Juliano Alves Lopes. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, set./dez. 2016.

⁶ TATE, Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power**. New York: University Press, 1995. Disponível para Kindle.

⁷ CAPPELLETTI, **Juízes legisladores**, op. cit.

⁸ GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião de promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

⁹ SANTOS, Boaventura de Souza. Direito e democracia: a reforma global da justiça. In: PUREZA, José Manuel; FERREIRA, António Casimiro (Orgs.). **A teia global: movimentos sociais e instituições**. Porto: Afrontamento, 2001.

¹⁰ HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the next constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

¹¹ WALDRON, op. cit.

Ronald Dworkin.¹² Entre nós, destacam-se os trabalhos de Luiz Werneck Vianna,¹³ Lenio Luiz Streck¹⁴ e Ingeborg Maus.¹⁵

Em sentido amplo, a judicialização da Política não é um fenômeno nem recente nem autóctone. Carl Schmitt já advertia que o positivismo liberal dos séculos XIX e XX era uma tentativa de captura da Política pelo Direito.¹⁶ Por sua vez, Michel Foucault remontou a estratégia da judicialização ao discurso político dos séculos XVII e XVIII.¹⁷

A judicialização da Política, na contemporaneidade, pode ser definida como o fenômeno em virtude do qual das diversas práticas políticas passaram a ser exercidas pelo Poder Judiciário, especialmente por tribunais constitucionais.

Neal Tate e Torbjörn Vallinder¹⁸ associam o fenômeno ao que chamam de “expansão global do poder judicial”, em que Poder Judiciário interfere diretamente nas atribuições constitucionais conferidas aos demais poderes como uma tendência a ser importada pelos estados nacionais e incorporada pelo direito internacional. Segundo os referidos autores, trata-se de um fenômeno real que está mudando e mudará mais ainda a política global e o modo como esta será pensada no futuro.

Como tantos outros conceitos - Democracia e Estado de Direito são um bom exemplo – a referência à judicialização da Política não adquire significado unívoco.

A judicialização da Política, identificada aqui como a expansão das instituições judiciárias na arena Política, afetou as esferas do sistema político brasileiro de diferentes maneiras nas últimas décadas, tanto no que se convencionou chamar de “revolução processual do direito”,¹⁹ quanto em suas formas de desenvolvimento e em sua lógica funcional.

¹² DWORKIN, Ronald. Equality, democracy and Constitution: we the people in court. Alberta: **Law Review**, v. 8, n. 2, 1990.

¹³ VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: REVAN, 1999; VIANNA, Luiz Werneck et al. **Corpo e alma da magistratura brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. Os dilemas da representação política: O Estado Constitucional entre a Democracia e o Presidencialismo de Coalizão. **Revista Direito e Sociedade**, n. 44, p. 83-101, jan./jun., 2014.

¹⁵ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Revista Novos Estudos CEBRAP**. São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2002.

¹⁶ SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Madrid: Trotta, 2009.

¹⁷ FOUCAULT, Michel. **Defender la sociedad**. Buenos Aires: FCE, 2002.

¹⁸ TATE, Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power**. New York: University Press, 1995. Disponível para Kindle.

¹⁹ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. Revolução processual do direito e democracia progressiva. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: UERJ/FAPERJ, 2002.

A judicialização da Política, assim, é identificada com o protagonismo do Poder Judiciário que *a priori* não lhe correspondia. Ela se refere ao avanço do poder judicial sobre o espaço tradicionalmente reservado aos demais poderes, que se manifesta: (i) na ampliação da sua competência de revisão das normas criadas pelos demais poderes, através do controle de constitucionalidade; (ii) na capacidade de intervenção em políticas públicas; (iii) na competência de controle da ação Política e de persecução criminal dos demais agentes públicos²⁰ e (iv) na competência para dirimir conflitos políticos.

No Brasil, a judicialização da Política pode ser explicada a partir de uma multiplicidade de fenômenos distintos, que podem ser agrupados em função de três transformações: (i) a de Estado do Bem-Estar Social; (ii) da Democracia e (iii) da Constituição.

Em primeiro lugar, o aumento da litigiosidade vincula-se à crise de Estado do Bem-Estar Social ocorrida em meados do século XX. Essa crise se manifesta, por um lado, no surgimento de uma série de novos movimentos sociais expressivos da diversificação e complexidade da estrutura social, articulando demandas que não encontraram resposta nos padrões de universalidade e homogeneidade característicos de um modo keynesiano.²¹ A essa crise de Estado do Bem-Estar Social se justapõe a crise fiscal ocorrida na maioria dos países latino-americanos, com a consequente retração desse padrão de Estado. Essa dupla crise de Estado do Bem-Estar Social dá lugar a uma série de demandas sociais que não foram satisfeitas pelos canais estatais convencionais e que acabaram desaguando no Poder Judiciário.

O segundo conjunto de fatores subjacentes à judicialização da Política no Brasil está associado à consolidação democrática. A estabilização do regime democrático pós 88 permitiu o acesso à justiça ao garantir os direitos de cidadania.

O terceiro conjunto de fatores está ligado à promulgação da Constituição de 1988, que envolveu o reconhecimento constitucional de novos direitos (tais como os inerentes ao meio ambiente, ao consumidor, à proteção contra a discriminação, à integridade do patrimônio genético, ao pluralismo político, à soberania alimentar, ao

²⁰ As operações “mãos limpas” (*mani pulite*), na Itália, e “Lava Jato”, no Brasil, são ilustrativas a respeito.

²¹ ROSANVALLON, Pierre. **Legitimidad democrática**: imparcialidad, reflexividad y proximidad. Tradução de Héber Cardoso. Barcelona: Paidós, 2010.

acesso à água potável entre outros), muitos dos quais incorporados ao Direito nacional pela via de tratados internacionais com *status* de normas constitucionais.²²

Em síntese, pode-se dizer que, no contexto da consolidação democrática, a crise e o encolhimento do Estado social por um lado, e a expansão dos direitos fundamentais, por outro lado, foram decisivos para a judicialização das questões políticas no Brasil.

Essa tese é resultado de uma pesquisa que trata do fenômeno da judicialização da Política, no contexto da constitucionalização do Direito, notadamente no Brasil. Considerado dessa forma, o tema é excessivamente amplo para ser objeto de uma tese de doutoramento, o que tornou necessário empreender nele um recorte temático.

Como resultado, o enfoque aqui proposto relaciona-se com a superação do cientificismo processual, que desde a primeira metade do século XX sustenta-se pelo fascínio das grandes construções conceituais e por uma aparente neutralidade,²³ e ainda demonstra-se limitado e insuficiente, pois não leva em conta o papel compromissório e dirigente da Constituição e o perfil de Estado Democrático, que se configura como um modelo de Estado ativo.²⁴

O processo constitucional, instrumento através do qual o fenômeno da judicialização da Política se verifica, é examinado aqui como elemento de consolidação da democracia e de proteção às distopias modernas: a diluição do Direito na Política²⁵ e o aniquilamento do indivíduo, o que só pode ser evitado, no primeiro caso, com a contenção e a racionalização do poder através da normatividade constitucional, e, no segundo, com a proteção dos direitos fundamentais.

Essa tendência à ampliação das fronteiras do Direito sobre a Política gerou reações diversas, sendo possível identificar dois eixos que divergem quanto ao papel invasivo do Direito na Política e na Sociedade: os procedimentalistas e o substancialistas.²⁶

²² Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais, a teor do que dispõe o artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal.

²³ DENTI, Vittorio. **Processo civile e giustizia sociale**. Milão: Edizioni di Comunità, 1971.

²⁴ DAMASKA, Mirjan. **I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo**. Tradução de Andrea Giussani (capítulos III, IV e V) e Fabio Rota (capítulos I, II e VI). Bologna: Società editrice il Mulino, 2002.

²⁵ SCHMITT, **Teologia política**, op. cit.

²⁶ A divisão entre dois eixos analíticos é proposta por Luiz Werneck Vianna e outros (VIANNA et al., **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**, op. cit.)

Para o eixo denominado de procedimentalistas, esse papel invasivo do Direito na Política e nas relações sociais é considerado uma patologia da vida social moderna. Um dos expoentes desse pensamento é Jürgen Habermas, crítico da denominada “jurisprudência dos valores” adotada pelas cortes europeias, especialmente a alemã. Para Habermas, portanto, quando a Corte Constitucional passa a adotar tal prática, fundamentando suas decisões na jurisprudência dos valores, há o risco de crescimento de decisões irracionais, principalmente porque os argumentos lançados pelos julgadores se tornam precedentes, prevalecendo sobre as normas em determinados casos.²⁷ No mesmo sentido, Antoine Garapon critica a invasão da Sociedade pelo Judiciário, fator que considera determinante para o enfraquecimento da democracia representativa: “Eis a promessa ambígua da justiça moderna: os pequenos juízes nos livram dos políticos desonestos, e os grandes juízes nos livram da política *tout court*”.²⁸

Os críticos da expansão do poder judicial apontam graves déficits democráticos que seriam criados pela interferência de juízes em questões políticas. Para essa corrente doutrinária, os juízes estariam se transformando em atores políticos sem representação popular, sem qualquer possibilidade de controle externo das suas ações, através do processo eleitoral. Há quem sustente que a judicialização da Política nada mais faz do que reatualizar as velhas prevenções liberais contra o poder das majorias e que as instituições aristocráticas de ontem hoje estão utilizando a máscara de juízes constitucionais.²⁹

Para o eixo considerado substancialista, associado a autores como Mauro Cappelletti,³⁰ Bruce Ackermann,³¹ Laurence Henry Tribe,³² Lenio Luiz Streck³³ e outros, as Constituições surgidas no pós Segunda Guerra Mundial requerem uma teoria de valores e dos direitos plenamente substantivos, de modo a garantir aos grupos marginais a oportunidade de sair da invisibilidade social onde tradicionalmente

²⁷ Ibid.

²⁸ A propósito e para aprofundamentos, consultar: GARAPON, op. cit.

²⁹ WALDRON, op. cit., *passim*. Ver ainda: ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro de. **A nobreza togada: as elites jurídicas e a política da justiça no Brasil**. 2010. 329 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Universidade de São Paulo: São Paulo, 2010.

³⁰ CAPPELLETTI, **Juízes legisladores**, op. cit.

³¹ ACKERMAN, Bruce. **La política del diálogo liberal**. Barcelona: Gedisa, 1999.

³² TRIBE, Laurence Henry. **American constitutional law**. 2. ed. New York: The Foundation Press, 1988.

³³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

se encontram, contexto em que a jurisdição constitucional pode contribuir decisivamente.

Para Pierre Rosanvallon, os tribunais constitucionais exercem outra forma de representação que não a política, a saber, a representação funcional da sociedade. A coexistência de duas formas de representação – a política e a funcional – expandiria a participação da sociedade civil na Política.³⁴

Luiz Werneck Vianna e Marcelo Burgos consideram a judicialização da Política um fenômeno promissor para a realidade brasileira. Os autores se opõem à ideia de que esse fenômeno, no Brasil, deva ser estudado como uma patologia. Ao contrário, a judicialização da Política é vista como a construção de uma agenda cívica, de consolidação do princípio republicano onde ele era inexistente. Destacando o caráter contramajoritário da jurisdição constitucional, os autores sustentam que a judicialização da Política permite uma conexão entre democracia representativa e democracia participativa.³⁵

A racionalidade desses (novos) poderes judiciais, contudo, por vezes acaba sendo justamente a discricionariedade judicial, surgindo como consequência de outro fenômeno comumente associado à judicialização da Política, mas que com ela não se confunde: o ativismo judicial.

De acordo com Streck, o fenômeno que se denomina “judicialização da Política” depende de diversos fatores relacionados ao funcionamento das instituições constitucionalmente consagradas, ao passo que o ativismo judicial pode ser concebido como um comportamento por meio do qual os magistrados substituem os seus juízos morais pelos princípios políticos.³⁶

Atribui-se a Arthur Schlesinger a criação da expressão “ativismo judicial”, em artigo publicado em 1947, no qual analisou a atuação dos juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos, distinguindo-se entre “ativistas” e “campeões da restrição judicial”.³⁷ No primeiro grupo estariam os juízes que se caracterizavam por inserirem em suas decisões, as suas próprias concepções de bem-comum. No segundo grupo,

³⁴ ROSANVALLON, *Legitimidad democrática*, op. cit.

³⁵ VIANNA, *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, op. cit., p. 38, 40, 257.

³⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014; STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015; STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

³⁷ LINDQUIST, Stefane A.; CROSS, Frank B. *Measuring judicial activism*. New York: Oxford University Press, 2009. *Apud* CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo judicial: proposta para uma discussão conceitual. *Revista de Informação Legislativa*: Brasília, A 49, nº 193, jan./mar. 2012, p. 142.

estariam aqueles juízes que buscavam preservar a margem de conformação do legislador. O ataque ao ativismo judicial, nos Estados Unidos, em particular contra alguns membros da Suprema Corte Americana, se intensificou durante a era denominada de “Corte Warren”,³⁸ que se destacou “por suas numerosas e controvertidas sentenças”³⁹. Um juiz ativista seria aquele que reconhecia na Suprema Corte o poder de desempenhar um papel progressista, promovendo as necessárias reformas sociais. Na medida em que os “conservadores” foram ganhando espaço no Tribunal, os “progressistas” continuaram liderando a batalha contra o ativismo, o que demonstra uma ideia intimamente associada ao legítimo exercício das funções inerentes ao Poder Judiciário, “não possui ideologia ou orientação Política definida”, podendo ser “extremamente liberal” ou de “extrema esquerda”.⁴⁰

Como não é possível definir com precisão o espaço que um tribunal deve ocupar num regime constitucional de separação de poderes, a melhor maneira de diferenciar judicialização da Política de ativismo é compreender que ambos passam necessariamente pelo enfrentamento do problema da interpretação do Direito e do tipo de argumento que pode, legitimamente, compor uma decisão judicial.

Essa distinção tende a ficar ainda mais difusa quando se intenta superar o cientificismo processual para considerá-lo, na dimensão da Teoria do Direito, como fonte de criação de norma jurídica.

Partindo-se deste caminho, a pesquisa procura oferecer respostas acerca do papel ativo do Poder Judiciário no cenário atual, levando em conta uma metodologia jurídica jurisprudencialista, voltada ao caso concreto, e impõe limites à sua atuação, identificando as responsabilidades políticas e sociais dos juízes,⁴¹ além de objetivamente buscar meios de controlar o juiz solipsista.⁴² Isso somente será possível quando historicamente compreender-se o processo em sua íntima relação com o desenvolvimento do Estado: liberal, social e democrático, tendo reflexo direto no Direito Jurisprudencial.

³⁸ A “Corte Warren” foi um período que transcorreu entre 1953 e 1969, no qual a Corte foi presidida pelo *Justice Earl Warren*. Foi um polêmico período onde os “progressistas” dominaram a maioria do Tribunal e lograram gerar precedentes importantes em matéria social.

³⁹ LINDQUIST *apud* CONTINENTINO, op. cit., p. 2.

⁴⁰ ABOUD, Georges. **O processo constitucional brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 1190.

⁴¹ SELZNICK, Philip; NONET, Philippe. **Direito e sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo**. Tradução de Vera Pereira. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

⁴² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

A tese que se pretende sustentar visa a demonstrar que o papel do Judiciário (especialmente das Cortes Constitucionais) é, sim, o de resguardar o processo democrático e promover a normatividade constitucional, mas sem ingressar em conteúdo de deliberação eminentemente política.

Dessa forma, a Teoria do Direito deve levar em conta as promessas descumpridas da democracia e da modernidade⁴³ que se encontram delineadas nas Constituições compromissórias ou dirigentes,⁴⁴ o que justificaria um papel ativo por parte do Estado⁴⁵ e, especialmente, do Poder Judiciário, na criação do Direito.

Para tanto, é necessário que o Poder Judiciário adote certo rigor dogmático e assumam o ônus argumentativo das suas decisões. Como instâncias representativas da sociedade,⁴⁶ a fundamentação das decisões judiciais fornece as bases necessárias para um processo democrático, constitucionalmente comprometido, livre de argumentos de consciência, de juízos morais ou precipitados, de argumentos de autoridade, bem como de pré-compreensões inautênticas.⁴⁷ Não há como negar, portanto, que a fundamentação das decisões é imprescindível, pois é ela que permite que se construa uma resposta correta ou adequada do ponto de vista constitucional, o que somente é possível por meio da adoção de um processo justo.

O Poder Judiciário pode e deve utilizar-se das modernas construções hermenêuticas da jurisdição constitucional para decidir questões políticas. A afirmação de que as questões políticas estão fora do alcance do Poder Judiciário não deve ser tomada em termos absolutos.⁴⁸ Noutros termos, não podem ser excluídas quando violarem ou ameaçarem violar valores constitucionalmente assegurados (especialmente direitos fundamentais). Na defesa de tais valores, ocorre mesmo a judicialização da Política, mas somente no sentido de afirmação e proteção racional e devidamente fundamentada dos valores constitucionais.

Consideradas estas premissas, a coleta de dados foi feita através da análise documental dos registros, dados e referências bibliográficas concernentes ao tema.

⁴³ BOBBIO, Norberto; PONTARA, Giuliano; VECA, Salvatore (Orgs.) **Crisis de la democracia**. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1985.

⁴⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e a teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

⁴⁵ DAMASKA, Mirjan R. **Las caras de la justicia y el poder del estado: análisis comparado del Proceso Legal**. Santiago: Editorial Jurídica del Chile, 1986.

⁴⁶ ROSANVALLON, **Legitimidad democrática**, op. cit.

⁴⁷ STRECK, **Hermenêutica jurídica e(m) crise**, op. cit., *passim*; STRECK, **Verdade e consenso**, op. cit., *passim*.

⁴⁸ CANOTILHO, op. cit.

As principais fontes bibliográficas foram buscadas na doutrina estadunidense, italiana, alemã, portuguesa, francesa e brasileira. Uma descrição sistemática e quantitativa foi feita sobre o material recolhido visando a obter apenas o relevante para a elaboração da tese.

O substrato teórico usado para o desenvolvimento da tese reside, sobretudo, nas concepções de democracia, Política, Direito, legitimidade, hermenêutica constitucional, de Konrad Hesse, Norberto Bobbio, Hans Kelsen, Ronald Dworkin, Robert Alexy, Leonel Severo Rocha, Lenio Luiz Streck, Marcelo Neves entre outros. A partir de então foram desenvolvidos raciocínios longitudinais, orientados pelo método crítico-analítico, de modo a permitir a consecução dos fins propostos na presente pesquisa.

A tese pretende analisar o processo de transferência de poder das instituições representativas para o Poder Judiciário, utilizando as ferramentas da fenomenologia hermenêutica de Hans-Georg Gadamer e a compreensão da leitura funcional-sistêmica, que se vale do arcabouço teórico desenvolvido por Niklas Luhmann acerca da sociedade moderna.

Desse modo, o objetivo institucional é uma tese como requisito para a obtenção do título de Doutor pelo Curso de Doutorado da Universidade do Rio dos Sinos (UNISINOS), estando o objetivo científico relacionado com o estudo da jurisdição constitucional, seus limites e códigos de atuação, e a tentativa de descortinar se há legitimidade democrática do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal, para o enfrentamento de temas fortemente relacionados com escolhas políticas da sociedade.

As hipóteses desta tese são as seguintes: (i) os modelos de interpretação do Direito, que variam conforme o tipo de Sociedade e a respectiva forma Política dominante, podem ampliar ou diminuir a discricionariedade judicial; (ii) o papel hermenêutico dos direitos fundamentais atua não como estímulo, mas como limite à discricionariedade judicial; (iii) a autocontenção judiciária, quando ela não se justifica, além de enfraquecer a “força normativa da Constituição”⁴⁹ implica também numa postura ativista.

O desenvolvimento das hipóteses parte da premissa de que a judicialização da Política, como consequência da complexificação social e da insuficiente construção

⁴⁹ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Safe, 1991, *passim*.

hermenêutica desenvolvida atualmente na práxis judicial, expõe uma crise de legitimidade democrática do Poder Judiciário, sinalizando uma incompatibilidade ontológica entre discricionariedade judicial e uma perspectiva hermenêutico-concretizadora de direitos fundamentais.

Da própria ideia de “judicialização da Política” ou de “politização da justiça” se inferem um conceito restrito de Política, uma visão dogmática do Direito e uma noção clássica de separação de poderes⁵⁰ que a tese busca examinar. Logo, qualquer estudo sobre esses temas não prescinde da tomada de um posicionamento político-constitucional claro a respeito do atual papel do Poder Judiciário no desenho do modelo de Estado Democrático de Direito e do equilíbrio necessário entre este e os demais poderes do Estado, sem esquecer que todos estão vinculados aos direitos fundamentais.

Partindo da premissa de que não há discricionariedade em face de lesão a direitos fundamentais, é necessário superar o paradigma epistemológico da filosofia da consciência e do esquema sujeito-objeto, ainda tão presentes na dogmática jurídica brasileira, porém sem se desligar da existência concreta.

O tema da pesquisa está vinculado à linha de pesquisa “Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos” do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, pois trata de um tema que conecta a interpretação do Direito com o mundo da vida.

O objetivo geral é analisar a jurisdição constitucional no Brasil na relação entre o Direito e a Política e posição do Poder Judiciário na defesa dos direitos fundamentais, discutindo sua legitimidade democrática e a construção hermenêutica que está a fundamentar sua racionalidade decisória. Assim, toma relevo, no caso específico desta tese, a dimensão objetiva e o efeito irradiante dos direitos fundamentais⁵¹, que fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação de todo o direito vigente, ao mesmo tempo em que funcionam como limites da atividade jurisdicional.

⁵⁰ Uma vertente da judicialização da Política, que a considera um fenômeno socialmente positivo, defende a ideia segundo a qual o Poder Judiciário “surge como uma alternativa para a resolução de conflitos coletivos, para a agregação do tecido social e mesmo para adjudicação da cidadania” (VIANNA, **A judicialização da Política e das relações sociais no Brasil**, op. cit., p. 22).

⁵¹ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha**. Porto Alegre: Fabris Editor, 1998.

Dentre os objetivos específicos, centrados em uma visão mais ampliada da função jurisdicional na democracia brasileira, a tese se propõe a: (i) analisar o papel do Estado e o sentido da norma jurídica na ordem constitucional e as implicações da judicialização da Política; (ii) identificar os limites do constitucionalismo nas concepções clássicas diante da garantia e eficácia dos direitos fundamentais; (iii) questionar a rearticulação da separação dos poderes no exercício das funções do Estado, particularmente em função da constitucionalização do Direito; (iv) contextualizar o protagonismo judicial na sua relação com a constitucionalização do Direito; (v) verificar a legitimidade democrática do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal, para o enfrentamento de temas fortemente relacionados com escolhas políticas da sociedade; (vi) analisar a jurisdição constitucional e enfatizar a necessidade da demarcação da linha de atuação do Direito e da Política; (vii) oferecer subsídios teóricos para a reflexão crítica sobre a interpretação constitucional e a experiência hermenêutica entre o Direito e a Política; (viii) examinar o papel hermenêutico dos direitos fundamentais em uma democracia constitucional, em particular no que se relaciona com a constitucionalização do Direito, a judicialização das relações sociais e a politização da Justiça; (ix) considerar na perspectiva da hermenêutica filosófica gadameriana, a função da Constituição moderna, especialmente no que concerne os direitos fundamentais; (x) analisar o processo de impeachment da Presidente Dilma Rousseff, utilizando-o como estudo de caso para aplicação das hipóteses contempladas nesta tese.

O constitucionalismo e suas variações serão a pedra angular, o elemento essencial a dar existência àquilo que se chama de fundamento da construção da política representativa moderna.

Portanto, como o Estado Democrático de Direito exige o estabelecimento de novo paradigma para a interpretação da Constituição, uma visão constitucional sob o enfoque da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer pressupõe uma interpretação contextual, ou seja, a que se refere “a toda exploração da influência do contexto sobre o sentido da Constituição e, reciprocamente, desta sobre o contexto em que ela se situa”, o que José Afonso da Silva denomina de “positivismo dialético”⁵² e Konrad Hesse de “condicionamento recíproco” entre texto e contexto.⁵³

⁵² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 18.

⁵³ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**, op. cit., p. 03.

A tese está estruturada em três capítulos. O primeiro focaliza a jurisdição constitucional e a demarcação da linha de atuação do Direito e da Política, com ênfase nas rearticulações do constitucionalismo contemporâneo, especialmente no que se aplica ao contexto brasileiro.

Em efeito, no âmbito de Estado Social e Democrático de Direito, os poderes públicos possuem atribuições prioritárias, pautadas principalmente na defesa da Constituição no que tange a sua força normativa; o que alcança, conseqüentemente, a garantia dos direitos fundamentais. De fato, com a constitucionalização de um amplo rol de direitos e garantias fundamentais, e também com a consolidação da jurisdição constitucional, fenômenos que caracterizam o que se denomina “constitucionalismo democrático” e que surgiu a partir da segunda metade do século passado. O judiciário assumiu tarefas antes inimagináveis, principalmente se considerada a clássica Teoria da Separação de Poderes de Montesquieu, notadamente no que diz respeito à tarefa de interpretar a Constituição.

A ideia de que os tribunais constitucionais exerçam suas funções como intérprete final da Constituição não é novidade, visto que a inovação está no recente protagonismo que eles passaram a desempenhar. Intérpretes finais da Constituição e juízes últimos de sua própria autoridade, os tribunais constitucionais sob muitos aspectos transformaram-se em variantes do Poder Legislativo, funcionando como legisladores positivos. Na tutela dos direitos fundamentais, a liberdade criadora somada ao ativismo judicial, com uma frequência sempre mais preocupante, faz com que questões de relevantes repercussões políticas sejam decididas nos tribunais, instigando as tensões e comprometendo a demarcação dos campos da Política e do Direito. O primeiro capítulo da tese se destina a oferecer subsídios teóricos para a reflexão crítica sobre este tema, que cresce em relevância no sistema constitucional brasileiro.

O primeiro capítulo, portanto, destina-se a uma análise do protagonismo judicial e da necessária distinção entre Direito e Política. Em um primeiro momento serão examinadas a jurisdição constitucional e a demarcação da linha de atuação do Direito e da Política, a seguir se passa à análise da interpretação constitucional e da experiência hermenêutica, entre Direito e Política.

O segundo capítulo se predispõe à análise do papel hermenêutico dos direitos fundamentais em uma democracia constitucional, especialmente no que toca os confins entre o Direito e a Política. Objetiva contribuir para a reflexão sobre a relação

entre Direito e Política, em particular no que tange a jurisdição constitucional em um Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, focaliza o papel hermenêutico dos direitos fundamentais em função da força normativa da Constituição, que opera uma considerável redução da esfera de discricionariedade do legislador (Política) e um conseqüente aumento do papel de controle exercido pela jurisdição constitucional (Direito).

No segundo capítulo também será estudada a relação circular e interdependente entre Direito e Política e a transferência do papel político para o Poder Judiciário no marco do constitucionalismo contemporâneo. Nesse ponto, a tese assume uma feição reflexiva e examina a expansão do sistema de justiça brasileiro sob o ponto de vista do grave déficit democrático gerado pelo protagonismo judicial em questões políticas, o que pode trazer conseqüências irreparáveis à combalida democracia do país.

Pretende ao final do segundo capítulo compreender, também na perspectiva da hermenêutica filosófica gadameriana, a função da Constituição moderna, especialmente no que concerne os direitos fundamentais, no processo de constitucionalização do Direito e das relações sociais, que, contudo, pode degenerar na judicialização das relações sociais e na indistinção entre Direito e Política. Para tanto, serão revisitados pontos necessários à compreensão da obra de Hans-Georg Gadamer, focalizando a sua contribuição para a hermenêutica constitucional. Além disso, serão analisados alguns aspectos específicos da repercussão prática do seu pensamento para o exercício da jurisdição constitucional. Assim, a democracia constitucional, ou as relações entre constitucionalismo e democracia, entre Direito e Política, e o papel hermenêutico dos direitos fundamentais serão analisados também em diálogo com a comparação constitucional e com a teoria sistêmica, e contextualizados no cenário brasileiro hodierno, focalizando a atividade do Supremo Tribunal Federal, com aportes na jurisprudência desta Corte.

O terceiro e último capítulo trata especificamente do processo de *impeachment* ocorrido no Brasil em 2016. Esclareça-se não se tratar de empreender um estudo aprofundado sobre o instituto do *impeachment*, mas utilizá-lo como caso a ser estudado para a verificação das hipóteses contempladas nesta tese. O *impeachment* foi escolhido como caso de estudo por ser face mais visível da investigação sobre a (in) distinção entre Direito e Política, o que será feito tanto na perspectiva da hermenêutica filosófica, quanto da teoria dos sistemas. Pretende-se examinar o

processo do *impeachment* havido no Brasil em 2016 tomando em consideração a “realidade linguística e não linguística, normativa e não-normativa, em que se insere a Constituição”.⁵⁴ Portanto, a abordagem do tema será realizada pelo método fenomenológico, através do qual se reconstrói o problema jurídico a partir da sua história institucional, visando ao desvelamento da sua verdadeira face.⁵⁵

Através dessas inferências se chegará ou não à validação das hipóteses levantadas. Na conclusão serão apresentados pontos destacados do estudo e das reflexões realizadas, a partir das hipóteses formuladas. Para a boa compreensão do argumento central proposto é fundamental a integração dessas partes, de onde as razões não estritamente jurídicas que nortearam as decisões dos casos difíceis e ampliaram os limites da jurisdição constitucional “serão desveladas para além do conteúdo manifesto”.⁵⁶

Para a concretização da tese e definição da metodologia de abordagem foi utilizada a fenomenologia hermenêutica, mesclada entre as inferências de autores como Hans-Georg Gadamer e Paul Ricoeur e, vinculados às pesquisas realizadas no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), por entender que este referencial possibilitaria melhor compreensão do tema.

Por outro lado, pretende-se também estudar o mesmo fenômeno dialogando com a teoria funcional-sistêmica, aproveitando a valiosa contribuição do Orientador, uma das maiores autoridades contemporâneas sobre o tema. Partindo também da ideia de que a Constituição em sentido moderno possibilita a diferenciação entre os sistemas político e jurídico e simultaneamente atua como acoplamento estrutural entre estes dois sistemas funcionais da sociedade moderna,⁵⁷ pretende-se examinar como e em que medida a jurisdição constitucional pode funcionar como elemento sistêmico autorreproduzido, lançando os seus sensores aos vários ambientes, particularmente

⁵⁴ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 34.

⁵⁵ Para que algo se mostre, segundo Gadamer, “é necessário um desentranhamento do encoberto, a fim que de que possa chegar a mostrar-se. Portanto, a palavra fenomenologia não significa apenas descrição daquilo que é dado, mas inclui a supressão do encobrimento que não precisa consistir apenas em falsas construções teóricas” (GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em retrospectiva: a virada hermenêutica**, v. II. Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 16).

⁵⁶ RICOEUR, Paul. **O conflito das interpretações: ensaios de hermenêutica**. Rio de Janeiro: Imago, 1978.

⁵⁷ LUHMANN *apud* NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ao da Política, para captar as inquietações e demandas que serão, no seu retorno às formas jurídicas, traduzidas nas decisões judiciais.

A última observação diz respeito às referências à literatura e demais documentos em língua estrangeira. Por razões de acessibilidade e fluidez, optou-se por verter para o português todas as citações de fontes estrangeiras feita no corpo do texto, deixando-as em redação original apenas quando constantes das notas de rodapé de página. Salvo quando expressamente referido de outra forma, todas as traduções são de responsabilidade do autor.

2 PROTAGONISMO JUDICIAL E A NECESSÁRIA DISTINÇÃO ENTRE DIREITO E POLÍTICA

Se o modelo do constitucionalismo liberal não permitia ao Estado guiar a sociedade para a efetivação de fins comuns, mas apenas propiciar, sob a proteção de leis gerais, constantes e uniformes condições de segurança jurídica - à vida individual, no Estado Social e Democrático de Direito, houve a necessidade de reestruturação da atividade estatal. A atribuição prioritária dos poderes públicos se tornou, nesse Estado, a defesa da força normativa da Constituição, e, portanto, dos direitos fundamentais, mirando a progressiva composição de condições básicas para o alcance da igualdade e justiça social entre os grupos e classes.⁵⁸

Com a constitucionalização do Direito, a expansão do rol dos direitos fundamentais e a consolidação da jurisdição constitucional, que passaram a caracterizar o constitucionalismo democrático a partir de meados do século XX, o Poder Judiciário passou a exercer tarefas difíceis de imaginar para a doutrina de Montesquieu.⁵⁹ Uma dessas tarefas foi o de ser o intérprete final da Constituição.

Em efeito, a simples ideia de que os tribunais constitucionais exerçam suas funções como intérprete final da Constituição não é novidade,⁶⁰ embora atualmente esteja sendo revista esta função.⁶¹ De fato, a inovação está no recente protagonismo desempenhado pelos tribunais em questões políticas fundamentais. Nesse contexto, embora desprovidos de mandato político para a execução dessas novas funções, os tribunais constitucionais conseguiram compensar a alegada falta de legitimidade democrática das novas funções exercidas e o inusitado ativismo judicial como uma espécie de “legitimação pelo procedimento”.⁶²

⁵⁸ Para aprofundamentos sobre a passagem do Estado liberal ao Estado Social, consultar: BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

⁵⁹ MONTESQUIEU, op. cit.

⁶⁰ Já Rui Barbosa, invocando a doutrina norte-americana, assim definiu a posição do Supremo Tribunal Federal no jogo dos Poderes do Estado: “Intérprete final da Constituição (Dicey), o Supremo Tribunal Federal é, pois, o último juiz de sua própria autoridade (Cooley)”, em pronunciamento no o julgamento do *Habeas corpus* nº 300, impetrado em favor do então Senador Almirante Eduardo Wandenkolk e outros cidadãos, indiciados por crimes em virtude de decretos expedidos pelo Vice-Presidente da República, Marechal Floriano Peixoto, na função de Presidente (COSTA, Edgard. **Os grandes julgamentos**, v. 1. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1964).

⁶¹ 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 do Senado Federal**. Brasília, a. 51, n. 201, p. 71-95, jan./mar. 2014.

⁶² LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. v. I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 8.

Assim, os Tribunais Constitucionais assumiram o papel de intérpretes da Constituição, atribuição aceita nas sociedades ditas democráticas, o que reflete nas funções do Poder Legislativo, principalmente porque o Judiciário passa a atuar como legislador positivo, buscando caminhos para afastar as normas inconstitucionais do ordenamento jurídico, valorizando assim os princípios constitucionais, em especial os da igualdade e do devido processo legal, sem ignorar a análise da razoabilidade e justiça dos atos, dentre outras questões. Essa postura adotada pelos Tribunais Constitucionais, portanto, é que possibilita um maior controle da norma, averiguando se será ou não aplicada, podendo inclusive estabelecer efeitos temporais para as suas decisões.

Sobre essa liberdade criadora dos juízes, particularmente no sistema norte-americano, que, entretanto, envolve prerrogativas diferentes se comparado com o sistema constitucional brasileiro, é significativa a lição de Cappelletti:

[...] em certo sentido, os Estados Unidos não têm uma constituição escrita. As grandes cláusulas da Constituição americana [...] não contêm senão um apelo à decência e à sapiência daqueles a quem é confiada a responsabilidade de sua atuação. Dizer que a compensação deve ser justa, que a proteção da lei deve ser igual, que as penas não devem ser cruéis nem inusitadas, que as cauções e sanções pecuniárias não devem ser excessivas nem a investigação irrazoável, e que a privação da vida, da liberdade ou da propriedade não se pode determinar sem o 'due process', tudo isso nada mais significa do que autorizar a atividade de criação do direito, sobretudo do direito constitucional, por parte dos juízes, os quais são deixados livres para definir o que seja cruel, razoável, excessivo devido ou talvez igual.⁶³

Na tutela dos direitos fundamentais, a liberdade criadora, somada ao ativismo judicial, com uma frequência sempre mais preocupante, faz com que questões de relevantes repercussões políticas sejam decididas nos tribunais, instigando as tensões e comprometendo a demarcação dos campos da Política e do Direito. Desta feita, este capítulo se destina a oferecer subsídios teóricos para a reflexão crítica sobre o tema que cresce em relevância no sistema constitucional brasileiro.

⁶³ CAPPELLETTI, **Juízes legisladores**, op. cit., p. 67-69.

2.1 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A DEMARCAÇÃO DA LINHA DE ATUAÇÃO DO DIREITO E DA POLÍTICA

Com o fortalecimento da jurisdição constitucional e a expansão do rol dos direitos fundamentais, característicos do constitucionalismo e da rearticulação institucional dos Estados democráticos a partir da segunda metade do século passado, e da decorrente constitucionalização do Direito, o liame entre Direito e Política passou a ser sempre menos evidente, ou mais problemático.

No Estado (Social) e Democrático de Direito, considerando a função precípua dos tribunais na defesa da força normativa na Constituição, a jurisdição constitucional estaria, assim, situada naquela zona indeterminada, naquela zona entre a certeza positiva e negativa, que mantém os subsistemas da Política e do Direito separados, se considerado o sentido empregado aos vocábulos pela teoria luhmanniana.

Analisando-se a contribuição da comparação constitucional, pode-se observar com Albercht Weber⁶⁴ que a posição do Tribunal Constitucional Federal alemão entre a Política e o Direito foi frequentemente descrita como tensão, conflito e ocasionalmente como justiça politizada. No caso do controle de constitucionalidade, isto é, do controle de procedimento e do resultado do processo legislativo, o Tribunal Constitucional Federal alemão é também um defensor do sistema do Estado de Direito, ao qual pertencem a primazia da Constituição e a divisão de poderes. Este Tribunal é árbitro da controvérsia política entre a minoria e a maioria, sendo o último intérprete, vinculante, da Constituição.

Neste sentido, similar ao sistema brasileiro,⁶⁵ a jurisdição constitucional realiza um controle e uma limitação do princípio democrático manifestado na vontade majoritária do legislador. Por outro lado, é instrumento de proteção dos direitos das minorias e dos indivíduos. Esses são alguns dos motivos que poderiam levar à expansão do controle do legislador nos ordenamentos jurídicos democráticos.⁶⁶

No constitucionalismo democrático moderno, tendo por alicerce a guarda da Constituição, novas técnicas de controle dos poderes foram desenvolvidas. Assim, os

⁶⁴ WEBER, Albrecht. **Las tensiones entre el tribunal constitucional y el legislador en la europa actual**. Barcelona: Ariel, 1998.

⁶⁵ O Supremo Tribunal Federal tem competências que ultrapassam as prerrogativas do Tribunal Federal alemão, funcionando também como Tribunal de apelação, o que não acontece na Alemanha.

⁶⁶ WEBER, op. cit.

tribunais constitucionais passaram a lançar mão de algumas decisões no sentido de interpretar as leis conforme a Constituição, de apelar ao legislador e de declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo sem pronúncia de nulidade, até mesmo impondo prazo ao legislador para editar normas, nos casos de omissão inconstitucional, substituindo, desse modo, a discricionariedade legislativa em relação ao momento cabível para se legislar sobre determinada matéria.⁶⁷

Não se pode ignorar que existem Tribunais Constitucionais, como o da Alemanha, que vão além, adotando postura ainda mais proativa. Klaus Schlaich,⁶⁸ buscando tornar mais clara essa postura do Tribunal alemão, cita decisão relacionada às medidas provisionais exigidas por razões de urgência e motivos relevantes para o bem público. Realizando o controle preventivo de constitucionalidade, o referido Tribunal impediu que uma norma voltada a reformar o Direito Penal daquele país entrasse em vigor, elaborando, de forma paralela, uma norma penal de efeito transitório, ou seja, que vigorou até que uma decisão definitiva fosse adotada pelo Estado.

Entre nós, o Supremo Tribunal Federal rompeu com a clássica doutrina kelseniana que lhe conferia a função de simples legislador negativo, passando a atuar de forma marcante e positiva, muito além da mera declaração de (in)constitucionalidade e/ou modulação de seus efeitos, antes mesmo que o Congresso Nacional incorporasse essas técnicas ao texto da Lei nº 9.868/1999. Isso demonstra claramente que os subsistemas da Política e do Direito são reproduzidos a partir dos seus próprios elementos e sem hierarquia entre eles.⁶⁹

⁶⁷ Para contextualizar a observação no Brasil e nas decisões do Supremo Tribunal Federal veja: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 232/RJ**, do Tribunal Pleno. Impetrante Centro de Cultura Professor Luiz Freire. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília: 27 de março de 1992. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1495785>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

⁶⁸ SCHLAICH, Klaus. **El tribunal constitucional federal alemán: tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

⁶⁹ Com efeito, algumas técnicas autônomas de controle de constitucionalidade que vinham sendo largamente empregadas pelo STF, foram incorporadas ao texto da Lei nº 9.868/99, a qual dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta e inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, a exemplo do disposto no artigo 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, 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) e artigo 28 (dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, a mais alta Corte do país 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).

A racionalidade desses (novos) poderes judiciais, no entanto, acaba sendo justamente a discricionariedade, surgindo como consequência dela o ativismo judicial, em maior ou menor medida. Nesse contexto, a autonomia do Direito é substituída pelo pragmatismo político-jurídico que o coloca em um estado de exceção permanente, o que frequentemente ocorre em países de modernidade periférica, colocando a democracia em risco.

Desta feita, desde o fim da Segunda Guerra Mundial, houve a reestruturação dos Tribunais Constitucionais, acentuando, conseqüentemente, o protagonismo judicial, já que a figura do magistrado enquanto garantidor das promessas constitucionais passou a ser aceita sem embargos.

Contudo, há de se ressaltar que as instituições democráticas, em um passado não muito distante, passaram por uma crise que se deve ao descrédito da democracia representativa. Em meio a esse cenário de um Poder Legislativo sem propostas efetivas e de um Executivo omissivo no que tange a promoção das políticas públicas imprescindíveis à consolidação dos direitos fundamentais, o Judiciário acabou assumindo um papel mais ativo.

O Judiciário é empurrado para o primeiro plano por instituições políticas em decomposição. A preocupação de ligar os destinos do Poder Judiciário e da Política explica, por exemplo, por que Garapon não aceita o ativismo judicial, sem ressalvas expressas: “Eis a promessa ambígua da justiça moderna: os pequenos juízes nos livram dos políticos desonestos, e os grandes juízes nos livram da política *tout court*”.⁷⁰

Nestes termos, e em função dos déficits sociais e democráticos que acarreta, a crise político-institucional ganha corpo em muitos Estados democráticos, inclusive na sede comunitária da União Europeia.⁷¹

Contudo, em diálogo com a teoria luhmanniana, pode-se questionar a caracterização deste contexto como um cenário de crise. Em efeito, na teoria luhmanniana, o conceito de crise não é reconhecido com um estatuto de relevo especial, sendo simplesmente incorporado no funcionamento regular das sociedades, de forma quase orgânica. Para a teoria sistêmica, crise é só uma designação para

⁷⁰ GARAPON, op. cit.

⁷¹ Sobre a crise do modelo de Estado Social que caracterizou o constitucionalismo democrático do pós-guerra e a “passagem da forma Estado à forma mercado”, consultar: AMIRANTE, Carlo. **Dalla forma stato alla forma mercato**. Torino: Giappichelli, 2008.

uma forma ou nível de complexidade a que os sistemas têm que responder através do seu próprio modo de funcionamento programado e regular.

Performatividade e complexidade são, sob este ponto de vista, os conceitos nucleares para uma compreensão da realidade da sociedade policontextural.⁷² Qualquer perturbação social, nesse contexto, acaba sendo incorporada/assimilada pela própria lógica de funcionamento dos sistemas (neste caso específico, do sistema jurídico e político), como seu elemento constituinte propriamente dito. A “crise” é somente mais uma dessas perturbações, definida a certo nível de complexidade geral. Assim, a despeito das crises e os seus piores efeitos destrutivos, os sistemas funcionam.

No modelo sistêmico luhmanianno esse protagonismo do Poder Judiciário sequer pode ser entendido como decorrente de uma crise das instituições. Nesse modelo, como visto precedentemente, a questão é abordada em termos de redução da complexidade. Diante das diversas expectativas conflitantes a respeito do texto constitucional e a efetivação dos direitos fundamentais, o procedimento de interpretação e aplicação normativa selecionará a decisão juridicamente válida.

Não se trata, evidentemente, de uma solução qualquer. Deve existir uma congruência com outras soluções no interior do sistema, de modo a asseverar a continuidade do próprio sistema. Refuta-se, por igual, qualquer ideia de um modelo decisionista, porque o sistema é uma conexão completa de comunicações que delimita as possibilidades de decisão do órgão competente.

Marcelo Neves observa que os fenômenos da *politização* (em detrimento) do Direito e da judicialização (em prejuízo) da Política são dois modelos de expansão sistêmica que não constituem uma corrupção, mas um paradoxo da transversalidade entre democracia e Estado de Direito que, embora não possa ser solucionado definitivamente, é suscetível de ser controlado e solucionado nos casos concretos de emergência de conflitos entre a Política e a racionalidade jurídica.⁷³

É nesse cenário que os tribunais constitucionais, como “[...] organizações extravagantes em que o problema do acoplamento estrutural manifesta-se de forma concentrada”,⁷⁴ passam a desempenhar a fundamental tarefa de servir como ponte

⁷² A propósito e para aprofundamentos sobre a sociedade policontextural, consultar: BARRETO, Vicente de Paulo; DUARTE, Francisco; SCHWARTZ, Germano (Orgs.). **Direito da sociedade policontextural**. Curitiba: Apuris, 2013.

⁷³ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

⁷⁴ LUHMANN, *apud* NEVES, **Transconstitucionalismo**, op. cit., p. 77.

de transição entre racionalidades diversas, exercendo uma filtragem seletiva de influências e exacerbações entre o Direito e os demais subsistemas sociais.⁷⁵

No entanto, embora estes tribunais constitucionais exerçam a importante tarefa de contribuir “casuisticamente para o controle e a solução do paradoxo decorrente do entrelaçamento constitucional entre Política e Direito”,⁷⁶ há limites que não podem ser transpostos, especialmente quando atuam no sentido de “acentuar irracionalmente esse paradoxo, seja por uma atitude judicializante ou por uma postura politizante”.⁷⁷

Essa postura “politizante” dos tribunais constitucionais por vezes é assumida abertamente, como se deu, aqui no Brasil, por ocasião do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF.⁷⁸

Embora não seja recente, a decisão prolatada, cujo mérito sequer foi apreciado na ocasião por perda do objeto,⁷⁹ simboliza uma concepção há muito difundida pela doutrina, qual seja, a de que a jurisdição constitucional possui uma dimensão Política, incompatível com o antigo dogma da separação dos poderes, e a de que os tribunais constitucionais, neste caso o Supremo Tribunal Federal, seriam tribunais políticos.

Na decisão monocrática, o Ministro Celso de Mello defendeu ser legítimo o “[...] controle e a intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental [...]”, o que decorre justamente da “[...] dimensão política da jurisdição constitucional”. Embora consciente de que, em princípio, “[...] o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízo de conveniência e oportunidade

⁷⁵ Loc. cit.

⁷⁶ Loc. cit.

⁷⁷ Loc. cit.

⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF**, do Tribunal Pleno. Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB. Arguido: Presidente da República. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 04 de maio de 2004. Disponível em <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+45%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/bu3e9ae>>. Acesso em: 01 set. 2018.

⁷⁹ A ADPF nº 45 foi proposta porque o Presidente da República vetou o § 2º, do artigo 55 da Lei nº. 10.707/2003 (Lei de Diretrizes Orçamentárias). Na prática, isso implica em que os gastos do Governo Federal com o Programa Fome Zero fossem contabilizados como uma verba pública da saúde. O arguinte alegou que o veto violava o preceito fundamental estabelecido pela Emenda Constitucional nº 29, que fixa a exigência de que o orçamento destine um percentual mínimo a ser gasto com saúde. Como o Programa Fome Zero, na visão do arguinte, seria uma ação de assistência social, a sua inclusão no percentual orçamentário destinado à saúde consistia em um artifício para o Executivo descumprir a aplicação da parcela mínima destinada à saúde. Depois de a ação constitucional ter sido proposta, o Presidente da República enviou ao Congresso Nacional novo projeto de lei para ser aprovado no lugar da Lei nº 10.707/2003, no qual constava o dispositivo vetado, o que levou a perda do objeto da ADPF em comento.

[...]”, o Ministro Celso de Mello consentiu ser “[...] cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes”, uma vez que Legislativo e Executivo, no Brasil, se mostram incapazes de assegurar o cumprimento dos preceitos constitucionais.⁸⁰

Em resumo, a decisão prolatada, que não é sequer inovadora, torna manifesta uma concepção que vem sendo sustentada pela doutrina, no sentido de que o Supremo Tribunal Federal seria um tribunal político, o que denota uma desconsideração da diferença entre Política e Direito, ou de jurisdição e legislação.

Essa desconsideração da diferença entre Política e Direito ignora tanto o modo como a sociedade moderna se diferencia por funções autônomas, quanto o papel exercido pela Constituição moderna para o fechamento dos sistemas político e jurídico.

Com o surgimento da sociedade moderna policontextural, dá-se o primado da diferenciação funcional. Na modernidade, os subsistemas sociais - Direito, Economia, Política, Arte, por exemplo – se reproduzem a partir dos seus próprios elementos e sem hierarquia. A manutenção da igualdade ente os subsistemas sociais, a exiguidade de um primado de qualquer subsistema sobre os demais, é pressuposto de uma sociedade policontextural ou multicêntrica.

Recorrendo e reconstruindo o conceito de razão transversal proposto por Wolfgang Welsch,⁸¹ Marcelo Neves sustenta inexistir um “discurso supraordenado, imposto aos outros como regulador” na sociedade multicêntrica (ou policontextural), sob pena da própria destruição da heterogeneidade das esferas discursivas e dos respectivos sistemas de comunicação. Essa expansão imperialista de uma racionalidade sobre as demais, embora não seja considerado pelo citado autor uma corrupção sistêmica, é identificada por ele como “fragilização de códigos de comunicação pela força excessiva de outro”.⁸²

Para os fins desta tese, interessa tratar da diferenciação funcional entre Política e Direito. Para a teoria sistêmica luhmanniana, o Direito é o conjunto de todas as comunicações produzidas na sociedade que se refiram a ele. Essa referência se dá por meio de um código binário: o do sistema jurídico é direito/não-direito. Esse código,

⁸⁰ BRASIL, **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45**, op. cit.

⁸¹ WELSCH apud NEVES, op. cit., p. 38.

⁸² NEVES, **Transconstitucionalismo**, op. cit., p. 47.

então, garante a autonomia do sistema jurídico, a sua diferença em relação a seu ambiente, o seu fechamento operacional.

O sistema político segue uma função similar. A Política também exerce uma função que a diferencia no interior da sociedade, que precisamente é a de formular decisões que a vinculem, pois de nada adiantaria o sistema político promulgar decisões se elas não forem vinculantes e efetivas.

2.1.1 A Constituição Moderna como Mecanismo de Autonomia Recíproca Entre o Direito e a Política

A diferenciação entre Direito e Política, que surge apenas a partir da modernidade, não significa isolamento entre esses dois subsistemas. Eles se comunicam estruturalmente através da Constituição moderna,⁸³ que atua como mecanismo de autonomia entre ambos, redefinindo os códigos desses subsistemas sociais.

Essa ambivalência da Constituição moderna foi abordada por Neves, nos seguintes termos:

A Constituição, por um lado, torna o código-diferença “lícito/ilícito” relevante para o sistema político; isso implica que as exigências do Estado de direito e dos direitos fundamentais passam a constituir contornos estruturais de reprodução dos processos políticos de busca pelo poder e de tomadas de decisões coletivamente vinculantes, inclusive na medida em que decisões majoritárias democraticamente deliberadas podem ser declaradas inconstitucionais. Por outro lado, torna o código-diferença “poder/não poder” ou, em termos contemporâneos, “governo/oposição” relevante para o sistema jurídico. [...] Esse acoplamento estrutural concretiza-se e realiza-se mediante procedimentos constitucionalmente instituídos, a saber, os judiciais, os administrativos, os legislativos-parlamentares, os eleitorais e os democráticos diretos, numa escala que vai de uma ênfase na racionalidade jurídica nos primeiros (judiciais) a uma prevalência da racionalidade política nos últimos (parlamentares, eleitorais, democráticos diretos). Dessa maneira, há uma legitimação política (democrática) do direito e uma legitimação jurídica (*rule of law*) da política.⁸⁴

⁸³ Somente a partir do século XVIII se encara a Constituição como um conjunto de regras jurídicas definidoras da totalidade das relações do poder político. Na acepção atual, Constituição e constitucionalismo são conceitos indissociáveis, ou seja, pode-se dizer que a Constituição moderna nasce do movimento denominado de constitucionalismo.

⁸⁴ NEVES, **Transconstitucionalismo**, op. cit., p. 57.

É a Constituição, portanto, que fornece “os critérios de organização política do poder e os critérios de geração do Direito”.⁸⁵

Assim sendo, para compreender a posição de um tribunal na modernidade é necessário observar a transformação que a vigência do Direito sofreu na passagem para essa mesma modernidade, o que é descrito como positivação do Direito,⁸⁶ que não se confunde com o positivismo jurídico, que pode ser compreendido, em apertada síntese, como a teoria que reduz todo Direito às leis promulgadas pelo Estado, submetendo a sua interpretação e aplicação à lógica da subsunção.

Em sua forma atual, a relação entre Direito e Política se encontra decisivamente cunhada pela positivação do Direito.

Nas sociedades pré-modernas o Direito era válido muito mais pela força da tradição imemorial ou instituição divina. A sociedade o encontrava e o experienciava como imutável. O Direito não dependia da Política nem em seu conteúdo, nem em sua validade. A validade das normas jurídicas não se baseava numa decisão política.

Mesmo após a positivação do Direito, princípios de justiça ainda só podiam ter validade como suprapositivos. Em seu ato de legislar, a Política deveria estar vinculada ao assim encontrado direito natural. Somente após a reivindicação burguesa de direção do Estado monárquico absolutista, a positivação do Direito se impôs de todo por meio da criação de instituições legisladoras especiais e logo permanentemente ativas. A pretendida limitação da Política sobre o Direito só podia ser alcançada pelo Direito. Contudo, este devia ser superior ao Direito estabelecido, mas não podia ser válido como suprapositivo. A solução para o problema foi oferecida pela Constituição, pois, diferentemente do direito natural, a Constituição era direito positivo.

A Política manteve sua competência de prescrever o Direito sobre a sociedade, mas não gozava mais da liberdade dos monarcas absolutistas e era, ela própria, destinatária das condições legais.

A partir daí, a vigência do Direito é referida a um fator modificável: uma decisão do Legislativo. A positivação é uma redução que amplia possibilidades a partir da duplicação do seu procedimento decisório. Ela constrói duas possibilidades de

⁸⁵ CORSI, Giancarlo. Sociologia da constituição. Tradução de Juliana Neuenschwander. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. n.39. jan./jun. 2001, p. 173.

⁸⁶ Por positivação entenda-se o processo histórico no qual o Direito passou de validade tradicional ou transcendente para valor decisionista. O resultado desse processo, direito positivo, é caracterizado por sua realização através de uma legislação humana consciente e sua validade por força de decisão.

decisão: a teleológica, própria da legislação; e a condicional, própria da função jurisdicional. Isso significa dizer que o Poder Judiciário não possui o mesmo aparato do Poder Legislativo, para ser a fonte de criação de direito novo. A decisão judicial tem como pressuposto uma complexidade já domesticada pelo Legislativo.⁸⁷

Importa ressaltar que os Tribunais Constitucionais adotam instrumentos diversos e, por isso, também produzem de forma diversa dos órgãos integrantes do Executivo, como enfatiza Vallinder, para quem, “[...] nas democracias, primeiramente em suas assembleias eleitas pelo povo, os processos de tomada de decisão são baseados no princípio da maioria e em um debate livre e público entre iguais”.⁸⁸

Vallinder⁸⁹ ainda apresenta um quadro exemplificativo atinente às diferenças entre os modos judiciais e político de resolução de conflitos, que segue reproduzido abaixo:

Quadro 01 – Comparação entre uma Corte e um Corpo Legislativo.

Comparação entre uma Corte e um Corpo Legislativo		
Características	Corte	Corpo Legislativo
Atores	Duas partes e um terceiro participante (juiz)	Várias partes
Métodos de trabalho	Audiências públicas de sopesamento de argumentos	Barganha, frequentemente a portas fechadas, compromissos, troca de favores
Regras básicas de tomada de decisão	Decisão tomada por um juiz imparcial	Princípio majoritário
Resultados	Resolução de casos individuais (mas com a criação de precedentes, especialmente no controle de constitucionalidade)	Regras gerais (leis, orçamentos), definição de políticas públicas
Implicações	Determinação dos fatos (o que aconteceu) e da regra a ser aplicada (o que deve ser aplicado), “a única solução correta”	Alocação de valores (frequentemente econômicos), “a solução politicamente possível”

Fonte: VALLINDER, 1995, p. 13.

⁸⁷ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Martin Fontes, 2002, p. 91.

⁸⁸ TATE; VALLINDER, op. cit., p. 13.

⁸⁹ Loc. cit.

É bem verdade que na função legislativa também há uma observância às programações condicionais, como ocorre, por exemplo, na interpretação e aplicação das normas dos regimentos internos das casas legislativas, do mesmo modo que o Poder Judiciário opera com programações teleológicas, quando interpreta e aplica princípios constitucionais e normas programáticas.

No ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, tem-se o disposto no art. 227 da Constituição Federal de 1988, que impõe a toda a família, à sociedade e ao estado, com absoluta prioridade, o dever de assegurar à criança e ao adolescente uma gama de direitos fundamentais. Portanto, é justificável que o Judiciário intervenha na atuação dos Poderes Legislativo e Executivo para fazer valer as disposições constitucionais, de modo que as políticas públicas sejam executadas com prioridade absoluta, não se tratando, contudo, em usurpação de funções. Nada mais é que a atuação do intérprete da Constituição, mas que encontra limites objetivos na univocidade das palavras.

Exatamente por isso que, sobre a problemática da independência e harmonia entre os Poderes, Barroso ressalta que “ao lado do princípio da presunção da constitucionalidade dos atos do Poder Público, um e outro atuam como mecanismos de autolimitação do Poder Judiciário (*judicial self-restrain*)”.⁹⁰

2.1.2 O Direito (“Posto e Pressuposto”) entre Legislação e Jurisdição

Uma das construções mais sedimentadas do Direito moderno, isto é, do Direito posto pelo Estado, é a separação entre “o direito posto e o direito pressuposto” entre legislação e jurisdição.⁹¹

É tanto desejável quanto possível que o Direito moderno, em sua positividade, seja interpretado criticamente, a partir de conteúdos éticos e morais nascidos da luta social e política.

No entanto, não se pode substituir a Política pelo Direito, o Estado Democrático de Direito por um Estado Judicial. O Direito moderno não é aético, mas a sua ética é a ética da legalidade (constitucionalidade), tendo a Constituição como fator de

⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 192.

⁹¹ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

diferenciação entre os sistemas político e jurídico, como uma norma de qualidade superior.

A alteração do direito positivo, na modernidade, só é possível por causa da existência de um canal comunicativo próprio para isso previsto na Constituição, o Poder Legislativo. Ele é o endereço da mudança Política. Quando um órgão do Poder Judiciário pretende tomar esse lugar, mesmo que seja um Tribunal Constitucional, tem-se uma clara usurpação constitucional de competências.

De fato, o Direito não é anterior à interpretação, ou melhor, é dela resultado. Assim, a interpretação é responsável pela constituição e razão de ser do Direito, não se afastando da função judicial, por conseguinte, o ato de interpretar.

A interpretação é parte integrante do Direito, pois viabiliza a aplicação das normas gerais a uma situação particular, não como ato de vontade do intérprete, mas baseada na ideia de que a autoridade que se impõe no processo interpretativo é a da tradição e não de quem realiza o ato interpretativo. Há um propósito na interpretação, que é o de alcançar o resultado “correto, por meio de um procedimento racional e controlável, criando desse modo certeza e previsibilidade jurídicas, ao invés de acaso, de simples decisão pela decisão”.⁹²

Os modelos de interpretação jurídica, no entanto, variam conforme os tipos de sociedade e a respectiva forma jurídica e política dominantes.

De acordo com Neves, no século XIX a Teoria do Direito construiu um modelo de interpretação que se pode denominar de “sintático-semântico”.⁹³ Trata-se, segundo esse autor, de concepção que enfatiza as conexões sintáticas entre termos, expressões ou enunciados normativo-jurídicos, pressupondo a univocidade (semântica) dos mesmos. Nesse contexto, duas são as correntes que mais bem representam este modelo: a primeira delas é a Escola da Exegese (França), que se caracteriza pelo culto ao texto da lei, concebendo este como a intenção do legislador; e, a segunda, a Jurisprudência dos Conceitos (Alemanha), que concebe o Direito como um sistema lógico de conexão de conceitos, em que a interpretação jurídica nada mais busca que revelar o significado da lei como um todo.

⁹² HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionais, Constitucionales, 1983, p. 37.

⁹³ NEVES, Marcelo. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito. In: AMARAL, Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago; GRAU, Eros Roberto. (Orgs.). **Direito constitucional: Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 357.

Anote-se, ainda, que no modelo em comento a atuação do julgador deve se limitar à aplicação da lei ao caso concreto, o que afasta qualquer atividade criativa por parte do magistrado. Por isso Montesquieu idealizou o Judiciário como um Poder “nulo”, já que os julgamentos, por não envolver qualquer atividade criativa, devem ser fixos no que diz respeito à exaltada aplicação do texto legal.⁹⁴

O modelo em comento é definido por Lenio Streck como “positivismo primevo” ou “positivismo exegético”, sendo, na concepção do autor, um primeiro momento do positivismo jurídico no que toca a “[...] realização de uma análise que, nos termos propostos por Rudolf Carnap, poderíamos chamar de sintática”.⁹⁵ Em meio a esse contexto, a operação sintática apenas objetivava sanar eventuais problemas semânticos, buscando o real alcance dos termos e expressões jurídicas para que o magistrado então chegasse, por subsunção do caso à hipótese legal, a única solução correta para o caso respectivo.

Esse modelo formalista e mecanicista foi alvo do realismo. Surge primeiramente nos Estados Unidos e posteriormente na Europa, uma reação crítica a esse normativismo ingênuo. Para o realismo, que teve no *Justice* Oliver Wendell Holmes um de seus expoentes,⁹⁶ o Direito vivido se distancia em muito daquele descrito e codificado, pois o processo de adaptação não era tão lógico e mecânico.

Na primeira metade do século XX, a hermenêutica jurídica dominante, como observa Neves,⁹⁷ sem refutar a importância da dimensão sintática do processo interpretativo, enfatizou o aspecto semântico. Aqui já é possível falar de um modelo “semântico-sintático” de interpretação do Direito, modelo este que surge com o método proposto na obra “Teoria Pura do Direito”, de Kelsen,⁹⁸ que defende, em apertada síntese, a integridade do sistema jurídico, como governo das leis. Não

⁹⁴ MONTESQUIEU, op. cit.

⁹⁵ STRECK, **Verdade e consenso**, op. cit., p. 32.

⁹⁶ Oliver Wendell Holmes Júnior é a referência mais recorrente no realismo jurídico norte-americano. Jurista militante e filósofo diletante, Holmes levou o pragmatismo jurídico ao limite, atuando como juiz da Suprema Corte norte-americana entre os anos de 1902 e 1932, discordando frequentemente de opiniões formalistas, o que lhe valeu o epíteto *the great dissenter*, o que, vertido para nossa linguagem forense indica algo próximo de prolator de votos vencidos. Suas opiniões foram com o tempo sendo confirmadas e, nesse sentido, Holmes antecipou as grandes mudanças da jurisprudência norte-americana, que marcaram o século XX. Para aprofundamentos, veja: GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O realismo jurídico de Oliver Wendell Holmes Júnior. **Revista de Informação Legislativa**: Brasília, nº 171, jul./set. 2006.

⁹⁷ NEVES, **Transconstitucionalismo**, op. cit., p. 357.

⁹⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

obstante, Kelsen tinha consciência de que as decisões judiciais não refletem puramente a aplicação da lei em abstrato.

Por isso Kelsen defende que existe “[...] uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação”, ou seja, é “[...] o Direito todo o ato que se mantenha dentro desse quadro ou moldura, que preencha essa moldura em qualquer sentido possível”.⁹⁹ Ainda de acordo com Kelsen, quando o julgador opta por um dos sentidos autorizados pela norma jurídica, não está atuando de forma discricionária, mas valendo-se da competência que o próprio Direito lhe dá.¹⁰⁰

Exatamente por isso Kelsen, embora com argumentos teóricos diversos daqueles difundidos pelo realismo jurídico, também tece críticas ao modelo que se adotou no século XIX, reconhecendo que a lei, por ser uma norma abstrata, não possibilita que o julgador nela reconheça uma única resposta. E o autor adverte:

Não há absolutamente qualquer método – capaz de ser classificado como de Direito positivo – segundo o qual, das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como “correta” – desde que, naturalmente, se trate de várias significações possíveis: possíveis no confronto de todas as outras normas da lei ou da ordem jurídica. [...] Todos os métodos de interpretação até o presente elaborado conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto.¹⁰¹

Não se pode ignorar, contudo, que embora Kelsen tenha enfrentado a problemática da discricionariedade do magistrado sob o aspecto jurídico, não o fez do ponto de vista substancial. Apesar disso, ao reconhecer que a interpretação e a decisão proferida pelo magistrado integra todo o sistema jurídico,¹⁰² apesar da discricionariedade do julgador, que não pode ser negada, como faziam os formalistas do século XIX, o que faz Kelsen é reconhecer que o sistema jurídico continua sendo o governo das leis e não dos homens.

Não obstante, embora estruturada adequadamente, a Teoria proposta por Kelsen não é de grande valia para os fins da presente indagação,¹⁰³ uma vez que não

⁹⁹ Ibid., p. 87.

¹⁰⁰ No plano teórico deve-se a Hans Kelsen a fundamentação que permitiu a ampliação do conceito de proposição normativa para além do conceito de norma legal emanada pelo Estado.

¹⁰¹ KELSEN, **Teoria pura do Direito**, op. cit., p. 468.

¹⁰² Considerando o Estado como centro unitário da totalidade do sistema normativo, Kelsen propõe a teoria do positivismo jurídico como a teoria do “dever-ser”, na qual a norma jurídica, como juízo hipotético, tem incidência gradativa, dependendo se a norma é genérica ou individualizadora.

¹⁰³ A contribuição de Hans Kelsen ao pensamento jurídico contemporâneo foi de tal ordem que mesmo os autores que mais o combatem são obrigados a reconhecer a força impressionante de sua postura

há como conceber a aplicação das regras gerais e abstratas sem a presença de um indivíduo, um ser humano, que decerto aplicará sua compreensão pessoal, podendo inclusive optar por mais de um sentido dentro da “moldura” proposta por Kelsen, ou mesmo não enquadrar o seu pensamento à esta mesma moldura.¹⁰⁴

Streck enfatiza que Kelsen, ao propor a Teoria supracitada, não buscou destruir ou mesmo romper com a tradição positivista, mormente a consolidada pela Jurisprudência dos Conceitos. O que fez Kelsen, no entender do autor, foi tão somente reforçar a necessidade de adoção do método analítico e assim buscar alternativas ao rigor jurídico que vinha sendo propagado pela denominada “Jurisprudência dos Interesses” e também pela “Escola do Direito Livre”; as quais davam margem para ao fortalecimento de argumentos pautados em aspectos psicológicos, políticos e ideológicos na interpretação do Direito.¹⁰⁵

Por isso Streck ainda destaca que Kelsen “[...] se rende aos seus adversários: a interpretação do direito é evitada de subjetivismos provenientes de uma razão prática solipsista”.¹⁰⁶

Uma proposta de conciliação entre os dois modelos interpretativos (formalismo e realismo) foi elaborada por Herbert Hart na obra *O Conceito do Direito*.¹⁰⁷ Para este autor, os formalistas teriam razão na maioria dos casos, porque neles não se exige do intérprete uma ação intelectual mais elaborada, já que se repetem com frequência assustadora, consistindo a atividade interpretativa em algo mecânico. Nos casos difíceis (*hard cases*), onde a lei é omissa ou confusa, a atividade interpretativa demandaria certo grau de discricionariedade, onde várias considerações dos realistas estariam corretas.

científica, no trato das questões mais difíceis da Teoria Geral do Direito ou da Teoria Geral do Estado. Estudar sua obra é familiarizar o espírito com o rigor metodológico da pesquisa científica, com o exercício que busca correção no trato das questões duvidosas e com a honestidade na exposição do pensamento alheio. A preocupação do autor em delimitar com precisão lógica as fronteiras epistemológicas da Ciência do Direito é admirável. O reconhecimento da importância do pensamento kelseniano, no entanto, não impede que se discutam alguns aspectos equívocos, desde que a crítica tenha o honesto objetivo de fortalecer o debate, tornando mais frutífera a busca pelo conhecimento.

¹⁰⁴ O próprio autor reconhece que através de todo o processo de interpretação autêntica (interpretação da norma por um órgão jurídico), “não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa” (KELSEN, **Teoria pura do Direito**, op. cit., p. 468).

¹⁰⁵ STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? **Revista NEJ Eletrônica**, v. 15, n. 1, p. 158-173, jan./abr. 2010. Disponível em: <www.univali.br/periodicos>. Acesso em: 20 ago. 2018.

¹⁰⁶ Ibid., p. 163.

¹⁰⁷ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução de Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

Segunda Hart, “[...] a subsunção e a extração de uma solução silogística já não caracterizam o cerne do raciocínio implicado no que é a coisa certa a se fazer”¹⁰⁸. Em meio a esse cenário, portanto, o intérprete goza de certa discricionariedade, podendo escolher, dentre várias opções oferecidas pelas norma abstrata. Contudo, a discricionariedade não implica em escolha arbitrária, irracional, pois deve sempre ser pautada na norma jurídica. Portanto, Hart critica a desqualificação feita pelos realistas, pois se elas não são exatamente aquilo que os formalistas, como Rousseau e Montesquieu, queriam, cumprem uma função de organização dos comportamentos humanos. Por outro lado, nos casos mais difíceis, que se encontram na penumbra, de aplicação das regras de textura aberta, Hart dá razão aos realistas, defendendo que as decisões, especialmente as judiciais, são mesmo discricionárias.

Vale dizer, ainda, que a partir de 1950, como enfatiza Neves,¹⁰⁹ a Teoria do Direito se inclinou a reconhecer que a interpretação do Direito é um problema de determinação semântica, ainda que condicionada pragmaticamente. Daí o surgimento de um modelo denominado de “semântico-pragmático”, cujo cerne de todo o processo de hermenêutica pauta-se na busca de sentidos normativos para os textos de lei, mas em contextos históricos específicos.

De fato, o elemento semântico está presente, no modelo em comento, na variação do sentido dos textos em face do seu campo de denotação concreta. O aspecto pragmático se apresenta na noção de pré-compreensão ou pré-conceito do intérprete a respeito da lei e do caso.

Observa Neves¹¹⁰ que o modelo, em sua essência e origem remete à Filosofia Hermenêutica de Heidegger e a Hermenêutica Filosófica de Gadamer. E, no âmbito do Direito Constitucional, nota-se a contribuição de Peter Häberle, em sua obra intitulada *A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição*.¹¹¹

Contudo, Streck adverte que incluir o modelo proposto por Gadamer no que se denomina de “semântico-pragmático” é indevida e injusta.¹¹² Segundo o autor, há,

¹⁰⁸ Ibid., p. 139.

¹⁰⁹ NEVES, Marcelo. **Entre têmis e leviatã**: uma relação difícil. Ed. Martins Fontes: 2006.

¹¹⁰ Ibid.

¹¹¹ A propósito e para aprofundamentos, vide: HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

¹¹² Nesse sentido, Streck observa que “Marcelo Neves não faz justiça a Gadamer, subestimando principalmente a obra *Verdade e Método*. Com efeito, a hermenêutica filosófica gadameriana deve ser analisada no contexto da viragem ontológica provocada por Heidegger, que rompe com as concepções epistêmico-analíticas, ao introduzir o mundo prático na filosofia (modo prático de ser no mundo). Por

nesse caso, uma verdadeira invasão da filosofia pela linguagem a partir de uma pós-metafísica de (re)inclusão da facticidade que, de forma inapelável, em especial a partir da segunda metade do século passado, que atravessou o esquema sujeito-objeto (objetivista ou subjetivista), estabelecendo uma circularidade virtuosa na compreensão.¹¹³

Será, portanto, no quadro do Estado Democrático - e Social¹¹⁴ - de Direito, que tem na Constituição compromissória e diretiva não apenas o principal documento do Direito Público, mas o centro do sistema jurídico, que se deve estudar um novo paradigma interpretativo, o qual demanda uma nova teoria da norma e das fontes, capaz de suplantar o esquema sujeito-objeto e a filosofia da consciência e de responder às indagações acima formuladas.

2.1.3 A Constituição como Interface ou Negação da Pretensão de Autonomia Entre o Direito e a Política

isso Heidegger vai dizer que a filosofia é hermenêutica. E Gadamer, posteriormente, sustentará que a hermenêutica é filosófica. Nesse sentido, texto é evento. E a hermenêutica é facticidade. Não há como separar o elemento semântico do elemento pragmático da obra de Gadamer. Isso seria esquecer a noção de círculo hermenêutico, que rompe com o esquema sujeito-objeto e o papel desempenhado pela antecipação de sentido (sem considerar, ademais, o papel da diferença ontológica – ontologische differenz). Ao contrário do que afirma Marcelo Neves, Gadamer não subestima a função construtiva do intérprete. Entretanto, esse intérprete não mais possui a plenipotenciabilidade do sujeito solipsista. Sua hermenêutica é produtiva e não reprodutiva” (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 402).

¹¹³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e solipsismo: ainda e sempre o problema do positivismo. Reflexões sobre teoria da Constituição e do Estado*. In: SANTO, Davi; PASOLD, Cesar. **Reflexões sobre teoria da constituição e do estado**. Florianópolis: Insular, 2013.

¹¹⁴ Aqui é necessário não esquecer a distinção conceitual entre Estado Social e Estado Democrático (e Social) de Direito. Como observa Paulo Bonavides, “o Estado Social representa uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado Liberal”, advertindo, contudo, que ele não se confunde com o Estado proletário que o socialismo tentou implantar, que é a sua “adesão à ordem capitalista, princípio cardeal a que não renuncia”. Para o autor, a Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, Portugal salazarista, a Inglaterra de Churchill, os Estados Unidos de Roosevelt, a França com a Quarta República, o Brasil desde a Revolução de 1930, foram todos Estados Sociais (BONAVIDES, op. cit., p. 184). No mesmo sentido, sustentam Lenio Luiz Streck e José Luís Bolzan Moraes que o surgimento do Estado Social não fez desaparecer o primado básico do Estado Liberal, a despeito de o Estado ter-se transformado em intervencionista, a saber: “a separação entre trabalhadores e os meios de produção, gerando mais-valia, de apropriação privado pelos detentores do capital” (STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. **Ciência política e teoria geral do estado**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 65). Embora o Estado Democrático e Social de Direito também não tenha rompido com a ordem capitalista, ele se diferencia do Estado Social pela expansão da jurisdição constitucional, pelas garantias democráticas, pela vinculação dos Poderes Públicos ao núcleo de direitos fundamentais, contexto em que a atividade do intérprete crescerá consideravelmente em complexidade.

A propósito da distinção entre Direito e Política, são oportunas as observações de Barroso, que seguem no sentido de dever vigorar na Política a soberania popular e o princípio majoritário (o domínio da vontade da maioria), e no Direito, o primado da lei (o Estado de Direito) e o respeito aos direitos fundamentais (o domínio da razão pública). Seriam estas as bases da estrutura do Estado Constitucional ou Democrático de Direito.¹¹⁵ Neste contexto, a Constituição funciona como interface entre o Direito e a Política, e nega, portanto, a pretensão de autonomia estanque de ambos.

Em efeito, a concepção moderna de Constituição, enquanto estatuto jurídico do político,¹¹⁶ ou acoplamento estrutural do Direito e da Política,¹¹⁷ contextualizada na complexidade hodierna, faz com que continue atual e relevante um questionamento que acompanha as evoluções das instituições jurídicas, concernente à delimitação dos domínios do Direito e da Política tanto no plano conceitual, quanto nas suas repercussões no espaço público, no cotidiano das instituições e da vida em sociedade.

Assim, para poder prosseguir na indagação desta tese, torna-se necessária uma definição conceitual que funcione como acordo semântico para as reflexões que seguem. Afinal o que é Direito?¹¹⁸ O Direito em suas multifacetadas dimensões, como conceito polissêmico e atividade em permanente transformação nos diferentes contextos. E a Política? É possível operar uma demarcação profícua entre estes dois conceitos, não obstante as diversas sedimentações de sentido que agregaram com o evoluir das ideias e das instituições?

Estes questionamentos remontam a origens remotas que podem ser encontradas na filosofia clássica e no direito antigo. Razão que conduz a uma breve incursão na antiguidade clássica.

2.1.3.1 O Direito, a Política e a Justiça: Uma Breve Incursão no Pensamento Clássico

¹¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005.

¹¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Almedina: Coimbra, 1991.

¹¹⁷ LUHMANN *apud* NEVES, **Transconstitucionalismo**.

¹¹⁸ Para recordar uma leitura de base clássica nos estudos jurídicos do século passado: LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. São Paulo: Brasiliense, 1999.

Já nas *Institutas de Gaio*¹¹⁹ e do *Digesto* ou *Pandectas*¹²⁰ editados no império de Justiniano, encontra-se o esforço de tentar definir o que é o Direito e o que é Política, sendo esta cotejada àquele e cortejada pelo pensamento filosófico desde Sócrates, Platão e Aristóteles.

No campo da filosofia clássica que inspirou o pensamento moderno, nota-se que os sofistas associavam a justiça à lei. Neste campo as ideias de justiça, de lei, de Direito e de Política se encontravam entrelaçadas sob muitos aspectos. O mundo da antiguidade clássica era muito diferente do contexto moderno na sua complexidade e diferenciações. Considerando as limitações das traduções e transcrições interpretadas a partir de um olhar moderno, contudo, é interessante fazer uma incursão neste campo para identificar o liame condutor da busca de sentido e de delimitação conceitual que caracteriza a história do pensamento jurídico e político.

Importa esclarecer que Sócrates se debruçou sobre a problemática da tensão estabelecida entre justiça e a prática Política. O filósofo, ao denunciar a controversa entre o agir do homem justo e a prática Política efetiva, ressaltou que nenhum homem justo, se quisesse tratar e cuidar dos negócios públicos conseguiria sucesso, além de ter, no entender de Sócrates, dificuldades para manter-se vivo, já que o cenário político de Atenas apresentava contradições com a justiça, o que transformava o cenário político em uma verdadeira luta por interesses egoístas, no qual os valores de verdade e de moralidade “deixaram de ser a norma geral, perderam sua objetividade”.¹²¹

Platão, em sua obra *República*, por sua vez, discorre sobre o que considera uma Política ideal. E mais uma vez o conceito de homem justo vem a lume, agora ao lado da noção de cidade justa. Estes não podem, no entender de Platão, produzir qualquer injustiça.¹²² Exatamente por isso o filósofo defende que o resultado da

¹¹⁹ *Institutas de Gaio* (*Gai Institutionum Commentarii Quattuor*), escrito por volta de 161 d.C., uma espécie de manual didático de Direito Romano, mandado copiar pelo Imperador Justiniano, de inestimável valor pelas informações que fornece sobre o Direito Romano clássico.

¹²⁰ *Corpus iuris civilis. Digestorum seu pandectarum pars prima. Liber primus*. Corpo de Direito Civil. Primeira Parte do Digesto ou das Pandectas. Primeiro Livro, escrito em 30 de Dezembro de 533.

¹²¹ PLATÃO. **Apologia de Sócrates**. Tradução de Jean de Melville. São Paulo: Martin Claret, 2006.

¹²² PLATÃO. **República**. Tradução de Maria Helena da Rocha Pereira. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

Política deve ser a justiça, acrescentando que o conceito de normalidade, na seara Política, deve se pautar na virtude da justiça.¹²³

No livro V da *Ética a Nicômano*, Aristóteles dedica vários capítulos à justiça. Aristóteles relacionava política e moral, identificando como finalidade precípua do “estado” proporcionar a formação moral dos cidadãos e o conjunto dos meios necessários para isso. A definição aristotélica de justiça se relaciona com os atos tendentes a produzir a felicidade, uma concepção que reverbera na moderna acepção de “bem comum”. Aristóteles mantinha, entretanto, a distinção entre política e moral, tendo esta como objetivo o indivíduo, e aquela a coletividade.

Da filosofia clássica a Política moderna herdou uma direção de sentido. No sentido de que a Política consiste, ou deveria consistir, precisamente na busca da “vida boa”, do bem comum, da justiça e do bem-estar na vida em comum. Considerando este sentido clássico de Política como “busca da boa vida em comum”,¹²⁴ a Política perde fundamento e legitimidade na medida em que se desvirtua do seu maior objetivo.

Desta feita, tomando distância das origens filosóficas e abrindo mão de uma aprofundada digressão no pensamento medieval e nos primeiros estágios da modernidade, para refletir sobre a demarcação da atuação do Direito e da Política, chega-se diretamente ao século XX. Para ajustar os conceitos aos objetivos desta tese, em particular para compreender a atual oposição, ou transição, entre positivismo e constitucionalismo pós-positivista, são particularmente oportunas as reflexões de Hans Kelsen e Carl Schmitt.

2.1.3.2 O Direito e a Política Entre o Positivismo e o Constitucionalismo Pós-Positivista: Retomando um Debate Clássico Sobre a Jurisdição Constitucional

O Direito, na concepção de Kelsen, deve ser entendido como instrumento de controle e organização da sociedade. Por isso o Direito se vale de normas e sanções.¹²⁵ Já Schmitt defende que o Direito nada mais é que o resultado da

¹²³ Para a compreensão do conceito de virtude em Platão, ver: PAVIANI, Jayme. Notas sobre o conceito de virtude em Platão. *Veritas*, Porto Alegre, v. 57, n. 03, p. 86-98, set./dez. 2012.

¹²⁴ BARATTA *apud* MELO, Milena Petters. Direitos Humanos e Cidadania. *In*: LUNARDI, Giovani; SECCO, Márcio (Org.). **A fundamentação filosófica direitos humanos**. Florianópolis: Editora da UFSC, 2010.

¹²⁵ KELSEN, **Teoria pura do direito**, op. cit.

capacidade de decidir de quem detém o poder político no Estado. Logo, o Direito seria a vontade política que gera a norma, sendo a vontade política o princípio fundamental e explicativo das normas. Por isso Carl Schmitt preconiza que “o Estado é a lei, e a lei é o Estado”.¹²⁶

Tanto Kelsen quanto Schmitt concordam sobre a necessidade de existir um controle constitucional, embora diverjam quanto à forma com que deveria se dar esse controle. Em efeito, nas origens da jurisdição constitucional o debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt é clássico e ainda hoje suscita reflexões e críticas sobre os modelos de controle de constitucionalidade.

No entanto, Kelsen defendia que todo controle de constitucionalidade deveria ser realizado por um tribunal específico, com competência para averiguar a legislação e o processo de criação das normas.¹²⁷ Já Schmitt entendia que tal atribuição não deveria ser do Judiciário, mas sim exercido pelo chefe de Estado em virtude de todos os problemas que apresenta.¹²⁸

Não se encontra na obra de Kelsen uma definição clara de Política, na forma de estrato do saber onde vigoram a soberania popular e o princípio majoritário. Contudo, entre tantas proposições, pode-se levantar o argumento de que a *política* adjetivada de *jurídica* seja a forma legal pela qual se busca soluções capazes de reajustar as circunstâncias que condicionam a produção e vigência de uma norma, evitando a discussão do seu conteúdo mediante artifícios metodológicos que submetem a um controle racional a sua aplicação.

Percebe-se que a noção de política, para Schmitt, é muito diversa do conceito apresentado por Hans Kelsen. Aquele defendia que a política se constitui por antagonismos, táticas, práticas e conflitos de interesses manipulados no interior do Estado, relativizados e englobados pela unidade política estatal. Exatamente por isso a política, no entender de Schmitt, abarca situações facilmente constatáveis, que são expressos como relações políticas pelo uso corrente da linguagem.¹²⁹

Dando seguimento Schmitt defende que o próprio alcance da expressão “político-partidário” remete à termos antagônicos, quais sejam, “amigo” e “inimigo”. A “[...] essência da Constituição não está contida em uma lei ou em uma norma. No

¹²⁶ SCHMITT, **O guardião da constituição**. Del Rey: Belo Horizonte, 2007, p. 56.

¹²⁷ A propósito e para aprofundamentos, consultar: KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

¹²⁸ A propósito e para aprofundamentos, consultar: SCHMITT, **O guardião da constituição**, op. cit.

¹²⁹ SCHMITT, Carl. **O conceito de político**. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 56.

fundo de toda normação reside uma decisão política do titular do poder constituinte, isto é, do povo na democracia e do monarca na monarquia autêntica”.¹³⁰ Portanto, Schmitt, como se evidencia, concebeu a política através do conceito ou dualismo amigo-inimigo e público-privado.

A concepção de Schmitt se pauta, como se vê, no domínio da moral de determinados conceitos como de bem e mal, belo e feio, amigo e inimigo, ou seja, termos sempre antagônicos. O autor, ainda, enfatiza que o inimigo a que se refere não é o “inimigo público”, mas sim o indivíduo que não é capaz de produzir identidade e, por conseguinte, unidade. Em meio a esse cenário, o político é erigido como condição legítima de possibilidade da caracterização de um inimigo público, na medida em que,

[...] o inimigo não é, portanto, o concorrente ou o opositor em geral. O inimigo também não é o opositor privado que se odeia com sentimentos de antipatia. O inimigo é, apenas, uma totalidade de homens pelo menos eventualmente *combatente*, isto é, combatente segundo uma possibilidade real, a qual se contrapõe a uma totalidade semelhante. O inimigo é apenas o inimigo *público*, pois tudo aquilo que tem relação com tal totalidade de homens, em particular, com todo um povo, se torna por isso público. O inimigo é *hostis*, não *inimicus* em sentido mais amplo”.¹³¹

A pretensão de Schmitt, ao apresentar o dualismo “amigo” e “inimigo”, é trazer o conceito de político para a Teoria Constitucional, pois, ao se confrontar com o normativismo e, em especial, com Kelsen, Schmitt irá destacar que o positivismo jurídico, com sua pretensão de pureza metódica, desloca os temas políticos mais importantes para a esfera da Teoria do Estado. Há, no entender de Schmitt, um rompimento entre Política e Direito exatamente em virtude da dificuldade de se conceber a figura do “inimigo” na Política.

Em que pesem as críticas aos argumentos apresentados por Schmitt, não há como ignorar que foi o autor que traçou a relação entre o Direito (consubstanciado na Constituição) e a Política (o sentido de que o Direito contém temas políticos relevantes e fundamentais para a convivência democrática). Desta feita, ainda que

¹³⁰ SCHMITT, Carl. **Teoria de la constitución**. Madri: Alianza, 1982, p. 47.

¹³¹ SCHMITT, **O conceito do político**, op. cit., p. 55-56.

seus argumentos sejam controversos, seus reflexos são importantes em tempos de despolitização e de tentativas inúmeras de *juridicizar* a Política.¹³²

Ao assinar a apresentação da edição em português da obra de Schmitt *O Guardião da Constituição*, Gilmar Ferreira Mendes reconheceu ter a história dado razão a Kelsen.¹³³ Contudo, ainda hoje, no debate sobre o papel a ser desempenhado pelas Cortes Constitucionais, é importante que os estudiosos prestem atenção às considerações de Schmitt.

Ainda, quanto à demarcação da linha de atuação do Direito e da Política, observa-se que o Direito pode funcionar em relação à Política em três aspectos básicos: como um objetivo, um meio ou um obstáculo.¹³⁴

No primeiro aspecto, o Direito define certos valores ou instituições predominantemente jurídicas. A compreensão Política desses valores ou instituições torna-se quase idêntica à autêntica compreensão jurídica dos mesmos valores ou instituições. Nesse caso, a Política efetua suas soluções na direção do Estado de Direito. A sinergia entre Direito e Política segue na defesa da força normativa da Constituição e da implementação de políticas constitucionais.¹³⁵

Pelo segundo aspecto, a Política pode compreender a lei apenas como um meio para o cumprimento de certos interesses políticos. Nesse caso, a Política é neutra em sua atitude em relação à lei. A autonomia do Direito é preservada através das decisões dos tribunais mais altos ou por outras ações de advogados, intelectuais, associações, organizações e o público para impedir atos ilícitos de atores políticos.

Por último, a Política pode interpretar o Direito como um obstáculo no caminho para a realização de certos objetivos. Nessa situação, a Política prevalece sobre a lei, ou vice-versa.

Efetivamente, o problema do limite de demarcação da atuação do Direito e da Política envolve os grandes debates do Direito Constitucional e da Teoria da Constituição, bastando lembrar o debate clássico que inspira o sociologismo

¹³² SCHMITT, *Teologia política*, op. cit.

¹³³ Idem, *O guardião da constituição*, op. cit.

¹³⁴ CERAR, Miro. The Relationship between Law and Politics. *Annual Survey of International & Comparative Law*: v. 15, Iss. 1, article 3. 2009. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.ggu.edu/annlsurvey/vol15/iss1/3>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

¹³⁵ A propósito do tema “políticas constitucionais”, consultar: MELO, Milena Petters; CARDUCCI, Michele. *Políticas constitucionais e sociedade*: direitos humanos, bioética, produção do conhecimento e diversidades. Curitiba: Prismas, 2016. Consultar também a primeira parte do artigo de CARDUCCI, Michele. Il déficit ecologico del pianeta come problema di politica costituzionale. *Revista Jurídica da FURB*, Centro De Ciências Jurídicas da Universidade Regional de Blumenau, Blumenau, v. 20, n. 42, 2016.

constitucional desde Ferdinand Lassalle e a sua concepção de Constituição qual soma dos fatores reais de poder.¹³⁶

A questão cresce em relevância e urgência atualmente quando se coloca o problema da *era da jurisdição* ou *era dos juízes*¹³⁷ ou da *juristocracy*,¹³⁸ com o excessivo protagonismo que os tribunais passam a ter nas democracias contemporâneas. É nesse contexto que se colocam novas observações e teorias em que os autores tentam revalorizar ou potencializar a linha de separação sob a perspectiva da observação de regras e da contenção da discricionariedade judicial.¹³⁹ Para estes autores, questões políticas imbricadas ao Direito fazem parte do âmbito linguístico, pretendendo ocultar escolhas entre diferentes possibilidades interpretativas por trás do discurso da única solução possível.¹⁴⁰

Assim, retornam com novas nuances grandes temas da Teoria do Direito, da Teoria da Constituição e da Hermenêutica Jurídica, e os debates em torno ao formalismo, realismo, pragmatismo e mesmo à deontologia entre o Direito e a Política. Nesse cenário, se encontra uma aproximação sempre maior entre o Direito Constitucional e a Filosofia do Direito, envolvendo problemas metodológicos muitas vezes desviantes para a práxis constitucional.

Contudo, a imbricação e a necessidade de separação entre Direito e Política acaba sendo lembrada pertinente, geralmente quando a decisão judicial (em particular quando proferida pelo Tribunal Constitucional) desagrade ao magistrado, não satisfaça os interesses das maiorias parlamentares eventuais e contrarie a opinião pública, hipótese em que retorna o problema da demarcação entre o campo do Direito e da Política, especialmente no que tange a jurisdição constitucional e as prerrogativas da função judicial.

¹³⁶ LASSALE, Ferdinand. **O que é constituição**. 9. ed. São Paulo: CLEDIJUR, 2014.

¹³⁷ OMAGGIO, Vincenzo. L'età della giurisdizione. In: OMAGGIO, Vincenzo. **Il diritto nello stato costituzionale**. Torino: Giappichelli, 2011, p. 75.

¹³⁸ HIRSCHL, op. cit.

¹³⁹ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e Política no Brasil contemporâneo. **RFD- Revista da Faculdade de Direito**. UERJ, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012.

¹⁴⁰ Para Brian Z. Tamahana, a existência do formalismo jurídico, com as características que lhe são atribuídas não corresponde à realidade histórica. Segundo o autor, ao menos nos Estados Unidos essa foi uma invenção de alguns realistas jurídicos que se apresentaram para combater uma concepção que jamais existiu, ao menos não com tais características, a autonomia e completude do direito, soluções únicas e interpretação mecânica. A tese refoge ao conhecimento convencional e certamente suscitará polêmica (TAMANAH, Brian. **Beyond the formalist-realist divide: the role of politics in judging**. Princeton: Princeton University Press, 2010).

2.1.3.3 Direito e Política e Constituição Federal de 1988

A rigor, a discussão metaforizada acerca da fronteira entre os juízes (o Direito) e os legisladores (a Política) é pelo menos tão antiga quanto à separação de poderes que Montesquieu idealizou para manter em equilíbrio o exercício do poder, na contenção do arbítrio. Relaciona-se também com as bases da Teoria da Constituição e o clássico debate entre a *constituição real* (soma dos fatores reais de poder¹⁴¹) e a *constituição jurídica*, que levava Ferdinand Lassalle a afirmar que os problemas constitucionais não são problemas jurídicos, mas, de fato, de natureza política.

Hoje, contudo, ante a constitucionalização do Direito, a estruturação prevista por Montesquieu demonstra-se anacrônica e deve ser reinterpretada a partir das novas prerrogativas constitucionais no contexto do Direito Constitucional positivo de cada país. No modelo de Estado constitucional que ganha corpo na segunda metade do século passado e no contexto do constitucionalismo pós-positivista, os juízes deixaram de ser apenas a boca da lei e quando se deparam com situações relativamente inusitadas para as quais não existem respostas prontas e seguras que possam ser encontradas na legislação, tem de construir argumentativamente a solução do problema. Nestes casos, “seria ingênuo e insincero procurar escamotear a influência da subjetividade pessoal do intérprete na formulação dessas soluções” (informação verbal).¹⁴²

De acordo com a clássica concepção positivista, o Direito é o produto de uma vontade política superior. Aqui está uma clara separação entre a vontade dominante (a Política) e seu produto (o Direito). Mas este modelo não ajuda a explicar porque a Constituição consolida em si um e outro aspecto juntos e inseparavelmente.

Destarte, o parlamento, de natureza essencialmente política, produz leis em processo intimamente ligado à política partidária. Assim, o ordenamento jurídico, como tal, é claramente derivado da prática política. Com a Constituição ocorre o mesmo. As forças reais de poder organizadas no fórum constituinte traçam as regras que irão compor o contrato social que regerá a nação, delimitando os espaços do

¹⁴¹ LASSALE, op. cit.

¹⁴² Informação coletada na Palestra do Ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, na Fundação FHC. Publicada em 06 de nov. de 2015. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=wTVZdKz_OXg>. Acesso em: 20 ago. 2018.

Direito e da Política, entre outros aspectos fundamentais para a vida do Estado e da sociedade.

2.1.3.4 A Politização da Justiça e a Judicialização da Política

O Direito Constitucional, apesar de toda a sua evolução, mantém como traço característico a organização do Estado pautada no princípio da Separação dos Poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário, ainda que estes tenham agregado, com o passar dos tempos, novas funções.

De fato, não mais se concebe o Direito Constitucional como instrumento para tutelar o indivíduo de eventuais abusos do Estado, pois hoje a sua atuação é muito mais ampla, principalmente pela gama de direitos fundamentais que precisam ser assegurados. Por isso diversos princípios foram surgindo e os princípios clássicos redefinidos, o que contribuiu para que o tradicional Direito Constitucional deixasse então de ser mero instrumento de tutela da sociedade contra o Estado, para se tornar meio de atuação da sociedade e de conformação do poder político aos seus desígnios. Em suma, deixa de ter uma postura conservadora, para ser instrumento de transformação social.

Com a consolidação da doutrina da efetividade dos direitos fundamentais, a supremacia legislativa deixou de ser dominante ante a necessidade de os Estados democráticos realizarem de forma efetiva seu compromisso para com os direitos e liberdades fundamentais contra a interferência de majorias ocasionais. Nesse processo, crescem as dúvidas quanto à ingerência da Política no Direito (politização da justiça) bem como quanto à ingerência do Direito na Política (juridicização e consequente judicialização da Política), separando procedimentalistas e substancialistas, democratas e constitucionalistas, dando corpo a muitas incertezas relativas à segurança jurídica, à racionalidade das decisões, à supremacia constitucional por via judicial (que não equivale à supremacia judicial) e em última análise à própria estrutura democrática, à isonomia na tutela dos direitos fundamentais e à capacidade do sistema jurídico continuar a funcionar como generalização congruente das expectativas na especificidade das suas operações e diferenciações.

Nessa contenda, a constitucionalização do Direito e o fortalecimento da jurisdição constitucional ensejarem a necessidade de encontrar respostas efetivas, senão definitivas, sobre qual deve ser o espaço e a função do Direito, e de que forma

os juízes devem decidir e interpretar a Constituição, protegendo a Democracia dos excessos das maiorias ocasionais, criando amarras para evitar a tentação das sereias.¹⁴³

E é exatamente na interpretação dos dispositivos constitucionais que se percebe a fragilidade do liame de distinção entre Direito e Política e que faz do termo “politização” um conceito frequente nos discursos acadêmicos sobre os tribunais constitucionais e a legitimidade das suas decisões.

Os pontos de tensão dessa questão se tornam mais agudos no caso de Constituições que, como a brasileira, estabelecem de forma expressa uma considerável gama de obrigações para o poder público e uma não menor profusão de direitos fundamentais. Um texto constitucional analítico como o da Constituição brasileira de 1988, e suas reiteradas emendas constitucionais, em relação de condicionamento recíproco,¹⁴⁴ com um contexto caracterizado pela alta complexidade social, cultural, geográfica, oferece ao Poder Judiciário, notadamente ao Supremo Tribunal Federal, que tem como função precípua a guarda da Constituição, não poucos desafios para uma satisfatória prestação jurisdicional.

A Constituição não funciona apenas como instrumento de aferição de validade formal e material dos atos estatais, pois promove uma reorientação da ação dos poderes constituídos e dos chamados conteúdos políticos, tendo em vista a sua normatividade. Assim, a Constituição institucionaliza, juridicamente, as relações políticas. Isto é, “conforma o político e traduz-se numa insindicável vinculação jurídica aos atos políticos”.¹⁴⁵ Portanto, em linhas gerais, a Constituição representa uma resposta, dada pela recursividade do próprio Direito, à dinâmica da *polis*.¹⁴⁶

Decerto, com a constitucionalização do Direito e da Política, no Estado Democrático de Direito não há espaço refratário à Constituição. “O caráter político de um ato não exclui o conhecimento jurídico do mesmo. Não há função política do Estado senão nos quadrantes da Constituição”.¹⁴⁷

¹⁴³ ELSTER, Jon. **Ulysses and the sirens**: studies in rationality and irrationality. Great Britain: Cambridge University Press, 1979. Também nesse sentido, veja: STRECK Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. **RECHTD** - Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, São Leopoldo, v. 1, n. 2, 2009.

¹⁴⁴ HESSE, **A força normativa da constituição**, op. cit., p. 03.

¹⁴⁵ SERRANO, Pedro Estevam; MEDEIROS, Anderson. Política. Opinião. O impeachment e o papel do STF. **Carta Capital on line**, 01 set. 2016. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/politica/o-impeachment-e-o-papel-do-stf>>. Acesso em: 01 set. 2018.

¹⁴⁶ Ibid.

¹⁴⁷ Ibid.

2.1.3.5 A Jurisdição Constitucional e o Entrelaçamento Entre Direito e Política

Nos sistemas democráticos, onde existir constituições escritas e rígidas, haverá supremacia material e formal da Constituição. E onde houver supremacia constitucional haverá necessariamente meios aptos a eliminar do sistema jurídico as normas inconstitucionais.

Os Estados resolveram o problema do controle de constitucionalidade de maneira diferente.

Dentre as assim denominadas democracias clássicas, Ronaldo Poletti distingue três grupos ou três sistemas de controle de constitucionalidade: o político, em que o controle é exercido por órgãos políticos, adotado pelos países que seguem a tradição da Revolução Francesa; o jurisdicional, desenvolvido nos Estados Unidos da América a partir de um modelo de adjudicação constitucional; e, por fim, o de jurisdição concentrada, desenvolvido no Europa continental, com o surgimento dos Tribunais Constitucionais ou Cortes Constitucionais,¹⁴⁸ e, por último, pela tendência mitigadora dos modelos.¹⁴⁹

De fato, a doutrina diverge e apresenta diversos argumentos para explicar a natureza dos Tribunais Constitucionais, no que concerne à classificação da jurisdição constitucional.

Schmitt, por exemplo, defende que esses Tribunais, tanto pela particularidade de suas decisões, quanto pela não realização de operações de subsunção de casos concretos à norma, ou ainda pelos conflitos que analisa, são órgãos políticos, especialmente legislativos, ou uma “instância política suprema”.¹⁵⁰

A posição tomada por Schmitt consiste muito mais na condenação da garantia constitucional atribuída aos tribunais e no elogio que presta ao Chefe do Estado, titular de um poder ativo e regulador,¹⁵¹ do que a recusa em ver naqueles, se efetivamente

¹⁴⁸ POLETTI, Ronaldo. **Controle da constitucionalidade das leis**. 2. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1998, p. 55-56.

¹⁴⁹ Para uma análise estrutural-comparativa dos modernos métodos de controle de constitucionalidade, vide: CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves, Porto Alegre: Antonio Fabris, 1999.

¹⁵⁰ SCHMITT, Carl. **La defensa de la constitución: estudios acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la constitución**. Tradução de Manuel Sanchez Sarto. Madri: Tecnos, 1983, p. 01.

¹⁵¹ Sobre o poder *neutro* do Presidente e como se aproxima das ideias de Benjamin Constant, ver: SCHMITT, **La defensa de la constitución**, op. cit., p. 168-169.

se pronunciam sobre a validade das leis que tem de aplicar, verdadeiros e próprios órgãos de fiscalização. Nesta perspectiva, o direito de fiscalização por qualquer juiz se baseia em algo de diametralmente oposto a uma pretensa superioridade dele em relação à lei ou ao legislador. Tem origem numa espécie de situação de necessidade, por existirem preceitos que se contradizem e o processo haver de ser decidido. Escolhendo como fundamento da sentença uma das disposições legais, a outra disposição não se aplica, e é tudo.

Em sentido oposto, Kelsen não parece ter dúvidas: os tribunais constitucionais exercem uma verdadeira jurisdição. Em sua crítica à compreensão defendida por Schmitt, Kelsen parece, contudo, se contradizer, quando assinala que “um tribunal que é competente para abolir as leis – de modo individual ou geral – funciona como legislador negativo”¹⁵². Essa aparente contradição é desfeita pelo próprio Kelsen, de acordo com quem a função dos tribunais constitucionais não é nem jurisdicional nem legislativa no sentido clássico, mas apenas de aplicação e criação do Direito.

São bastantes e complexos os problemas científicos suscitados pelo Tribunal Constitucional kelseniano. O mais sedutor é o que se refere à natureza da função exercida pelo Tribunal Constitucional, por vezes definida como jurisdicional, por outras como legislativa.

A função do Tribunal Constitucional é, para Kelsen, a de um “legislador negativo”. Ele, porém, não coloca essa função numa economia liberal e democrática, mas numa arquitetura normativa hierarquizada. O objetivo do controle da constitucionalidade tem, em primeiro lugar, um sentido positivista de organização da produção normativa. Por outro lado, Kelsen desenvolve sua teoria, significativamente, a partir do exemplo da sua própria terra natal, a Áustria do início do século XX, um Estado federal. Assim, o problema prático que precisava ser regulado, para Kelsen, era estritamente de ordem processual, ou seja, tratava-se de determinar a distribuição de competências entre a união e as províncias.

A natureza jurisdicional ou legislativa do Tribunal Constitucional kelseniano não obsta que haja uma função de garantia. Os atos de garantia autônoma, desde que se admita a sua existência, não se subsumam em nenhuma das grandes categorias de atos a que estamos habituados: não são atos legislativos, nem atos políticos, ou atos

¹⁵² KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 261.

administrativos, nem sequer atos jurisdicionais. Materialmente, nada mais são do que atos de garantia.¹⁵³

Convém lembrar que, para Kelsen, a base da tripartição do poder reside numa dicotomia: legislação e execução. A função legislativa, no entender do autor, nada mais é que criar normas gerais e abstratas, embora não deixe de reconhecer que criar o Direito é, também, aplicá-lo, assim como a tarefa de aplicar o Direito é, de igual forma, ato de criação.¹⁵⁴

No que diz respeito à função legislativa do Judiciário, Kelsen enfatiza que lhe é facultada a participação no processo de criação de normas gerais, o que se dá por meio de delegação, tal como ocorre também com o Poder Executivo. Não obstante, o autor aponta outras duas formas de atuação legislativa do Poder Judiciário: a criação de precedentes judiciais e o controle judicial das leis.¹⁵⁵

No que tange a criação de precedentes, entende Kelsen que a atuação o Judiciário, em especial dos Tribunais Constitucionais, deve ser vinculante, por medida de econômica processual e segurança jurídica. Logo, casos semelhantes devem ser julgados da mesma forma. Logo, na visão de Kelsen, o Tribunal com competência constitucional cria o Direito quando estabelecem precedentes, em função semelhante ao que faz o Legislativo quando edita normas abstratas.¹⁵⁶

No que tange o controle de constitucionalidade das leis, também considerando o exercício pelo Tribunal Constitucional, entende Kelsen que a Constituição deve sempre ser considerada em seu sentido jurídico-positivo, ou seja, é a lei fundamental de um Estado. Não obstante, a Constituição desenvolve outro papel relevante, o de regular a produção de normas gerais, podendo também determinar o conteúdo das futuras leis.¹⁵⁷ Significa dizer que todas as normas jurídicas devem se adequar à Constituição, sob pena de inconstitucionalidade.

Por isso Kelsen preconiza que a atuação do Poder Legislativo pode ser obstada pelo Judiciário, que exerce, no controle de constitucionalidade das leis, uma função legislativa negativa,¹⁵⁸ evitando que uma norma inconstitucional tenha validade.

¹⁵³ BURDEAU, Georges. **Droit constitutionnel et institutions politiques**. 8. ed. Paris: Librairie Juridique Lgdj.fr, 1959, p. 440.

¹⁵⁴ KELSEN, **Teoria pura do direito**, op. cit., p. 260.

¹⁵⁵ Ibid., p. 266.

¹⁵⁶ Loc. cit.

¹⁵⁷ KELSEN, **Teoria pura do direito**, op. cit., p. 249.

¹⁵⁸ KELSEN, **Teoria geral do direito e do estado**, op. cit., p. 261.

Diante de tais considerações não é difícil compreender porque Kelsen é ferrenho crítico da separação dos Poderes, como proposto por Montesquieu (Legislativo, Executivo e Judiciário). Na visão de Kelsen, há apenas duas atividades precípuas, a de criar e a de aplicar o Direito. Logo, no entender do autor, não seria possível que o Estado atribuísse a um Poder a criação do Direito e a outro a possibilidade de aplicá-lo, executá-lo, de modo tão exclusivo que nenhum órgão venha a cumprir simultaneamente ambas as funções.¹⁵⁹ Os órgãos exercem, para Kelsen, funções típicas e atípicas.

Kelsen vai além, e defende que a separação dos Poderes, da forma tradicionalmente apresentada, não é democrática, já que a noção de Democracia é de que todo o poder concentra-se nas mãos do povo; e, onde não é possível a democracia direta (inexistente nos Estados contemporâneos), todo o poder deve ser exercido por um órgão colegiado, cujos membros serão eleitos pelo povo e juridicamente responsáveis perante ele, pois é o órgão legislativo que tem o maior interesse em ver suas normas rigorosamente executadas. Assim, Kelsen conclui que a democracia clama que ao Legislativo seja dado o controle sobre os órgãos do Poder Executivo e do Judiciário.¹⁶⁰ Daí porque, segundo Kelsen, a revisão judicial da legislação é uma transgressão evidente deste princípio, que em muitas Constituições é considerado como um elemento específico da Democracia.¹⁶¹

Contrariamente à tese defendida por Schmitt, que via no Chefe do Estado, especialmente na Alemanha, a personalidade encarnada do guardião da Constituição, Kelsen mostrava a preocupação de resguardar valores democráticos através do Direito, vislumbrando um sistema concentrado de jurisdição constitucional: a) que passava pela consideração da Constituição como uma norma jurídica portadora dos valores supremos da ordem jurídica e, portanto, fonte de validade das normas inferiores; b) cuja supremacia haveria de ser respeitada pela atuação de um tribunal especial, criado para se situar fora da organização jurisdicional ordinária, mediante um controle de constitucionalidade concentrado; c) composto de juízes com especial conhecimento técnico-jurídico e sensibilidade política aguçada; e, por fim, d) dotado de sentença com efeitos gerais e vinculantes.¹⁶²

¹⁵⁹ Loc. cit.

¹⁶⁰ Loc. cit.

¹⁶¹ Loc. cit.

¹⁶² Loc. cit.

Dessa forma, tentava estruturar racionalizadamente uma jurisdição constitucional, ao mesmo tempo em que, paradoxalmente, buscava refrear a tendência crescente na Europa de um governo de juízes, patrocinada pela doutrina da Escola Livre do Direito. Pela força revogadora das suas decisões, dotadas de eficácia *erga omnes*, haveria de ser o Tribunal Constitucional um “legislador negativo”. O Poder Legislativo dividia-se, assim, em dois: o Poder do legislador positivo, e o do legislador negativo, com poder de anular leis incompatíveis com a Constituição.

2.1.3.5.1. O Modelo Centrado nas Leis e o Modelo Centrado da Defesa de Direitos

Levando-se em consideração os fins perseguidos pela jurisdição constitucional, é possível classificá-la em dois modelos distintos: o modelo centrado nas leis e o pautado na defesa dos direitos.¹⁶³

Em efeito, as Cortes Constitucionais não foram criadas com a missão preponderante de defesa dos direitos fundamentais.

A experiência do federalismo em alguns países europeus provocou o aparecimento de novas formas de solução jurisdicional de conflitos constitucionais na tentativa de harmonizar as ordens centrais e locais de poder.

Cumprir esclarecer que o modelo centrado na lei objetiva a harmonia e coerência da ordem jurídica, por meio de instrumentos e mecanismos de depuração das leis e atos que atentem contra a Constituição. Instaura-se, em regra, por meio de ação direta e concentrada, processo objetivo em que não há partes com interesses particulares concretos, mas detentores de poder constitucional para salvaguarda de competências e organizações definidas na Constituição. Neste modelo, apenas indiretamente pode-se ter a proteção dos direitos fundamentais ou constitucionais.¹⁶⁴

Por sua vez, o modelo centrado na defesa de direitos tem como finalidade imediata a preservação dos direitos constitucionalmente consagrados, podendo produzir, por via de consequência e apenas incidentalmente, a consistência normativa do ordenamento. Sua forma mais marcante é a do controle difuso ou estadunidense,

¹⁶³ LLORENTE. Francisco Rubio. Tendencias Actuales de la Jurisdicción em Europa. In: LLORENTE, Francisco Rubio; CAMPO, Javier Jiménez. **Estudios sobre juriscicción constitucional**. Madrid: MacGraw-Hill, 1998.

¹⁶⁴ Em muitos lugares tem-se discutido se um sistema de jurisdição constitucional assim concebido não passaria de uma “jurisdição de direito objetivo” ou uma “jurisdição centrada na lei” (PIZETTI, Franco; ZAGREBELSKY, Gustavo. **Non manifesta infondatezza e rilevanza nell’instaurazione incidentale del quudizio sulle leggi**. Milano: Giuffrè, 1972, p. 128).

mas se hão de acrescentar certos instrumentos processuais concentrados de defesa de direitos fundamentais, como, no caso do Brasil, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), prevista no artigo 102, § 1º, da Constituição Federal de 1988.

2.1.4 Sobre a Legitimidade Democrática do Poder Judiciário e o Protagonismo Judicial

O exercício da função Política pelo Judiciário é questão central nesta tese, pois que se coloca no limite da (in)distinção entre Direito e Política. Necessário questionar, portanto, a legitimidade democrática do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal, para o enfrentamento de temas fortemente relacionados com escolhas políticas da sociedade, questionando se o exercício de função política pela Corte Constitucional é usurpação de poderes que só deveriam ser exercidos por órgãos eletivos e pelo próprio eleitorado.

Assim, convém examinar os argumentos contrários e favoráveis, relativos à legitimidade da Corte Constitucional para o desempenho do exercício de função política. Antes, porém, é necessário averiguar alguns aspectos específicos do texto e do contexto da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido cabe recordar que a Constituição Federal de 1988 é o marco da transição democrática, promulgada após um período de exacerbada hipertrofia do Poder Executivo, caracterizado pelo protagonismo militar, com ascendência direta sobre os órgãos de representação popular. Não por acaso, portanto, o constituinte, ao fazer contraponto ao Poder Executivo, ampliou as atribuições do Legislativo e Judiciário, transferindo competências para o Congresso Nacional, reforçando a independência do Poder Judiciário e a autonomia do Ministério Público em relação ao governo.

Também no sentido de garantir a transição democrática, a Constituição estabeleceu, de forma inédita, um amplo elenco de direitos e garantias fundamentais, com analítica atenção a direitos e sujeitos de direito que passaram a ter especial proteção, em temas como família, crianças e adolescentes, idosos, saúde, educação, previdência, economia, relações de consumo, comunicação, índios, proteção do meio ambiente, entre outros.

No campo das garantias Políticas e jurídicas a Constituição de 1988 também foi pródiga, fortalecendo e dando renovado tratamento a institutos como o Mandado de Segurança que passou a assumir também a forma coletiva, além de introduzir institutos originais como o Mandado de Injunção e o *Habeas Data* e também um modelo de controle de constitucionalidade misto, que coaduna características do modelo difuso e concentrado.

Como consequência, as modificações trazidas pela Constituição Federal de 1988 comportam um Judiciário com Poder renovado e com tendência ao protagonismo na salvaguarda da Constituição e dos direitos fundamentais.

As evoluções da atuação do Supremo Tribunal Federal na direção de se tornar um tribunal de jurisdição ordinária e, simultaneamente, político, atuando como fator condicionante do processo político, provocou controvérsias no mundo jurídico e na esfera Política.

Os principais argumentos que questionam a legitimidade democrática dos tribunais para assumir função política encontram fundamento na supremacia do parlamento como espaço privilegiado da Política, nos moldes europeus. Nesse sentido, um argumento sólido é proposto por Dworkin, que com o chamado “argumento da democracia” alerta para o fato de os juízes não serem eleitos ou reeleitos.¹⁶⁵ Nesta perspectiva, a ausência de um mandado democraticamente decidido, descredenciaria os juízes para agir como legisladores. Como observa o autor:

As decisões políticas, segundo este argumento, devem ser tomadas por funcionários eleitos pela comunidade com um todo, que possam ser substituídos periodicamente da mesma maneira. Esse princípio aplica-se a todas as decisões políticas, inclusive à decisão de quais direitos os indivíduos têm e quais destes deve ser possível impor judicialmente. Os juízes não são eleitos nem reeleitos, e isso é sensato porque as decisões que tomam ao *aplicar* a legislação tal como se encontra devem ser imunes ao controle popular. Mas decorre daí que não devem tomar decisões independentes no que diz respeito a modificar ou expandir o repertório legal, pois essas decisões somente devem ser tomadas sob controle popular.¹⁶⁶

Há outros argumentos a serem considerados. O primeiro remete à violação do princípio da separação dos poderes, que é base da democracia representativa e que

¹⁶⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 56.

preconiza a separação entre as funções de legislar, administrar e julgar. O segundo concerne à politização da justiça, que se encontra na base do pensamento de Schmitt:

Lo mas cómodo es concebir la resolución judicial de todas las cuestiones políticas como el ideal dentro de un Estado de Derecho, olvidando que con la expansión de la Justicia a una materia que acaso no es ya justiciable sólo perjuicios pueden derivarse para el poder judicial. [...] la consecuencia no sería una judicialización de la Política, sino una politiquización de la Justicia.¹⁶⁷

Esta crítica parte da premissa de que quanto maior o grau de politização do juiz, menor o grau de segurança e previsibilidade nas decisões.

Sem esgotar a matéria, pode-se ainda aventar o fato de os juízes formarem uma classe integrada à elite da estrutura social, o que torna o Judiciário o menos popular dos três Poderes da República. Em efeito, esse argumento remonta ao pensamento do próprio Montesquieu, quando se posicionava em favor de um Judiciário composto por juízes temporários, que não constituíssem um corpo separado do restante da população, marcado por interesses próprios e não sujeito às regras comuns a todos os demais indivíduos.

Outra questão a ser considerada, nada banal, já reportada por Schmitt,¹⁶⁸ decorre do fato de os tribunais constitucionais fixarem sua própria competência.

Dentre os argumentos em defesa da legitimidade democrática dos tribunais, e em particular dos tribunais constitucionais, destaca-se a fundamentação da existência e da ação do Tribunal Constitucional na própria Constituição, para a proteção da integridade do corpo constitucional. Nesse sentido, é exatamente o caráter **contramajoritário** dos tribunais que pode lhe garantir a isenção necessária para proteção da supremacia e a força normativa da Constituição, inclusive, e, sobretudo, contra a vontade da maioria, em defesa das minorias quando necessário (especialmente em decorrência dos direitos fundamentais). O mesmo princípio da separação de poderes evocado anteriormente daria sustentação aos defensores da legitimidade da função política exercida pelos tribunais, por consagrar o sistema de freios e contrapesos.

¹⁶⁷ “O mais cómodo é conceber a resolução judicial de todas as questões políticas como o ideal dentro de um Estado de Direito, esquecendo-se que com a expansão da Justiça para um assunto que talvez já não seja justificável, apenas danos podem ser ocasionados para o Judiciário. [...] a consequência não seria uma judicialização da Política, mas uma politização da Justiça” (tradução livre) (SCHMITT, **La defensa de la constitución**, op. cit., p. 58).

¹⁶⁸ SCHMITT, **Teoría de la constitución**, op. cit.

Hamilton, quase duas décadas antes do julgamento do caso *Marbury vs. Madison*, considerando marco no controle de constitucionalidade na Suprema Corte norte-americana, sobre a importância da atuação das Cortes Constitucionais já destacava:

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 de ação 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 juízes. Em consequência, cabe-lhes interpretar seus dispositivos, assim como o significado de quaisquer resoluções do Legislativo. Se acontecer uma irreconciliável discrepância entre estas, a que tiver maior hierarquia e validade deverá, naturalmente, ser a preferida; em outras palavras, a Constituição deve prevalecer sobre a lei ordinária, a intenção do povo sobre a de seus agentes.¹⁶⁹

Hamilton, por sua vez, rejeita o argumento de que a atuação da Corte Constitucional, no que tange o controle de constitucionalidade das leis, seja usurpação de funções legislativas ou violação ao princípio da tripartição dos poderes, nos seguintes termos:

Cabe por fim observar que o risco de invasões, por parte do judiciário, na autoridade do Legislativo, tantas vezes mencionado, não passa de uma fantasia. Podem ocorrer de quando em vez interpretações errôneas e violações da intenção do legislador, mas sem atingir um grau capaz de afetar a ordem do sistema político, como pode ser inferido seguramente da natureza geral do Poder Judiciário, dos assuntos a ele referentes, da maneira como o exerce, de sua relativa fraqueza e sua total incapacidade para recorrer à força em apoio às suas usurpações.¹⁷⁰

De fato, há de se considerar que quando a Corte Constitucional obsta a validade de uma lei destacando a sua inconstitucionalidade, declarando-a nula, não usurpa funções do Poder Legislativo, principalmente porque não tem o condão de estatuir outra norma, coloca-la em vigência no lugar daquela que declarou inconstitucional. Esta função de legislar continua sendo do Poder Legislativo.

¹⁶⁹ MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

¹⁷⁰ Ibid.

Isso se deve porque em virtude do princípio da Separação de Poderes cada Poder do Estado possui suas competências bem delimitadas, o que ganha força se considerado o fato de que existe expressa determinação. No caso do ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, de que a convivência entre os Poderes seja harmônica na consecução dos objetivos da República, cada Poder não pode limitar o campo de atuação do outro.

Desta feita, o exercício da função jurisdicional, em especial no que tange o controle de constitucionalidade, ainda quando assume função política declarada, não viola o princípio da Separação de Poderes, pois mantém a ação dos demais poderes dentro dos limites traçados pela Constituição.

Também o fato das decisões dos tribunais constitucionais serem públicas, quase sempre motivadas e articuladas, e geralmente baseadas nas alegações das partes, o modo de escolha de seus integrantes, o perfil dos nomeados, a possibilidade ampla de acesso e a possibilidade de controle sobre os juízes se colocam dentre os argumentos que sustentam a legitimidade democrática.

No Brasil, de acordo com a Constituição de 1988 (artigo 5º, XXXV), o Poder Judiciário não pode deixar de agir quando houver violação ou ameaça de violação a regras e princípios constitucionalmente assegurados (proibição de juízos de *non liquet*), especialmente quando relacionados com direitos fundamentais. Na defesa dos valores constitucionais ocorre mesmo a politização da justiça, mas somente no sentido da afirmação e proteção racional e devidamente fundamentada desses valores, dentro dos limites estabelecidos pelas próprias disposições constitucionais.

Nesse sentido, é legítima a postura jurisdicional interventiva e ativa em face dos demais poderes, por conta de ações ou omissões, legislativas ou executivas, inconstitucionais. O que importa é a concretização dos direitos fundamentais, cabendo ao Poder Judiciário, especialmente ao Supremo Tribunal Federal, enfrentar temas fortemente relacionados com escolhas políticas da sociedade. O agir do Supremo Tribunal Federal não significaria, assim, intervenção na atuação dos demais poderes ou atentado à democracia. Superam-se em nome dos direitos fundamentais as apreensões de Dworkin, que cumpre observar, tem como referência das suas análises um modelo constitucional bem diferente do sistema constitucional brasileiro.

Neste contexto, cresce em relevância a utilização da hermenêutica concretizadora e da metódica constitucional para garantir a racionalidade jurídico-constitucional das decisões da suprema corte sobre questões políticas e temas de

forte dissenso na sociedade, especialmente no que toca a proteção dos direitos fundamentais.

2.1.4.1 O Ativismo Judicial

O traço distintivo mais proeminente do Poder Judiciário em relação aos demais poderes do Estado, segundo Hesse,¹⁷¹ não está na função de aplicar o Direito, já que isso é feito, de forma mais ou menos intensa, pelos diversos órgãos estatais. O que caracteriza a atividade jurisdicional, no entender do autor, é a prolação de decisão autônoma e vinculante em casos de direitos ameaçados ou lesados.

No caso brasileiro, a Constituição de 1988 deu aos tribunais um poder de autogoverno, consistente na autonomia administrativa e financeira como nenhuma outra o fizera. Afastando qualquer forma desvirtuante de abstração, cumpre enfatizar que o Judiciário tem existência no mundo do ser, com estrutura material e imaterial, esta que se perfaz nos efeitos micro e macro processual das suas decisões. Contudo, o objeto da atividade do Judiciário, que é a aplicação do Direito, é frequentemente associado à epistemologia, por meio de uma sobreposição desvirtuada da Teoria do Direito e do positivismo jurídico, que paradoxalmente nega a positividade da Constituição.

Não são poucas as correntes doutrinárias antagônicas que se debruçam sobre discussões teóricas no que toca a intensidade ou dimensão da função política que o Judiciário no espaço democrático deve exercer, não no sentido de uma força político-partidária, mas no sentido de contribuir de forma eficaz para alcançar os objetivos do Estado Social e Democrático de Direito, onde o primado do Direito seja prevalente e a força normativa da Constituição garantida.

Dentro do princípio da harmonia e interdependência dos Poderes, os tribunais constitucionais exercem força política basicamente em relação a quatro grandes temas nucleares: separação dos poderes, federalismo, direitos fundamentais e funcionamento das instituições democráticas.

Os discursos reverberam com maior intensidade quando os parlamentares, movidos pelo temor de desagradar eleitores, transferem ao Poder Judiciário a decisão sobre “casos difíceis” que, a princípio, deveriam ser resolvidos na seara própria que é

¹⁷¹ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha**, op. cit., p. 411.

o parlamento. Neste cenário destacam-se os “casos difíceis” decididos recentemente sob a chancela da leitura moral da Constituição e que fomentaram acaloradas discussões sobre o papel do Supremo Tribunal Federal.¹⁷²

Esses conflitos entre Direito e Política são evidentemente prejudiciais à estrutura democrática do país. Marcelo Neves esclarece que “o efeito destrutivo da Política sobre o Direito afeta não apenas a racionalidade jurídica, mas também produz consequências autodestrutivas para a própria racionalidade política democrática”¹⁷³.

Conforme a crítica mais frequente o *ativismo judicial*, depreendido das decisões em tais casos, não respeitou a ‘intenção do legislador’ expressa no texto constitucional e legal, estariam assim os magistrados usurpando a função legislativa, restringindo o campo do debate político democrático e, portanto, colocando em risco a própria democracia. Nesta perspectiva crítica, as decisões teriam sido tomadas sob o signo da vontade de juízes que “descobriram” ou “acharam” princípios e regras definidas e preexistentes, em clara adoção da fenomenologia hermenêutica. Com base no pensamento de Paul Ricoeur, pode-se afirmar que esses magistrados, em suas decisões no caso concreto “interpretaram um conteúdo e um significado manifesto ou escondido” ou “desvelado para além do conteúdo manifesto”.¹⁷⁴ Após o que, amparados em uma “prerrogativa soberana de escolha”, “legislaram” sem o mandato para tal.

Nessa direção de sentido, o Supremo Tribunal Federal talvez erroneamente tenha importado essa nova postura ativista do direito americano, onde a Suprema Corte americana se tem comportado como “uma convenção constitucional contínua”.¹⁷⁵

Em efeito, ganha corpo, em diferentes campos disciplinares, a crítica ao ativismo judicial característico do sistema estadunidense, que estaria influenciando,

¹⁷² “Muitos poderiam ser os exemplos da expansão da autoridade do Supremo nestes últimos vinte anos. Afinal, é difícil pensar em um tema relevante da vida política contemporânea que não tenha reclamado ou venha a exigir a intervenção do Supremo Tribunal Federal” (VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia. Revista Direito GV*. São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-462, jul./dez. 2008, p. 451).

¹⁷³ NEVES, *Transconstitucionalismo*, op. cit., 81.

¹⁷⁴ RICOEUR, Paul. *Teoria da interpretação*. Tradução de Artur Morão. Porto: Porto Editora, 1995.

¹⁷⁵ Nas conhecidas palavras de Woodrow Wilson, “o fato de durante 170 anos de vida constitucional nos Estados Unidos da América terem sido poucas as emendas constitucionais (vinte e duas ao todo) se explica pela Corte Suprema ter agido como se fosse ‘uma convenção constitucional contínua’, de modo que ‘quase se pode dizer que a Constituição é emendada todas as segundas-feiras, pela manhã, quando a Corte Suprema toma suas decisões” (WILSON *apud* SILVEIRA, Alípio. *A Suprema Corte na Remodelagem da Democracia Americana*. In: **O poder judiciário e a constituição**. Porto Alegre: AGE, 1977, p. 111).

ou sendo importada de forma acrítica, uma forma de *cross-border constitutionalism* na trilha dos processos de globalização e de flexibilização de direitos, em detrimento da força normativa da Constituição e das formas de Estado de Bem-estar Social em diferentes países do mundo, inclusive da Europa.

Essa importação ou “implante constitucional” aliada à *soft law* no direito internacional¹⁷⁶ seriam instrumentais para a ordem econômica mundial, no sentido de garantir ou não oferecer resistência à hegemonia econômica na regulação das relações e trocas em um mundo sempre mais globalizado: neoliberal na economia e neoconservador na Política.¹⁷⁷

Estes vetores estariam impulsionando as rearticulações institucionais no sentido de dismantelar o Estado de Bem-estar Social e de revogar tacitamente importantes dispositivos e garantias constitucionais. Nesse sentido é emblemático o título da obra do constitucionalista italiano Carlo Amirante, então catedrático na Faculdade de Direito da Universidade Federico II de Nápoles, qual seja, “*Dalla forma stato ala forma mercato*”, ou seja, “Da forma Estado à forma mercado”.¹⁷⁸

A noção de constitucionalismo econômico, que se consolidou na década de 80 do século passado,¹⁷⁹ foi forjada por teóricos liberais desejosos de restringir os poderes econômicos, monetários e fiscais de governos considerados muito inclinados a ser influenciados por grupos de interesses ou sacrificar ações de planejamento econômico por interesses imediatistas. Em matéria fiscal, a intervenção desses economistas consistiu basicamente em incluir na Constituição princípios obrigatórios para os governantes, tais como a obrigação de apresentar orçamentos equilibrados, limitação de despesas públicas a uma determinada percentagem do produto interno bruto, limitação ao crescimento da oferta de crédito, dentre outros. Embora essas medidas tenham sido defendidas num contexto ideológico de crítica do Estado e de louvor ao mercado, não se pode negar a solidez teórica do constitucionalismo econômico.

¹⁷⁶ Para uma análise detalhada da *soft law* para a evolução do Direito Internacional, consultar: GREGÓRIO, Fernando da Silva. Consequências sistêmicas da *soft law* para a evolução do direito internacional e o reforço da regulação global. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 5, abr./jun. 2016, p. 01-30.

¹⁷⁷ DULCE FARIÑAS, Maria José. **Democracia y pluralismo: una mirada hacia la emancipación**. Madrid: Editorial Dykinson, 2014.

¹⁷⁸ AMIRANTE, Carlo. **Dalla forma stato ala forma mercato**. Torino: Giappichelli, 2008.

¹⁷⁹ Ver os estudos reunidos na obra de: MCKENZIE, Richard. **Constitutional economics: Containing the Economic Powers os Government**. Lexington: Lexington Books, 1984.

Um dos expoentes dessa corrente doutrinária foi James Buchanan, prêmio Nobel de Economia de 1986, cuja obra¹⁸⁰ ilustra bem a questão. Em efeito, para o constitucionalismo econômico, a política é estruturalmente incapaz, tanto em termos cognitivos, quanto informativos, de gerenciar racionalmente a Economia para o benefício de todos. Seria necessário, então, restringir o seu campo de ação.

O desenvolvimento do constitucionalismo econômico, segundo Buchanan, é uma forma de progresso democrático. Mais constitucionalismo, para ele, significa mais Democracia. Isso equivale a dizer que a Política atinge seus objetivos, afinal, no Direito, o que aumenta consideravelmente a importância do Poder Judiciário, em geral, e das Cortes Constitucionais, em particular, na contemporaneidade.

Por outro vértice, parte da doutrina observa essa aproximação como uma característica saudável da aproximação dos sistemas de *common law* e *civil law*, sempre mais inter-relacionados no contexto dos processos de globalização. Barroso, por exemplo, encontra nesta aproximação uma das características constitutivas do neoconstitucionalismo.¹⁸¹

Nesse cenário, o ativismo judicial se relaciona com a crise da democracia representativa, abrindo espaço para a judicialização da Política como resposta pragmática ou realista à inoperatividade do sistema político na tomada de decisões fundamentais.

Nessa postura proativa os juízes adjudicariam o poder de decidir sobre questões das mais variadas, passando a funcionar com legisladores e podendo participar inclusive do processo de formulação de políticas públicas como “verdadeiros autores de leis”.¹⁸²

Sob muitos aspectos pode-se observar que o avanço dos tribunais sobre o campo da política majoritária surte efeitos em muitos outros países, não só no Brasil, desde o final da segunda guerra mundial.

Barroso,¹⁸³ ao abordar a importância das Cortes Constitucionais na atualidade destaca o exemplo da Suprema Corte de Israel, que deu a última palavra sobre a

¹⁸⁰ BUCHANAN, James McGill. **The limits of Liberty**: Between Anarchy and Leviathan. Chicago: The University of Chicago Press, 1975.

¹⁸¹ A propósito, veja: BARROSO, Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito, op. cit.

¹⁸² PRITCHETT, C. Herman *et al.* A supremacia judicial de Marshall a Burger. *In: Ensaios sobre a Constituição dos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1978.

¹⁸³ BARROSO, Luís Roberto Barroso. A ascensão política das Supremas Cortes e do Judiciário. **Consultor Jurídico**, 06 jun. 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-jun-06/luis-roberto-barroso-ascensao-politica-supremas-cortes-judiciario>>. Acesso em: 01 set. 2018.

construção de um muro demarcando a fronteira entre o Estado de Israel e o território da Palestina.

Os exemplos se multiplicam. No âmbito da União Europeia vários são os exemplos de atuação dos Tribunais Constitucionais que demonstram o fenômeno da judicialização da Política. Na França, por exemplo, tem-se a atuação do *Conseil Constitutionnel*,¹⁸⁴ decisivo para o patrocínio e reformas como o programa de nacionalização patrocinado pelo governo François Mitterrand, a política universitária e a política de competitividade incluída na Lei de Imprensa de 1984.¹⁸⁵

Tem-se, também, na Alemanha, a atuação do Tribunal Constitucional que se revelou relevante para a determinação da dinâmica do processo político e de seus resultados em diversas áreas substantivas que vão da política externa (*ostpoliti*) até a política universitária e a política de relações industriais.¹⁸⁶

Na Inglaterra, a proibição administrativa estabelecida pelo governo de Margaret Thatcher, de formação de sindicatos no serviço público, bem como a política de fechamento de escolas do sistema público de ensino secundário sem consulta prévia aos pais de alunos, foi objeto de apreciação e intervenção dos tribunais.¹⁸⁷

Ainda na União Europeia, tem-se na Itália, a "politização" da magistratura mediante reformas na estrutura da carreira e dos órgãos de representação profissional desde o final da década de 1960¹⁸⁸ determinou um aumento de intervenções judiciais em setores como as relações industriais, a defesa de "interesses difusos" e a repressão ao terrorismo.

Nos Estados Unidos, Thomas Jefferson foi o primeiro a desenvolver a concepção de uma democracia reflexiva, preocupado em aumentar os poderes dos cidadãos sobre as instituições do Estado. Enquanto James Madison estava preocupado, como bom liberal, com os riscos de transbordamento das maiorias

¹⁸⁴ A qualificação do *Conseil Constitutionnel* como órgão político se deve (i) à escolha de seus membros; (ii) ao modo de atuação; (iii) à falta de um contraditório e de partes num sentido técnico e (iv) ao caráter preventivo do controle de constitucionalidade (CAPPELLETTI, **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**, op. cit., p. 29).

¹⁸⁵ Na decisão que bloqueou o programa de nacionalização de Mitterrand, o *Conseil Constitutionnel* adotou claramente razões alheias a critérios de política econômica em sentido estrito, apoiando-se na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

¹⁸⁶ STONE, A. judging socialist reform. **Comparative Political Studies**, v. 26, n. 4, p. 443-469, jan. 1994.

¹⁸⁷ STERETT, S. Judicial review in Britain. **Comparative Political Studies**, v. 26, n. 4, p. 421-442, jan. 1994.

¹⁸⁸ GUARNIERI, C. Magistratura e política: il caso italiano. **Rivista Italiana di Scienza Politica**, M, v. 1, p. 3-32, 1996.

populares, Jefferson, por sua vez, considerava que o principal problema residia na “tirania das legislaturas”. Nessa perspectiva, portanto, o controle judicial de constitucionalidade pode ser assimilado a um poder popular de resistência. Na mesma linha, Jefferson defende a adoção de uma declaração de direitos, entendendo-a como um meio de garantir o povo contra o Governo. Se o risco de opressão está, antes de tudo, no Governo, o que o limita é um meio para fortalecer o poder dos cidadãos. O controle judicial de constitucionalidade pode ser entendido, nesse contexto, como o equivalente a um mecanismo de democracia direta.¹⁸⁹

Nos Estados Unidos a preeminência do Poder Judiciário e a consequente transição das relações entre os poderes estatais, passando o Judiciário a desempenhar um papel político não somente no controle do Executivo, mas também do Legislativo, encontra fundamento já na decisão da Suprema Corte no julgamento do caso *Marbury versus Madison*, precursor do controle de constitucionalidade das leis.¹⁹⁰

O caso *Marbury versus Madison*, julgado em 1803 pela Suprema Corte dos Estados Unidos, é um marco do constitucionalismo universal, por ter estabelecido as bases do *judicial review*. E quando se fala do controle judicial é justo que se lembre de John Marshall (1755-1835), o *Chief Justice* que presidiu o tribunal naquele julgamento. Quando ainda era convencional da assembleia da Virgínia no momento da ratificação da Constituição Federal, Marshall enfatizara que toda lei incompatível com a Constituição deveria ser declarada “nula e írrita”.¹⁹¹

Neste caso, a Suprema Corte americana afastou norma editada pelo Poder Legislativo com o fito de evitar o agravamento de tensão política entre o Poder Judiciário e o Executivo eleito. É importante lembrar que com o governo republicano e as duas Casas do Congresso, ambas dispendo de maioria republicana, os juízes da Suprema Corte, de linha federalista, corriam o risco de *impeachment*.¹⁹² A partir desse julgamento ficou consolidada a atribuição do Poder Judiciário confrontar atos dos demais poderes em face da Constituição.

¹⁸⁹ Frank Michelman convida assim a entender o constitucionalismo ao considerar a superposição entre lei-regra e auto-regulação (MICHELMAN, Frank. Law’s Republic. **The Yale Law Journal**, v. 97, n. 08, jul. 1988, p. 1499).

¹⁹⁰ JUCÁ, Francisco Pedro. Judicialização da política e politização do judiciário. **Ciência jurídica**, v. 13, n. 85, p. 39-54, jan./fev. 1999.

¹⁹¹ SCHWARTZ, Bernard. **A history of the Supreme Court**. New York: Oxford University Press, 1993, p. 12.

¹⁹² *Ibid.*, p. 58.

Thomas Jefferson jamais concordou com tais poderes aos juízes. De acordo com o seu pensamento, a “Constituição [...] era um mero objeto de cera nas mãos do judiciário, que eles (juízes) podiam torcer e modelar do jeito que lhes aprouvesse”¹⁹³

Segundo Herman Schwartz¹⁹⁴, pelos precedentes poder-se-ia concluir que os juízes das Cortes Constitucionais, no mundo contemporâneo, não são apenas membros do Judiciário, são também *governantes*, que compartilham a função essencialmente política de atribuir discricionária ou autoritariamente valores para as políticas públicas. Em solo americano, mais especificamente, não existiria uma linha demarcatória entre o Direito e a Política. Conforme o magistrado americano, a Constituição é foco contínuo de filosofias conflitantes sobre o Direito e a Política que a Suprema Corte deve escolher.

Observando o protagonismo alcançado pelo Poder Judiciário nos dias de hoje, Barroso enfatiza “a fluidez da fronteira entre Política e Direito no mundo contemporâneo”.¹⁹⁵

No caso brasileiro é perceptível o impacto que as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal vêm provocando nos demais órgãos do Judiciário. Percebe-se, por igual, o fato de os magistrados estarem (ou acharem-se) autorizados a investigar amplo e complexo conjunto de elementos morais e políticos, no caso concreto, mesmo que para isso seja preciso reconstruir o processo, remodelar normas ou revisar criativamente o texto constitucional e conceitos tradicionais, tudo sob a alegação de decidir para dar respostas aos anseios sociais. A depender para que lado penda o fiel da balança, se estará diante do ativismo judicial, da judicialização da Política ou da politização da justiça.

Por outro lado, é questionável se a autocontenção do Supremo Tribunal Federal pode configurar omissão inconstitucional, como aparentemente pode ter ocorrido no controle judicial (ou na ausência dele) do processo de *impeachment* ocorrido no país em 2016, tema a ser tratado no último capítulo dessa tese.

¹⁹³ Ibid., p. 53.

¹⁹⁴ SCHWARTZ, Herman. A Brief History of Judicial Review. In: SCHEDLER, Andreas; DIAMOND, Larry; PLATTNER, Marc. **European studies seminar: democratic accountability in the new europe**, 1999. Disponível em: <<https://www.princeton.edu/~amoravcs/library/account.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2018.

¹⁹⁵ BARROSO, A ascensão política das Supremas Cortes e do Judiciário, op. cit.

2.1.4.2 A Judicialização da Política como Instrumento Político Estratégico

A difusão do debate sobre a ingerência do Judiciário na Política, e os riscos que acarreta ao sistema democrático, fez com que a atenção da Ciência Política brasileira se voltasse para o assunto. A década de noventa foi a mais profícua em abordagens sobre dimensão Política da atuação do Judiciário em geral, e do Supremo Tribunal Federal em particular, principalmente ou sobre o impacto político do funcionamento das Cortes judiciais.

Atribui-se a introdução do tema no cenário nacional a Marcus Faro de Castro que, em 1996, publicou o trabalho *O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da Política*.¹⁹⁶

Na pesquisa desenvolvida para avaliar especificamente como o processo judicial interage com e influencia o sistema político democrático, Castro fundamentava a observação a partir de Adorno, Shapiro e Stone, Tate e Vallinder, Habermas, Santos, Marques e Pedroso, Neves, Carvalhosa, Cardoso de Oliveira, Guarnieri, dentre outros. Da bibliografia referenciada é possível observar que a interpretação do papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal no campo da Política possui vozes dissonantes. Algumas seguem no sentido de afiançar a presença do Tribunal em eventos políticos durante o regime militar como importante ator desde o início do processo de abertura Política. Outras, em tons críticos, afirmam que durante o processo de transição do regime militar para o regime democrático o Supremo Tribunal Federal ou esteve ausente ou a jurisdição constitucional esteve submissa aos interesses dos militares,¹⁹⁷ não sendo utilizada como um dos três Poderes da República em favor da democratização do país. Para estes, a mesma Corte que cedo se amoldou às conveniências militares optou tardiamente por ser, ou parecer, guardiã zelosa da democracia.

O fato é que, a partir da Constituição Federal de 1988 a participação do Supremo Tribunal Federal na vida pública do país se alterou e a atenção da Ciência Política, aliando-se aos estudos jurídicos, voltou-se à análise das consequências da

¹⁹⁶ CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 12, n. 34, 1997.

¹⁹⁷ Convém lembrar que a Constituição brasileira de 1988 suprimiu o monopólio de ação conferido ao Procurador-Geral da República no controle concentrado de constitucionalidade. A extensa lista de legitimados presentes no texto constitucional (artigo 193) confirma que o constituinte pretendeu democratizar a via de acesso ao controle concentrado no Brasil.

atuação do Poder Judiciário para a criação e a sustentação da Democracia, debatendo os fenômenos do ativismo judicial, da judicialização da Política e da politização da justiça, fenômenos comuns à sociedade contemporânea.

Castro defende que no Brasil a mais alta Corte do país, quando se debruça sobre a análise de questões políticas, acaba atuação em ações políticas e não jurisdicionais, com caráter informal do poder, sem prejuízo das ações de natureza jurisdicional, nas quais há o exercício formal da autoridade judicial,¹⁹⁸ como preconiza o princípio da Separação de Poderes.

No primeiro caso se encontram pronunciamentos e declarações de juízes à imprensa em posicionamento distinto do que decorre do exercício do cargo. Conforme Castro:

Pronunciamentos *não-jurisdicionais* (mas às vezes oficiais, como discursos de posse) de juízes têm efeito político relevante do ponto de vista da interação entre o sistema judicial e o sistema político. Assim frequentemente, ministros do STF têm se pronunciado contrariamente à instituição do "controle externo" do judiciário (Castro, 1995). De modo semelhante, o presidente do STF tem por vezes se pronunciado sobre políticas governamentais, implementadas ou em processo de tramitação no Legislativo, como no caso da reforma da indústria de telecomunicações (id), subsequentemente levada a julgamento. Também relevantes do ponto de vista político têm sido os pronunciamentos das associações de magistrados sobre as relações entre os poderes, tal como a "Carta de Fortaleza" (Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho, 1995) e a "Carta de Macapá" (Colégio Permanente de Presidentes de Tribunais de justiça do Brasil, 1997).¹⁹⁹

Ainda segundo Castro, há de se considerar nas ações jurisdicionais, que não raras vezes os julgadores se pronunciam oficialmente por meio de despachos, sentenças, votos, acórdãos e decisões liminares, afastando o caráter político de suas manifestações:

Por outro lado, as ações jurisdicionais dos tribunais judiciais, especialmente o STF, têm sido frequentemente marcadas por confrontações institucionais nas quais não raro se envolvem partidos políticos, que procuram agir através do Judiciário (Castro, 1993). Em tais episódios de confrontação institucional, misturam-se ações de caráter *jurisdicional* com ações de caráter *não-jurisdicional*. Um exemplo foi o episódio da "revisão constitucional" de 1993. Outros

¹⁹⁸ CASTRO, op. cit.

¹⁹⁹ Loc. cit.

foram o da cassação do senador Humberto Lucena em 1994; o da absolvição do ex-presidente Collor de Mello também em 1994; o da suspensão da desindexação dos contratos de trabalho, em 1995; o da suspensão da reforma da previdência, em 1996; e o da concessão de 28,86% de reajuste salarial para servidores civis da União, em 1997. Em todos esses casos, houve decisões judiciais (em suas maiorias liminares não confirmadas no julgamento definitivo) contrárias ao interesse dos políticos ou do governo, reações de políticos e/ou membros do Executivo e "réplicas" e "trélicas" através de pronunciamentos informais de juízes e outros atores.²⁰⁰

A imprensa, por sua vez, tem dado ampla cobertura aos pronunciamentos dos juízes, particularmente dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, às vezes agindo de modo opressivo e com risco para a Democracia, como se queixou o Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal (informação verbal).²⁰¹ Já em 1992, a prática ficou evidenciada tanto nas declarações do Ministro Sepúlveda Pertence, de que “estamos cada vez mais longe da imagem de bons velhinhos do Supremo”, e do Ministro Sydney Sanches, de que “o STF não pode deixar de considerar o momento político e econômico por que passa o país na época de seus julgamentos”.²⁰²

Evidenciado as divergências com o Poder Executivo, diante da excessiva edição de medidas provisórias em entrevista à Folha de São Paulo, publicada em novembro de 1996, o Ministro Celso de Mello criticava o governo Fernando Henrique Cardoso:

As medidas provisórias são emblemáticas da posição típica de um presidencialismo imperial. Não é correto tornar a Medida Provisória um expediente ordinário de atividade legislativa. Sob esse aspecto, a medida provisória tem um inquestionável componente autoritário. Nada mais é do que a manifestação formal da vontade unilateral do príncipe vale dizer, do governante. É ele quem, por uma manifestação unilateral de vontade, impõe determinadas prescrições à observância de toda a coletividade. E isso não é aceitável no contexto de uma formação social democrática, especialmente quando o chefe do Executivo é um homem que tem uma formação democrática. Isso me

²⁰⁰ CASTRO, op. cit.

²⁰¹ No julgamento do *habeas corpus* 152752/PR, o Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, criticou a atuação de alguns veículos de comunicação, a quem denominou de “mídia opressiva” e “chantagista”. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=jVOQZ8Cx8TE>>. Acesso em: 04 abr. 2018. No julgamento da Ação Penal 470-DF, o Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, por sua vez, se disse perplexo com o fato de que um integrante do Tribunal “pudesse votar segundo a leitura dos veículos de comunicação em circulação na data da sessão” de julgamento. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=ZffVh2ziG20>>. Acesso em: 04 de abr. 2018.

²⁰² OLIVEIRA, Fabianna Luci de. O Supremo Tribunal Federal no processo de transição democrática: uma análise de conteúdo dos jornais Folha de S. Paulo e O Estado de S. Paulo. **Rev. Sociol. Polit.** Curitiba, n. 22, p. 101-118, jun. 2004. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n22/n22a09>>. Acesso em: 01 set. 2018.

surpreende e me preocupa porque é prática que se tornou crônica na esfera da Presidência da República.²⁰³

Quem se detiver sobre *clips* midiáticos há de se deparar com muitos outros títulos representativos da prática de pronunciamentos *não-jurisdicionais* em anos posteriores à promulgação da Constituição Federal de 1988. Não são raros os momentos em que Ministros do Supremo Tribunal Federal publicam opiniões e avaliações na imprensa e mesmo nas sessões da Corte transmitidas pela TV Justiça observa-se, muitas vezes, uma incauta comunicação de base pouco jurídica e tensões entre os Ministros, que ganham as redes sociais e colocam em debate a isenção dos Ministros e a prudência da Corte.²⁰⁴

Por outro lado, a atuação impositiva do Supremo Tribunal Federal mediante a produção jurisprudencial resultante de garantias constitucionais, como o Mandado de Injunção (MI) e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), parece não demonstrar uma clara disposição para a interação institucional estável.

Dentro da *relação circular e interdependente* que Luhmann registra em sua teoria social sistêmica, se o Supremo Tribunal Federal aproveita-se dos partidos para ganhar espaço, os partidos políticos, por seu turno, usam o sistema judicial como ferramenta a ser estrategicamente utilizada para frear ou vetar a implementação das políticas públicas constantes da agenda governamental ou dos grupos majoritários.²⁰⁵

Luiz Werneck Vianna *et al.* oferecem uma rica contribuição empírica acerca do papel dos partidos políticos no âmbito do controle abstrato de normas. Para os autores, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade impetradas pelos Partidos Políticos, no Brasil, são um indicador de judicialização da Política, considerada por eles não como o sintoma de uma patologia, mas como construção de uma agenda cívica.²⁰⁶

Streck adota posicionamento contrário ao criticar a utilização, por partidos políticos, do que denomina de judicialização da Política. Segundo o autor isso tem

²⁰³ SÁ, Nelson de. Ministro do STF quer uma mulher na Suprema Corte. **Folha de São Paulo**, 18 nov. 1996. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/CelsoMello/Entrevistas/1996_nov_18.pdf>. Acesso em: 01 set. 2018.

²⁰⁴ Para uma análise da influência do televisionamento das sessões sobre as decisões do STF, consultar: HARTMANN, Ivo Alberto *et al.* A influência da TV Justiça no processo decisório do STF. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, v. 4, n. 3, out. 2017, p. 36-56.

²⁰⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007, p. 29-30.

²⁰⁶ VIANNA, **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**, op. cit., p. 95.

levado ao que se denomina de “presidencialismo de coalização” e contribuído para julgamentos políticos por parte do Supremo Tribunal Federal:

Vou tentar explicar isso melhor: assim como a Presidência da República tem de atender aos pleitos dos partidos, o STF, durante esses mais de vinte anos, acabou por engendrar uma espécie de “julgamentos políticos”. Assim,

- o “partido” das nações indígenas foi até o STF e teve suas demandas atendidas;
- o “partido” das cotas queria legitimar as cotas, e deu certo;
- o “partido” das uniões homoafetivas queria que o STF dissesse que união estável era equiparável a casamento, e obteve êxito;
- o “partido” das causas feministas, entre outras coisas, buscou retirar da mulher vitimada por maus tratos a titularidade da representação, e igualmente se saiu bem;
- o “partido” das questões ligadas aos embriões e células tronco, idem;
- o “partido” dos governadores (questões envolvendo guerra fiscal etc.) bateu às portas do STF uma infinidade de vezes;
- o “partido” das reivindicações de prestação de saúde via judicialização também alcançou seu desiderato;
- o “partido” da moralização das eleições foi pressionar para que o STF considerasse constitucional a Lei da Ficha Limpa;
- até mesmo o “partido” do parlamento saiu-se bem, pois, mesmo sem obedecer à Constituição, conseguiu validar quase 500 medidas provisórias graças a uma modulação de efeitos concedida pelo STF.²⁰⁷

O protagonismo do Poder Judiciário não pode ser analisado apenas nos termos de um exacerbado ativismo judicial. Pode ser que os atores recorram e obtenham a pretensão na arena judicial pela legitimidade de suas demandas já consagradas no ordenamento jurídico.

A judicialização da Política, no entender de Matthew Taylor,²⁰⁸ como estratégia dos partidos políticos, apresenta quatro objetivos táticos, quais sejam, retardar, impedir, desmerecer e declarar a atuação dos Tribunais Constitucionais. Não se pode negar que os objetivos supra podem ser perseguidos com argumentos válidos, quando se entende, por exemplo, que uma lei é inconstitucional, ou por fundamentos meramente estratégicos, quando adotam medidas meramente protelatórias, com fins políticos, por exemplo.

Pode-se citar, como claro exemplo da utilização Política de instrumentos judiciais, o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº

²⁰⁷ STRECK, Os dilemas da representação política, op. cit.

²⁰⁸ TAYLOR, Matthew M. **Judging policy**: courts and policy reform in democratic brazil. Stanford, Stanford University Press, 2008, p. 10.

186, ajuizada pelo partido Democrata em julho de 2009, contra atos administrativos da Universidade de Brasília que instituíram o programa de cotas raciais para ingresso naquela Universidade.

O partido Democrata iniciou sua linha argumentativa se valendo de negações, pois não se discutia a constitucionalidade das ações afirmativas como gênero e mesmo a política de inclusão de minorias, ou ainda o fato de que o Brasil adota o modelo de Estado Social, ou a existência de racismo no país. A tese sustentada pelo partido político, autor da Arguição, é a de que, “no Brasil, ninguém é excluído pelo simples fato de ser negro”, mas por ser pobre. Seguindo com as negações, acrescentaram que no Brasil não é possível indicar o “grau mínimo de africanidade para cada brasileiro”, assim como levantou a que ideia de política compensatória para reparar dívidas históricas da sociedade em relação a determinados grupos, de modo que não se poderiam culpar os descendentes dos antigos senhores escravocratas pelos atos cometidos no passado.²⁰⁹

O Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, julgou totalmente improcedente a arguição por entender que não havia “razão para a medida cautelar de suspensão do registro (matrícula) dos alunos que foram aprovados no último vestibular da UnB ou para qualquer interferência no andamento dos trabalhos na universidade”:

A presente arguição de descumprimento de preceito fundamental traz a esta Corte uma das questões constitucionais mais fascinantes de nosso tempo - acertadamente cunhado por Bobbio como o “tempo dos direitos” (BOBBIO, Norberto, *L' età dei diritti*. Einaudi editore, Torino, 1990) - e que, desde meados do século passado, tem sido o centro de infundáveis debates em muitos países e, no Brasil, atinge atualmente seu auge. Trata-se do difícil problema quanto à legitimidade constitucional dos programas de ação afirmativa que implementam mecanismos de discriminação positiva para inclusão de minorias e determinados segmentos sociais.²¹⁰

A decisão do Supremo Tribunal Federal mostra que a tomada de decisão política no sentido de instituir um sistema de cotas, instrumento de operacionalização das ações afirmativas é constitucional e legítimo, concretizando uma resposta para

²⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 186/DF**, do Tribunal Pleno. Requerente: Democratas – DEM. Arguido: Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília – CEPE. Relator: Min. Gilmar Mendes, Brasília, 06 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000032185&base=basePresidencia>>. Acesso em: 28 ago. 2018.

²¹⁰ Loc. cit.

uma demanda real da sociedade. A decisão, no caso citado, não só afastou a inconstitucionalidade da reserva de vagas para negros nas universidades públicas, mas confirmou também que a ausência delas configura inaceitável omissão inconstitucional, nos termos do artigo 3º, inciso III, da Constituição de 1988.

Neste caso pode-se observar efetivamente a relação de condicionamento recíproco entre texto e contexto, entre norma e realidade (Hesse), na sociedade aberta dos intérpretes da constituição (Häberle).

Com base na teoria sistêmica (Luhmann), observam-se também como os dois subsistemas se interligam no *acoplamento estrutural* entre Direito e Política.

Por fim, não se pode descartar, neste caso, como em tantos outros, o uso do Poder Judiciário como arena aberta para os partidos políticos.

2.1.4.2.1 A Transferência da Decisão Política para o Judiciário: Uma Rearticulação Institucional para a Garantia dos Direitos Fundamentais?

A Constituição brasileira de 1988 democratizou o acesso à jurisdição constitucional com a desmonopolização da iniciativa de controle concentrado (artigo 103). A predisposição constitucional abriu espaço para o ativismo judicial, a judicialização da Política da politização da justiça.

Até a promulgação da Constituição Federal de 1988, quando a “normalidade constitucional” (Heller) era constituída pelo fato de que apenas os membros da elite econômica e governamental participavam diretamente do debate político e nos órgãos de cúpula judicial, era difusa entre os cidadãos (ou subcidadãos, pensando nas reflexões de Neves sobre a cidadania²¹¹) a percepção de que a Constituição servia apenas para cancelar os interesses de uma minoria, que dela se utilizava para colimar fins corporativos incompatíveis com a realidade social.

O fato de a Constituição alheia à representatividade popular tornar-se escudo das elites para manter a posição hegemônica, foi observado por Hirschl ao analisar a megapolítica e seu tratamento pelas Cortes judiciais:

²¹¹ NEVES, Marcelo. Os Estados no centro e os Estados na periferia. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**. Brasília, v. 52, n. 206, p. 111-136, abr./jun. 2015, p. 125.

The judicialization of mega-politics may also be driven by “hegemonic preservation” attempts taken by influential sociopolitical groups fearful of losing their grip on political power. Such groups and their political representatives are more likely to delegate to the judiciary formative nationbuilding and collective-identity questions when their worldviews and policy preferences are increasingly challenged in majoritarian decision-making arenas.²¹²

Em meio a esse cenário é que Hirschl defende ser o fenômeno da judicialização reflexo de tentativas de preservação hegemônica que teve grande expansão, não ficando restrito aos procedimentos jurídicos e às políticas públicas. Para tanto o autor, assim como Schauer, busca a distinção entre o que denomina de judicialização de temas de “baixa-saliência” e de “alta-saliência”, concluindo que no âmbito da Suprema Corte norte-americana há a judicialização principalmente nas questões denominadas de “baixa-saliência”, ou seja, em questões de menor complexidade para a coletividade como um todo, afastando-se das temáticas políticas. E Hirschl afirma, ainda, que embora isso ocorra no ordenamento norte-americano, no resto do mundo é diferente, pois a judicialização atinge cada vez mais a “megapolítica” ou a “política pura”, expressões utilizadas como sinônimas pelo autor, sendo, pois, de “alta-saliência”. E prossegue o autor esclarecendo que:

Nos últimos anos, a judicialização da política se expandiu para além de questões que envolvem demandas por direitos de grande evidência e passou a abarcar o que podemos chamar de ‘megapolítica’ – matérias de máxima importância política que muitas vezes definem e dividem comunidades políticas inteiras. Estas vão desde resultados eleitorais e corroboração de mudança de regime, até questões fundamentais de identidade coletiva e de processos de construção nacional relacionados à própria natureza e definição do corpo político como tal.²¹³

²¹² “A judicialização da mega-política também pode ser impulsionada por tentativas de “preservação hegemônica” tomada por influentes grupos sociopolíticos temerosos de perder o controle do poder político. Esses grupos e seus representantes políticos são mais propensos a delegar ao sistema judiciário as questões formativas da construção nacional e da identidade coletiva, quando suas visões de mundo e preferências políticas são cada vez mais desafiadas em arenas decisórias majoritárias” (tradução livre) (HIRSCHL, Ran. *The New Constitution and the Judicialization of Pure Politics Worldwide*, *Fordham Law Review*, v. 75, a. 2, p. 721-754, 2006. Disponível em: <<https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4205&context=flr>>. Acesso em: 20 ago. 2018).

²¹³. Texto original: “In recent years, the judicialization of politics has expanded beyond flashy rights issues to encompass what we may term ‘mega-politics’ – matters of outright and utmost political significance that often define and divide whole polities. These range from electoral outcomes and corroboration of regime change to foundational collective identity questions, and nation-building processes pertaining to the very nature and definition of the body politic as such” (HIRSCHL, Ran. *The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts*. **Annual Review of Political Science**,

Hirschl, ainda considerando o Direito norte-americano, entende ser a judicialização da Política espécie de jurisprudência e do ativismo no estilo americano. Porém, ainda que esta premissa fosse válida na década de 1990, atualmente é inadequada quando se busca entender a complexidade do fenômeno, suas peculiaridades e impasses sobre a judicialização no Brasil, especialmente quando se leva em conta as especificidades do ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, a abordagem de Hirschl constitui uma matriz teórica sólida e elucidativa para questionar o papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal no *impeachment* da presidente Dilma Rousseff, conforme será demonstrado adiante.

Atualmente, a apreciação pelo Supremo Tribunal Federal em situações que envolvem a Política comprova o acima dito, como se extrai da lição de Barroso:

[...] as normas constitucionais deixaram de ser percebidas como integrantes de um documento estritamente político, mera convocação à atuação do Legislativo e do Executivo, e passaram a desfrutar de aplicabilidade direta e imediata por juízes e tribunais.²¹⁴

Neste contexto, “os direitos constitucionais em geral, e os direitos sociais em particular, converteram-se em direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela judicial específica”.²¹⁵

As recentes rearticulações da constitucionalização do Direito, nos seus limites e potencialidades, denotam um processo complexo de interação envolvendo os tribunais judiciais, especialmente o Supremo Tribunal Federal, governo, partidos políticos, associações profissionais e a opinião pública (ou publicada). Nesse cenário, os pronunciamentos não-jurisditionais e as ações jurisditionais dos tribunais judiciais, especialmente dos membros do Supremo Tribunal Federal, têm sido frequentemente marcadas por confrontações institucionais nas quais, via de regra, não se encontram

v. 11, Toronto, maio 2008. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1138008>. Acesso em: 20 ago. 2018).

²¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2007. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

²¹⁵ Loc. cit.

envolvidos partidos políticos, que procuram agir estrategicamente através do Judiciário.²¹⁶

O protagonismo do Judiciário na tomada de decisões políticas fundamentais, hoje tendência consolidada na trilha dos processos de globalização impulsionados pela hegemonia da ordem econômica e do modelo cultural que lhe dá sustentação,²¹⁷ pode ser identificada em muitas causas.

No Brasil, pelo diagnóstico de Oscar Vilhena Vieira, podem ser destacadas, dentre estas causas, a “ambição da CF/88 que, corretamente desconfiada do legislador, sobre tudo legislou”, aumentando a esfera de tensão constitucional. E o autor complementa:

O efeito colateral do compromisso maximizador assumido pelo texto de 1988, no entanto, foi a criação de uma enorme esfera de tensão constitucional. A equação é simples: se tudo é matéria constitucional, o campo de liberdade dado ao corpo político é muito pequeno. Assim, qualquer movimento mais brusco gera um incidente de inconstitucionalidade e, conseqüentemente, a judicialização de uma contenda política.²¹⁸

É mister ressaltar, ainda, que no ordenamento jurídico brasileiro o Supremo Tribunal Federal encontra, na própria Constituição Federal, autorização para agir como *ultima ratio* em questões constitucionais.

Não se pode ignorar, ainda, que a própria estrutura da Corte Constitucional brasileira, consagrada na Constituição Federal de 1988, confere ao referido órgão julgador poderes amplos para atuar como guardião do texto constitucional. Ou seja, ao Supremo Tribunal Federal, por força da constituição vigente, abarca atividades de

²¹⁶ CASTRO. Marcus Faro de. Política e economia no judiciário: as ações diretas de inconstitucionalidade dos partidos políticos. **Cadernos de Ciência Política nº 07**, Brasília, Fundação Universidade de Brasília, maio 1993. Disponível em: <https://www.researchgate.net/profile/Marcus_De_Castro/publication/281494988_Politica_e_Economia_no_Judiciario_As_Acoes_Diretas_de_Inconstitucionalidade_dos_Partidos_Politicos/links/55eb699108ae21d099c5e8be/Politica-e-Economia-no-Judiciario-As-Acoes-Diretas-de-Inconstitucionalidade-dos-Partidos-Politicos.pdf?origin=publication_detail>. Acesso em: 20 ago. 2018.

²¹⁷ De acordo com Barroso, as eleições de 2000, nos Estados Unidos decidida pela Suprema Corte, e a construção do muro que Israel erigiu para separar-se da palestina, decidida também pela Suprema Corte, e a proibição do uso da burca, pelo *Conseil Constitutionnel*, são exemplos claros da globalização do fenômeno (BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, vol. 5, nº 1, 2012, p. 23-32. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em: 30 ago. 2018).

²¹⁸ VIEIRA, Supremocracia, op. cit.

no mínimo três instituições: dos tribunais constitucionais, dos foros judiciais especializados e das cortes de última instância.²¹⁹

Assim, enquanto Tribunal Constitucional o Supremo Tribunal Federal acabou por ampliar seu âmbito de atuação e, ante a fragilidade das instituições políticas de representação, ampliou também suas competências, atuando em setores antes afetos apenas aos Poderes Legislativo e Executivo, como anota Barroso (informação verbal):

Como consequência dessa ascensão do Poder Judiciário ocorreu uma notável judicialização da vida, a significar que questões relevantes do ponto de vista moral, do ponto de vista político, do ponto de vista econômico, passaram a ser decididas em última instância pelo Poder Judiciário. O que evidentemente significa uma transferência de poder político das instâncias tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo, para o Poder Judiciário.²²⁰

Exemplo claro do conflito entre a separação de Poderes estabelecida pela transferência de poder político das instâncias tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo, para o Poder Judiciário, se encontra no caso, já objeto de análise neste percurso, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF, que teve por objeto o veto, emanado do Presidente da República, que incidiu “[...] sobre o § 2º do artigo 55²²¹ (posteriormente renumerado para artigo 59), de proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/2003, destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004”.²²²

Neste caso emblemático, a decisão judicial, contrária ao interesse do governo, gerou reações de políticos e membros do Poder Executivo, acirrando o debate na esfera midiática por meio de entrevistas em jornais e telenoticiários, pronunciamentos em fóruns e outros instrumentos não jurisdicionais concedidos e proferidos por juízes e outros atores.

Para o autor da ADPF o veto presidencial importava em desrespeito a preceito fundamental decorrente da EC nº 29/2000, que ao alterar os arts. 34, 35, 156, 160,

²¹⁹ Loc. cit.

²²⁰ Informação coletada na palestra realizada em agosto de 2015, no Instituto Fernando Henrique Cardoso, em São Paulo, sobre Direito, política, o papel do STF e suas relações com os demais Poderes da República, Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/congresso-responsavel-judicializacao.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

²²¹ O dispositivo vetado possui o seguinte conteúdo material: “§ 2º Para efeito do inciso II do *caput* deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza”.

²²² BRASIL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF**, op. cit.

167 e 198 da Constituição Federal de 1988, e acrescentar artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, previa a aplicação de um percentual mínimo da receita tributária auferida pelos entes da federação nas ações e serviços públicos de saúde. Em janeiro de 2012 foi sancionada a Lei Complementar nº 141, que regulamentou a Emenda da Saúde que entrou em vigor em 2003, para orientar, ainda em tempo oportuno, a elaboração da lei orçamentária anual pertinente ao exercício financeiro de 2004.

O Ministro Celso de Mello, a quem coube a relatoria da ADPF nº 45/DF, sustentou a irrefutabilidade do controle judicial sobre as políticas públicas, baseando seu raciocínio nos seguintes pontos centrais do seu voto: (i) limites da jurisdição perante os outros poderes de Estado; (ii) intervenção judicial para concretização de políticas públicas²²³; (iii) desrespeito aos direitos fundamentais prestacionais²²⁴ e, finalmente, a viabilidade da intervenção judicial na execução de políticas públicas²²⁵.

O julgamento da ADPF nº 45/DF, na configuração de *leading case*, passou a servir de parâmetro aos demais tribunais quanto à possibilidade de controle judicial

²²³ “Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional: [...] A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental” (BRASIL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45**, op. cit.).

²²⁴ “Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade [...]” (BRASIL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45**, op. cit.).

²²⁵ “É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item, nº 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático [...]” (BRASIL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45**, op. cit.).

de políticas públicas, especificamente em relação à efetivação de direitos fundamentais, repercutindo tanto na jurisprudência do próprio Tribunal Supremo quanto na de outros tribunais.

Diante dos argumentos estudados é difícil concordar com os *procedimentalistas*²²⁶ que negam a possibilidade de interferência do Poder Judiciário na formulação e na implementação de políticas públicas. É também difícil concordar com os *substancialistas* que focalizam o conteúdo material das Constituições, atribuindo-lhes um papel diretivo e delegando à lei operacionalizar a concretização dos vetores axiológicos que contemplam especialmente no que tange aos direitos fundamentais. Em outras palavras, não é recomendável negar categoricamente a intervenção do Judiciário nas políticas públicas, tampouco aceitá-la incondicionalmente.

Na atual ordem constitucional não se ignora a importância da atuação do Judiciário em questões afetas às políticas públicas, até mesmo porque esta intervenção se faz necessária em algumas hipóteses, como salientou o Ministro Celso de Mello, que aponta três situações: quando a omissão ou a política já implementada não oferecer condições mínimas de existência humana; quando o pedido de intervenção for razoável e quando a omissão ou a política for desarrazoada do ponto de vista administrativo.

Em meio a esse cenário, e acatando o posicionamento e argumentos adotados pelos substancialistas, principalmente no que tange a ressalva quanto à não atribuição ao Supremo Tribunal Federal, ou mesmo ao Judiciário como um todo, há de se reconhecer a inviabilidade de que o Judiciário implemente políticas públicas. Não obstante, tal posicionamento merece cautela, principalmente quanto à impossibilidade de se aceitar a atuação ampliativa do Judiciário nesse ponto, já que é necessário assegurar à Constituição sua força normativa, principalmente quando os demais

²²⁶ O debate acerca de procedimentalismo e substancialismo ou entre procedimentalistas e substancialistas se encontra, atualmente, no centro das atenções dos teóricos da Constituição, sobretudo acerca das concepções contemporâneas sobre o valor da constituição e a atividade jurisdicional no Estado Democrático de Direito. O desdobramento da discussão entre procedimentalismo e substancialismo é enorme. Sobre o tema: CAPPELLETTI, **Juizes legisladores**, op. cit. CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 1999. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997. VILHENA, Oscar. **A constituição e sua reserva de justiça**: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999; STRECK, **Hermenêutica jurídica e(m) crise**, op. cit.; STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**, op. cit. BONAVIDES, Paulo. **A constituição aberta**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

Poderes deixaram de atuar e, ante a sua omissão, comprometer o exercício dos direitos fundamentais.

Como defende Ada Pellegrini Grinover, sempre que o Judiciário é chamado a se pronunciar sobre determinada política pública, exercendo o controle constitucional, se faz necessário verificar se o disposto no artigo 3º da Constituição Federal está ou não sendo observado. O referido dispositivo constitucional é que traça os objetivos do Estado brasileiro, mormente a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento social, a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades e promoção do bem de todos, sem preconceitos ou formas de discriminação. Nesta perspectiva, “a meta da Constituição de 88 pode ser resumida na promoção do bem-estar”,²²⁷ dos cidadãos no seu conjunto e na especificidade dos diferentes sujeitos e grupos coletivos.

Com fulcro no supracitado dispositivo constitucional é que o Ministro Celso de Mello qualifica “[...] a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça” como valores supremos de uma sociedade sobretudo fraterna, e reconhece as características peculiares do “constitucionalismo à brasileira”, vinculado diretamente à fraternidade, nos seguintes termos:

O que já significa incorporar o advento do constitucionalismo fraternal às relações humanas, a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade em benefício da saúde e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza. Contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões "in vitro", significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam. Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade²²⁸.

²²⁷ Informação coletada em palestra de Ada Pellegrini Grinover, proferida no curso de formação dos novos defensores públicos federais, em Brasília, realizadas em 15 de dezembro de 2015. Disponível em <<http://www.dpu.gov.br/noticias-defensoria-publica-da-uniao/29252-ada-pellegrini-diz-na-dpu-que-aco-es-coletivas-melhoram-as-politicas-publicas>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

²²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510/DF**, do Tribunal Pleno. Requerente: Procurador Geral da República. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 28 de maio de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000168856&base=baseAcordao>>. Acesso em: 01 set. 2018.

Há de se considerar, ainda, que os Tribunais, por longos anos, se limitaram a verificação da legalidade na execução das políticas públicas, não intervindo na sua implementação. Contudo, e como já dito, a omissão dos demais Poderes levaram o Judiciário a agir de forma mais efetiva na execução dessas políticas, tendo em vista que a sua implementação é imprescindível para que a Constituição atenda à sua força normativa.

Como observa Hesse, “[...] a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade, a sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade”.²²⁹ Percebe-se, portanto, que houve uma inversão, pois o Estado Democrático de Direito deixou de considerar o Direito Constitucional como uma ciência de textos e contextos para atuar de forma mais efetiva na concretização dos direitos fundamentais.

Contudo, os limites ao exercício do controle judicial do produto da atividade política devem ser encontrados na própria Constituição e na abertura cognoscitiva do sistema jurídico em relação com as irritações do ambiente e as demandas sociais multifacetadas que caracterizam a sociedade pluralista e democrática.

2.1.5 O Conflito entre Racionalidade Jurídica e Política no Controle Jurisdicional

No estudo da jurisdição constitucional deve-se afastar o preconceito que separa em compartimentos estanques, sem qualquer comunicação, o Direito e a política. O entrelaçamento entre os dois é o império da própria conformação do Estado de Direito²³⁰ e fica difícil, em certos momentos, separar um do outro. Não é admissível, por outro lado, a redução do jurídico em político, ou de achar que todas as questões da Política se resolverão na forma do Direito, sob pena de se desgastar talvez o mais importante instrumento de integração social.²³¹

A maior transcendência política das decisões dos tribunais constitucionais não pode reacender aquele preconceito. Nem se pode deixar seduzir pela forma política

²²⁹ A propósito e para aprofundamentos, consultar: HESSE, **A força normativa da constituição**, op. cit.

²³⁰ HABERMAS, Jürgen. **Fatti e norme**: contributi a una teoria discorsiva del Diritto e della democrazia. Colana: Laterza, 2013, p. 160.

²³¹ Ibid., p. 182.

de indicação de seus membros,²³² pois importa mais a técnica jurídica com que enfrentam problemas levados à solução.

O fato de que os conflitos constitucionais, entendidos num sentido amplo, tenham uma grande transcendência política, não significa que sua resolução não possa sujeitar-se a critérios definidos pelo Direito e pelas formas jurisdicionais. Este é o sentido da jurisdição constitucional: a redução do conflito constitucional a casos jurídicos, sem que seja ignorado o seu caráter político.

Nem mesmo os critérios especiais de recrutamento dos integrantes dos tribunais constitucionais servem para retirar o caráter jurisdicional de sua atuação. As formas de seleção de todo tipo de juízes que oferece o Direito Comparado são mais do que variadas e nenhuma fórmula mágica está consagrada, nem pela doutrina, nem pela experiência. Desde a eleição, passando pela designação por parte dos outros poderes, os juízes são escolhidos nos diversos sistemas jurídicos sem que se questione o caráter técnico de sua função. Não há dúvida, por exemplo, que o Supremo Tribunal Federal seja um autêntico tribunal, ainda que seus membros sejam nomeados pelo Presidente da República com aprovação e consentimento do Senado Federal.

O que faz com que um determinado órgão tenha caráter jurisdicional são antes as técnicas de atuação e sua independência, do que a forma de seleção de seus membros.

Entretanto, a postura “politizada” e “politizante” dos tribunais constitucionais por vezes são assumidas abertamente, como se deu, no Brasil, por ocasião do julgamento da já citada Arguição de Descumprimento Fundamental (ADPF) nº 45. Embora não seja recente, a decisão prolatada na ADPF nº 45, cujo mérito sequer foi apreciado na ocasião, simboliza uma concepção de há muito difundida pela doutrina: a de que os tribunais constitucionais (neste caso o Supremo Tribunal Federal) seriam tribunais políticos e que a jurisdição constitucional possuiria uma dimensão política incompatível com o antigo dogma da separação dos poderes.

No Brasil, o crescente conflito entre racionalidade jurídica e política no controle jurisdicional, encontra um caso de estudo emblemático no *impeachment* do Presidente da República Dilma Rousseff, que será examinado detalhadamente no último capítulo desta tese.

²³² No Brasil, os Ministros do STF são nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado, a teor do que dispõe o artigo 101 da Constituição.

Parece não existir dúvidas acerca da admissibilidade do controle judicial da regularidade formal do processo de *impeachment*, quando se tem por objeto alegações de cerceamento de defesa, desrespeito ao devido processo legal, de lesão ou ameaça de outros direitos constitucionais ou legais, bem como sobre matéria de competência de órgão do Congresso Nacional para a prática de ato impugnado.²³³

Por outro lado, é discutível se o Poder Judiciário, neste caso o Supremo Tribunal Federal, pode examinar o mérito das deliberações tomadas, desde a autorização prévia para a instauração do processo até a sua decisão final, em função da natureza do processo de *impeachment*.

Por isso, questionar se o processo de *impeachment* é estritamente político ou constitui um processo jurídico, se há ou não imunidade de jurisdição no caso, ou quais as garantias constitucionais que devem ser observadas, pode indicar a ocorrência (ou não) de ruptura constitucional, ou se a questão se apresenta como “um golpe fundado numa ideologia, numa criação ilusória de que se está atuando de acordo com a Constituição, quando, na verdade, está se atuando para corroer a Constituição, prejudicando o funcionamento normal da ordem constitucional”.²³⁴ são questões objeto de reflexão e análise, como já pontuado, no último capítulo dessa tese.

Destarte, na interpretação constitucional e no processo hermenêutico, portanto, se joga o liame de distinção não só entre o Direito e a Política, mas o limite e os riscos da repercussão prática da (in)distinção ou confusão entre racionalidade jurídica e racionalidade Política, especialmente no que toca a jurisdição constitucional e o protagonismo judicial.

2.2 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E EXPERIÊNCIA HERMENÊUTICA: ENTRE DIREITO E POLÍTICA

²³³ Como ocorreu na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 378-DF, o Supremo Tribunal Federal delimitou e fixou os papéis da Câmara dos Deputados e do Senado Federal no processo de “impeachment” da Presidenta da República. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 378/DF**, do Tribunal Pleno. Requerente: Partido Comunista do Brasil. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 15 de dezembro de 2015. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/271139009/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-378-df-distrito-federal-9037714-2420151000000>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

²³⁴ WEISSHEIMER, Marco. STF está envolvido no processo do golpe, afirma professor da UnB. Entrevista com Marcelo a Costa Pinto Neves. **Sul 21**. Porto Alegre, 29 mai. 2016. Disponível em: <<https://www.sul21.com.br/areazero/2016/05/stf-esta-envolvido-no-processo-do-golpe-afirma-professor-da-unb/>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

No estudo da interpretação e aplicação da dogmática jurídica é frequente encontrar a assertiva de que a interpretação tem o caráter concreto, seguindo uma via preestabelecida, em caráter abstrato, pela hermenêutica. Nesse sentido, entende-se que a interpretação da norma jurídica somente se dá em confronto com o caso concreto a ser analisado e decidido pelo judiciário. A hermenêutica jurídica, ao contrário, mantém-se no plano abstrato, sem o compromisso com a experiência ou com um caso a resolver. Assim, a interpretação é a aplicação ao caso concreto de enunciados já estabelecidos pela ciência da hermenêutica. E nesse contexto compreende-se como problemática a especificidade da hermenêutica constitucional.

Na interpretação das normas constitucionais, contudo, não se pode prescindir da compreensão da Constituição como “estatuto jurídico do político” (Gomes Canotilho) nas suas relações entre o *texto* e o *contexto* constitucional, no condicionamento recíproco entre *norma* e *realidade* (Hesse), entre *ser* e *dever ser* constitucional. Estas relações são consubstanciadas pela atividade dos intérpretes da Constituição. Nesse sentido, as teses de Gadamer sobre a experiência hermenêutica constituem um oportuno aporte teórico para a compreensão do processo hermenêutico, ao mesmo tempo em que oferecem estímulos para a reflexão crítica sobre esse processo e suas sujeições.

2.2.1 Hermenêutica Constitucional: a Constituição como Vetor Hermenêutico De Racionalidade e Previsibilidade das Opções Interpretativas

As contribuições da hermenêutica para a redução da subjetividade do intérprete assumem significativa importância na atualidade, face aos recentes avanços nas searas da Hermenêutica Filosófica e da Hermenêutica Constitucional.

Nesse sentido, são fundamentais as contribuições da Hermenêutica Filosófica que, em diálogo com a Hermenêutica Constitucional, podem reduzir a influência da subjetividade do intérprete na aplicação da norma.

A Hermenêutica Constitucional é uma disciplina específica, dotada de princípios e métodos próprios, porque a Constituição tem caráter próprio, *sui generis*, servindo como transição ou parâmetro de conexão e ao mesmo tempo de distinção, entre o ato político e o ato jurídico.

Considerando a Constituição como espécie normativa singular, podem ser identificadas quatro peculiaridades das normas constitucionais, que se relacionam

com a superioridade hierárquica, a natureza da linguagem, o seu conteúdo específico e o caráter político próprio da Constituição.

A natureza da linguagem enfatiza a especificidade da veiculação, no texto constitucional, de normas de caráter principiológico e axiológico, que apresentam maior abertura, maior grau de abstração e, conseqüentemente, menor densidade jurídica. A presença frequente das normas definidoras de princípios nas Constituições contemporâneas, que muitas vezes se encontram em tensão no texto constitucional, alimenta o debate sobre alguns dos aspectos do que vem sendo chamado “neoconstitucionalismo”: a “reaproximação entre direito e moral” e o uso da ponderação, razoabilidade e argumentação como métodos a serem utilizados para substituir a subsunção na interpretação constitucional. Esse debate gera repercussões que podem ser profundamente danosas para a força normativa da Constituição: por um lado parece respaldar uma questionável hierarquia entre as normas constitucionais, dando prioridade aos princípios em detrimento das regras; por outro lado, impulsionam um incauto retorno de espécies de moralismo jurídico que serve também de agravante para o ativismo judicial.

Para Miguel Reale, a palavra princípio tem duplo significado: um de natureza moral, quando se diz, por exemplo, que determinado indivíduo é um homem de princípios; outro de ordem lógica, onde a palavra princípio significa verdades ou juízos fundamentais.

Para bem entender o que significa princípio no sentido lógico, o autor citado enfatiza a necessidade de recordar o que se entende por juízo. Para ele, juízo é “a ligação lógica de um predicado a algo, com o reconhecimento concomitante de que tal atributividade é necessária, implicando sempre uma pretensão de verdade”.²³⁵

Para esse autor, não há ciência sem esta operação elementar de enunciar juízos e de combinar juízos entre si. Se um juízo sempre envolve uma indagação sobre sua validade ou seu fundamento, quando se enuncia um juízo sempre será possível reduzi-lo a um juízo mais simples e assim sucessivamente, até que esta operação não seja mais possível. Quando não pudermos mais reduzir um juízo a outro, então teremos atingido a um princípio.²³⁶

Segue daí, que não há ciência sem princípios. Toda construção científica se funda em proposições abstratas, que são induzidas em um conjunto de normas. As

²³⁵ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 59.

²³⁶ REALE, **Filosofia do direito**, op. cit., p. 60.

normas, por sua vez, explicam e regem os fatos, conforme se trate de ciência descritiva ou de ciência normativa. Em síntese, os princípios são abstrações de segundo grau, normas de normas, em que se busca exprimir proposições comuns a um determinado *sistema*. Depois de induzidos os princípios, o sistema a que se referem ganha em clareza e unidade, qualidades imprescindíveis para a tarefa de interpretação e aplicação das normas por eles informadas. Daí a essencialidade de seu estudo em qualquer disciplina científica.

A Hermenêutica Constitucional não é exceção à regra.

Aqui é necessário lembrar, com Canotilho, que os princípios são multifuncionais, de modo a existir uma distinção entre princípios jurídicos e princípios hermenêuticos. Os princípios hermenêuticos desempenham uma função retórico-argumentativa, auxiliando no desenvolvimento, integração e complementação do Direito, não configurando normas de conduta.²³⁷ A mesma advertência é feita por Streck, para quem é necessário “dar novos contornos à interpretação do direito (constitucional), sem que se confundam, contudo, os princípios de interpretação constitucional com os princípios jurídico-constitucionais”.²³⁸

Sobre esses princípios hermenêuticos, para fins do presente percurso de análise, é oportuno apontar alguns aspectos *basilares*.

O princípio da unidade da Constituição recorda que a norma constitucional não pode ser considerada abstratamente, a sua essência se encontra na sua vigência, ou seja, a situação por ela normatizada pretende ser concretizada.²³⁹ Desse modo, a Constituição vincula todo o ordenamento jurídico, em função da sua supremacia e de sua posição hierárquica superior às demais normas do sistema. A Constituição regula, portanto, tanto o modo de produção das demais normas jurídicas como também lhes delimita o conteúdo; de consequência, a inconstitucionalidade de uma lei ou de um ato normativo poderá ter um caráter formal ou material. Ao mesmo tempo, esse princípio reforça a compreensão de que uma norma constitucional não pode ser tomada de forma isolada, afastada do corpo constitucional de que faz parte: a interpretação de uma disposição constitucional deve necessariamente ser uma interpretação sistemática, no sentido de considerar o sistema predisposto no seu

²³⁷ CANOTILHO, **Direito constitucional e teoria da constituição**, op. cit., p. 1124.

²³⁸ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013, p. 77.

²³⁹ HESSE, **A força normativa da constituição**, op. cit.

conjunto. Resume Eros Grau o referido princípio: “Não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços”.²⁴⁰

Assim, o princípio da unidade da Constituição conduz à rejeição de duas teses ainda presentes na doutrina do Direito Constitucional: a tese das antinomias normativas e a tese das normas constitucionais inconstitucionais, esta última admitida por Oto Bachof.

Para Bachof,²⁴¹ “se uma norma constitucional infringir outra norma da Constituição, positivadora de direito supralegal, tal norma será, em qualquer caso, contrária ao direito natural [...]”, o que implica dizer que ela seria inválida, não por violar a “a norma da Constituição positivadora de direito supralegal”, mas sim por ter o constituinte originário se submetido a esse direito suprapositivo que lhe impõe limites. Essa violação envolveria não uma questão de inconstitucionalidade, mas questão de ilegitimidade da Constituição no tocante a esse dispositivo.

Nesta hipótese, a questão envolvendo o ativismo judicial tornar-se-ia ainda mais problemática, por ultrapassar os limites do Estado constitucional e da relação entre Direito e Política no seu âmbito específico, para levar em consideração a legitimidade da própria Constituição, tendo como parâmetro de controle um direito suprapositivo.

A esse respeito, bem acentua Jorge Miranda:

[...] não cremos que, a dar-se qualquer forma de contradição ou de violação dessa axiologia, estejamos diante de uma questão de inconstitucionalidade, mas sim diante de uma questão que a ultrapassa, para ter de ser encarada e solucionada em plano diverso – no da Constituição material que é adotada ou no do tipo constitucional ao qual pertence. No extremo, poderá haver invalidade ou ilegitimidade da Constituição. O que não poderá haver será inconstitucionalidade: seria incongruente invocar a própria Constituição para justificar a desobediência ou a insurreição contra as suas normas.²⁴²

O princípio da unidade tem por objetivo primordial o de evitar ou equilibrar discrepâncias ou contradições que possam surgir da aplicação das normas

²⁴⁰ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**: interpretação e crítica. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 181.

²⁴¹ BACHOF, Oto. **Normas constitucionais Inconstitucionais?** Tradução de Cardoso da Costa. Coimbra: Atlântida, 1977, p. 62-63.

²⁴² MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo II. 6. ed. Coimbra: Coimbra, p. 290.

constitucionais, afastando, assim, a ideia de antinomias reais.²⁴³ A interpretação constitucional, ao ser balizado pelo princípio da unidade da Constituição, tem por fundamento a consideração de que todas as antinomias eventualmente determinadas serão sempre aparentes e solucionáveis, tendo em vista a busca do equilíbrio entre as diversas normas constitucionais.²⁴⁴

As normas constitucionais em tensão devem ser harmonizadas. Em Hesse, essa busca pelo equilíbrio das normas constitucionais é denominada de otimização. Para esse autor, a otimização é obtida ao conciliarmos o princípio da unidade da Constituição com o da proporcionalidade.²⁴⁵

Nesse sentido, esse princípio afasta, no plano do Direito Constitucional positivo brasileiro, a ideia de colisões reais entre direitos fundamentais²⁴⁶ que, mesmo se em tensão, convivem no sistema unitário da Constituição. No que concerne à jurisdição constitucional brasileira, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem conferido singular importância ao princípio da unidade da Constituição²⁴⁷.

O princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público segue no sentido de garantir o equilíbrio e a convivência harmônica entre os Poderes do Estado. O Poder Judiciário não é o único intérprete da Constituição. Assim, o princípio da presunção de constitucionalidade funciona como fator de autolimitação do Poder Judiciário: um ato normativo ou uma lei só devem ser declarados inconstitucionais quando o vício for manifesto e não for possível decidir com base em outro fundamento.

O princípio²⁴⁸ da interpretação conforme a Constituição é uma decorrência dos princípios da supremacia da Constituição e da presunção de constitucionalidade.

²⁴³ Nesse sentido: HESSE, **Escritos de derecho constitucional**, op. cit.; STERN, Klaus. **Derecho del estado de la republica federal Alemana**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987; GRAU, **A ordem econômica na constituição de 1988**, op. cit.; BARROSO, **Interpretação e aplicação da Constituição**, op. cit.

²⁴⁴ GRAU, **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**, op. cit., p. 115-116; BARROSO, **Interpretação e aplicação da Constituição**, op. cit.

²⁴⁵ HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. op. cit., p. 46.

²⁴⁶ De fato, a colisão não ocorre, mas apenas uma aparência de conflito de normas veiculadoras de direitos fundamentais, o que será resolvido pela mensuração do âmbito de proteção de cada direito.

²⁴⁷ Por todos: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 815/DF**, do Tribunal Pleno. Requerente: Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 10 de maio de 1996. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1553954>>. Acesso em 22. Ago. 2018.

²⁴⁸ A doutrina ora trata a interpretação conforme a Constituição como princípio hermenêutico (COELHO, Inocêncio Mártires. **O novo Código Civil e a interpretação conforme a constituição**. In: MENDES, Gilmar Ferreira et al. (Coord.) **O novo Código Civil: homenagem ao Professor Miguel Reale**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006); ora como técnica de decisão em controle de constitucionalidade (cita-se, por todos: MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**. Tomo II. Coimbra: Coimbra, 2005).

Dentre mais de uma interpretação possível, deve prevalecer aquela que se harmonize com o texto Constituição, dentro das possibilidades semânticas do texto, para que o intérprete não se converta indevidamente em um legislador positivo, como fator estimulante do ativismo judicial.

Mesmo não aderindo aos que consideram os sentidos literais possíveis da lei como limite ao princípio da interpretação conforme à Constituição,²⁴⁹ Medeiros adverte que:

Por outro lado, como referiu Volker Haak em 1963, o sentido inequívoco que a lei enquanto tal apresenta, abstraindo da conexão sistemática com a Constituição, não pode ser posto em causa pela interpretação conforme à Constituição, visto que o elemento sistemático-teleológico transcendente à lei permite sempre, *de per se*, o resultado conforme à Constituição e, por isso, para excluir o resultado conforme com o sistema é necessário buscar um limite fora do sistema.

Se não fosse assim, nunca haveria leis inconstitucionais: a conversão da *ratio legis* ou do elemento teleológico [...] aos compromissos e ao espírito do sistema político-normativo constitucional, aliada à possibilidade de ultrapassar os sentidos literais possíveis, afastaria em sede interpretativa o problema das leis inconstitucionais. Tal conclusão seria, manifestamente, incompatível com a previsão pelo legislador constitucional do fenômeno da inconstitucionalidade da lei. Os limites à interpretação em conformidade com a Constituição têm, portanto, de decorrer da interpretação da lei enquanto tal.²⁵⁰

Costuma-se afirmar que a interpretação das leis conforme a Constituição somente pode ser feita quando o texto legal for plurissignificativo. Paradoxalmente, a literalidade do texto limitaria a atuação do intérprete, a quem não é dada atribuir um significado arbitrário ao texto. Assim, a plurissignificatividade permitiria a interpretação conforme a Constituição e, paradoxalmente, funcionaria como limite a essa mesma interpretação.²⁵¹

²⁴⁹ “Os sentidos literais possíveis não constituem, de per se, limites à interpretação lato sensu correctiva da lei, porque, nesta sede, à letra se pode preferir o sentido que a letra traiu. A concepção hoje largamente dominante considera, na realidade, que importa mais o fim e a razão de ser do preceito do que o respectivo sentido literal. A interpretação teleológica tem, neste contexto, um lugar de destaque. Assim, e no que toca concretamente à relação entre a interpretação teleológica e a gramatical, é geralmente aceite que o sentido e o escopo da lei devem prevalecer sobre o seu teor” (MEDEIROS, op. cit., p. 305).

²⁵⁰ MEDEIROS, op. cit., p. 310.

²⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira. A declaração de nulidade da lei inconstitucional, a interpretação conforme à Constituição e a declaração de constitucionalidade da lei na jurisprudência da Corte Constitucional alemã. **Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, Brasília, v. 1, n. 2, p. 9-39, out./ dez. 1993.

A literalidade do texto é um ponto de partida, não de chegada. Como observa Neves, a norma resulta da implicação recíproca de dados primariamente linguísticos (programa normativo) e de dados da realidade (âmbito normativo),²⁵² de modo que ao programa normativo se incorporam elementos empíricos (pré-compreensões do intérprete, contextos jurídico, social, cultural e econômico) que moldam a melhor aplicação do Direito ao caso concreto.

Portanto, o processo de interpretação pressupõe não apenas a inclusão das concepções prévias do intérprete – pré-compreensões –, como também exige que o intérprete se comunique e interaja com aquilo que está sendo interpretado. O intérprete deve permitir que o texto lhe diga algo por si, sem lhe impor sua pré-compreensão, o que Gadamer define como sendo “a abertura à opinião do outro ou à do texto”:

[...] quem quer compreender um texto, em princípio, tem que estar disposto a deixar que ele diga alguma coisa por si”. Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente tem que se mostrar receptiva, desde o princípio, para a alteridade do texto, Mas essa receptividade não pressupõe nem neutralidade em relação à coisa nem tampouco autoanulamento, mas inclui a apropriação das próprias opiniões prévias e preconceitos, apropriação que se destaca destes.²⁵³

Em síntese, o texto restringe o espaço de movimentação do intérprete, impedindo que se chegue a uma norma que não decorre dele (texto), como ensina Gomes Canotilho:

O programa normativo tem uma função de filtro relativamente ao domínio normativo, sob um duplo ponto de vista: (a) como limite negativo; (b) como determinante positiva do domínio normativo. Esta função de filtro do programa normativo significa ser ele que separa os factos com efeitos normativos dos factos que, por extravasarem desse programa, não pertencem ao sector ou domínio normativo (função positiva do programa normativo). Além disso, como o programa normativo é obtido principalmente a partir da interpretação dos dados linguísticos, deduz-se o efeito de limite negativo do texto da norma (TN): prevalência dos elementos de concretização referidos ao texto (gramaticais, sistemáticos) no caso de conflito dos vários elementos de interpretação. Consequentemente, o espaço de interpretação, ou melhor, o âmbito de liberdade de interpretação do aplicador-concretizador das normas constitucionais, tem também o texto da

²⁵² NEVES, Marcelo. A interpretação jurídica no estado democrático de direito. In: **Direito constitucional**: Estudos em homenagem a Paulo Bonavides, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 360.

²⁵³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2014, p. 404-405.

norma como limite: só os programas normativos que se consideram compatíveis com o texto da norma constitucional podem ser admitidos como resultados constitucionalmente aceitáveis derivados de interpretação do texto da norma [...].²⁵⁴

O princípio da interpretação conforme a Constituição não pode ser utilizado, portanto, quando o significado preliminar dos signos linguísticos (programa normativo) não for dúbio, nem surgir essa dubiedade com a consideração dos elementos empíricos (âmbito normativo), ou, como adverte Gomes Canotilho, “a interpretação conforme a Constituição só é legítima quando existe um espaço de decisão (=espaço de interpretação) aberto a várias propostas interpretativas”.²⁵⁵

Mesmo quando se defende a ideia da criação da norma pelo intérprete,²⁵⁶ há limites que não podem ser ultrapassados. Há traços mínimos de significado “incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem”, que Wittgenstein diria serem os “jogos da linguagem”,²⁵⁷ Heidegger o “enquanto hermenêutico”,²⁵⁸ Miguel Reale falaria em “condição *a priori* subjetiva”²⁵⁹ e Aulis Aarnio mencionaria as “condições dadas da comunicação”.²⁶⁰

Assim sendo, mesmo admitindo que o intérprete atribua sentido ao texto e que o resultado dessa atribuição seja a norma, é inegável e existência de limites:

Compreender “provisória” como *permanente*, “trinta dias” como *mais de trinta dias*, “todos os recursos” como *alguns recursos*, “ampla defesa” como *restrita defesa*, “manifestação concreta de capacidade econômica” como *manifestação provável de capacidade econômica*, não é concretizar o texto constitucional. É, a pretexto de concretizá-lo, menosprezar seus sentidos mínimos. Essa constatação explica por que a doutrina tem tão efusivamente criticado algumas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.²⁶¹

²⁵⁴ CANOTILHO, **Direito constitucional e teoria da constituição**, op. cit., p. 1220.

²⁵⁵ *Ibid.*, p.1227.

²⁵⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

²⁵⁷ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Tradução de José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1989, p. 12.

²⁵⁸ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Márcia Sá Cavalcanti Schuback. 3. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2008a.

²⁵⁹ REALE, **Filosofia do direito**, op. cit., p. 59.

²⁶⁰ AARNIO, Aulis. **Derecho, racionalidade y comunicación social: ensayos sobre filosofía del derecho**. México: Fontamara, 1995.

²⁶¹ ÁVILA, op. cit., p. 53.

²⁶¹ WITTGENSTEIN, op. cit.

Para o semiólogo italiano Umberto Eco, há uma grande diferença entre *usar* um texto e *interpretá-lo*. O uso ampliaria o universo de sentido do texto. A interpretação, ao contrário, respeitaria a coerência do texto, ou seja, a unidade e a continuidade de sentido que ele possui. É dele a advertência: “Todo discurso sobre a liberdade de interpretação deve começar por uma defesa do sentido literal”.²⁶²

A literalidade do texto como limite da atividade interpretativa é lembrada também por Friedrich Müller, para quem “há de se manter firme o efeito esclarecedor e estabilizador do teor literal da norma como algo imprescindível no Estado de Direito [...] O texto determina os limites extremos de possíveis variantes de significado”.²⁶³

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal reconhece os limites à interpretação conforme à Constituição. Nesse sentido, é emblemático o julgamento da Representação nº 1.147, cuja ementa dispõe:

[...] o princípio da interpretação conforme a Constituição (*Verfassungskonforme Auslegung*) é princípio que se situa no âmbito do controle da constitucionalidade, e não apenas simples regra de interpretação. A aplicação desse princípio sofre, porém, restrições, uma vez que, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o STF – em sua função de Corte Constitucional – atua como legislador negativo, mas não tem o poder de agir como legislador positivo, para criar norma jurídica diversa da instituída pelo Poder Legislativo. Por isso, se a única interpretação possível para compatibilizar a norma com a Constituição contrariar o sentido inequívoco que o Poder Legislativo lhe pretendeu dar, não se pode aplicar o princípio da interpretação conforme a Constituição, que implicaria, em verdade, criação de norma jurídica, o que é privativo do legislador positivo²⁶⁴.

Ainda sobre os perigos que envolvem os excessos interpretativos do Poder Judiciário, merece destaque trecho do voto do Ministro Dias Toffoli no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.451:

Tenho muito receio da *principiolatria*, que, no início deste novo século, para subestimar a antiga legislatura. Fala-se hoje de uma nova figura jurídica, a *legisprudência*, um direito nascido da mescla – muitas vezes espúria – entre as fontes democráticas da atividade legislativa e a criação jurisprudencial livre. Esse papel de agente ponderador, que

²⁶² ECO, Umberto. **Os limites da interpretação**. São Paulo: Perspectiva, 2012, p. 09.

²⁶³ MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 31.

²⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Representação nº 1.417/DF**. Representante: Procurador Geral da República. Representado: Congresso Nacional. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 09 de dezembro de 1987. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1563123>>. Acesso em: 01 set. 2018.

escolhe entre valores, deve ser primordialmente cometido ao Legislativo. O juiz pode e deve interpretar o Direito com referência a valores. Isso não é mais posto em causa. No entanto, não se pode usar de princípios como meio de substituição da vontade geral da lei pela vontade hermética, esotérica de um juiz, que, em diversas situações, busca modelos teóricos para ajustar exteriormente as conclusões externas a que ele chegou por meios obscuros e de impossível sindicância por critérios de aferição universal.²⁶⁵

Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal assume a inviabilidade de sua atuação como legislador positivo. Embora haja diversos outros precedentes nesse sentido,²⁶⁶ há outros casos em que não se atenta para os limites entre o princípio da interpretação conforme a Constituição e a edição de decisão modificativa dos sentidos originais formulados pelo legislador.²⁶⁷

No julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, o Supremo Tribunal Federal utilizou a técnica da interpretação conforme a Constituição para suprir omissão legislativa reputada inconstitucional. Apesar de o Código Penal não ter previsto a prática do aborto de feto acometido de doença incurável que inviabiliza por completo a vida extrauterina (anencefalia), a Constituição Federal de 1988 previu o princípio da pessoa dignidade da pessoa humana como norma intimamente ligada aos direitos fundamentais.²⁶⁸ O Tribunal julgou procedente o pedido, para excluir do tipo penal do aborto a interrupção da gravidez de feto anencéfalo, em decisão assim ementada:

ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a

²⁶⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.451-DF**, do Tribunal Pleno. Requerente: Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão – ABERT. Requerido: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 09 de setembro de 2010. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3938343>>. Acesso em: 01 set. 2018.

²⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.344/ES** do Tribunal Pleno. Requerente: Governador do Estado do Espírito Santo. Requerido: Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 18 de dezembro de 1995. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1624994>>. Acesso em: 01 set. 2018.

²⁶⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1275.

²⁶⁸ SARLET, Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 78.

interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.²⁶⁹

Em voto vencido, o Ministro Ricardo Lewandowski julgou improcedente o pedido formulado na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, por vislumbrar nele a pretensão de que a Corte elaborasse uma norma abstrata autorizadora do “aborto eugênico”, atuando como legislador positivo:

[...] não é lícito ao mais alto órgão judicante do País, a pretexto de empreender interpretação conforme a Constituição, envergar as vestes de legislador positivo, criando normas legais, ex-novo, mediante decisão pretoriana. Em outros termos, não é dado aos integrantes do Poder Judiciário, que carecem da unção legitimadora do voto popular, promover inovações no ordenamento normativo como se parlamentares eleitos fossem. [...] Por todo o exposto, e considerando, especialmente, que a autora, ao requerer ao Supremo Tribunal Federal que interprete extensivamente duas hipóteses restritivas de direito, em verdade pretende que a Corte elabore uma norma abstrata autorizadora do aborto eugênico nos casos de suposta anencefalia fetal, em outras palavras, que usurpe a competência privativa do Congresso Nacional para criar, na espécie, outra causa de exclusão de punibilidade ou, o que é ainda pior, mais uma causa de exclusão de ilicitude, julgo improcedente o pedido²⁷⁰.

Por outro lado, o Ministro Gilmar Mendes defendeu uma “atuação criativa” do Supremo Tribunal Federal para solucionar problemas relacionados à omissão inconstitucional, a partir de uma “interpretação evolutiva atualizadora” da lei, ao dizer:

[...] não se pode negar que o Supremo Tribunal Federal está a se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e, nesse passo, alia-se à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional. [...]. O controle da constitucionalidade da legislação penal pré-constitucional (como é o caso do Código Penal, de 1940) pode impor à Corte a necessidade de adoção de uma interpretação evolutiva atualizadora dessa legislação em face da ordem constitucional de 1988, exigindo uma decisão interpretativa

²⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/DF**, do Tribunal Pleno. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 30 de abril de 2013. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>>. Acesso em: 01 set. 2018.

²⁷⁰ Loc. cit.

com efeitos aditivos, que ocorrerá in bonam partem, no caso em exame.²⁷¹

Em entrevista concedida ao jornal *Valor Econômica*, de 09 de junho de 2008, o Ministro Gilmar Mendes, à época presidindo o Supremo Tribunal Federal, já assumia publicamente que o Tribunal seria competente para suprir as deficiências do Poder Legislativo, em razão de que os Poderes do Estado devem ser harmônicos entre si, devendo, portanto, trabalhar de maneira ativa para a melhor elaboração das leis na sociedade.²⁷² Para o Ministro, os parlamentares representam a população pelo voto que recebem e o Supremo Tribunal Federal faz a “representação argumentativa” da sociedade. A base teórica que fundamenta tal pensamento é a tese do filósofo alemão Robert Alexy,²⁷³ para quem os tribunais corrigem distorções do Legislativo. Para tanto, segundo o Ministro Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal vem fomentando um ambiente mais democrático, capaz de suprir as omissões legislativas mediante sentenças de perfil aditivo.

Descrevendo o estado das coisas no ordenamento jurídico italiano, Riccardo Guastini²⁷⁴ ressalta que, na Itália, essa atividade legislativa heterônoma reveste-se da maior importância, sendo desenvolvido tanto pela Corte Constitucional quanto pela magistratura comum, o que se evidencia tratar-se de uma prática generalizada.

A sentença manipulativa de efeito aditivo é uma das técnicas mais utilizadas pela Corte Constitucional italiana para solucionar a questão da inconstitucionalidade por omissão. Conforme sustenta a doutrina italiana, estas sentenças são assim denominadas em virtude da possibilidade de adição, substituição ou redução do conteúdo normativo do preceito questionado.²⁷⁵ A sentença de perfil aditivo indica que um preceito é inconstitucional enquanto não estabelece, ou não prevê, algo que deveria incluir para ser compatível com a Constituição, de modo que o tribunal manipulará o texto com o objetivo de conformá-lo à Constituição. A sentença de perfil aditivo ou sentença aditiva pode tanto declarar a inconstitucionalidade de uma

²⁷¹ Loc. cit.

²⁷² BASILE, Juliano. Para Presidente do STF, tribunal supre deficiências do Legislativo [entrevista com o Min. Gilmar Ferreira Mendes]. *Valor Econômico*, 2008. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

²⁷³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed., 3ª reimpressão, São Paulo: Malheiros, 2009.

²⁷⁴ GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la Interpretación Jurídica*. 9. ed. México: Porrús, 2010.

²⁷⁵ MALFATI, PANIZZA, ROMBOLI, *Giustizia Costituzionale*. 4. ed. Torino: Giappichelli, 2013. No Brasil, consultar: SOUZA FILHO. Ademar Borges de. *Sentenças aditivas na jurisdição constitucional brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

exclusão implícita na lei questionada quanto pode se limitar a realizar uma interpretação extensiva do dispositivo impugnado.²⁷⁶

O Supremo Tribunal Federal vem adotando essa técnica em inúmeros precedentes. No julgamento do Mandado de Injunção nº 670/ES, por exemplo, a Corte aplicou aos servidores públicos, por analogia, a lei que regula o direito de greve dos trabalhadores da iniciativa privada. Sem assumir compromisso com uma função típica legislativa, o Tribunal passou a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória do tema pelo Poder Judiciário, adotando uma sentença de perfil aditivo.²⁷⁷

A mesma técnica foi utilizada por ocasião do julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, quando o Tribunal decidiu aplicar às uniões homoafetivas as prescrições legais relativas às uniões estáveis heteroafetivas, incluindo no programa normativo do artigo 226, § 3º, da Constituição Federal de 1988, um grupo de pessoas até então não abarcado explicitamente, por meio da interpretação conforme a Constituição do artigo 1.723 do Código Civil, em decisão assim ementada:

[...] A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu artigo 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. [...] A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. [...] Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito

²⁷⁶ REVORIO. Francisco Javier Díaz. **Las sentencias interpretativas del tribunal constitucional**. Valladolid: Lex Nova, 2001, p. 293-294.

²⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 670/ES**. Impetrante: Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Estado do Espírito Santo – SINDPOL. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Min. Maurício Corrêa; Relator para o Acórdão: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 30 out. 2008. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2018921>>. Acesso em: 01 set. 2018.

segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.²⁷⁸

Nesse julgamento, o Supremo Tribunal Federal não levou em consideração os debates originários do artigo 226, § 3º, da Constituição Federal de 1988, que restringia o reconhecimento da união estável enquanto entidade familiar a vínculos entre homem e mulher,²⁷⁹ ignorando, assim, a vontade de legislador.²⁸⁰

Se por um lado a técnica das sentenças aditivas é largamente utilizada em países como Itália,²⁸¹ Portugal e Espanha,²⁸² por outro, no direito alemão há uma posição mais restrita acerca do instituto, por entender que essa técnica é potencialmente violadora da discricionariedade do legislador. Diante de um dilema em que seja necessário declarar a inconstitucionalidade de uma lei na hipótese de omissão parcial, o Tribunal Constitucional alemão prefere comunicar ao Legislativo sobre tal inconstitucionalidade para que tome as medidas cabíveis, deixando de ampliar o seu programa normativo. Somente quando a Constituição expressamente impõe uma determinada forma de correção para a desigualdade presente no caso concreto a Corte admite decisões manipulativas.²⁸³

No caso brasileiro, caso o Supremo Tribunal Federal reconheça a existência de omissão morosa do legislador, deve declarar a inconstitucionalidade por omissão, devendo, nos termos da Constituição Federal de 1988 (artigo 103, § 2º) dar ciência da decisão ao órgão ou aos órgãos cujo comportamento moroso se censura para que empreendam as medidas necessárias. Portanto, ao contrário de impor determinada forma de correção, a Constituição Federal de 1988 adota providência que parece inibir a utilização em larga escala das sentenças de perfil aditivo.

²⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277-DF**, do Tribunal Pleno. Requerente: Procurador Geral da República. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 14 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11872>>. Acesso em: 01 set. 2018.

²⁷⁹ BRASIL. Congresso Nacional. Diário da Assembleia Nacional Constituinte (Suplemento “B”), p. 209. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/redacao.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2016.

²⁸⁰ A Corte Constitucional alemã, em decisão prolatada em 1958, já identificava como limites evidentes da interpretação conforme a Constituição o sentido claro do texto e o fim contemplado pelo legislador (BONAVIDES, **Curso de direito constitucional**. op. cit., p. 522).

²⁸¹ GUASTINI, op. cit.; CERRI, Augusto. **Corso di giustizia costituzionale**. 5. ed. Milano: Giuffrè, 2008.

²⁸² BRANCO; MENDES, op. cit.

²⁸³ SOUZA, Luiz Henrique Boselli. As sentenças aditivas na jurisdição constitucional. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, v. 3, p. 99-117, 2013, p. 106. Disponível em: <http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/77>. Acesso em: 29 ago. 2018.

O reconhecimento da possibilidade de prolação de sentenças aditivas contribui para um amadurecimento da jurisdição constitucional, como instrumento dialógico de aprimoramento institucional entre Direito e Política, porém dentro dos limites textuais e contextuais já mencionados, sob de se transformar em estímulo adicional à discricionariedade judicial.

A postura proativa do Judiciário, ao formalizar decisões de perfil aditivo encontra, nas cláusulas constitucionais de reserva de poder, um limite salutar. A observância dos âmbitos de competência reservada de cada um dos Poderes é fundamental para a manutenção do princípio da separação de poderes.

A esse respeito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acolhe a distinção entre reserva de lei em sentido estrito e reserva de norma.²⁸⁴ A reserva de lei, em sentido absoluto, tem lugar quando determinada matéria só puder ser regulada por ato emanado do Poder Legislativo, nos termos do processo legislativo parlamentar definido na Constituição.²⁸⁵

Por outro lado, cabe ao Poder Judiciário equilibrar ou eventualmente reequilibrar eventual omissão ou déficit legislativo no que se refere ao direitos fundamentais. Um dos principais mecanismos para tanto são as decisões oriundas do julgamento de mandado de injunção e as sentenças aditivas.

O princípio da razoabilidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: (i) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado (*adequação*); (ii) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (*necessidade/proibição de excesso*); (iii) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (*proporcionalidade em sentido estrito*). Assim resumidos, pode-se dizer, a título de conclusão pontual, que esses princípios revelam pouco ou quase nada do alcance, praticamente ilimitado, de que se reveste para enfrentar os desafios que, a todo instante, são lançados aos intérpretes da Constituição por uma realidade social em permanente transformação. Daí a necessidade, de resto comum a todos os instrumentos hermenêuticos, de que

²⁸⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 85.060/PR**. Paciente: Divonzir Catenace. Autoridade Coatora: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 12 de setembro de 2009. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2254201>>. Acesso em: 01 set. 2018.

²⁸⁵ Segundo Canotilho, a “reserva de parlamento”, designada, “por vezes”, de “reserva de lei formal”, traduz-se no “conjunto de matérias ou de âmbitos materiais que devem ser objecto de um acto legislativo editado pelo parlamento” (CANOTILHO, op. cit., p. 706).

tais princípios sejam manejados à luz de casos concretos, na relação entre texto e contexto, realidade e norma, entre objeto e método, para recíproco esclarecimento, aproximação e explicitação.

Os interrogativos que concernem à hermenêutica constitucional se colocam de forma ainda mais contundente quando se deve efetivar a compreensão de que no contexto da constitucionalização do Direito, toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional. Qualquer operação de realização do Direito envolve a aplicação direta ou indireta da Constituição. Nesse cenário, como destaca Barroso, aplica-se a Constituição:

- a) *Diretamente*, quando uma pretensão se fundar em uma norma do próprio texto constitucional. Por exemplo: o pedido de reconhecimento de uma imunidade tributária (CF, artigo 150, VI) ou o pedido de nulidade de uma prova obtida por meio ilícito (CF, artigo, LVI);
- b) *Indiretamente*, quando uma pretensão se fundar em uma norma infraconstitucional, por duas razões:
 - (i) antes de aplicar a norma, o intérprete deverá verificar se ela é compatível com a Constituição, porque se não for, não deverá fazê-la incidir. Esta operação está sempre presente no raciocínio do operador do Direito, ainda que não seja por ele explicitada;
 - (ii) ao aplicar a norma, o intérprete deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais²⁸⁶.

No centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa dotada de supremacia formal e material, a Constituição funciona “não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema”.²⁸⁷

Destarte, no contexto do chamado “neoconstitucionalismo” e do risco acentuado que comporta a aproximação com o moralismo jurídico, em particular quando o termo é utilizado em uma perspectiva meta-teórica, o problema da especificidade da hermenêutica constitucional assume particular relevância, especialmente no que se relaciona com o ativismo judicial e as (in) distinções entre o Direito e a Política.

2.2.2 Neoconstitucionalismo, Moralismo Jurídico e Protagonismo Judicial

²⁸⁶ BARROSO, Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito no Brasil, op. cit., p. 03.

²⁸⁷ Loc. cit.

O “neoconstitucionalismo” pode ser definido, seguindo a trilha da análise proposta por Petters Melo, como um “*essentially contested concept*”, ou seja, um conceito intrinsecamente controverso:

Considerata l’estensione e la varietà di significati che ha assunto il concetto di neocostituzionalismo – nel cui ambito si fanno rientrare dottrine che hanno, ed hanno avuto, caratteri teorici e filosofici diversi, anche a causa dei differenti contesti storici e culturali in cui hanno trovato applicazione – , si potrebbe dire che si tratta di un *essentially contested concept*, di una nozione intrinsecamente controversa: una di quelle nozioni che, “pur avendo un contenuto concettuale condiviso da coloro che cercano di definirne il significato, sono tuttavia esposte ad interpretazioni e a valutazioni differenti, molte delle quali supportate da buone ragioni”.²⁸⁸

Como observa a autora, o termo neoconstitucionalismo, “proposto pela primeira vez em 1997, utilizado por Susanna Pozzolo para denotar uma postura teórica, certo modo antijuspositivista para aproximar o Direito”, acabou por encontrar “desenvolvimentos inusitados no momento em que foi incorporado no debate espanhol e latino-americano”.²⁸⁹ E ainda pontua:

[...] un approccio metateorico e giusfilosofico alla comparatistica costituzionale e alla descrizione delle nuove realtà costituzionali, esso si è giovato di un precario equilibrio tra le mobilità intrinseche alla profusione dell’uso del termine – mobilità disciplinare, metodologica, storica e geografica.²⁹⁰

Na mobilidade intrínseca à profusão do uso do conceito de “neoconstitucionalismo”, “da filosofia do Direito, à Teoria Constitucional, Dogmática Constitucional, abordagens descritivas, analíticas, prescritivas e meta-teóricas”,²⁹¹ o

²⁸⁸ “Considerada a extensão e a variedade de significados que assumiu o conceito de neoconstitucionalismo – no âmbito do qual se colocam doutrinas que têm, e tiveram, caráter teóricos e filosóficos diversos, também em função dos diferentes contextos históricos e culturais em que encontraram aplicação – , pode-se dizer que se trata de um *essentially contested concept*, de uma noção intrinsecamente controversa: uma daquelas noções que, “mesmo tendo um conteúdo conceitual compartilhado pelos autores que buscam definir-lhe o significado, são, todavia, expostas a interpretações e a avaliações diferentes, muitas das quais suportadas por boas razões.” (Tradução livre) (MELO, Milena Petters. Neocostituzionalismo e nuevo constitucionalismo in America Latina. **Diritto Comparato ed Europeo**. Torino: Giappichelli, 2012, p. 343).

²⁸⁹ MELO, op. cit., p. 345.

²⁹⁰ “Passando de uma abordagem meta-teórica e jusfilosófica à comparatística constitucional e à descrição das novas realidades constitucionais, o conceito logrou um precário equilíbrio entre as mobilidades intrínsecas à profusão do uso do termo – mobilidade disciplinar, metodológica, histórica e geográfica”. (Tradução livre (MELO, op. cit., p. 345).

²⁹¹ MELO, op. cit., p. 345-346.

termo é usado para caracterizar “[...] seja o modelo atual do constitucionalismo, e a sua práxis nos diversos países, seja para designar o modelo consolidado na Europa a partir do segundo pós-guerra”.²⁹²

Seguindo com Petters Melo, dentre os elementos comuns que resultam das análises e reflexões com bases disciplinares e metodológicas ecléticas, podem ser destacados como características do neoconstitucionalismo:

a) a compreensão da constituição como norma que irradia efeitos sobre todo o ordenamento jurídico, condicionando a totalidade da atividade jurídica e política dos Poderes do Estado; b) a importância atribuída aos princípios e valores como componentes elementares dos sistemas jurídicos “constitucionalizados”; c) o protagonismo dos juízes em relação ao legislador na função de interpretação da Constituição; d) a ponderação como método de interpretação e aplicação dos princípios e de resolução dos conflitos entre valores e bens constitucionais; e) o reconhecimento, em maior ou menor medida, da conexão entre direito e moral.²⁹³

Um dos autores de referência na literatura espanhola sobre o tema, Luis Pietro Sanchís, assim sintetiza o neoconstitucionalismo: “Mais princípios que regras, mais ponderação que subsunção, mais Constituição que lei, mais juiz que legislador”.²⁹⁴

Barroso, no texto que difundiu o debate sobre o neoconstitucionalismo no Brasil, identifica no marco filosófico do “novo direito constitucional” o pós-positivismo e reaproximação entre Direito e Moral e entre Direito e Filosofia. Dentre as inovações no marco teórico, destaca o fortalecimento da jurisdição constitucional e o protagonismo dos tribunais constitucionais.²⁹⁵

É relevante esclarecer que neoconstitucionalismo e pós-positivismo talvez possam ser tomados como expressões sinônimas, a indicar um conjunto de teorias multiformes surgidas a partir da segunda metade do século XX, que rejeitam o positivismo jurídico, especialmente no que diz com a relação entre Direito e Moral.²⁹⁶

²⁹² Loc. cit.

²⁹³ Ibid., p. 344.

²⁹⁴ SANCHÍS, Prieto Luis. Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones. In: SANCHÍS, Prieto Luis. **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003.

²⁹⁵ BARROSO, Neoconstitucionalismo e constitucionalização o Direito, op. cit.

²⁹⁶ Para uma análise do “neoconstitucionalismo” como equivalente ao “pós-positivismo”, pode-se consultar o pensamento de Manuel Atienza (ATIENZA, Manuel. Entrevista a Robert Alexy. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 24, p. 671-687, 2001). Em sentido semelhante, consultar: CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 25-44.

O constitucionalismo de terceira dimensão (ou neoconstitucionalismo) repaginou suas estruturas teóricas fundamentais. O paradigma da força normativa da Constituição suplantou o dogma da sujeição à lei (dogmática legislista), retirando do legislador o papel de “senhor do direito”, dando a juízes e tribunais o protagonismo na defesa e concretização de direitos fundamentais (de liberdade e prestacionais).²⁹⁷

Para o presente percurso de análise, cumpre destacar, portanto, dois aspectos que caracterizam o chamado “neoconstitucionalismo”, não obstante os diferentes usos do termo, que irão contribuir para redefinir os liames da distinção entre o Direito e a Política. O primeiro aspecto se relaciona com a aproximação entre Direito e Moral. O segundo aspecto se relaciona com o protagonismo judicial, que muitas vezes comporta espécies de ativismo judicial e seus excessos.

No que toca o primeiro aspecto, no marco do pós-positivismo muitos autores identificaram na incorporação constitucional dos direitos humanos e na expansão do elenco dos direitos fundamentais (características do constitucionalismo democrático do segundo pós-guerra, ou, com preferem alguns autores, do neoconstitucionalismo), uma reaproximação do Direito com a Moral, a Ética e a Filosofia. Que estas novas características das constituições democráticas se relacionam com a ética humanista que se almejou afirmar e garantir após o final da segunda guerra mundial, tanto no plano internacional, quanto no plano constitucional, não resta dúvida.

O problema se apresenta quando se concebe os direitos humanos como direitos morais, por um lado negando-lhes a plena positividade, por outro lado abrindo a possibilidade da sua interpretação e aplicação estarem disponíveis às diferentes predisposições morais dos intérpretes da Constituição. Se a essa imprudente abertura ao moralismo no Direito se soma a predisposição protagonista do Judiciário o problema cresce em complexidade e dramaticidade.

Em algumas recentes decisões do Supremo Tribunal Federal foi possível observar essa abertura ao moralismo, que se revelou inclusive na defesa do “sentimento social” (informação verbal),²⁹⁸ que faz ressoar na memória as tragédias

²⁹⁷ Na primeira dimensão do constitucionalismo, aquele do Estado liberal ou “Estado de direito legislativo”, como prefere Zagrebelski, o legislador é o “senhor do direito”, do que deriva uma total confusão entre lei e Direito, típica da Modernidade. O Direito é o que está na lei e a justiça é o que a lei determina (ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho ductil: ley, derecho y justicia**. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Trota, 1995, p. 150-155).

²⁹⁸ Informação coletada da palestra do Mininistro Luís Roberto Barroso, no lançamento do livro “A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso”, na Livraria Cultura, no Conjunto Nacional, em São Paulo, no dia 02 de abril de 2018.

que ganharam corpo com esse tipo de argumentação. Neste ponto se revela um paradoxo lamentável, visto que foi exatamente para fugir dos subjetivismos e evitar as diferentes formas de disponibilidade moral ou política das normas constitucionais e da tomada de decisões na vida pública que se estabeleceu vincular constitucionalmente a atividade dos Poderes públicos através da normatividade da Constituição, em particular, dos direitos fundamentais, tendo como garantia o fortalecimento da jurisdição constitucional.

Em efeito, as abstrações filosóficas, ou o suporte, questionável, na Ética ou na Moral, da atividade jurisdicional, contribuem para obnubilar ou legitimar decisões que se revestem de caráter eminentemente político, pois que comportam evidentes pré-compreensões sobre as dimensões, os limites e potencialidades do espaço público, bem como pré-cognições sobre a ontologia e da deontologia constitucional.

Nessa direção de sentido, as teorizações de Gadamer sobre a experiência hermenêutica se apresentam como oportuno estímulo para reflexões.

2.2.3 A Experiência Hermenêutica em Gadamer e a Constituição entre Texto e Contexto.

O pensamento de Hans Georg Gadamer representa uma das posições mais eminentes da filosofia atual, apesar da base fundamental das suas reflexões remeter a “Verdade e Método”, de 1960, que sucedeu a uma série de estudos sobre o pensamento grego.

Gadamer atribuiu a Heidegger o mérito de ter retomado alguns importantes estímulos da filosofia da antiga Grécia, que constituem elementos vitais do pensamento hodierno. Heidegger sustentava, em efeito, a substancial identidade da posição platônica e aristotélica quais filosofias do *lógos* e a possibilidade de expor uma história da metafísica como história do platonismo, ou seja, do ser transcendente na direção que vai além dos entes, e que encontraria dentre os seus principais expoentes Agostinho, Meister, Eckhart, Leibniz, Kant e Hegel.²⁹⁹

Nesse sentido pode-se afirmar como propõe Giuseppe Roggerone³⁰⁰, que Gadamer subverteu a tese de Heidegger e concebeu a posição platônica como a base

²⁹⁹ ROGGERONE, Giuseppe Agostino. **Interpretazione e conoscenza oggettiva**. Lecce: Edizioni Milella, 1998, p. 44.

³⁰⁰ Loc. cit.

dos desenvolvimentos críticos da doutrina das ideias, que, em Hegel, encontraria o seu complemento com a concepção da dialética como movimento solvente de qualquer cristalização do pensamento.

2.2.3.1 A Experiência Hermenêutica e o Caráter Ontológico da Hermenêutica: o Jogo

Sobre esta base histórico-doutrinária, Gadamer estruturou a sua concepção da filosofia como hermenêutica. Na raiz dessa concepção se encontra aquilo que o filósofo denomina a “experiência hermenêutica”, que consiste em reencontrar os nossos problemas e dos nossos pensamentos nas respectivas posições histórico-filosóficas tomadas em consideração. Nessa perspectiva, a abordagem gadameriana tende a tornar vivas as determinações da história da filosofia, traduzindo-as em respostas a perguntas concretas. Gadamer afirma: “é certo que se pode diferenciar do próprio jogo o comportamento do jogador, que, como tal, se integra com outros modos de comportamento da subjetividade”.³⁰¹

Nesse sentido, Gadamer contempla os problemas filosóficos não tanto como um método predisposto ou sistema de regras a serem aplicadas nos casos particulares, mas, diferente disso, como uma via de acesso à verdade. *Verdade e Método* é, como já recordado, o título da obra na qual Gadamer delineou a sua posição especulativa ou, como dita o subtítulo do livro, os “fundamentos de uma hermenêutica filosófica”. Como o próprio autor afirmou, “o nascimento da sua filosofia hermenêutica não é nada mais do que a tentativa de dar uma legitimação teórica ao estilo dos meus estudos e do meu ensinamento”.³⁰²

Pode-se afirmar, portanto, que preocupação fundamental de Gadamer era, de fato, evitar qualquer construção teórica que não tivesse uma relação direta com a experiência.

Assim, o processo interpretativo, ultrapassando a unilateralidade ou parcialidade do método e atuando no terreno concreto, deve funcionar de modo a legitimar não só os métodos científicos como também o próprio processo interpretativo. Mas esta autolegitimação implica necessariamente, e independentemente de qualquer argumento metafísico, certo conceito do real, ou seja, uma verdadeira ontologia constitutiva da experiência hermenêutica.

³⁰¹ GADAMER, **Verdade e método**, op. cit., p. 174.

³⁰² Loc. cit.

Isto se torna manifesto na experiência estética, que abre à compreensão do jogo, o qual constitui um modelo típico de compreensão hermenêutica, tomado em consideração por Gadamer em “Verdade e Método”.³⁰³

Nessa direção de sentido, o jogo passa a constituir o caráter ontológico da hermenêutica. De fato, a um exame atento, o jogo se manifesta como um acontecimento no qual se encontram envolvidos tanto os atores como os espectadores, que são submetidos às mesmas regras das quais o jogo apreende as sua seriedade, enquanto que deste depende uma realização e um resultado que ultrapassa as intenções e as previsões dos jogadores e dos espectadores. A “classe” do jogador é comensurada em relação com a suscetibilidade do seu pensamento que, refratário a qualquer rígido esquema pré-constituído, adapta a sua ação ao andamento do jogo, potencializando o seu desenvolvimento na direção do êxito almejado.

Assim, o jogo se torna o paradigma mais válido do processo de compreensão do real. E o ato de compreender não é uma consideração atemporal e objetiva de uma realidade completa, dotada de um sentido imutável e inserida num horizonte cognoscitivo fixo. O ato de compreender, diversamente, é sempre um “acontecer” que comporta uma mudança no decorrer do percurso, tanto do jogador quanto do espectador, tanto do interrogador quanto do interrogado, que se colocam, assim, em um contexto dialógico: um diálogo que se manifesta como a forma mais autêntica da compreensão e da autocompreensão.

O acontecimento no qual se configuram o jogo e o evento artístico constitui a representação mais autêntica do ser, na qual, conforme Gadamer se manifesta a “transmutação na forma” que constitui a “mediação total” do real, isto é, do ser. A imagem expressa da obra de arte representa o real não de forma objetiva, mas na livre forma do jogo ou da auto representação, através da qual se delineia uma nova “valência do ser”, ou seja, o valor de verdade, do que é representado.³⁰⁴

Como observa Roggerone, o jogo se prospecta, assim, como o conceito ontológico do real, que se exprime, não só na arte, mas também na natureza, como “jogo das forças” nela atuantes, e no homem como ser histórico, ou seja, que se faz com o desenvolver dos eventos, pois Gadamer compreende a história “como uma

³⁰³ Hans Georg. **Verità e metodo**. Milano: Bompiani, 2000.

³⁰⁴ ROGGERONE, op. cit., p. 47.

totalidade concluída, à maneira hegeliana, ou como uma totalidade ideal, à maneira dittheyana, como um contínuo acontecimento perenemente aberto e inconcluso”.³⁰⁵

2.2.3.2 A “Fusão De Horizontes” e a Linguagem

Sobre a base desta concepção da história, Gadamer entende propor uma compreensão ontológica do real, crítica a qualquer tipo de metafísica objetivista, sem incorrer no relativismo ou no ceticismo. E é nesse processo que a “fusão de horizontes” ganha corpo.

Conforme o autor, entre o fato e o intérprete subsiste uma “distância temporal”, que tem um sentido negativo e um sentido positivo. Negativamente esta indica a impossibilidade, por parte do intérprete, de adequar a compreensão do texto que teve o autor; compreende-se, assim, que nunca será possível chegar a um conhecimento completo e definitivo de um texto ou de um autor. Positivamente, essa distância temporal retira do conhecimento histórico a unilateralidade da visão própria do autor e, abrindo a visual do intérprete, torna possíveis conhecimentos, perspectivas e significados novos presentes na obra considerada do ponto de vista do intérprete e da sua situação histórica que, não podem ser consideradas cognições das quais era consciente o próprio autor.³⁰⁶

Emerge assim uma tensão, característica da hermenêutica, entre o texto e o seu autor, pertencente ao passado, e o intérprete na condição presente. Em tal tensão, que se manifesta na interpretação da tradição, constituindo-lhe o ser, e no prosseguir da própria tradição no presente, consiste a situação da distância temporal ou “horizonte hermenêutico” ou âmbito da nossa compreensão do passado em conexão com o nosso presente. Nos polos da tensão colocam-se os dois “horizontes”: um horizonte nosso, no qual estão presentemente e um horizonte do texto ou documentos submetidos à interpretação, que se colocam no passado. Assim, a experiência hermenêutica acontece necessariamente mediante uma “fusão dos horizontes” diversos, por esta coligados. Tal fusão, necessariamente, nunca conduz a uma total imersão no passado, de modo que se compreende a impossibilidade de uma completa e objetiva reconstrução do mesmo, bem como de uma compreensão plenamente adequada do mesmo.

³⁰⁵ Loc. cit.

³⁰⁶ Ibid., p. 48.

Em Gadamer, essa *fusão de horizontes* se apresenta constantemente na vigência da tradição, pois nela “o velho e o novo crescem sempre juntos para uma validade vital, sem que um e outro cheguem a se destacar explicitamente por si mesmos”.³⁰⁷

Na sua aspiração de estabelecer um colóquio com a tradição, Gadamer encontrou o “meio”, não no sentido de instrumento, mas de “dimensão”, na linguagem. A existência do homem se configura na dimensão da “linguisticidade”. Como assevera Gadamer: “O ser que pode ser compreendido é a linguagem”.³⁰⁸

Como observa Roggerone, esta atribuição de centralidade à linguagem, a concepção de Gadamer se aproxima criticamente de outras correntes do pensamento contemporâneo como o estruturalismo e a filosofia analítica, em relação aos quais faz valer a recuperação realizada dos conceitos clássicos de *logos* e dialética.³⁰⁹

Nessa perspectiva a linguagem é sempre um acontecer que incide sobre a tradição na qual atua, modificando-a. A linguagem se prospecta também como mediador da sociabilidade do ser. Enfim, para Gadamer, a linguagem é o jogo que todos jogamos.

Na Política, inspirado no sentido clássico de Aristóteles, o fundamento da linguagem, como meio da sociabilidade do ser, pode ser encontrado na comunicação aos outros das próprias ideias sobre a justiça e a injustiça. Ao mesmo tempo, na linguagem natural jogamos com todo o nosso sentir e pensar, abrindo-nos à compreensão de qualquer possível resposta, também por nós mesmos solicitados. E nessa última perspectiva, pode-se identificar um elemento de aproximação de Gadamer com os “jogos linguísticos” de Wittgenstein.³¹⁰

2.2.3.3 O Círculo Hermenêutico e as Fases do Processo Hermenêutico

Visto que recolhe de Heidegger a concepção da temporalidade como dimensão fundamental da existência e elemento constitutivo da consciência histórica, Gadamer se propõe a acertar os limites e as condições desta. Pode, assim, colocar em evidência que nós estamos sempre presos em um “círculo hermenêutico”, enquanto

³⁰⁷ GADAMER, Verdade e método, op. cit., p. 457.

³⁰⁸ Ibid., p. 542.

³⁰⁹ ROGGERONE, op. cit., p. 50.

³¹⁰ Loc. cit.

que nossa compreensão dos fatos é condicionada por um “pré-juízo” ou “pré-conceito”, no sentido de uma “pré-compreensão” (*Vorverständnis*) de nós mesmos e do nosso mundo, que é necessariamente ligada ao caráter histórico do nosso ato de conhecer.

Em cada ato cognoscitivo, em outros termos, atuam um conjunto de pré-cognições que agem, mesmo inconscientemente, e prospectam a experiência em um quadro de coordenadas particulares, relativas ao nosso ambiente e ao nosso tempo, as quais constituem os pressupostos da nossa consciência historicamente determinada. Essas pré-cognições, segundo Gadamer, são a “antecipação da perfeição”, que antecipa o conhecimento que tende à intenção que se encontra na base do ato cognoscitivo.³¹¹

Do ponto de vista da hermenêutica ocorre, portanto, proceder preliminarmente à “reabilitação dos pré-conceitos”, ou seja, compreender que estes não são apenas o fruto da ignorância ou do obscurantismo, como afirmavam os iluministas, ao contrário, constituem também as condições do ato de conhecer, ao qual fornecem o elemento historicizante. Daqui também a reabilitação da tradição histórica e da autoridade, que não constituem apenas uma imposição extrínseca e gratuita, mas também o legítimo impor-se do “clássico” na expressão exemplar que reveste o caráter normativo e assinala com uma marca característica o “estilo” de toda a obra autêntica, colocando-a no seu lugar no passado.³¹²

Conforme Gadamer, o processo da hermenêutica se desenvolve em três momentos: compreender (*Verstehen*), interpretar ou expor (*Auslegen*) e aplicar (*Anwendung*). A compreensão atua através da pré-compreensão, que prospecta o conhecimento segundo uma orientação cognoscitiva e, em tal modo, dá impulso à interpretação ou exposição da cognição alcançada. Mas, para que a interpretação seja completada, ocorre a aplicação que se deve fazer na leitura de um texto ou no exame de uma obra de arte, de modo a estabelecer um confronto entre o seu tempo e os seus problemas em relação com o nosso tempo e os nossos problemas: só através dessa aplicação se alcançará não já uma impossível reconstrução objetiva do passado, mas a aproximação mais adequada possível a esse. Com esse terceiro momento do processo hermenêutico a interpretação alcança o seu resultado.

³¹¹ ROGGERONE, op. cit., p. 51.

³¹² Loc. cit.

O aporte desta aplicação emerge de maneira evidente na hermenêutica jurídica, onde a lei, elaborada no passado, é aplicada no presente com uma transformação mais ou menos acentuada do seu significado. Assim se demonstra o incremento de significado que deriva do confronto aplicativo do passado com o presente.³¹³

Tendo a experiência hermenêutica como referência, pode-se compreender, de modo mais efetivo, a relação entre texto e contexto constitucional e a ponte entre estes construída pelo intérprete da Constituição. Em efeito, é na relação entre *ser* e *dever ser* constitucional que se encontra o *vir a ser* da Constituição.

Nessa direção de sentido, a durabilidade e a qualidade da vida constitucional são determinadas pela atividade de seus intérpretes, não só os juízes. Em uma sociedade democrática e plural, todos são chamados a dar significado e forma concreta às disposições constitucionais. É nesse sentido que Peter Häberle enfatiza a “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”.³¹⁴ Nesta perspectiva, as constituições, que *vivem* como obra de todos os intérpretes constitucionais da “sociedade aberta”, são, por forma e objeto, a expressão e a mediação da cultura, o quadro para a (re) produção e para recepção cultural.

É nesse sentido que a Constituição real ganha forma como produto cultural e político, através da atividade dos poderes públicos, da sociedade civil organizada e dos cidadãos nas suas relações, mediações, pré-compreensões e condicionamentos nem sempre conscientizados.

2.2.4 O Reconhecimento dos Princípios Constitucionais como Constitutivos da Normatividade

Os movimentos históricos ocorridos no segundo Pós-Guerra foram decisivos para o Direito. O dirigismo constitucional na Alemanha e na Itália, bem como a ampliação do campo de intervenção jurídica no tecido social, foi determinante para acirrar a tensão entre Direito e Política.

³¹³ Tal aporte se manifesta também na hermenêutica teleológica. Gadamer sustenta que o texto sagrado não pode ser considerado prescindindo de estudo da filologia, posto que na sua interpretação entra a orientação fornecida pela fé e pela tradição; e não é nem mesmo uma entidade transcendente, que exclua a determinação concreta do seu significado em relação com a distância temporal do mesmo com o mundo atual. A propósito e para aprofundamentos: ROGERONE, op. cit., p. 53 e s.

³¹⁴ A propósito e para aprofundamentos, consultar: HÄBERLE, op. cit.

Nesse contexto, a Teoria do Direito caminhou no sentido de considerar a interpretação do Direito não apenas como um problema de determinação semântica, mas de determinação semântica condicionada pragmaticamente.³¹⁵ Assim, surgiram as teorias jurídicas que privilegiaram o momento retórico-argumentativo do raciocínio jurídico, dentre as quais se destacaram a tópica,³¹⁶ a nova retórica,³¹⁷ a teoria da pré-compreensão,³¹⁸ a metódica estruturante³¹⁹ e a teoria da argumentação.³²⁰ Em todas elas surgem os *princípios* como ponto central das discussões.

No Estado Constitucional que surge a partir dessa mudança paradigmática, os princípios constitucionais passaram a funcionar como verdadeiros veículos de justiciabilidade do Direito, como instrumentos de cultivo do sistema normativo pelo discurso prático (relações sociais, políticas e econômicas) e da justificação moral. Isso vai implicar na afirmação de um Direito distinto da lei, ou seja, de um Direito que se forma a partir de elementos normativos diferentes da lei. Os princípios e os direitos fundamentais por eles veiculados passaram a ser reconhecidos independentemente da lei ou mesmo apesar dela.

Assim, aquela concepção positivista que tratou com “uma ontologia logicista o ser integral do Direito”,³²¹ concebendo-o como algo “[...] limitado à lei, entendida como vontade do soberano”,³²² é substituída pela concepção de um Direito para além da lei ou do estrito legalismo:

Daí a afirmação de um jus distinto da *Lex*, ou seja, a inovação de argumentos que permitissem ao Tribunal recorrer a critérios decisórios que se encontravam fora da estrutura da rígida legalidade. A referência a valores aparece, assim, como mecanismo de “abertura” de uma legalidade extremamente fechada.³²³

³¹⁵ NEVES, **Entre têmis e leviatã**, op. cit., p. 357 e s.

³¹⁶ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Brasília: Imprensa Nacional, 1979.

³¹⁷ PERELMANN, Chain; OLBRECHT-TYTECA, Lucie. **Tratado de argumentação: a nova retórica**. São Paulo: Martin Fontes, 1999.

³¹⁸ ESSER, Josef. **Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto**. Tradução de Salvatore Patti e Giuseppe Zaccaria. Camerino: Edizioni Scientifiche Italiane, 1983.

³¹⁹ MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

³²⁰ OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Decisão judicial e o conceito de princípio: A hermenêutica e a (in)determinação do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 58.

³²¹ VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2010, p. 56.

³²² ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico: princípios, regras e o conceito de direito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2001, p. 35.

³²³ STRECK, **Verdade e consenso**, op. cit. p. 48.

Destarte, o declínio formal da lei e a crescente erosão da sua legitimidade fez crescer a Constituição, sede maior da nova legitimidade, que passou a desempenhar o papel de inspiradora, ordenadora e diretora de todo o ordenamento jurídico.

2.2.4.1 A Jurisprudência dos Valores e a Objetividade Necessária para Separar Direito e Política

No Direito alemão, a técnica da *Jurisprudência dos Valores* surge em virtude de atuação do Tribunal Constitucional Federal nos anos seguintes à promulgação da Lei Fundamental, outorgada pelas forças aliadas. Os argumentos axiológicos utilizados pelo Tribunal e a estratégia de romper com o modelo jurídico-político vigente ao tempo do nazismo, serão decisivos para o surgimento desse novo modelo de teoria de Direito.

A necessidade de legitimar suas próprias decisões e, concomitantemente, não confirmar as leis nazistas, fez com que o Tribunal alemão passasse a construir argumentos baseados em princípios axiológico-materiais, do que resultava muitas vezes em decisões tomadas *extra legem* e às vezes *contra legem*. Desde então, a *Jurisprudência dos Valores* é utilizada como técnica de estabelecimento de um catálogo objetivo de valores fundamentais superprotegidos:

Nesse sentido, não podemos esquecer que a tese da Jurisprudência dos Valores é, até hoje, de certo modo, preponderante naquele tribunal, circunstância que tem provocado historicamente fortes críticas no plano da teoria constitucional ao *modus* interventivo do tribunal alemão. Releva anotar, entretanto, que a referida tensão teve, a partir do segundo pós-guerra, papel fundamental na formação da teoria constitucional contemporânea, por exemplo, em Portugal, na Espanha e no Brasil.³²⁴

Essa primeira fase da *Jurisprudência dos Valores* foi entendida como tentativa de restauração do jusnaturalismo fundado numa ontologia dos valores, ou seja, um direito natural axiológico.³²⁵

Um dos principais conceitos que orientaram (e orientam) a atuação do Tribunal alemão é a de que a Lei Fundamental não é formada apenas por regras e princípios.

³²⁴ STRECK, **Verdade e consenso**, op. cit., p. 48.

³²⁵ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamago. 3. ed. Lisboa: Caluste Gulbenkian, 1999.

Antes desse sistema de normas existe uma ordem objetiva de valores, uma ordem hierárquica de valores constitucionais, como se vê do seguinte precedente:

A seção de direitos humanos estabelece uma ordem objetiva de valores e essa ordem reforça bastante o poder dos direitos fundamentais. Esse sistema de valores, que se centra na dignidade da personalidade humana em livre desenvolvimento dentro da comunidade social, precisa ser entendido como uma decisão constitucional fundamental, que afeta todas as esferas do Direito. Ele serve como critério para medir e avaliar todas as ações legislativas, administrativas e judiciais.³²⁶

Para Donald Kommers, essa teoria construída sobre uma ordem objetiva de valores satisfaz a tradicional exigência germânica de objetividade no sentido de separar Direito e Política, mas tolera a busca de um sentido político no Direito Constitucional:

Não há qualquer debate na Alemanha, como há nos Estados Unidos, sobre se a Constituição fixa primordialmente procedimentos ou valores. Os alemães não mais entendem sua Constituição como uma simples expressão de uma ordem real de poder. Eles normalmente concordam que a Lei Básica é fundamentalmente uma Constituição normativa que abrange valores, direitos e deveres³²⁷.

De fato, a concepção de que a Lei Fundamental é um documento orientado a valores, “em verdade, um documento que estabelece uma ordem hierárquica de valores, é uma ideia familiar à jurisprudência constitucional alemã”.³²⁸ Nesta perspectiva, o Estado de Direito social “não é governado apenas pelo Direito, ele também é entendido como um código substantivo [*substantive charter*] de justiça”.³²⁹ Assim, todo o direito positivo deve guardar conformidade com a ordem de valores da Lei Fundamental, enquanto diversa dos direitos e garantias individuais, que informa a Constituição como um todo”.³³⁰

Na busca pelos princípios constitucionais mais importantes, a Corte Constitucional entendeu adequado interpretar a Lei Fundamental em termos de sua unidade estrutural. Talvez “unidade ideológica” seria o termo mais adequado, porque a Corte Constitucional entende a Lei

³²⁶ KOMMERS, Donald. *The Constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Durham: Duke University Press, 2ª ed., 1997. *Apud* COSTA. Alexandre Araújo. **O controle de razoabilidade no direito comparado**. Brasília: Thesaurus, 2008, p. 172.

³²⁷ Loc. cit.

³²⁸ Loc. cit.

³²⁹ Loc. cit.

³³⁰ *Ibid.*, p. 172-173.

Fundamental como uma estrutura unificada de valores substantivos. A peça central dessa estratégia interpretativa é o conceito de uma ordem objetiva de valores, um conceito que deriva das glosas apostas pela Corte Constitucional ao texto da Lei fundamental.³³¹

A partir do conceito de uma ordem objetiva de valores, a Constituição incorpora as decisões valorativas fundamentais dos constituintes, sendo que a mais fundamental, como enfatiza Kommers “é a escolha de uma ordem democrática, uma democracia liberal, representativa, federal e parlamentar, sustentada e reforçada pelos direitos e liberdades fundamentais”.³³² Assim, esses valores fundamentais são concebidos como ‘objetivos’ porque se considera que encontrem “uma realidade independente na Constituição, impondo a todos os órgãos de governo a obrigação de realizá-los na prática”.³³³

Ainda segundo Kommers, a noção de uma ordem objetiva de valores pode ser colocada em outros termos:

Todo direito fundamental na Constituição –, por exemplo, liberdade de expressão, imprensa, associação e o direito à propriedade ou o direito a escolher uma profissão ou ocupação – tem um valor correspondente. Um direito fundamental é um direito negativo contra o Estado, mas esse direito também representa um valor, e enquanto valor impõe ao Estado uma obrigação positiva de assegurar que ele se torne uma parte integrante do ordenamento jurídico. Um exemplo pode ser suficiente: o direito à liberdade de imprensa protege um jornal contra qualquer ação do Estado que limitasse sua independência, mas enquanto um valor objetivo aplicável à sociedade como um todo, o Estado tem o dever de criar às condições que torna possível e efetiva a liberdade de imprensa. Na prática, isso significa que o Estado pode ter que regular a imprensa para promover o valor da democracia; por exemplo, editando uma legislação para evitar que a imprensa como um todo caia nas mãos de qualquer grupo de interesse³³⁴.

Encontra respaldo na doutrina constitucional alemã essa compreensão da Constituição como um sistema hierárquico de valores, não obstante a intensa controvérsia, dentro e fora dos tribunais, sobre a aplicação da teoria a casos particulares. Nessa perspectiva, que envolve a doutrina e jurisprudência alemã, essa compreensão consente ao Tribunal constitucional o engajamento em um processo de decisão que “[...] permite a livre escolha das finalidades a serem atingidas, mantendo

³³¹ Loc. cit.

³³² Ibid., p. 173.

³³³ Loc. cit.

³³⁴ Ibid., p. 174.

ao mesmo tempo a aparência de ser um processo limitado pelo texto das leis. E uma engenhosa – alguns críticos diriam maliciosa – metodologia judicial”.³³⁵

Assim sendo, essa ordem objetiva de valores passou a ser o parâmetro do controle de constitucionalidade utilizado pelo Tribunal alemão. Essa concepção de Direito e de Constituição nos conduz a uma necessária reflexão: seria o Direito – nesse caso a Constituição – valor puro?

Dada à importância que assumiram as pesquisas filosóficas sobre os valores, e sua imensa repercussão nos domínios da Filosofia do Direito, a ponto de se falar numa *Filosofia dos Valores*,³³⁶ é necessário fazer breves considerações a respeito.

Valores são qualidades puras que atribuímos às coisas, às pessoas ou ao comportamento humano. Quando se diz, por exemplo, que algo é belo, implicitamente reconhecimentos à existência de uma qualidade pura, a que denominamos beleza. Quando dizemos que um comportamento é justo, aí estará uma referência à justiça, como qualidade pura. Como qualidades puras, os valores existem de um modo todo peculiar: valendo, ou como dizem alguns filósofos,³³⁷ os valores não existem, mas valem.

As relações entre o Direito e os valores são evidentes. Sendo o Direito um conjunto de regras de organização, ou de conduta, a escolha entre várias condutas, ou entre condutas diferentes, implica uma estimativa, isto é, uma preferência, que dependerá dos valores encarnados em cada conduta, ou que cada conduta pretenda realizar.

O Direito não é valor puro, mas objeto cultural. Como todo objeto cultural, o Direito (e, portanto, a Constituição, como parte mais proeminente da ordem jurídica) é uma tentativa de aplicação da ideia de Justiça a uma realidade social. O legislador trabalha diretamente sobre essa realidade, na busca de encontrar as normas que mais se adaptem às necessidades individuais e sociais.

O jurista, encontrando essas normas já formuladas, para bem interpretá-las e aplicá-las, deve ter em mente que essas normas encontram o seu sentido, sua explicação, em certas realidades, e se orientam, também, finalisticamente, para certas realidades e para certos valores. Numa visão funcional sistêmica, pode-se dizer que

³³⁵ Loc. cit.

³³⁶ HESSEN, Johannes. **Filosofia dos valores**. Coimbra: Armênio Amado, 1980.

³³⁷ MORENTE, Manoel Garcia. **Fundamento de filosofia**: lições preliminares. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1996.

o Poder Judiciário não possui o mesmo aparato do Poder Legislativo, para ser a fonte de criação de direito novo. A decisão judicial tem como pressuposto uma complexidade já domesticada pelo Legislativo.³³⁸

A consideração de que a Constituição é, para além de um sistema formado por regras e princípios, uma ordem hierárquica de valores constitucionais, levou à “perda das certezas jurídicas”³³⁹ e a negação do caráter obrigatório do Direito:

Esse entendimento judicial, que pressupõe a possibilidade gradual, numa maior ou menor medida, de normas, ao confundi-las com valores, nega exatamente o caráter obrigatório do Direito. Tratar a Constituição como uma ordem concreta de valores é definir o que pode ser discutido e expresso como digno de valores, pois só haveria democracia, nesse ponto de vista, sob o pressuposto de que todos os membros de uma sociedade política compartilham, ou tenham de compartilhar, de modo comunitarista, os mesmos supostos axiológicos, uma mesma concepção de vida e de mundo.³⁴⁰

Como forma de rebater essas críticas e justificar o caráter minimamente discricionário da atividade do Tribunal alemão, Alexy idealiza uma técnica para defender a *Jurisprudência dos Valores*: a ponderação.

Consoante a lição de Alexy, princípios jurídicos encerram *mandados de otimização*, no sentido de comandos normativos que apontam para uma finalidade ou estado de coisas a ser alcançado, mas que admitem concretização em graus de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas.³⁴¹ Ao contrário das regras, que são normas binárias, aplicadas segundo a lógica do “tudo ou nada”,³⁴² os princípios têm uma dimensão de peso, sendo aplicados em maior ou menor grau, conforme juízos de ponderação formulados tendo em conta outros princípios concorrentes e eventuais limitações materiais à sua concretização.

O conceito de princípio, como se vê, adquire especial relevância na teoria de Alexy. Nesta perspectiva, as normas constitucionais que asseguram os direitos fundamentais ou são regras, ou princípios. Tanto as regras como os princípios devem ser compreendidos como normas porque ambos dizem o que deve ser. Isto é, ambos

³³⁸ CAMPILONGO, op. cit., p. 91.

³³⁹ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 1.

³⁴⁰ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito, política e filosofia**: contribuição para uma teoria discursiva da constituição no marco do patriotismo constitucional. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2003.

³⁴¹ ALEXY, **Teoria dos direitos fundamentais**, op. cit., p. 86.

³⁴² DWORKIN, **Levando os direitos a sério**, op. cit., p. 24.

podem ser formulados com a ajuda das expressões deônticas básicas de ordem (mandado), de permissão e de proibição. Para este autor, os princípios poderiam ser caracterizados como mandados ou ordens de otimização. Nesse sentido:

Princípios são, por conseguintes, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fácticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fáctico e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio³⁴³

Criando uma estrutura procedimental para a ponderação com o intuito de evitar os erros cometidos pela *Jurisprudência dos Valores*, Alexy defendeu a ideia de que as decisões dos juízes deveriam basear-se em “argumentações racionais”³⁴⁴.

2.2.5 Argumentação Jurídica Racional e Legitimidade das Decisões

Para Alexy, a possibilidade de uma argumentação jurídica racional depende não só para o carácter científico da Ciência do Direito, mas também para a legitimidade das decisões judiciais.

Embora considere a técnica da ponderação ineliminável na solução de casos concretos envolvendo direitos fundamentais, Canotilho alertou para as dificuldades inerentes a essa operação:

Como se deduz das considerações do texto, as normas dos direitos fundamentais são entendidas como *exigências ou imperativos de otimização* que devem ser realizadas, na melhor medida possível, de acordo com o contexto jurídico e respectiva situação fáctica. Não existe, porém, um padrão ou critério de soluções de conflitos de direitos válido em termos gerais e abstractos. A “ponderação” e/ou harmonização no caso concreto é, apesar da perigosa vizinhança de posições decisionistas (F. Müller), uma necessidade ineliminável. Isto não invalida a utilidade de critérios metódicos abstractos que orientem,

³⁴³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, op. cit., p. 90-91.

³⁴⁴ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2001.

precisamente, a tarefa da ponderação e/ou harmonização concretas: “princípio da concordância prática” (Hesse); “ideia do melhor equilíbrio possível entre os direitos colidentes” (Lerche)³⁴⁵.

Habermas criticou a *Jurisprudência dos Valores*, enfatizando que o discurso da concretização dos direitos fundamentais não se baseia na tese da Constituição como uma ordem de valores. Para este autor, direitos não precisam ser assimilados como valores. Isso porque os valores não têm uma prioridade inerente e incondicional em relação a outros valores. A operação de sopesar, nesse sentido, pode transformar a interpretação do direito num mero “negócio de realizar valores”, somente de acordo com a forma concreta e casos específicos, sem qualquer pretensão de universalização e fundamentação na argumentação. Basta, segundo esse autor, que os direitos fundamentais sejam levados a sério do ponto de vista deontológico:

[...] À luz de normas, é possível decidir o que deve ser feito; ao passo que, no horizonte dos valores, é possível saber qual comportamento é recomendável. Assim, se um tribunal assume a ideia de que o importante é a realização dos valores consagrados nos texto constitucional, corre o risco de tornar-se autoritário, pois abre a possibilidade para que argumentos funcionalistas, por exemplo, passem a contar mais que argumentos normativos³⁴⁶

A redução dos princípios a valores, segundo Habermas, conduz a uma argumentação jurídica inconsistente. Na medida em que os princípios tem um caráter deontológico e os valores um caráter meramente teleológico, os argumentos fundados em princípios não tem a mesma função e a mesma estrutura dos argumentos fundados em valores. Assim, a transformação conceitual de direitos fundamentais em bens fundamentais “[...] significa que direitos foram mascarados pela teleologia, escondendo o fato de que em um contexto de justificação, normas e valores têm diferentes papéis na lógica da argumentação”.³⁴⁷

Porque normas e princípios, em virtude do seu caráter deontológico, podem pretender ser universalmente obrigatórios e não apenas especialmente preferíveis, eles possuem uma maior força de justificação que os valores. Valores devem ser postos em uma ordem transitiva com outros valores, caso a caso. Como não há padrões racionais para isso, esse sopesamento acontece arbitrariamente ou

³⁴⁵ CANOTILHO, **Direito constitucional e teoria da constituição**, op. cit.

³⁴⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**, op. cit., p. 321-322.

³⁴⁷ Ibid., p. 175 e s.

sem maior reflexão, de acordo com os padrões e hierarquias costumeiras.³⁴⁸

Como observa Habermas, a partir do momento em que uma corte constitucional “adota a doutrina de uma ordem objetiva de valores e fundamenta seu processo de decisão em uma forma de realismo ou convencionalismo moral, o perigo de decisões irracionais cresce, porque os argumentos funcionais ganham precedência sobre os normativos”³⁴⁹.

Certamente, há vários princípios ou bens coletivos que representam perspectivas cujos argumentos podem ser introduzidos em um discurso jurídico em casos de colisão de normas [...]. Mas argumentos baseados em tais bens e valores coletivos apenas contam na mesma medida que as normas e princípios pelas quais esses objetivos podem, a seu turno, ser justificados. Em última instância, apenas direitos podem ser invocados em um jogo argumentativo. [...] Um julgamento orientado por princípios precisa decidir qual pretensão e qual ação em um dado conflito é correta – e não como ponderar interesses ou relacionar valores. [...] A validade jurídica do julgamento tem o caráter deontológico de um comando, e não o caráter teleológico de um bem desejável que nós podemos alcançar até um certo nível.³⁵⁰

Com base nesse mesmo raciocínio Habermas também refuta a ideia de que os princípios são máximas de otimização, como proposto por Alexy. Baseando-se em Dworkin, Habermas entende os princípios como proposições propriamente deontológicas, ainda que dotados de uma dimensão de peso.

Apesar dessas críticas, o fato é que a denominada *Jurisprudência dos Valores*, como postura metodológica, acabou repercutindo na atividade concreta dos tribunais (e não apenas do Tribunal Constitucional alemão). Essa postura, aliada às ideias de força normativa da Constituição³⁵¹ e de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, colocarão a Constituição e o Direito Constitucional num novo patamar no âmbito da experiência jurídica até então vivenciada pela Europa continental, produzindo aquilo que ficou conhecido como “revolução copernicana do direito público”.³⁵²

³⁴⁸ Loc. cit.

³⁴⁹ Loc. cit.

³⁵⁰ Loc. cit.

³⁵¹ HESSE, **A força normativa da constituição**, op. cit., *passim*.

³⁵² A expressão é de Jorge Miranda e é mencionada em Lenio Streck (STRECK, **Jurisdição constitucional e hermenêutica**, op. cit., p. 216 e s.).

No Brasil o processo de redemocratização, que culminou com a promulgação da Constituição de 1988 trouxe à tona o debate sobre a teoria constitucional contemporânea difundida no continente europeu na segunda metade do século XX.

A teoria difundida pela *Jurisprudência dos Valores* não foi recepcionada no Brasil de modo a reproduzir a ideação da matriz epistemológica. No Brasil, como em qualquer lugar, o fenômeno da recepção entre as culturas e concepções jurídicas “não é um processo automático, considerando-se que preexiste uma cultura autóctone que tende a absorver ou rejeitar a influência da cultura dominante”.³⁵³

Porém, sem que fossem levadas em consideração as peculiaridades culturais que marcaram a discussão nos países europeus, significativa parcela da doutrina brasileira acabou operando uma recepção equivocada da *Jurisprudência dos Valores*, como denunciou Streck. Alertando para o fato de que os juristas brasileiros não atentaram para as distintas realidades (Brasil e Alemanha), Streck ainda afirma:

Da *Jurisprudência dos Valores* os teóricos brasileiros tomaram emprestada a tese fundante – a de que a Constituição é uma ordem concreta de valores, sendo o papel dos intérpretes o de encontrar e revelar esses interesses e valores. O modo mais específico de implementação dessa recepção foi a teoria da argumentação de Robert Alexy (segunda recepção equivocada), que, entretanto, recebeu uma leitura superficial por parcela considerável da doutrina e dos tribunais³⁵⁴.

Alexy defendeu a ideia da adoção de “argumentações racionais”³⁵⁵ justamente para controlar a técnica da ponderação de valores e, com isso, legitimar as decisões judiciais. Esse importante detalhe, contudo, foi desconsiderado pela doutrina brasileira, segundo denúncia Streck:

Ora, os princípios são, para Alexy, mandados de otimização e possuem, por isso, uma estrutura alargada de dever-ser. Essa estrutura, que é dada *prima facie*, tensiona os princípios, fazendo-os colidir. A valoração é um momento subsequente – ou seja, posterior à colisão – que incorpora o procedimento da ponderação. O mais paradoxal nesse sincretismo teórico é que Alexy elabora a sua teoria exatamente para “racionalizar” a ponderação de valores, ao passo que, no Brasil, os pressupostos formais – racionalizadores – são

³⁵³ BOUCALT, Carlos Eduardo de Abreu. Hans Kelsen: a recepção da “teoria pura” na América do Sul, Particularmente no Brasil. *Seqüência*, Florianópolis, n. 71, p. 95-106, dez. 2015, p. 97.

³⁵⁴ STRECK, *Verdade e consenso*, op. cit. p. 48.

³⁵⁵ ALEXY, *Teoria da argumentação jurídica*, op. cit.

praticamente desconsiderados, retornando às estratégias de fundamentação da jurisprudência da valoração³⁵⁶

Esse novo modelo de ponderação, baseado na concepção de princípios como critérios pragmáticos destinados a solucionar problemas do caso a ser julgado, que Canotilho denominou de “neoconstitucionalismo principialista”,³⁵⁷ Ferrajoli de “neoconstitucionalismo”,³⁵⁸ e Neves de modelo de “ponderação otimizando de princípios constitucionais”,³⁵⁹ acabou produzindo uma discricionariedade judicial inevitável, especialmente no Brasil, onde ocorreu uma recepção equivocada dos postulados da Jurisprudência dos Valores e da ponderação idealizada por Alexy.

Essa sobrecarga principialista que dominou “uma significativa parte da juspublicística brasileira”, acabou convertendo o neoconstitucionalismo brasileiro em neoconstitucionalismo principialista, num primeiro momento, e depois em “neoconstitucionalismo judiciário-ativista”,³⁶⁰ transportando riscos teóricos, metodológicos e políticos.

Para Canotilho, esse neoconstitucionalismo jurisprudencialista brasileiro gera o risco de um achatamento do político: “o poder judiciário converte-se em um *sistema autorreferencial*, fechado na cúpula, e imune a quaisquer exigências de *accountability*”.³⁶¹

A busca pela determinação do conceito de princípio tem sido uma preocupação constante de Streck, notadamente para evitar o “poder discricionário dos juizes” no momento da solução dos chamados “casos difíceis”.³⁶² O autor alude ao *pamprincipiologismo*, por ele designado como uma “patologia especialmente ligada às práticas” jurídicas brasileiras que leva a um uso desmedido de *standards* argumentativos que, no mais das vezes, são articulados para driblar aquilo que ficou

³⁵⁶ STRECK, **Verdade e consenso**, op. cit., p. 49.

³⁵⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Os métodos do achamento político. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. (Coords.). **Comentários à constituição do Brasil**, op. cit., p. 49.

³⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. Tradução de André Karam Trindade. **Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional**, 2009, p. 95-113. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2018.

³⁵⁹ NEVES, Marcelo. **Entre hidra e hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 149.

³⁶⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Os métodos do achamento político, op. cit., p. 49.

³⁶¹ *Ibid.*, p. 50.

³⁶² STRECK, **Verdade e consenso**, op. cit., *passim*.

regrado pela produção democrática do direito, no âmbito da legislação (constitucionalmente adequada).³⁶³

O *pamprincipiologismo*, assim, é visto por Streck como um retorno ao velho positivismo novecentista que exigia que o intérprete lançasse mão dessa vasta principiologia na “ausência” de leis apropriadas, e, na falta de algum princípio cabível, cabia a ele criá-lo. Na quadra atual da história, entretanto, não são apenas os limites semânticos da Constituição que são esquecidos, mas também os da legislação infraconstitucional.³⁶⁴

Se de um lado a banalização do uso dos princípios enfraquece a “força normativa da Constituição”,³⁶⁵ por outro lado o uso hipossuficiente destes mesmos princípios pode levar à mesma consequência.

Para Streck, ao contrário de representar uma retração ou contenção ao *pamprincipiologismo*, a hipossuficiência principiológica manifesta-se como um subproduto daquele. Conforme o autor, o uso hipossuficiente do conceito de princípio seria a negação, pelo Judiciário, da densidade normativa de princípio, “àquilo que é, efetivamente, um princípio, verdadeiramente um princípio, anunciando-o como uma regra”.³⁶⁶

O uso inflacionado do conceito de princípios no Brasil também é criticado por Neves:

No caso brasileiro, o fascínio pelos princípios sugere a superioridade intrínseca destes em relação às regras. A essa compreensão subjaz a ideia de que as regras constitucionais (completas, quando já superadas as questões de exceções e eventual ponderação) podem ser afastadas por princípios constitucionais em virtude da justiça inerente às decisões neles fundamentadas. Mas um modelo desse tipo implica uma negação fundamental de um dos aspectos do sistema jurídico que possibilita o processamento de decisões “justas”: a consistência. Um afastamento de regras a cada vez que se invoque retoricamente um princípio em nome da justiça, em uma sociedade complexa com várias leituras possíveis dos princípios, serve antes à acomodação de interesses concretos e particulares, em detrimento da força normativa da Constituição³⁶⁷.

³⁶³ STRECK, Lenio Luiz. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio. Dilemas da crise do direito. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. a. 49, n. 194, abr./jun. 2012, p. 9.

³⁶⁴ STRECK, **Verdade e consenso**, op. cit., *passim*.

³⁶⁵ HESSE, **A força normativa da constituição**, op. cit., *passim*.

³⁶⁶ STRECK, Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio, op. cit., p. 11.

³⁶⁷ NEVES, **Entre hidra e héracles**, op. cit., p. 191-192.

Partindo do pressuposto de que as regras tem prevalência sobre os princípios que se encontram formalmente no mesmo grau hierárquico, Neves elabora o seu conceito de princípio como possibilidade de abertura de argumentação:

Essa questão não diz respeito à existência ou não de discricionariedade [...], relaciona-se à flexibilidade que os princípios ensejam ao sistema jurídico, ao ampliarem as possibilidades de argumentação. Conforme essa compreensão, os princípios atuam como estímulos à construção de argumentos que possam servir a soluções satisfatórias de casos, sem que estas se reduzam a opções discricionárias. Tendo em vista a sua pluralidade ou, metaforicamente, o seu caráter policéfalo, eles enriquecem o processo argumentativo entre os envolvidos (juízes e partes ou interessados), abrindo-o para uma diversidade de pontos de partida³⁶⁸.

Para Neves, se o caso é rotineiro ou fácil, não haverá maiores dificuldades, “[...] pois a cadeia argumentativa reduz-se praticamente à delimitação semântica do sentido de dispositivos e à subsequente subsunção do caso à regra”.³⁶⁹ Por outro lado, as regras seriam pouco adequadas “[...] a absorver a alta complexidade dos chamados casos difíceis”.³⁷⁰

Essa ideia de cisão estrutural entre regras e princípios, no entanto, desconsidera o fato que não existem princípios sem regras, nem existem regras sem princípios.

Ferrajolli critica a distinção entre princípios e regras e defende a ideia de que ela serve apenas para enfraquecer a normatividade da Constituição. Para esse autor, “princípios e regras são, igualmente, normas, simplesmente formuladas de maneira diversa: uns com referência ao seu respeito; outros com referência à sua violação e à sua consequente aplicação”.³⁷¹ Para ele, a diferença entre regras e princípios não é estrutural, mas de estilo:

A diferença entre princípios e regras é, portanto, a meu ver, uma diferença que não é estrutural, mas de estilo. A formulação das normas constitucionais na forma dos princípios e precisamente dos direitos fundamentais não é apenas um fato de ênfase retórica, mas também tem uma relevância política, uma vez que serve para explicitar, com a titularidade dos direitos das pessoas, a própria titularidade das normas constitucionais nas quais os direitos consistem e, por isso, a sua

³⁶⁸ Ibid., p. XVII.

³⁶⁹ Loc. cit..

³⁷⁰ Ibid., p. XVIII.

³⁷¹ FERRAJOLLI, **Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo**, op. cit., p. 105.

colocação em posição supraordenada ao artifício jurídico, como titulares de outros tantos fragmentos da soberania popular. Mas deixando de lado o estilo, qualquer princípio, ou ao menos qualquer direito fundamental, pela recíproca implicação que liga as expectativas nas quais os direitos consistem e as obrigações e proibições correspondentes, equivale à regra consistente na obrigação ou na proibição correspondente.³⁷²

Exatamente por essa razão, Ferrajoli entende que a legitimidade da jurisdição se funda, “sobre o caráter mais cognitivo possível da subsunção e da aplicação da lei”.³⁷³

Partindo da ideia de que os princípios introduzem a facticidade no direito, propiciando um fechamento do círculo hermenêutico, Streck, ao contrário, afirma não existir espaço para a subsunção, “pela simples razão de que esta é ligada ao esquema sujeito-objeto e pressupõe a suficiência ôntica da regra”³⁷⁴.

O combate ao uso indiscriminado de princípios e a sua transformação em álibis retóricos à disposição do intérprete estimula o ativismo e produz uma tensão crescente entre Direito e Política. Por outro lado, é na afirmação de um conceito de princípio a partir de uma perspectiva deontológica, que se pode preservar a autonomia do Direito e a concretização da força normativa da Constituição.

Neste tópico, foi possível observar que a afirmação de um conceito de princípio pode ser um fator determinante e constitutivo da normatividade. No próximo capítulo se verá como o conceito de direitos fundamentais pode atuar no mesmo sentido.

³⁷² Ibid., p. 106.

³⁷³ FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012, p. 53.

³⁷⁴ STRECK. **Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo**, op. cit., pp. 78-79.

3 A DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL E O PAPEL HERMENÊUTICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENTRE DIREITO E POLÍTICA

A primeira questão a ser ressaltada nesse terceiro capítulo são os efeitos nocivos da neutralização ou mesmo da destruição dos direitos consagrados no texto constitucional, principalmente como se deu na Alemanha, no período do nazismo. Significa dizer que acreditar que os direitos constitucionalmente assegurados não se aplicavam imediatamente, pois careciam da atuação do legislador infraconstitucional, levando à falta de efetividade das normas constitucionais, contribuíram para o comprometimento do caráter democrático da Constituição de Weimar e, conseqüentemente, para o surgimento do regime totalitário a partir de 1933.

A Constituição editada no ano de 1949 veio exatamente reagir contra tais falhas, estabelecendo princípios voltados à aplicação dos direitos fundamentais, ainda que o Legislativo não se manifestasse para a sua consolidação.

Anote-se, ainda, que tal fato histórico contribuiu para que se fixasse a máxima de que os direitos fundamentais são uma construção do constituinte originário, expressão da soberania de um povo e que, por isso, se encontra acima dos demais poderes constituídos. Logo, não pode ficar na dependência absoluta de uma intermediação legislativa para produzir efeitos.

Ademais, a experiência vivenciada na Alemanha com a Constituição de 1949, e nos anos que se seguiram, assim como a experimentada na Itália com o advento da Constituição de 1948, contribuíram para o surgimento de um novo constitucionalismo e, ainda, para um novo modelo para a Teoria da Constituição, caracterizados pela expansão do elenco de direitos fundamentais, pela afirmação da força normativa da Constituição e pelo fortalecimento da jurisdição constitucional.

Essa transformação no âmbito da teoria constitucional e da própria Teoria do Estado (com o surgimento do Estado Democrático e Social de Direito) tem início com a ampliação dos textos constitucionais, especialmente do catálogo de direitos fundamentais e, conseqüentemente, o dirigismo constitucional das Constituições da Alemanha (1949), da Itália (1948), Espanha (1972), Portugal (1976) e Brasil (1988).

Esse movimento acarretou um aumento considerável nos níveis de demandas sociais no Direito, especialmente de efetivação dos direitos fundamentais sociais, alterando a relação entre Direito e Política.

A passagem da nomocracia³⁷⁵ liberal, de acordo com a qual não compete ao Estado guiar a sociedade civil para realização de fins comuns, ao Estado teleocrático contemporâneo, cuja legitimidade consiste justamente na capacidade de realizar certos objetivos predeterminados, fez nascer a Constituição dirigente, provocando uma considerável redução da esfera de discricionariedade do legislador (Política) e um conseqüente aumento do papel de controle exercido pela jurisdição constitucional (Direito).

Considerando estas premissas e o percurso analítico até aqui realizado, este capítulo objetiva contribuir para a reflexão sobre a relação entre Direito e Política, especialmente no que toca a jurisdição constitucional em um Estado Democrático de Direito, focalizando o papel hermenêutico dos direitos fundamentais.

³⁷⁵ Os conceitos de nomocracia, identificado com o modelo jurídico liberal oitocentista do Estado de Direito, e teleocracia, identificado com as tendências ideológicas que desvalorizam esse modelo de organização do Estado, foram utilizados por Friedrich A. Hayek em "The principles of a liberal social order", in *Studies in Philosophy, Politics and Economics*, Londres, Routledge, 1967, pp. 162-163.

O que se pretende no final deste capítulo é compreender, também na perspectiva da hermenêutica filosófica gadameriana, a função da Constituição moderna, especialmente no que concernem os direitos fundamentais, no processo de constitucionalização do Direito e das relações sociais que, contudo, pode degenerar na judicialização das relações sociais e na indistinção entre Direito e Política.

Para tanto, serão revisitados pontos necessários à compreensão da obra de Hans-Georg Gadamer, focalizando a sua contribuição para a hermenêutica constitucional. Além disso, serão analisados alguns aspectos específicos da repercussão prática do seu pensamento para o exercício da jurisdição constitucional.

Assim, a democracia constitucional, ou as relações entre constitucionalismo e democracia, entre Direito e Política, e o papel hermenêutico dos direitos fundamentais serão abordados também em diálogo com a comparação constitucional e com a teoria funcional-sistêmica, e contextualizados no cenário brasileiro hodierno, enfocando a atividade do Supremo Tribunal Federal, com aportes na jurisprudência desta Corte.

3.1 A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENTRE O DIREITO E A POLÍTICA: UM FALSO DILEMA

No Estado liberal o Direito assumia uma função meramente ordenadora. A crescente complexidade do meio social e da atividade econômica foi desestabilizando o modelo liberal de Estado até sua submissão pelo Estado Social. Para Clemerson Clève, a emergência do Estado Social produziu uma relação insuperável de dependência entre os indivíduos e o Estado, trazendo, como consequência, a multiplicidade de serviços estatais.³⁷⁶ No Estado Social, o Direito assume função promoveradora das políticas desse modelo estatal. No Estado Democrático de Direito, com o surgimento da Constituição Dirigente e a consequente proteção dos direitos fundamentais sociais, com a constitucionalização da Economia e da Política, inseridos na ideia de *força normativa da Constituição*,³⁷⁷ a função do Direito passa a ser de transformação.

Vale ressaltar que as mudanças não se limitaram ao Estado, pois a sociedade também evoluiu, ressaltando a cadeia de dependência entre cidadãos e poder, além

³⁷⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 43.

³⁷⁷ HESSE, **A força normativa da constituição**, op. cit., *passim*.

de ser mister reconhecer que a sociedade também é composta por grupos. Daí a necessidade de se reconhecer, na atualidade, as corporações, os sindicatos, os partidos políticos, as associações culturais e de classe, as igrejas, as grandes empresas, os conglomerados bancários, dentre outros grupos dotados de interesses próprios que, via de regra, colide com os interesses do Estado, que muitas vezes disputam o poder com este, e que, não poucas vezes, são mais poderosos do que o próprio Estado.

Estas mudanças afetaram profundamente o Direito, como leciona Canotilho:

O Direito do Estado de direito do século XIX e da primeira metade do século XX é o direito das regras e dos códigos; o Direito do Estado constitucional e democrático de direito leva a sério os princípios. O tomar a sério os princípios implica uma mudança profunda na metódica de concretização do direito e, por conseguinte, na atividade jurisdicional dos juízes.³⁷⁸

Afetaram também a Política, pois a partir do momento que o Estado assume novos papéis nas estruturas econômica e social, os pressupostos da democracia representativa, a saber, (i) soberania do Parlamento, (ii) monopólio da representação pelos órgãos eletivos estatais e (iii) hierarquia das leis, foram sensivelmente abalados.

A soberania do parlamento deixou de existir. Com a acentuação das tensões sociais e econômicas, o Estado viu-se na contingência de alargar seus instrumentos de atuação política, com o aumento da produção legislativa do Poder Executivo.³⁷⁹

Tem-se regulamentos, regimentos, portarias, decretos, medidas provisórias, instruções normativas e uma infinidade de normas jurídicas hauridas fora do Parlamento, sem contar a própria jurisdição constitucional, hoje considerada fonte formal do direito positivo, como entende Canotilho, ao tratar especificamente do Brasil:

O neoconstitucionalismo jurisprudencial afivela duas máscaras jurídico-culturalmente diversas. A primeira é a de aproveitar a revelação jurisprudencial do direito para ditar vinculadamente interpretações reiteradas na apreciação de casos concretos (súmulas vinculantes). A segunda é a de transmutar o controlo abstracto de

³⁷⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A principalização da jurisprudência através da Constituição. **Revista de Processo**, nº 98, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 83-89.

³⁷⁹ No Brasil, a soberania do Parlamento foi redimensionada com a atribuição de funções normativas constitucionalmente asseguradas aos Ministérios (Constituição Federal de 1988, artigo 88), ao Presidente da República (Constituição Federal de 1988, arts. 62, e 84, IV e VI) e até mesmo ao Poder Judiciário (Constituição Federal de 1988, artigo 96), bem como com a criação de Agências Reguladoras pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998.

normas em interpretações autênticas da Constituição [...]. Globalmente consideradas, essas precipitações hermenêuticas veiculam a possibilidade de a cúpula do Poder Judiciário (Supremo Tribunal Federal), através de processos interpretativos, introduzir normas com o nível de normas constitucionais³⁸⁰.

Os Poderes Executivo e Judiciário “legisladores” não são representativos, não são sufragados, nem são eleitos para esse fim.

O segundo pressuposto (monopólio da representação) também ruiu. Para cumprir as obrigações que lhes são constitucionalmente impostas, os Poderes Executivo e Judiciário são forçados a ampliar sua complexidade interna. O planejamento e sua execução estão confiados a organismos burocráticos. Os quadros tecnocráticos das burocracias estatais são avessos ao diálogo que caracteriza os métodos parlamentares. Este é o solo fértil para formação da tecnocracia, a qual descamba no monopólio da decisão política sonogada ao povo e a seus representantes.

Normalmente, o tecnocrata se identifica em seu comportamento por certa insensibilidade aos aspectos mais humanos da questão social. Para Bonavides, o tecnocrata “[...] se não é inimigo professo da sociologia ou menosprezador contumaz das ideias políticas que o povo alimenta [...] é, todavia nas suas aparições frequentes, nas entrevistas e relatórios, um ignorante das versões sociais mais profundas”.³⁸¹

O terceiro pressuposto (a hierarquia das leis) também ruiu. Na sociedade complexa são múltiplos os polos geradores do Direito. A produção legislativa do Executivo, no plano nacional, e até mesmo a recepção de preceitos do direito internacional,³⁸² a jurisdição constitucional e outras e novas fontes do direito se contrapõem à ideia de hierarquia das leis. Sobre a funcionalidade da Jurisdição Constitucional nas democracias contemporâneas, aceitas hoje como fontes formais do Direito, ensina Sarmiento:

Até a Segunda Guerra Mundial, prevalecia no velho continente uma cultura jurídica essencialmente legicêntrica, que tratava a lei editada pelo parlamento como a fonte principal - quase como a fonte exclusiva - do Direito, e não atribuía força normativa às constituições. Estas eram vistas basicamente como programas políticos que deveriam inspirar a atuação do legislador, mas que não podiam ser invocados

³⁸⁰ CANOTILHO, **Os métodos do achamento político**, op. cit., p. 50.

³⁸¹ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 16. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 477.

³⁸² Sobre a existência de múltiplas ordens jurídicas de diferentes dimensões (local, nacional, regional, internacional, global) conferir: NEVES, **Transconstitucionalismo**, op. cit.

perante o Judiciário, na defesa de direitos. Os direitos fundamentais valiam apenas na medida em que fossem protegidos pelas leis, e não envolviam, em geral, garantias contra o arbítrio ou descaso das maiorias políticas instaladas nos parlamentos. Aliás, durante a maior parte do tempo, as maiorias parlamentares nem mesmo representavam todo o povo, já que o sufrágio universal só foi conquistado no curso do século XX. Depois da Segunda Guerra, na Alemanha e na Itália, e algumas décadas mais tarde, após o fim de ditaduras de direita, na Espanha e em Portugal, assistiu-se a uma mudança significativa deste quadro. A percepção de que as maiorias políticas podem perpetrar ou acumpliciar-se com a barbárie, como ocorrera no nazismo alemão, levou as novas constituições a criarem ou fortalecerem a jurisdição constitucional, instituindo mecanismos potentes de proteção dos direitos fundamentais mesmo em face do legislador.³⁸³

É claro que alguma representatividade é essencial como critério de legitimação democrática, mas esse conceito clássico da democracia é hoje insuficiente tanto para países de modernidade tardia quanto para países do chamado primeiro mundo.

Essa agigantada ação do Estado, que resultou no acentuado aumento do número de leis e atos com força de lei, justificou a necessidade da criação de novos mecanismos de poder, reordenando-se a doutrina da separação dos poderes, atribuindo-se ao Poder Judiciário, mais especificamente às Cortes Constitucionais, uma ampla competência para exercer o controle da atividade estatal, acabou deslocando a representatividade para o Poder Judiciário. A garantia da liberdade deslocou-se da lei, fundamentada no conceito iluminista, para a Constituição, e o guardião desta no marco do Estado Democrático de Direito, curiosamente, deixou de ser um órgão constituído por mandatários eleitos pelo povo, passando às mãos de um órgão burocrático, o Poder Judiciário.

Desde a sua instituição, pouco após o fim da Segunda Guerra Mundial, o Tribunal Constitucional alemão “foi cunhando paulatinamente o princípio, por meio de inúmeras decisões reconhecendo que o legislador não deve exceder sua liberdade de conformação dos direitos fundamentais”.³⁸⁴ Sobre a redução da discricionariedade legislativa com o advento da Constituição Dirigente, anota Canotilho:

³⁸³ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo. **Leituras complementares de direito constitucional: Teoria da Constituição**. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 34.

³⁸⁴ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 43.

Ao reagir contra arraigada ideia (mas inadmissível num Estado Democrático-Constitucional) da “liberdade” do fim dos atos legislativos, a doutrina constitucional procurou, através de medidas (princípio) jurídico-constitucionais – princípio do excesso, princípio da exigibilidade, princípio da proporcionalidade e princípio da adequação – alicerçar controlo jurídico-constitucional da liberdade de conformação do legislador e (mais concretamente no campo da Constituição dirigente) situar constitucionalmente o espaço de prognose legislativa³⁸⁵.

O efeito expansivo das normas constitucionais e a repercussão sobre a atuação dos Poderes estatais foi referida por Hesse:

A ideia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre particulares. Veja-se como este processo, combinado com outras noções tradicionais, interfere com as esferas acima referidas. Relativamente ao *Legislativo*, a constitucionalização (i) limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e (ii) impõe-lhe determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais. No tocante à *Administração Pública*, além de igualmente (i) limitar-lhe a discricionariedade e (ii) impor a ela deveres de atuação, ainda (iii) fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário. Quanto ao *Poder Judiciário*, (i) serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado (incidental e por ação direta), bem como (ii) condiciona a interpretação de todas as normas do sistema. Por fim, para os *particulares*, estabelece limitações à sua autonomia da vontade, em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais.³⁸⁶

De fato, a partir do momento que a legitimidade estatal se funda não na expressão da soberania popular – Legislativo, mas na realização das finalidades coletivas, se faz necessária uma reorganização dos papéis exercidos pelos Poderes

³⁸⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e vinculação do legislador:** contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 274.

³⁸⁶ HESSE, **A força normativa da constituição**, op. cit., p. 32.

do Estado, correlatos aos conceitos de Estado Democrático de Direito e Constituição Dirigente.

As Constituições do Estado Dirigente³⁸⁷ impõem, também, objetivos aos órgãos estatais e sociedades civis que se vinculam a todos os órgãos do Estado e também àqueles que detêm o poder econômico ou social fora do Estado.³⁸⁸

A transição do modelo de Estado liberal para um Estado Democrático de Direito exige, ainda, mudanças na forma de interpretar o texto constitucional, como leciona Streck, que denomina de “aumento da dimensão hermenêutica do direito”.³⁸⁹

No Estado Democrático de Direito, diferente do que se deu no Estado Social, dá-se a “[...] revalorização do jurídico, como contraponto a plenipotenciariade da razão política que tantas sequelas deixou”.³⁹⁰

No Estado Democrático de Direito, a tarefa do intérprete não se limita a uma leitura da legislação infraconstitucional à luz da Constituição, mas a adoção de uma postura de construção de uma sociedade democrática, a partir de uma teoria material da Constituição “constitucionalmente adequada”.³⁹¹

No marco do Estado Democrático de Direito, a Constituição deixa de ser apenas um instrumento de governo, a ditar procedimentos e definir competências (*Constituição garantia*), para ser a lei fundamental não apenas do Estado, mas da sociedade (*Constituição Dirigente*).³⁹²

A Constituição deixa de ser compreendida como simples elemento de organização política do Estado, para ser considerada como “verdadeiro projeto de determinação da identidade da sociedade”.³⁹³

³⁸⁷ O *Estado Dirigente*, gênero do qual o Estado Social seria uma espécie, como sendo um Estado em que “os Poderes Públicos não se contentam em produzir leis ou normas, mas dirigem efetivamente a coletividade para o alcance de metas predeterminadas. (COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. Direito constitucional: defesa da Constituição. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin, BARROSO, Luís Roberto (Org.) **Doutrinas essenciais Direito Constitucional**, v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 157).

³⁸⁸ Ao lado das dimensões vertical e horizontal, a doutrina já refere à eficácia diagonal dos direitos fundamentais (CONTRERAS, Sergio Gamonal. Procedimiento de tutela y eficacia diagonal de los Derechos Fundamentales. **Revista Laboral Chilena**, nov. 2009. Disponível em: <<https://dokumen.tips/documents/sergio-gamonal-procedimiento-de-tutela-y-eficacia-diagonal-de-los-derechos.html>>. Acesso em: 29 ago. 2018).

³⁸⁹ STRECK, **Verdade e consenso**, op. cit., *passim*.

³⁹⁰ STRECK, Jurisdição constitucional e hermenêutica, op. cit., p. 265.

³⁹¹ STRECK, **Verdade e consenso**, op. cit., p. 165 e s.

³⁹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas. Coimbra: Coimbra, 2001.

³⁹³ *Ibid.*, p. 101.

Influenciado pelas teses oriundas das teorias sistêmicas (de matriz luhmanniana), Canotilho passou a questionar o dirigismo constitucional, proclamando a “morte” da Constituição Dirigente. Segundo Canotilho, seguindo a trilha de Luhmann, as sociedades modernas são caracterizadas pela a complexidade, que se organiza mediante sistemas diferenciados e códigos funcionais igualmente diferenciados. A ideia de pretender dirigir constitucionalmente esse tipo de sociedade através de um código único é irreal, pois:

[...] a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias. Também suportará impulsos fanáticos qualquer texto constitucional dirigente introvertidamente vergado sobre si próprio e alheio aos processos de abertura do Direito constitucional ao Direito internacional e os direitos supranacionais. Numa época de cidadanias múltiplas e de múltiplos de cidadania seria prejudicial aos próprios cidadãos o fecho da Constituição, erguendo-se à categoria de ‘linha Maginot’ contra invasões agressivas dos direitos fundamentais.³⁹⁴

Contudo, Canotilho observa que alguma coisa ficou, porém, da programaticidade constitucional:

Contra os que ergueram as normas programáticas a ‘linha de caminho de ferro’ neutralizadora dos caminhos plurais da implantação da cidadania, acreditamos que os textos constitucionais devem estabelecer as premissas materiais fundantes das políticas públicas num Estado e numa sociedade que se pretendem continuar a chamar de Direito, democráticos e sociais.³⁹⁵

Diante das críticas advindas do pensamento liberal, da teoria sistêmica autopoiética e da chamada sociologia crítica, Canotilho assume o dirigismo constitucional como perspectiva do denominado *constitucionalismo moralmente reflexivo*:

A má utopia do sujeito de progresso histórico alojou-se em constituição plano e balanço onde a propriedade estatal dos meios de produção se misturava em ditadura partidária e coerção moral e psicológica. Alguns – entre os quais me incluo - só vieram a reconhecer isto tarde e lentamente demais.³⁹⁶

³⁹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo, Revista dos Tribunais, a. 4, n. 15, p. 7-17, abr./jun. 1996.

³⁹⁵ Loc. cit.

³⁹⁶ Ibid., p. 9.

Além de consagrar o Estado como força exclusiva da sociedade, outra fragilidade do dirigismo constitucional estaria no seu autismo nacionalista e patriótico:

Como proclamar normativamente a transição para o “socialismo” num país só - como se afirmava no texto originário da Constituição portuguesa - quando os contextos “envolventes” *internacionais* europeus e transnacionais apontavam para uma interdependência e cooperação crescente entre os Estados?³⁹⁷

Canotilho chega a empregar a expressão “entulho programático” para caracterizar o texto primitivo da Constituição portuguesa de 1976, porque impossibilitador de abertura e alternativas políticas:³⁹⁸

Daí uma nova tensão ou contradição entre o paradigma da *constituição-processo* insinuado pelo esquema de organização política centrado na legitimidade democrática e o paradigma da *constituição-programa* que converte a constituição num “caminho de ferro económico e social” neutralizador de políticas públicas alternativas”.³⁹⁹

Em síntese, Canotilho admite que o dirigismo constitucional está em crise por três motivos: (i) as Constituições Dirigentes terminaram por cristalizar a Política e cerrar os processos de câmbio histórico; (ii) a relação entre a obediência à ordem de valores constitucionais, o controle jurisdicional e a liberdade de conformação do legislador: o positivismo jurisprudencial e o desconhecimento da tarefa legislativa dos fenômenos autopoieticos; (iii) o Direito Constitucional como projeto idealista da modernidade sofre da crise pós-moderna.⁴⁰⁰

Apesar da posição revisionista, que relativiza a constitucionalidade dirigente, Canotilho continua defendendo a ideia da vinculação aos programas constitucionais como impulsionadores normativos do progresso social. Segundo o autor, a Constituição deve permanecer fornecendo “o complexo de direitos e liberdades

³⁹⁷ Ibid., p. 10.

³⁹⁸ Idem. **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 1.251.

³⁹⁹ Loc. cit.

⁴⁰⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. El Derecho Constitucional como un Compromiso Permanentemente Renovado, entrevista ao Professor Eloy García, **Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario**, Asamblea Regional de Murcia e Universidad de Murcia, n. 10, p. 7-61, 1998, p. 42-43.

definidoras das cidadanias pessoais, política e económica intocáveis pelas maiorias parlamentares”.⁴⁰¹ E prossegue:

Aqui o dito constitucional é uma dimensão básica da legitimidade moral e material, e, por isso, um elemento de garantia contra a deslegitimação ética e desestruturação moral de um texto básico através de desregulações, flexibilidades, desentulhos e liberalizações.⁴⁰²

Como o próprio Canotilho anota no prefácio da 2ª edição do livro *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*, texto e contexto são indissociáveis. O texto original deste livro foi publicado em 1982, ou seja, seis anos depois da promulgação da Constituição portuguesa, de 2 de abril de 1976, que é decorrência do movimento revolucionário conhecido como a *Revolução dos Cravos*. O texto original da Constituição portuguesa proclamava uma “sociedade sem classes” (artigo 1º) e a “transição para o socialismo” (artigo 2º), contexto que apelava para o esforço de conferir juridicidade ao programa constitucionalmente projetado, o que justifica a ideia de dirigismo constitucional.

Alertando para a necessidade de contextualização da tese originária da Constituição dirigente, Streck entende que a afirmação de Canotilho “não elimina e tampouco enfraquece a noção de Constituição dirigente e compromissária”:⁴⁰³

Não se pode olvidar que a tese da Constituição dirigente e compromissária, originariamente, dizia respeito à Constituição portuguesa, que tinha um texto de caráter revolucionário, na medida em que até mesmo especificava a transformação do modo de produção rumo ao socialismo. As sucessivas revisões constitucionais em Portugal acabaram por retirar esse caráter revolucionário do Texto Maior português, ocorrendo aquilo que foi chamado por Vital Moreira de “normalização constitucional”. Já a Constituição brasileira ficou distante dessa veia revolucionária que estava explícita na Constituição de Portugal. Com efeito, enquanto aquela claramente apontava para a transformação do modo de produção do Estado português, esta – embora isso significasse um expressivo avanço – limitou-se a apontar para a transformação do modelo de Estado (Estado Democrático de Direito), restringindo-se, no plano econômico, a estabelecer as bases (núcleo político) de um Estado Social (Welfare State). Em síntese, a

⁴⁰¹ Idem. *Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**: teoria geral da constituição, v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

⁴⁰² Loc. cit.

⁴⁰³ STRECK, *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, op. cit., p. 275.

Constituição brasileira não contém, ao contrário do que continha na sua origem a portuguesa, uma função normativo-revolucionária. Esse ponto é de fundamental importância para a compreensão e contextualização da tese exposta por Canotilho acerca dos novos contornos da noção de Constituição dirigente⁴⁰⁴.

Partindo da premissa de que toda Constituição deve conter um “núcleo (básico) que albergue as conquistas civilizatórias próprias do Estado Democrático (e Social) de Direito”, assentado no “[...] binômio democracia e direitos humanos-fundamentais”,⁴⁰⁵ Streck defende a necessidade de uma teoria da Constituição adequada às especificidades brasileiras:

Para romper com essa tradição (inautêntica), no interior do qual os textos jurídicos constitucionais são hierarquizados e tornados ineficazes, afigura-se necessário, antes de tudo, *pensar* o sentido de Constituição, a partir de uma teoria da Constituição adequada às especificidades de um país periférico como o Brasil, interligando-a com a Teoria do Estado. Mais do que isso, trata-se de compreender que a especificidade do campo jurídico implica, necessariamente, entendê-lo como mecanismo prático que provoca (e pode provocar) mudanças na realidade.⁴⁰⁶

No interesse de dialogar com as críticas brasileiras que recebeu em função das suas teses de relativização do dirigismo constitucional, Canotilho se propôs a discutir alguns problemas da Constituição a partir do Estado.⁴⁰⁷ Para os países de modernidade tardia ou não cumprida, como o Brasil, o autor sustenta que o projeto dirigente se justifica por ser necessário e até mesmo imperioso.⁴⁰⁸

Baseando-se nas categoriais próprias da teoria sistêmica luhmanniana, anota Canotilho:

Chegados aqui, há quem proclame a morte do “Estado Social” e da “Constituição Social”. Aquele e esta significam a intromissão em sistemas autônomos. “Pretendem “irritar” sistemas com operacionalidades diferentes, e, por isso, revelam-se hoje claramente disfuncionais no contexto “policontextual” de diferenciação de Sistemas”.⁴⁰⁹

⁴⁰⁴ Loc. cit.

⁴⁰⁵ Loc. cit.

⁴⁰⁶ STRECK, **Jurisdição constitucional e hermenêutica**, op. cit., p. 836.

⁴⁰⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Estado Adjetivado e a Teoria da Constituição. Porto Alegre, **Interesse Público**, n. 17, p. 13-24, 2003.

⁴⁰⁸ Ibid., p. 16.

⁴⁰⁹ Ibid., p. 19.

O dirigismo constitucional é incompatível com a tese luhmanniana dos sistemas autônomos que não podem sobre interferências (mas apenas irritações)⁴¹⁰ mútuas. E isso ocorre, segundo Leonel Severo Rocha e Sandra Martini, porque o Direito só pode decidir a partir do seu código e de sua estrutura:

[...] falamos de irritação entre os sistemas, e não em corrupção de códigos, o que ocorre com certa frequência. Por isso, falamos em corrupção em todos os sentidos, pois quando um sistema parcial se permite decidir com o código de outros sistemas, temos problemas.⁴¹¹

Nessa perspectiva, portanto, a Constituição Dirigente afronta os sistemas, porque os embaralha desrespeitando seus códigos autonomizados. Assim, por exemplo, ao pretender vincular a ordem econômica, o dirigismo constitucional estaria desrespeitando a autonomia do sistema econômico.

Criticando a teoria sistêmica luhmanniana, Canotilho dirá que uma sociedade diferenciada em sistemas não dispõe de qualquer centro:

É uma sociedade sem centro e sem *topo* hierárquico. Ora onde não há topo nem centro também não pode haver uma supra ordenação do Estado sobre as forças da sociedade nem qualquer direção política imperativamente conformadora de fins.⁴¹²

Por fim, ao reiterar a necessidade de relativização do dirigismo constitucional, Canotilho esclarece o sentido da “morte” da Constituição Dirigente:

Compreender-se-á, assim, a relativização do dirigismo quando em certos escritos afirmámos que a “constituição dirigente morreu”. Entenda-se: morreu a “Constituição metanarrativa” da transição para o socialismo e para uma sociedade sem classes. O *sujeito* capaz de contar a récita e empenhar-se nela também não existe (“aliança entre o Movimento das Forças Armadas e os partidos e organizações

⁴¹⁰ Conceito oposto ao de irritação é o de *corrupção sistêmica*, desenvolvido por Neves, que levaria à quebra da autonomia sistêmica e, portanto, à *alopoiese*: “O lado negativo do acoplamento estrutural são os bloqueios recíprocos das autonomias sistêmicas mediante corrupção dos sistemas envolvidos. Aqui o código de um dos sistemas é sabotado pelo código de um outro sistema, de tal sorte que aquele perde a sua capacidade de reprodução consistente” (NEVES, **Transconstitucionalismo**, op. cit., p. 42-43).

⁴¹¹ ROCHA, Leonel Severo, MARTINI, Sandra Regina. **Teoria e prática dos sistemas sociais e direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 37.

⁴¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **O estado adjetivado e a teoria da constituição**, op. cit., p. 19.

democráticos”). O sentido da “morte” fica, pois, esclarecido. Só esta “morte” estava no alvo da nossa pontaria.⁴¹³

Para Streck, a noção de Constituição programático-dirigente-compromissória, adaptada a uma teoria adequada aos países de modernidade tardia, é um “[...] contraponto a essa tempestade globalizante/neoliberal”.⁴¹⁴ Para esse autor, ainda, “[...] a tradição (no sentido gadameriano) nos lega à noção de Estado Democrático de Direito, representada pela ideia de que este se assenta em dois pilares: direitos fundamentais-sociais e democracia”.⁴¹⁵

De fato, o eficaz funcionamento e o constante aperfeiçoamento da proteção dos direitos fundamentais são sinais de civilização jurídica. No entanto, no marco do Estado Democrático e Social de Direito, diferentemente do que ocorria no Estado de Direito na sua formulação clássica, esse tema passa a ser a preocupação central.

Para Dworkin, a expressão ‘Estado de Direito’ pode ser enfrentada a partir de duas concepções: a primeira, do ponto de vista formal a que ele denomina concepção “centrada no texto legal”; e, a segunda, do ponto de vista material denominada concepção “centrada nos direitos”.⁴¹⁶ A concepção do Estado centrada nos direitos, segundo o autor,

[...] pressupõe que os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado como um todo [...] O Estado de Direito dessa concepção é o ideal de governo por meio de uma concepção pública precisa dos direitos individuais [...].⁴¹⁷

Se o juiz assume a concepção formal de Estado de Direito, centrada no texto legal, deve solucionar os casos tentando “descobrir o que está realmente no texto jurídico”⁴¹⁸, sendo-lhe proibido decidir “com base em seu próprio julgamento político, pois uma decisão política não é uma decisão sobre o que está, em qualquer sentido, no texto legal, mas, antes uma decisão sobre o que deveria estar lá”.⁴¹⁹

⁴¹³ Ibid., p. 22.

⁴¹⁴ STRECK, **Jurisdição constitucional e Hermenêutica**, op. cit., p. 275.

⁴¹⁵ Loc. cit.

⁴¹⁶ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 6-7.

⁴¹⁷ Ibid., p. 7.

⁴¹⁸ Ibid., p. 10.

⁴¹⁹ Loc. cit.

No entanto, se o juiz adota a concepção de Estado de Direito centrada nos direitos, deverá admitir que o texto legal não é a fonte exclusiva dos direitos. Nesse caso, assinala Dworkin, o juiz:

[...] tentará, num caso controverso, estruturar algum princípio que, para ele, capta, no nível adequado de abstração, os direitos morais das partes que são pertinentes às questões levantadas no caso. Mas ele não pode aplicar tal princípio a menos que este, como princípio, seja compatível com a legislação, no seguinte sentido: o princípio não deve estar em conflito com outros princípios que devem ser pressupostos para justificar a regra que está aplicando ou com qualquer parte considerável das outras regras.⁴²⁰

Para quem ainda não conseguiu superar o paradigma positivista e vive na segurança da hermenêutica metodológica, o segundo caminho indicado por Dworkin não deve ser seguido. Para quem considera que o Direito é apenas norma jurídica escrita, ou existe norma e a incidência desta sobre um fato permite a extração de certo efeito, ou a resposta a uma demanda será inevitavelmente negativa.

Não é o caso de Streck, para quem o autêntico Estado de Direito legitima a atuação do Poder Judiciário, uma vez que:

[...] as inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito.⁴²¹

Concebe-se, desse modo, a judicialização da Política na linha do que Rocha chama de “democracia jurídicista”.⁴²²

Também na perspectiva da teoria sistêmica, os direitos fundamentais são vistos como verdadeiros filtros dos demais subsistemas sociais.

Ao tratar da relação estabelecida pela Constituição enquanto acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político como sendo de tensão e complementação, Marcelo Neves, fazendo referência a Luhmann,⁴²³ afirma:

Estado de direito e direitos fundamentais sem democracia não encontram nenhuma garantia de realização, pois todo modelo de

⁴²⁰ Ibid., p. 15.

⁴²¹ STRECK, **Hermenêutica jurídica e(m) crise**, op. cit.

⁴²² ROCHA *apud* STRECK, **Hermenêutica jurídica e(m) crise**, op. cit. p. 59.

⁴²³ LUHMANN *apud* NEVES, **Transconstitucionalismo**, op. cit., p. 57-58.

exclusão política põe em xeque os princípios jurídicos da legalidade e da igualdade, inerentes, respectivamente, ao Estado de direito e aos direitos fundamentais. Por seu turno, a democracia sem Estado de direito e direitos fundamentais descaracteriza-se como ditadura da maioria. Essas são as dimensões da complementaridade. De outro lado, o fato de as leis deliberadas democraticamente e aprovadas majoritariamente serem declaradas inconstitucionais, por ofenderem o Estado de Direito e os direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, aponta para a tensão permanente entre política democrática e direito positivo no Estado constitucional.⁴²⁴

Assim, os direitos fundamentais da Constituição moderna deixam de ser vistos unicamente como normas jurídicas, passando a atuar como verdadeiros filtros dos demais subsistemas sociais, pela via da comunicação, estabelecendo-se como peças-chaves da autonomia de um Direito que pretende se desenvolver numa sociedade altamente complexa e diferenciada.

A proteção dos direitos fundamentais configura elemento determinante na verificação da legitimidade do sistema constitucional e do próprio regime democrático.⁴²⁵

Os direitos fundamentais e as Constituições democráticas exercem papel substancial na interpretação e na aplicação do Direito. Por isso, para se interpretar direitos fundamentais, é necessário utilizar uma metodologia interpretativa diferenciada, como assinala Bonavides:

Toda interpretação dos direitos fundamentais vincula-se, por necessidade, a uma teoria dos direitos fundamentais, esta, por sua vez, a uma teoria da Constituição, e ambas – a teoria dos direitos fundamentais e a teoria da Constituição - a uma indeclinável concepção de Estado, da Constituição e da cidadania⁴²⁶

Nesse sentido, uma teoria dos direitos fundamentais conjuntamente com uma teoria da Constituição possibilitará uma teoria material da Constituição, processo importante da hermenêutica dos direitos fundamentais.⁴²⁷

Para Bercovici, a organização e a racionalização dos poderes exigem medidas de natureza material para possibilitar o seu exercício. Essa fundamentação, segundo o autor, “[...] é dada essencialmente pelos direitos fundamentais”. E ainda acrescenta:

⁴²⁴ Loc. cit.

⁴²⁵ SAMPAIO, op. cit., p. 79.

⁴²⁶ BONAVIDES, **Curso de Direito constitucional**, op. cit., p. 534;

⁴²⁷ Ibid., p. 535.

A fundamentação pode limitar-se a princípios, denominados por Canotilho princípios materiais estruturantes (Estado de Direito, Democracia, República), ou estender-se à imposição de tarefas e programas que os poderes públicos devem concretizar. A constitucionalização de tarefas torna mais importante a legitimação material, embora não substitua (e nem deveria) a luta política.⁴²⁸

A interpretação dos direitos fundamentais, portanto, pressupõe rigor interpretativo, pré-compreensão e concretização. E a tarefa do interprete, nesse contexto, possui papel de suma importância na construção permanente das normas constitucionais e também na sua concretização.

Segundo Hesse, fortalecer a força normativa que possui a Constituição e possibilitar a sua concretização exige interpretação constitucional.⁴²⁹ E acrescenta:

[...] submetida ao princípio da ótima concretização da norma (*Gebot optimaler Verwirklichung der Norm*). Evidentemente, esse princípio de ótima concretização da norma não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual.⁴³⁰

Hesse entende que a interpretação da Constituição não pode ignorar os fatos concretos da vida:

A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação. Em outras palavras, uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa. A finalidade (Telos) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude de uma mudança da situação. (...) Uma interpretação construtiva é sempre possível e necessária dentro desses limites. A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua

⁴²⁸ BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n. 142, abr./jun. 1999, p. 38.

⁴²⁹ “A tarefa da interpretação é encontrar o resultado constitucionalmente “exato” em um procedimento racional e controlável, fundamentar esse resultado racional e controlavelmente e, deste modo, criar certeza jurídica e previsibilidade – não, por exemplo, somente decidir por causa da decisão” (HESSE, **A força normativa da constituição**, op. cit., p. 55).

⁴³⁰ *Ibid.*, p. 22.

estabilidade. Caso ela venha a faltar, torna-se inevitável, cedo ou tarde, a ruptura da situação jurídica vigente⁴³¹.

A efetiva incidência da concretização da norma sobre a realidade do fato permite um resgate das contribuições de Gadamer, ou seja, o intérprete não pode compreender o conteúdo da norma de um ponto situado fora da existência histórica.

Pela Hermenêutica Filosófica de Gadamer, a questão interpretativa deixa de se colocar como problema metodológico, ou de simples técnica, para ser um problema filosófico. A hermenêutica deixa de ser um método para se tornar uma ontologia, permitindo ao intérprete do Direito o poder de desvelar novos sentidos sobre o problema da interpretação, encarando de forma mais realista e menos abstrata a tarefa que se coloca diante dele. Ela também permite que o intérprete se conscientize do novo Direito que emerge a partir do problema interpretativo. E o novo, nesse caso, representa a possibilidade real de superação de antigos paradigmas, especialmente o metafísico-essencialista.

Esse entendimento também pode ser detectado na obra de vários autores. Por exemplo, ao afirmar que interpretação constitucional é concretização, Hesse deixa clara a influência da Hermenêutica Filosófica de Gadamer no seu pensamento:

Concretização pressupõe um “entendimento” do conteúdo da norma a ser concretizada. Essa não se deixa desatar da “(pré)-compreensão” do intérprete e do problema concreto a ser resolvido, a cada vez. a) O intérprete não pode compreender o conteúdo da norma de um ponto situado fora da existência histórica, por assim dizer, arquimédico, senão somente na situação histórica concreta, na qual ele se encontra, cuja maturidade informou seus conteúdos de pensamento e determina seu saber e seu (pré)-juízo. Ele entende o conteúdo da norma de uma *(pré)-compreensão*, que primeiramente lhe torna possível olhar a norma com certas esperanças, projetar-se um sentido do todo e chegar a um anteprojecto que, então, em penetração mais profunda, carece de confirmação, correção e revisão até que, como resultado permanente dos projetos revisados, cada vez, ao “objeto”, determine-se univocamente a unidade de sentido.⁴³²

Na Constituição brasileira de 1988, por exemplo, os objetivos indicados no artigo 3º orientam todo o funcionamento do Estado e a organização da sociedade,⁴³³

⁴³¹ Ibid., p. 23.

⁴³² HESSE, **Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha**, op. cit., p. 61-62.

⁴³³ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a

apontando claramente para a realização do Estado Social,⁴³⁴ a partir de promessas que, como assinala Streck, foram historicamente sonegadas à imensa maioria da população brasileira.⁴³⁵ No caso brasileiro, em que muitas são as tarefas constitucionais impostas ao Estado ainda por cumprir, qualquer tentativa de esvaziar o conteúdo compromissório e dirigente da Constituição Federal de 1988 certamente não atenderá ao projeto civilizatório de consolidação e promoção dos direitos fundamentais, notadamente os sociais, já atingidos em padrões ao menos aceitáveis em muitos países, mas ainda longe da realidade cotidiana de milhões de brasileiros que vivem abaixo de qualquer nível tolerável de dignidade humana.

O dirigismo constitucional importará, enfim, na constitucionalização da Política, essa entendida, no seu sentido clássico, como a arte de governar ou como a “busca da boa vida em comum”.⁴³⁶

No Estado Democrático (e Social) de Direito, onde os direitos fundamentais exercem um papel fundamental na interpretação do Direito, deu-se uma profunda alteração entre Direito e Política. Nele, a Política se converte num instrumento de atuação do Direito, subordinada aos vínculos a ela impostas pelo dirigismo constitucional.⁴³⁷

Por outro lado, a Constituição dirigente não pode - e nem pretende - impedir ou substituir a discussão pública. Pois sendo norma, a Constituição dirigente tem por objetivo conferir pautas de direção, o que ocorre pela vinculação dos Poderes estatais aos objetivos e finalidade dos programas constitucionais, notadamente imposições que resultam dos direitos fundamentais. O segredo está em precisar a extensão da vinculatividade dos três Poderes aos valores da Constituição, ou seja, o espaço de liberdade (ou discricionariedade) existente na tarefa de densificar as normas

marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁴³⁴ “É função básica do Estado de bem-estar a chamada procura existencial, é dizer, a responsabilidade de garantir condições dignas de existência aos cidadãos. Isto significa que os Estados tem a obrigação de assegurar níveis mínimos de alimentação, saúde, moradia e instrução, e que todos esses serviços do Estado sejam considerados parte dos direitos dos cidadãos, e não como caridade” (tradução livre) (URIARTE *apud* STRECK, **Jurisdição constitucional e hermenêutica**, op. cit., p. 290).

⁴³⁵ STRECK, **Jurisdição constitucional e hermenêutica**, op. cit., p. 290.

⁴³⁶ BARATTA *apud* MELO, Milena Petters. Direitos Humanos e Cidadania. In: LUNARDI, Giovanni e SECCO, Márcio (org.). **A fundamentação filosófica direitos humanos**. Florianópolis: Editora da UFSC, 2010, p. 175-217.

⁴³⁷ FERRAJOLI, Luigi. Jueces y política. Derechos y Libertades. **Revista del Instituto Bartolomé de las Casas**, a. IV, n. 7, Madrid, Universidad Carlos III, 1999.

constitucionais, a liberdade de conformação e, desta feita, estabelecer os parâmetros do controle de constitucionalidade (por ação ou por omissão).

Os direitos fundamentais desempenham, portanto, um papel central de legitimidade da ordem constitucional, não apenas pelo seu catálogo formal, mas, sobretudo, por sua realização prática. Operam como limite da ação estatal, como um contra poder ou elemento de limitação do poder, ora como demandante de uma política estatal de intervenção direcionada a protegê-los mediante procedimentos adequados, bem como por meio da criação e manutenção de condições materiais de realização, importando também uma direção exegética tendente a ampliá-los.

Ao tratar da multifuncionalidade dos direitos fundamentais, Sarlet refere à função organizatória e procedimental desses direitos:

Uma terceira função, igualmente vinculada à dimensão objetiva, e que, além disso, demonstra que todas as funções dos direitos fundamentais, tanto na perspectiva jurídico-objetiva, quanto na dimensão subjetiva, guardam direta conexão entre si e se complementam reciprocamente (embora a existência de conflitos), pode ser genericamente designada de função organizatória e procedimental. Nesse sentido, sustenta-se que, a partir do conteúdo das normas de direitos fundamentais, é possível extrair consequências não só para aplicação e interpretação das normas procedimentais, mas também para a formatação do direito organizacional e procedimental que auxilie na efetivação da proteção dos direitos fundamentais, evitando-se os riscos do seu significado e conteúdo material.⁴³⁸

Essa variedade de concepções se projeta também nas justificativas apresentadas para realização ou concretização desses direitos por atuação de um órgão do Estado.

Mas a quem caberia precipuamente a realização dessa tarefa? Pelo menos três respostas podem ser dadas: apenas ao juiz, ao legislador apenas ou a ambos.

A controvérsia sobre quem deva ter a última palavra sobre direitos fundamentais, deve ser examinada como uma tensão não apenas entre os Poderes estatais, mas entre dois ideais políticos: democracia e constitucionalismo. A inclinação

⁴³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013, p. 186.

pelos cortes constitucionais e juízes (Direito) baseia-se na menor falibilidade do sistema judicial; a inclinação por legisladores (Política) é baseada na regra da maioria.

Dworkin enxerga a defesa de direitos fundamentais como tarefa central dos tribunais e a deliberação sobre políticas públicas (*policies*) o papel principal dos parlamentos representativos. Para ele, a democracia tem alguns requisitos morais substantivos que não são atendidos por um procedimento majoritário, mas pela “resposta certa” sobre direitos fundamentais.⁴³⁹

Nesse sentido, a opção pelas cortes constitucionais (Direito) toma como ponto de partida que o parlamento é indispensável, mas insuficiente. Elas teriam, assim, uma ação corretiva para preservação da própria ideia de democracia, devendo intervir para defesa de projetos coletivos que estejam bloqueados para certos grupos isolados, que são sistematicamente excluídos dos processos decisórios e excluídos de qualquer voz. A democracia opera a partir da vontade da maioria, desde que não reprima ou tirenize a minoria.

Em sentido oposto, o argumento em favor da supremacia legislativa (Política) baseia-se em dois valores: a representação eleitoral e a regra da maioria, recurso procedimental que promove a igualdade. Quanto a essa opção, é conhecida a tese de Jeremy Waldron.⁴⁴⁰ Funda-se, principalmente, numa apreciação do Direito à participação e da regra da maioria. Para esse autor, a revisão judicial não conseguirá proteger os direitos das minorias se não houver nenhum apoio a esses direitos na sociedade.

Waldron considera que o controle judicial de constitucionalidade nada mais faz do que reatualizar as velhas prevenções liberais contra o poder das majorias e que as instituições aristocráticas de ontem hoje estão utilizando a máscara de juízes constitucionais. Para esse autor, a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos constitui uma inaceitável limitação dos direitos do povo para determinar permanentemente as regras que o regem.⁴⁴¹

É possível e fácil acomodar críticas ao legislador e elogios ao juiz, junto com as críticas ao juiz e os elogios ao legislador. Bem mais difícil é sustentar a exclusividade

⁴³⁹ DWORKIN, Ronald. Equality, democracy and Constitution, **Alberta Law Review**, v. 28, n. 2, 20, 1990. Disponível em: <<https://www.albertalawreview.com/index.php/ALR/article/view/1605/1594>>. Acesso em: 28 ago. 2018.

⁴⁴⁰ WALDRON, op. cit., *passim*.

⁴⁴¹ “The people are entitled to govern themselves by their own judgements” (As pessoas tem o direito de se governar por seus próprios julgamentos) (tradução livre) (WALDRON, op. cit.).

de um ou outro na atividade de promoção dos direitos fundamentais, especialmente pela dimensão objetiva que eles assumiram no marco do Estado Democrático de Direito.⁴⁴²

As normas constitucionais que veiculam direitos fundamentais vinculam, formal e materialmente, os três Poderes do Estado. Esse aspecto, o da vinculação aos direitos fundamentais dos três Poderes, notadamente o Legislativo, “como direito imediatamente vigente” e, desde que essa vinculação seja suscetível de ser submetida a controle amplo por um Tribunal Constitucional, configura o que Alexy denomina de “positivação perfeita” dos direitos fundamentais.⁴⁴³

A concretização dos direitos fundamentais é tarefa constitucionalmente atribuída aos três Poderes. No entanto, a concretização legislativa, a concretização administrativa e a concretização judicial possuem singularidades, as quais especificam cada uma delas. A respeito da metódica de concretização constitucional, assinala Canotilho:

Na concretização legislativa das imposições constitucionais há sempre um momento de iniciativa e impulso, no qual estão implícitas valorações político-constitucionais, conhecimento de factos, juízos de prognose, considerações de resultados, segurança jurídica e legitimação democrática, que não estão presentes numa simples concretização judicial.

[...]

Por outro lado, mesmo que a ideia de concretização ponha em relevo o carácter “produtivo” do acto judicial e o espaço de discricionariedade que lhe é inerente, é visível que a dimensão criadora do legislador e a sua liberdade de conformação conferem, em grande medida, ao processo de regulação legal um carácter concretizador autonomamente determinado, ao passo que o processo concretizador judicial e (administrativo) é, apesar de tudo, uma concretização aplicativa (embora não subsuntiva), heteronomamente determinada em todos os aspectos fundamentais.⁴⁴⁴

O magistério de Canotilho situa o legislador em um lugar de destaque em relação ao administrador e, inclusive, ao juiz. Nas palavras de Canotilho:

⁴⁴² Sarlet designa a dimensão objetiva dos direitos fundamentais como “[...] um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas (e positivas) dos interesses individuais”. SARLET, Ingo Wolfgang. **Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais**, op. cit., p. 186.

⁴⁴³ ALEXY, Robert. *Direito Constitucional e Direito Ordinário: Jurisdição Constitucional e Jurisdição Especializada*. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 96.

⁴⁴⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**, op. cit., p. 322-323.

O sentido *dinâmico-prático* do bloco constitucional dirigente é mais o da construção de uma “nova ordem” do que o da manutenção do *status quo*. Mas isso é tarefa do legislador, das forças políticas, dos cidadãos. É uma tarefa de participação e de responsabilidade político-democrática.⁴⁴⁵

Não se pode ignorar, porém, que ao mesmo tempo em que a atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais é decisiva para o exercício efetivo da cidadania, também se apresenta como ponto de tensão entre aqueles que criam e executam as políticas públicas, mormente quando se busca a concretização dos direitos sociais.

No que concerne especificamente à concretização desses direitos, Canotilho alerta que a problemática jurídica dos direitos sociais se encontra numa posição desconfortável:

[...] paira sobre a dogmática e a teoria jurídica dos direitos econômicos, sociais e culturais a carga metodológica da vaguidade, indeterminação e impressionismo que a teoria da ciência vem apelidando, em termos caricaturais, sob a designação de “*fuzzysmo*” ou “metodologia fuzzy”. Em toda a sua radicalidade, a censura de *fuzzysmo* lançada aos juristas significa basicamente que eles não sabem o que estão a falar quando abordam complexos problemas dos direitos econômicos, sociais e culturais.⁴⁴⁶

De fato, e considerando a amplitude que a interpretação do texto constitucional possibilita, além de observar os procedimentos democráticos de legitimação, a decisão legislativa será sempre legítima, ou seja, não há que se falar em competição ou interferência na atuação do Judiciário. Logo, substituir a decisão legislativa legítima por outra não é a posição mais adequada, como enfatizou o Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923.⁴⁴⁷

⁴⁴⁵ Ibid., p. 349.

⁴⁴⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Metodologia “fuzzy” e “camaleões normativos” na problemática actual dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 100.

⁴⁴⁷ “[...] MOLDURA CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÓMICO E SOCIAL. [...] MARGEM DE CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ATRIBUÍDA AOS AGENTES POLÍTICOS DEMOCRATICAMENTE ELEITOS. PRINCÍPIOS DA CONSENSUALIDADE E DA PARTICIPAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ARTIGO 175, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO. EXTINÇÃO PONTUAL DE ENTIDADES PÚBLICAS QUE APENAS CONCRETIZA O NOVO MODELO. [...] 1. A atuação da Corte Constitucional não pode traduzir forma de engessamento e de cristalização de um determinado modelo pré-concebido de Estado, impedindo que, nos limites constitucionalmente

Por outro lado, ante o processo de intensa complexidade da sociedade contemporânea, não se mostra mais razoável nem a “a clássica separação de funções de cada um dos Poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário)”,⁴⁴⁸ nem a ideia positivista de simples subsunção para que o Direito possa resolver às problemáticas que o mesmo é chamado a resolver, uma vez que a derrocada do positivismo jurídico impôs a autonomização entre *jus* e *lex*.⁴⁴⁹

O Estado Democrático de Direito é um Estado de direitos fundamentais. A Democracia não é mais o simples predomínio da vontade da maioria, mas um sistema político que se assenta também no respeito aos direitos fundamentais, tido como pressuposto inafastável para o adequado funcionamento do regime democrático.

A relação entre o Estado Democrático de Direito e um Estado de direitos fundamentais, portanto, é indissociável e leva à abertura ao Direito Internacional, pois atualmente os limites jurídicos impostos ao Estado advêm, também, de regras e princípios jurídicos internacionais. Isso se deve porque os direitos fundamentais refletem não apenas no plano do direito interno, pois é a consolidação dos direitos humanos como um núcleo do direito internacional vinculativo das ordens jurídicas internas. Portanto, o Estado de Direito é aquele que respeita e cumpre os direitos humanos consagrados nos grandes pactos internacionais e nas grandes declarações internacionais (Constituição Federal de 1988, artigo 5º, §§ 2º e 3º).

No ordenamento jurídico brasileiro tem-se como exemplo dessa tensão entre democracia e constitucionalismo⁴⁵⁰ o julgamento da medida cautelar na Arguição de

assegurados, as maiorias políticas prevaletentes no jogo democrático pluralista possam pôr em prática seus projetos de governo, moldando o perfil e o instrumental do poder público conforme a vontade coletiva [...]” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923/DF**, do Tribunal Pleno. Requerente: Partido dos Trabalhadores – PT; Partido Democrático Trabalhista – PDT. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Ayres Britto; Relator para Acórdão: Min. Luiz Fux. Brasília, 17 de dezembro de 2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1739668>>. Acesso em: 01 set. 2018).

⁴⁴⁸ STRECK; MORAIS, **Ciência política e teoria geral do estado**, op. cit., 163.

⁴⁴⁹ NEVES, António Castanheira. O Direito como Alternativa Humana: Notas de Reflexão sobre o Problema Actual do Direito. In: NEVES, António Castanheira. **Digesta: Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros**, v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 291-292.

⁴⁵⁰ Frank Michelmann explica melhor essa tensão: “Democracy appears to mean something like this: popular political self-government - the people of a country deciding for themselves the content [...] of the laws that organize and regulate their political association. “Constitutionalism” appears to mean something like this: the containment of popular political decision-making by a basic law, the constitution – “a law of lawmaking”, we shall sometimes call it - designed to control which further laws can be made, by whom, and by what procedures”. (Democracia parece significar algo assim: autogoverno político popular - o povo de um país que decide para si o conteúdo [...] das leis que organizam e regulam sua associação política. “Constitucionalismo” parece significar algo assim: a contenção da tomada de decisão política popular por uma lei básica, a Constituição - “uma lei de criação de leis”, às vezes assim a denominamos - projetada para controlar quais outras leis podem ser feitas, por quem, e por quais

Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347-DF,⁴⁵¹ quando o Pleno do Supremo Tribunal Federal reconheceu, por maioria, o *estado de coisas inconstitucional* do sistema carcerário brasileiro.

Nos termos do voto do Relator, Ministro Marco Aurélio, a situação “vexaminosa” do sistema penitenciário brasileiro, ao ocasionar “a violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica”, configuraria tratamento “[...] degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia”.⁴⁵² A falência de políticas públicas voltadas ao tema e a falta de coordenação institucional entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, somadas a essa violação massiva e persistente de direitos fundamentais, ensejariam o reconhecimento do *estado de coisas inconstitucional* de nosso sistema penitenciário e a adoção de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária.

O Tribunal, apreciando os pedidos de medida cautelar formulados na inicial, por maioria e nos termos do voto do Ministro Relator, deferiu a cautelar para determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3, do Pacto dos Direitos Civis e Políticos, e 7.5, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, bem como para determinar à União a liberação do saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos e também para determinar à União e aos Estados, e especificamente ao Estado de São Paulo, o encaminhamento à Corte de informações sobre a situação prisional.

A falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e até judiciais implicaria numa “falha estatal estrutural”, geradora de uma violação massiva dos direitos fundamentais, autorizando o tribunal a fugir da

procedimentos”) (tradução livre) (MICHELMANN, Frank. **Brennan and Democracy**. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 5).

⁴⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF**, do Tribunal Pleno. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Arguido: União Federal e outros. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 06 de agosto de 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 13 ago. de 2017.

⁴⁵² Loc. cit.

ortodoxia e adotar “remédios estruturais”, de modo a proteger a dimensão objetiva dos direitos fundamentais.⁴⁵³

O risco de a democracia transformar-se na ditadura do número (ou da maioria) é um argumento clássico. Evitar a “tirania da maioria”, que é expressão de uso corrente no vocabulário político,⁴⁵⁴ mostra-se um poderoso argumento para a justificação do papel e legitimidade da atuação do Poder Judiciário na defesa de grupos isolados, sistematicamente excluídos de participação, como assinalam Rocha e Martini numa perspectiva sistêmica:

A programação condicional foi a maneira elaborada pela dogmática jurídica para racionalizar os processos decisórios do Direito estatal. No momento em que o Estado, enquanto programador do Direito, deixa de ser o centro da organização política, a programação sofre uma perda de racionalidade, recuperando a indeterminação que visa reduzir. Neste sentido, em muitas questões jurídicas, o Poder Judiciário, em vez de simplesmente aplicar a programação condicional, necessita recorrer a fundamentações extraestatais. Em outros termos, a quebra da racionalidade do controle do Estado sobre a política faz com que a política invada setores do Direito, forçando o Judiciário a tomar decisões de um outro tipo: a programação finalística. Na linguagem tradicional, poder-se-ia dizer que a programação condicional caracteriza um sistema fechado, e a programação finalística, um sistema aberto.⁴⁵⁵

A despeito das críticas à atuação do tribunal neste caso,⁴⁵⁶ o fato é que ele demonstra que a concretização dos direitos fundamentais reclama diálogo permanente entre os três Poderes, a revelar que a garantia dos direitos fundamentais não se encontra entre o Direito e a Política. A atuação do Direito não precisa ser vista apenas como uma contenção da Política, mas também um mecanismo propulsor de melhores deliberações. Não serve apenas para nos proteger da Política, mas para estimulá-la e desafiá-la a superar-se em qualidade.

⁴⁵³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: JusPODIVM, 2016, *passim*.

⁴⁵⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição e sua reserva de justiça**: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999.

⁴⁵⁵ ROCHA, Leonel Severo, MARTINI, Sandra Regional. **Teoria e prática dos sistemas sociais e direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 58.

⁴⁵⁶ As principais críticas à atuação do Supremo neste caso podem ser encontradas em: DE GIORGI, Raffaele; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. Opinião: Estado de coisas inconstitucional. **Estadão**, São Paulo, 19 set. 2015. Disponível em: <<http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,estado-decoisas-inconstitucional,10000000043>>. Acesso em: 24 ago. 2018; STRECK, Lenio Luiz. Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo. **ConJur**, 24 out. 2015. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-out24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso em: 24 ago. 2018.

3.1.1 O Constitucionalismo Democrático entre o Direito e a Política

Em janeiro de 1981, Paul Brest publicou *The Fundamental Rights Controversy: The Essential Contradictions of Normative Constitutional Scholarship*,⁴⁵⁷ artigo que alcançou notoriedade na doutrina constitucional pela concisão e, ao mesmo tempo, pela profundidade dos argumentos. Neste artigo o autor analisa pontos controversos na história do constitucionalismo norte-americano, especialmente no que toca as tensões entre democracia e constitucionalismo.

Brest revisita criticamente alguns dos grandes expoentes do constitucionalismo norte-americano que falharam na tentativa de construir um edifício constitucional hábil a compatibilizar os desafios da relação entre o constitucionalismo e a democracia. Questionando o presente e as perspectivas para o futuro imediato, o professor de Stanford perguntava: “e agora?”

Com um questionável otimismo, o autor apontava um caminho que conduziria a Teoria do Direito e o Direito Constitucional à solução do desafio de legitimar a autoridade do Direito na sociedade contemporânea. Assim, apresentava o seu prognóstico: a saída – se é que existe alguma – exigirá uma “reconstituição genuína” da identidade da comunidade a partir de uma nova compreensão da história e das bases da teoria jurídica. Segundo o autor:

Alternativamente, nós podemos voltar para a história e para uma fonte mais ampla de teoria jurídica para compreender onde nós estamos e como chegamos aqui. Essa é também uma tradição acadêmica respeitada, mas de alguma forma menos familiar na comunidade jurídica (*legal scholarship*). Finalmente, o verdadeiramente corajoso – ou o mais desatencioso – entre nós pode seguir para o próximo passo e, compreendendo o que nós entendemos como sendo nossa situação, trabalhar para uma reconstituição genuína da sociedade – talvez uma em que o conceito de liberdade inclua a participação de cidadãos em um discurso público da comunidade com responsabilidade para modelar seus valores e estruturas. Aqueles que explorarem essa rota podem descobrir que, escapando de um conjunto de contradições, eles acabaram encontrando-se em outras. Mas nós não saberemos isso, até o desespero ou a esperança nos impelir a explorar alternativas para o mundo em que habitamos hoje em dia.⁴⁵⁸

⁴⁵⁷ BREST, Paul. *The Fundamental Rights Controversy: the Essential Contradictions of Normative Constitutional Scholarship*. **Yale Law Journal**, v. 90, p. 1063-1109, 1981.

⁴⁵⁸ Loc. cit.

Coincidentemente, o constitucionalismo norte-americano ingressou em uma fase de profundas mudanças nos anos que se seguiram à publicação do artigo de Brest, realizando, em certos aspectos, uma “recompreensão” dos seus pressupostos e uma revitalização do papel da cidadania. As origens desse processo podem ser encontradas nas “escavações” no passado norte-americano que recolocaram na agenda palavras como virtude, diálogo, liberdade positiva, bem comum e autogoverno e que voltaram a exercer papel de destaque nas reflexões sobre o constitucionalismo, conceitos pouco considerados nos estudos da história e do Direito das décadas precedentes.

Não se pode afirmar que o dilema entre democracia e constitucionalismo constitua novidade, pois parece evidente que ao longo dos séculos a vontade do povo, representada na democracia e na organização da sociedade erigida sobre os pilares do consenso popular encontram-se, ao menos de forma aparente, diametralmente oposta à ideia de limitações determinadas por normas de difícil alteração, como são as dos direitos fundamentais.

Ao longo de séculos, a afirmação histórica do constitucionalismo se revelou como um instrumento para a criação de limites e direção para o Direito e a Política.⁴⁵⁹

Às concepções antigas se sobrepõem as aquisições evolutivas e sedimentações de sentido do que hoje pode ser compreendido como constitucionalismo e democracia. Nesse sentido, as contribuições da doutrina no estudo da história do constitucionalismo e da democracia moderna são capitais, não obstante as especificidades das diferentes experiências constitucionais e suas repercussões na prática.

No que tange à contribuição dos estudos sobre a experiência estadunidense, um conceito a ser destacado é a “fidelidade constitucional”. Sobre esse conceito, destacam-se os estudos desenvolvidos por Goodwin Liu, Pamela Karlan e Christopher

⁴⁵⁹ Canotilho traça um paralelo entre o que denomina constitucionalismo antigo e constitucionalismo moderno: “[...] fala-se em constitucionalismo moderno para designar o movimento político, social, cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma forma de ordenação e fundamentação do poder político. Este constitucionalismo, como o próprio nome indica, pretende opor-se ao chamado constitucionalismo antigo, isto é, o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder. Estes princípios ter-se-iam sedimentado num tempo longo, desde os fins da Idade Média até o século XVII” (CANOTILHO, **Direito constitucional e teoria constitucional**, op. cit., p. 48).

Schroeder,⁴⁶⁰ que demonstram como o pensamento constitucional se modificou ao longo da história americana à luz de grandes mudanças sociais. Para os autores, fidelidade constitucional significa fidelidade ao texto constitucional e aos princípios enunciados no texto ou que subjazem ao texto. Como esses princípios são muitas vezes abstratos e abertos, cabe a cada geração, segundo os autores, decidir como aplicá-los em seu próprio tempo. Nesta perspectiva, os autores enfatizam que:

A razão pela qual a Constituição dos Estados Unidos é a mais duradoura das constituições não decorre simplesmente do gênio de cinquenta e cinco homens que se reuniram na Filadélfia em 1787. Pelo contrário, foi a maneira como geração após geração de americanos fizeram a Constituição. A Constituição perdura até hoje porque seu significado e aplicação vem sendo moldados por um processo contínuo de interpretação. Esse processo inclui tanto a interpretação judicial quanto as transformações reclamadas pelos líderes políticos e cidadãos comuns em toda a história. A nossa Constituição mantém a sua vitalidade porque vem se adaptando às condições e evoluções das normas da nossa sociedade. Suas palavras e princípios ainda ressoam séculos depois de terem sido escritas, uma e outra vez, como Holmes instou, nós interpretamos a Constituição à luz de "o que este país de americanos de todas as origens podem jurar ao apoiar e defender a Constituição quando são naturalizados, ou são jurados em cargos eletivos não por causa de como nosso texto fundador foi entendido em 1789, ou mesmo em 1870, mas por causa de como a entendemos hoje. (Tradução livre).⁴⁶¹

Nesse contexto, pode-se afirmar que o texto constitucional e os princípios perduram, mas suas aplicações podem mudar ao longo do tempo. O significado semântico do texto constitucional não muda sem reforma constitucional, mas as construções constitucionais que tentam implementar o texto e desenvolver suas cláusulas na prática podem e têm se modificado ao longo do tempo em resposta a circunstâncias e novas configurações e exigências sociais.

3.1.1.1 Fidelidade Constitucional e Democracia: Entre Interpretativistas e Não-Interpretativistas

Pode-se afirmar, portanto, que o significado da Constituição muda com o tempo. E é nesse sentido que se compreende a dinâmica “viva” da constituição

⁴⁶⁰ LIU, Goodwin; KARLAN Pamela S.; SCHROEDER, Christopher H. **Keeping faith with the Constitution**. New York: Oxford University Press, 2010.

⁴⁶¹ Ibid., p. xvi.

através da obra dos seus intérpretes.⁴⁶² Os limites das modificações realizadas através da interpretação constitucional podem ser colocados em termos de “fidelidade constitucional”, como escolhem Liu, Karl e Schroeder,⁴⁶³ como “*mainstream tradition*” da jurisprudência norte-americana como propõe David Strauss,⁴⁶⁴ ou em termos de “vontade constitucional”, como anteriormente estudado com Konrad Hesse,⁴⁶⁵ nesse sentido também, como foi possível observar no capítulo anterior, oportunas são as contribuições das análises sobre a experiência hermenêutica a partir de Gadamer.

Na identificação destes limites também se jogam os confins e os vínculos para a democracia, a Política e o Direito.

Por sua vez, “constitucionalismo democrático” pode ser definido, conforme indicam Reva Siegel e Robert Post, como o termo usado para descrever as formas pelas quais a tomada de decisões constitucionais pelos tribunais se mantém em diálogo com as reivindicações constitucionais feitas na Política.⁴⁶⁶

Os autores examinam uma decisão prolatada pelo juiz Antonin Scalia no caso de *Obergefell versus Hodges* em que a Corte Constitucional dos Estados Unidos da América decidiu que as cláusulas do devido processo e da proteção à igualdade impedem os estados de se recusarem a casar pessoas do mesmo sexo. Contrariando a opinião do Tribunal, Scalia afirmou:

Quando a Décima Quarta Emenda foi ratificada em 1868, todo Estado limitou o casamento a um homem e a uma mulher, e ninguém duvidou da constitucionalidade desse fato. Essa interpretação passou a resolver casos da espécie. Agora quando se trata de determinar o significado de uma disposição constitucional vaga – como o “devido processo legal” ou a “igualdade de proteção das leis” – é inquestionável que o Povo que ratificou essa disposição não entendeu proibir uma prática que permanecia tanto universal quanto incontroversa nos anos posteriores à ratificação.⁴⁶⁷

⁴⁶² A propósito e para aprofundamentos, consultar: HÄBERLE, op. cit. Também nesse sentido, contestando a vertente “originalista” do constitucionalismo estadunidense, vide: STRAUSS, David A. **The living Constitution**. New York: Oxford University Press, 2010.

⁴⁶³ LIU; KARLAN; SCHROEDER, op. cit.

⁴⁶⁴ STRAUSS, op. cit.

⁴⁶⁵ HESSE, **A Força normativa da constituição**, op. cit..

⁴⁶⁶ POST, Robert C.; SIEGEL, Riva B. Roe Rage: democratic constitutionalism and backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, v. 42, n. 2, p. 373- 433, 2007. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1168&context=fss_paprs>. Acesso em: 20 ago. 2018.

⁴⁶⁷ Loc. cit.

Nesta decisão, incomum, o Juiz Scalia adotou uma posição “originalista” na interpretação constitucional para decidir de modo “progressista”.

O “originalismo” nos Estados Unidos é conhecido como o movimento que sustenta que deve à Constituição ser interpretada como um contrato cujo significado foi fixado no momento da ratificação, ou seja, pouca liberdade possuem os seus intérpretes hodiernos. Em efeito, como destaca David Strauss, o juiz Scalia, como bom representante da corrente originalista, à uma Constituição viva prefere uma Constituição morta: “*Supreme Court Justice Antonin Scalia once remarked that the theory of an evolving, “living” Constitution effectively “rendered the Constitution useless.” He wanted a “dead Constitution,” he joked, arguing it must be interpreted as the framers originally understood it*”.⁴⁶⁸

O *originalismo* sustenta que as normas constitucionais devem ser interpretadas, observadas e aplicadas tal como eram “entendidas por aqueles que as escreveram e ratificaram”.⁴⁶⁹ Por este ângulo, os tribunais não têm nem a primeira, nem a última, palavra sobre o significado da Constituição.

Em efeito, o debate entre *interpretativistas* e *não-interpretativistas* anima o debate sobre a jurisprudência e o constitucionalismo democrático nos Estados Unidos há tempo.

O *originalismo* se coloca no âmbito do *interpretativismo*, ou seja, na análise e interpretação das disposições constitucionais, busca a neutralidade ao fim de respeitar a integridade do texto constitucional e, no caso dos Estados Unidos, a vontade dos “pais fundadores”. Segue, portanto, no sentido de evitar interpretações discricionárias, afastando a subjetividade do intérprete hodierno. Do contrário, segundo os interpretativistas, o Judiciário invadiria competências reservadas aos poderes democraticamente eleitos, violando a soberania popular e, portanto, as bases da Democracia.

Por outro lado, o *não-interpretativismo*, admite que os juízes devem compatibilizar com as demandas do tempo hodierno a aplicação das disposições constitucionais, atualizando a Constituição podem, inclusive, ir além do texto constitucional. Assim a posição não-originalista abre espaço para a liberdade do intérprete na aplicação das normas constitucionais, distanciando-se do entendimento

⁴⁶⁸ STRAUSS, op. cit.

⁴⁶⁹ GOLDFORD, Dennis. **The american constitution and the debate over originalism**. Cambridge University Press: 2005, p. 96.

próprio do tempo em que estas normas foram editadas. Enfatiza, portanto, que a interpretação constitucional reflete os valores de seu tempo, abrangendo também o trabalho dos movimentos políticos e sociais que reivindicam a Constituição e moldam a cultura constitucional. E recorda, além disso, que as decisões dos tribunais muitas vezes dão origem a protestos e contra mobilizações que acabam por moldar o modo como a doutrina se desenvolve.⁴⁷⁰

Nesse sentido o debate entre *interpretativistas* e *não-interpretativistas* se revela atual para o constitucionalismo democrático, enfatizando a problemática entre texto e contexto constitucional, entre norma e realidade, entre Direito e Política, e a relevância da função dos intérpretes nesta dinâmica.

3.1.1.2 Constitucionalismo Democrático e a Necessária Participação da Política para Realizar o “Projeto” Constitucional

O constitucionalismo democrático contempla a compreensão de que as questões constitucionais, na atualidade, não podem prescindir da necessária atenção da Política, que repercute também na decisão dos tribunais. A defesa dos direitos civis das décadas de 1960 e 1970 é famosa por suas decisões judiciais, mas na verdade muitas das inovações mais importantes vieram dos grandes movimentos sociais que os tribunais consolidaram ou apenas corroboraram. Nos Estados Unidos, as articulações mais importantes dos valores constitucionais não têm origem nos tribunais, mas de estatutos do Congresso.

Especificamente no que toca os direitos fundamentais subjetivos, por exemplo, os direitos econômicos e sociais, como os direitos aos cuidados de saúde e à educação, são concretizados mediante ações legislativas, com os tribunais

⁴⁷⁰ Como exemplo no Direito Comparado, pode ser citado o “Caso dos Crucifixos”, na qual o Tribunal Constitucional alemão decidiu ser inconstitucional a presença de cruzes em salas de aula. A reação popular à decisão foi muito forte, como anotou Donald Kommers: “[O Caso dos Crucifixos] detonou uma tempestade de protestos através da Alemanha. O primeiro ministro Helmut Kohl chamou a decisão de “incompreensível”. Jornais conservadores atacaram a Corte Constitucional por repudiarem a decisão uniformemente condenada, chamando-a de ameaça à cultura cristã dos alemães. Muitos constitucionalistas, inclusive um ex-presidente da Corte Constitucional, criticaram os juízes pelo seu julgamento inconsistente. A decisão produziu a mais forte rejeição na Bavaria. Segurando crucifixos, manifestantes em Munique e outras comunidades marcharam em desafio à Corte de Karlsruhe enquanto seus líderes políticos conclamavam os agentes do estado a não respeitarem a decisão. Essa foi a reação mais negativa a uma decisão judicial na história da República Federal e a única demonstração de claro desafio à um posicionamento do Tribunal Constitucional Federal” (KOMMERS, Donald. **The Constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany**. 2. ed. Durham: Duke University Press, 1997, p. 483-483).

desempenhando um papel de fiscalização e apoio ao invés de assumir a iniciativa ou liderança. Em longo prazo, então, os tribunais tendem a apoiar e ratificar construções constitucionais pelo processo político. A Política, assim, é o fio condutor da mudança, ou da preservação dos valores constitucionais, e não o Direito (que, em efeito, é um produto político).

Outro aspecto a ser considerado é que a Constituição pode ser compreendida como um projeto a ser realizado, no sentido de que a Constituição contém compromissos que só parcialmente são honrados, promessas que ainda estão a ser cumpridas. Nos Estados Unidos, por exemplo, o constitucionalismo redentor se centra na ideia de que a Constituição americana é parte de um projeto intergeracional para criar, como consta do seu preâmbulo, uma união mais perfeita.

Nesse sentido, a Constituição seria um trabalho em andamento, e que cabe a cada geração fazer sua parte para cumprir suas grandes promessas. O constitucionalismo pressupõe a compreensão de que a Constituição é um projeto ambicioso e que alimentar, atualizando, a fidelidade ao texto constitucional significa trabalhar para melhorar a Sociedade e alcançar seus ideais de liberdade e igualdade ao longo do tempo.

O chamado “constitucionalismo redentor” afunda suas raízes na grande tradição americana de mudança/preservação constitucional: em cada geração, as pessoas e grupos viram a injustiça em sua sociedade e fizeram reivindicações em nome da Constituição para remediar essas injustiças. Os grandes movimentos sociais que asseguraram os direitos e liberdades básicos que agora tomam como garantidos, por exemplo, o movimento dos direitos civis e o movimento das mulheres, são exemplos de constitucionalismo redentor em ação.

Por outro lado o *constitucionalismo aparente* implica uma representação ilusória em relação à realidade constitucional, servindo antes para imunizar o sistema político contra alternativas.

3.1.1.3 Constitucionalismo Aparente, Insinceridade Normativa e a (falta de) Determinação Política para dar Cumprimento à Constituição

Através do constitucionalismo aparente, obstrui-se o percurso das mudanças sociais em direção ao Estado Constitucional, implicando na realidade constitucional,

atuando como uma estrutura que garante os direitos humanos, divisão de poderes e recurso retórico.

A doutrina brasileira da efetividade torna as normas constitucionais aplicáveis de forma imediata, toda vez que for violado um mandamento constitucional no qual se prover mecanismos corretos de tutela de modo a disciplinar os remédios jurídicos.⁴⁷¹

Costuma-se argumentar rotineiramente o real significado da Constituição, justificado nos Estados sociais quanto as expectativas acerca dos direitos fundamentais, tendo a Constituição como um mero pedaço de papel.⁴⁷²

Em processos políticos tem-se como base o constitucionalismo democrático, no qual grupos discutem acerca da melhor alternativa para aplicar regras da Constituição e resgatar princípios desta.⁴⁷³

Cita-se três argumentos acerca da efetividade constitucional, o primeiro é de que há uma tradição constitucional brasileira que deveria ser combatida, o segundo argumento é de essa tradição era ineficaz e o último de que a inefetividade tinha origem da insinceridade normativa.⁴⁷⁴

Essa insinceridade normativa, diz respeito ao cumprimento das promessas constitucionais que depende do caráter e da vontade política, se o político for honesto, cumprirá a Constituição, caso contrário, será insincero, descumprindo-a.

Do ponto de vista hermenêutico, a insinceridade normativa destaca que há uma única interpretação da Constituição, justamente a que é impedida pelas elites, havendo disputas motivadas por distintos interesses e valores.⁴⁷⁵

3.1.1.4 Constitucionalismo da Efetividade: Superação da Supremacia Política Exercida Fora e Acima da Constituição?

Se para a comunidade jurídica mundial, atenta às tendências do Direito Constitucional, especificamente quanto aos desdobramentos teóricos do constitucionalismo, prolifera uma inflação de conceitos e interpretações, a confusão

⁴⁷¹ BARROSO, **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**, op. cit.

⁴⁷² LASSALE, op. cit.

⁴⁷³ COSTA, Pietro. O Estado do Direito: uma introdução histórica. In: COSTA; Pietro; ZOLO, Danilo Zolo (Org). **O Estado de Direito**: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

⁴⁷⁴ SANTOS, W. G. Raízes da imaginação política brasileira. **Dados** - Revista de Ciências Sociais, a. 7, p. 137-161, 1970.

⁴⁷⁵ Loc. cit..

se instaura no Brasil, tradicionalmente imitador tardio das inovações dos modelos estrangeiros.

A doutrina brasileira da efetividade⁴⁷⁶ é aquilo que se poderia denominar de paradoxo das consequências. Justiça, valores, moral, efetivação de direito, tudo isso pode sugerir, à primeira vista, uma ética perfeita. Paradoxalmente, o resultado desse ativismo idílico pode comprometer a própria Democracia e a autonomia do Direito.

A doutrina da efetividade foi alvissareiramente recepcionada por parte da doutrina brasileira, destacando-se, por todos, Barroso, para quem ela “consolidou-se no Brasil como um mecanismo eficiente de enfrentamento da insinceridade normativa e de superação da supremacia política exercida fora e acima da Constituição”.⁴⁷⁷

É de Barroso a afirmação:

A doutrina da efetividade se desenvolveu e foi sistematizada no período que antecedeu a convocação da Assembleia Constitucionalmente que viria a elaborar a Constituição de 1988 [...]. O movimento pela efetividade promoveu, com sucesso, três mudanças de paradigma na teoria e na prática do direito constitucional no país. No plano jurídico, atribuiu normatividade plena à Constituição, que passou a ter aplicabilidade direta e imediata, tornando-se fonte de direitos e obrigações. Do ponto de vista científico ou dogmático, reconheceu ao direito constitucional um objeto próprio e autônomo, estremando-o o discurso puramente político ou sociológico. E, por fim, sob o aspecto institucional, contribuiu para a ascensão do Poder Judiciário no Brasil, dando-lhe um papel mais destacado na concretização dos valores e dos direitos constitucionais.⁴⁷⁸

Em contraposição ao constitucionalismo da efetividade, Streck alude ao constitucionalismo contemporâneo, que “redimensionou a prática político-jurídico, repercutindo na teoria do Estado e da Constituição, devido ao advento do Estado Democrático de Direito, e na teoria do direito”.⁴⁷⁹

Como observa Tassinari, a nomenclatura concebida por Streck tem por escopo demonstrar a busca pela superação do positivo, opondo-se à nomenclatura “neoconstitucionalismo”.⁴⁸⁰

⁴⁷⁶ “A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto da sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social” (BARROSO, **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**, op. cit., p. 295).

⁴⁷⁷ BARROSO, **O direito, constitucional e a efetividade de suas normas**, op. cit., p. 295-296.

⁴⁷⁸ Loc. cit.

⁴⁷⁹ STRECK, O que é isto, op. cit.

⁴⁸⁰ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 116.

Em sua linha de pensamento reacionista, Streck considera que a história do constitucionalismo pode ser vista como uma empreitada pela limitação do poder, se contrapondo efetivamente ao absolutismo, não tendo havido ruptura significativa com estes postulados no denominado neoconstitucionalismo. Desta forma, não havendo superação do constitucionalismo anterior e, sim, uma evolução, não é próprio olhar o velho com olhar novo e achar que ele rejuvenesceu. O velho permaneceu com suas idiossincrasias, de forma que “o Constitucionalismo Contemporâneo conduz simplesmente a um processo de continuidade com novas conquistas, que passam a integrar a estrutura do Estado Constitucional no período posterior à Segunda Guerra Mundial”.⁴⁸¹

Muito embora seja relevante a compreensão histórica do constitucionalismo, mais importante é compreender que não se podem importar modelos de forma acrítica a partir de experiências de outros países com história e culturas diversas das brasileiras. As constituições não podem ser congeladas no tempo, mas as mudanças nos textos constitucionais mediante formas alternativas e criativas, afastando o povo por meio de seus representantes do processo legislativo, cenário em que as cortes constitucionais se tornam *superlegislativo*, com sérios riscos para a legitimidade democrática no país. Esse aproveitamento das características dos dois sistemas jurídicos acaba fazendo com que o neoconstitucionalismo provoque mudanças significativas no comportamento dos sistemas jurídicos.

3.1.2 A Constitucionalização do Direito e a Rearticulação da Democracia

Na busca da compreensão e explicação do que vem a ser o neoconstitucionalismo, surgem várias teorias, sendo a expressão adotada pela doutrina em sentidos diversos, pois ora se apresenta como nova concepção sobre o Estado de Direito, ora como uma proposta de reformulação da teoria jurídica, uma ideologia ou filosofia política aplicada ao Direito ou, ainda, em um sentido amplo, como uma filosofia jurídica que estuda questões conceituais e metodológicas sobre a definição do Direito, o estatuto do conhecimento e a função do jurista.⁴⁸²

⁴⁸¹ STRECK, O que é isto, op. cit.

⁴⁸² SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003, p. 101-102.

Para Streck, o neoconstitucionalismo faz surgir “ordenamentos jurídicos constitucionalizados” caracterizados pela importante presença da Constituição em todo o ordenamento jurídico, condicionando “tanto a legislação como a jurisprudência e o estilo doutrinário, a ação dos agentes públicos e ainda influenciar diretamente nas relações sociais”.⁴⁸³

Está-se, portanto, diante de um tema por demais vasto e muito difícil de condensar do ponto de vista teórico e conceitual. Segundo Barroso, o neoconstitucionalismo é a redescoberta dos princípios jurídicos, em especial a dignidade da pessoa humana, a expansão da jurisdição constitucional com ênfase no surgimento de tribunais constitucionais e o desenvolvimento de novos métodos e princípios na hermenêutica constitucional:

Em suma: o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.⁴⁸⁴

Não havendo, ainda, consenso quanto aos elementos conceituais do neoconstitucionalismo, permanecem em construção suas características. A diversidade de classificações justifica-se pelas peculiaridades de cada sistema jurídico, dos diferentes graus possíveis de constitucionalização bem como a diversidade de entendimentos possíveis sobre os quais as características devem possuir um sistema para que esteja de acordo com o neoconstitucionalismo.

Para Guastini, as principais características do neoconstitucionalismo são a supremacia do texto constitucional; promoção e preservação dos direitos humanos;

⁴⁸³ STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. **Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS** [Constituição, sistemas sociais e hermenêutica], Porto Alegre, 2005. p. 161.

⁴⁸⁴ BARROSO, **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**, op. cit.

força normativa dos princípios constitucionais; constitucionalização do Direito; ampliação da jurisdição constitucional.⁴⁸⁵

Será essa compreensão principiológica a mais adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito contemporâneo? Tal discussão não se comporta no âmbito dessa tese que fixou a opção pelos ensinamentos de Barroso⁴⁸⁶, como também com aqueles de Streck, notadamente quando aponta as ambiguidades teóricas embutidas no termo neoconstitucionalismo.

Concordar com pontos antagônicos é possível quando se está aberto às experiências. É precisamente isso que se pode extrair do pensamento gadameriano, segundo o qual o pesquisador deve ser pessoa experimentada e que não seja somente alguém que se transformou no que é através das experiências, mas também alguém que esteja aberto às experiências.

Segundo Hans-Georg Flickinger, “Em vez de dominar, na qualidade de conhecedor, o processo do conhecimento, o pesquisador deve experimentar a si mesmo, expondo-se ao risco de perder sua certeza inicial”.⁴⁸⁷ Decodificando a frase: é obrigação do pesquisador em permanente diálogo consigo e com a alteridade assumir que sempre há possibilidade e probabilidade de que suas hipóteses e suas primeiras afirmações estejam erradas. Essa possibilidade de erro faz com que uma pesquisa se caracterize como atividade que sempre envolverá riscos.

Nessa perspectiva, um diálogo levado a sério na realização da pesquisa, deve pressupor que o pesquisador esteja aberto para mudar de posição e entrar no jogo dialógico com a compreensão do outro. Essa abertura possibilita aos participantes do diálogo e da pesquisa compreenderem que “a palavra que circula do diálogo desvela, questiona, configura identidades e demarca diferenças”.⁴⁸⁸

Ao abordar a ideia do *pensamento do possível*, Zagrebelsky sustenta ser necessário evitar os extremos, os dogmas. O pensamento da possibilidade, segundo esse autor, é “próprio daqueles que rejeitam tanto a arrogância da verdade possuída quanto a renúncia da realidade aceita”.⁴⁸⁹

⁴⁸⁵ GUASTINI, Riccardo. **Otras distinciones**. Tradução de Diego Del Vecchi. Bogotá: Universidad Esternado de Colombia, 2014.

⁴⁸⁶ BARROSO, **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**, op. cit.

⁴⁸⁷ FLICKINGER, Hans-Georg. Da experiência da arte à hermenêutica filosófica. In: ALMEIDA, C.L.; FLICKINGER, H.G.; ROHDEN, L. **Hermenêutica filosófica**: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 27-52

⁴⁸⁸ HERMANN, Nadja. **Hermenêutica e educação**. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

⁴⁸⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. **A crucificação e a democracia**. Tradução de Monica Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 34.

Ao descobrir que o termo neoconstitucionalismo conduzia a posturas voluntaristas, Streck passou a colocá-lo entre parênteses ou entre aspas, por entender “o neoconstitucionalismo como o constitucionalismo compromissório do segundo pós-guerra” e “longe de ativismos e práticas discricionárias”. Para ele, “é necessário reconhecer que as características desse neoconstitucionalismo acabaram por provocar condições patológicas que acabam por contribuir para a corrupção do próprio texto da Constituição”.⁴⁹⁰

A divergência teórica foi tal em relação à aposta dos neoconstitucionalistas na ponderação e no poder discricionário dos juízes, que a partir da quarta edição de *Verdade e Consenso* Streck abandonou a tese, passando a chamar o constitucionalismo do pós-Segunda Guerra de *constitucionalismo contemporâneo*, por entender que o neoconstitucionalismo não supera a outra forma de positivismo que se segue ao exegético, embora “achem os neoconstitucionalistas que supera”.⁴⁹¹

Em resumo: o neoconstitucionalismo tem por fundamento e proteção da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais como projeções normativas desta afirmação, tendo o desenvolvimento teórico e a experiência da democracia constitucional no século passado redefinido as interações entre o Direito e a Política neste contexto, em que passam a estar vinculados pela normatividade da Constituição e em particular dos direitos fundamentais, bem como pelo fortalecimento da jurisdição constitucional. Fortalecimento este, repleto de consequências para as relações entre constitucionalismo e democracia.

3.1.2.1 A Função dos Direitos Fundamentais e da Constituição Moderna no Processo de (In)Distinção Entre Direito e Política

São muitas as possibilidades de exame dos direitos fundamentais. Seja em razão da sua origem e evolução histórica,⁴⁹² da sua presença nos textos constitucionais, da sua fundamentação filosófica, política e jurídica, até chegar à análise mais dogmática dos seus limites e funções, seja como direitos subjetivos, ou

⁴⁹⁰ STRECK, Lenio Luiz. Uma leitura hermenêutica das características do neoconstitucionalismo. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. n. 10. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2013.

⁴⁹¹ STRECK, **Verdade e consenso**, op. cit.

⁴⁹² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 7ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

como decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, que se projetam em todo o ordenamento jurídico.

Não é nossa intenção tratar aqui de uma teoria dos direitos fundamentais. Para os fins dessa tese, procuraremos apenas lançar os principais elementos que mais nos interessam no exame da atuação do Poder Judiciário na efetivação desses direitos, como compensação sistêmica da ineficiência dos demais Poderes do Estado.

Os direitos fundamentais possuem as seguintes características: (i) exercem um papel legitimador da ordem constitucional, não apenas pelo seu catálogo formal, mas principalmente pela sua realização prática;⁴⁹³ (ii) atuam como elemento de limitação do poder estatal⁴⁹⁴ e penetram por todo o ordenamento jurídico, condicionando a interpretação dos dispositivos legais, atuando como diretrizes para o legislador, administrador e juiz;⁴⁹⁵ (iii) apresentam um conteúdo material aberto à ampliação⁴⁹⁶; não permitem retrocessos na sua concretização;⁴⁹⁷ (iv) projetam-se não apenas nas relações entre os cidadãos e os poderes públicos, mas também na própria relação entre particulares;⁴⁹⁸ (v) são fatores decisivos de integração social e nos processos políticos, econômicos e culturais de uma comunidade.

Pode-se afirmar, ainda, a partir da teoria constitucional e das preleções de Gomes Canotilho, que os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: de um lado constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência para poderes públicos, fundamentalmente, as ingerências destes na esfera jurídico-individual; por outro lado implica, num plano

⁴⁹³ HESSE, **Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha**, op. cit., p. 232-233.

⁴⁹⁴ HABERLE, Peter. **La Libertad Fundamental em el Estado Constitucional**. Tradução espanhola Carlos Ramos. São Miguel: Pontifícia Universidad Católica del Peru, 1997, p. 58.

⁴⁹⁵ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 155.

⁴⁹⁶ GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Os direitos fundamentais atípicos**, Lisboa: Editorial Notícias, 1995.

⁴⁹⁷ “O princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição de retrocesso social. A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição de ‘contra-revolução social’ ou da ‘evolução reaccionária’. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. A ‘proibição de retrocesso social’ nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fáctica), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana” (CANOTILHO, **Direito constitucional e teoria da constituição**, op. cit., p. 320-321).

⁴⁹⁸ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto. (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 199.

jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir dos poderes públicos que supram eventuais omissões, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos.⁴⁹⁹

Guerra Filho observa que os direitos fundamentais representam, hodiernamente, o que há de mais importante a ser consagrado na Constituição de um Estado Democrático, com sua multidimensionalidade, enquanto direitos de liberdade, direitos a prestações, e assim por diante.⁵⁰⁰

São nos direitos fundamentais que se acham expressos valores integrantes das ideologias diversas, tornando a Constituição que os consagra uma representação fiel, ou, ao menos, bastante aproximada, da sociedade hipercomplexa que a instituiu.⁵⁰¹ E no caso de uma atuação insatisfatória do legislador infraconstitucional, caberá ao Judiciário, dentro dos limites constitucionais que lhe são impostos, suprir a ausência ou os defeitos da produção legislativa, no sentido da realização tanto dos direitos sociais, econômicos e culturais, como dos chamados direitos fundamentais de solidariedade.⁵⁰²

3.1.2.2 Os Direitos Fundamentais na Sociedade Policontextual e a Constituição que supõe a diferenciação entre Direito e Política

Para aproximar a temática dos direitos fundamentais a partir da perspectiva sistêmica, cabe questionar qual o papel desempenhado pela Constituição num sistema jurídico autopoietico.

Como foi possível observar no desenvolvimento dos capítulos e tópicos anteriores, Constituição e constitucionalismo são conceitos polissêmicos que agregaram diferentes sedimentações de sentido a partir das diversas experiências constitucionais ao longo do tempo e nas especificidades dos respectivos contextos.

A palavra “Constituição” apresenta vários significados na literatura política e jurídica, por vezes conectada aos mais diversos adjetivos como, “total”, “real”, “substancial”, “material”, “histórica” e “universal” de um lado, e a “formal”, “normativa”, “jurídica” de outro, conforme se prefira enfatizar o lado descritivo dos fenômenos

⁴⁹⁹ CANOTILHO, **Direito constitucional**, op. cit.

⁵⁰⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna**: introdução a uma teoria social sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 71.

⁵⁰¹ Loc. cit.

⁵⁰² Ibid., p. 79

sociais constitutivos das relações de poder ou do conjunto de normas fundamentais que regem ou visam reger essas relações de poder, é necessário, portanto, afirmar como acordo semântico um conceito de Constituição moderna para os fins dessa tese.

A Constituição que possibilita a diferenciação entre o Direito e a Política, de modo a servir como acoplamento estrutural entre esses dois sistemas autopoiéticos, garantindo-lhes autonomia operacional, é a Constituição em sentido moderno, cujo conceito foi delineado historicamente no contexto do movimento constitucionalista revolucionário que rompe com a formação social hierárquica pré-moderna.

Para Neves, a Constituição em sentido moderno não se confunde com os pactos de poder ou cartas de liberdade, cujo exemplo mais conhecido é a Carta Magna de 1215, pactuada para mediar os conflitos de interesses dos barões feudais e da burguesia emergente contra o monarca no âmbito do Estado absoluto. Para o autor, a Constituição em sentido moderno “pressupõe precisamente a distinção clara entre o normativo e o cognitivo no contexto da positivação do direito”⁵⁰³, isto é, de um direito que passa por uma transformação para deixar de ser mutável e subordinado ao direito natural imutável e verdadeiro dos soberanos, para se tornar permanente e alterável apenas por decisão.

Além disso, a Constituição em sentido moderno diferencia-se dos pactos de poder pela sua dimensão social (pessoas envolvidas), material (temas regulados) e temporal. Na dimensão social, segundo Neves, os pactos eram particulares, referindo-se a certos acordos entre o monarca e a nobreza e parte da burguesia; a Constituição em sentido moderno, ao contrário, tem a pretensão de ser universal, por se referir a todos os membros da organização jurídico-política, atribuindo-lhes direitos fundamentais.⁵⁰⁴

Na dimensão material, os pactos eram pontuais, referindo-se a determinados temas específicos da Política e do Direito estatal; a Constituição em sentido moderno é abrangente no seu conteúdo. Finalmente, na dimensão temporal, os pactos eram apenas modificadores do poder, por exprimirem apenas mudanças que ocorreriam na estrutura de dominação, ao passo que a Constituição em sentido moderno é normativa não simplesmente porque se compõe de normas jurídicas, mas principalmente por

⁵⁰³ NEVES, **Transconstitucionalismo**, op. cit., p. 21-22.

⁵⁰⁴ Loc. cit.

apontar para a diferença funcional entre Direito e Política, implicando a limitação e o controle do poder pelo Direito.⁵⁰⁵

A Constituição em sentido moderno não será, portanto, a Constituição histórico-universal de que nos fala Gomes Canotilho,⁵⁰⁶ ou a Constituição material entendida como conjunto de normas jurídico-positivas supremas da teoria kelseniana,⁵⁰⁷ tampouco a Constituição como a “decisão de conjunto sobre modo e forma da unidade política” de Schmitt⁵⁰⁸ porque, nesta última hipótese, o Direito acaba diluído na Política, o que é incompatível com a teoria luhmanianna e com a ideia de autonomia e diferenciação entre os sistemas sociais.⁵⁰⁹

Luhmann critica a concepção kelseniana de Constituição como norma hipotética fundamental:

A validade da Constituição não pode e não deve mais ser fundada ab extra. Também a validade hipotética de uma norma fundamental (Kelsen), modelada por analogia com os procedimentos da ciência tampouco satisfaz. Na melhor das hipóteses é uma construção supérflua. Podemos agora compreender como toda reproposição do problema da origem ou do fundamento de validade, da arché ou do principium tinha pouco sentido. O abandono desse enfoque, de fato, não significa a abertura para a arbitrariedade ou, como se costuma temer na Alemanha, o retorno dos nacionais-socialistas. Abre-se, ao contrário, a possibilidade de se analisar mais de perto quais requisitos um texto parcialmente autológico deve cumprir em um sistema autoreferencial operativamente fechado⁵¹⁰.

A Constituição que supõe a diferenciação entre Direito e Política e que funciona como acoplamento estrutural entre esses dois sistemas sociais é aquela que emerge do constitucionalismo, este associado aos movimentos revolucionários ocorridos em meados do século XVIII, como observa Neves:

Enquanto acoplamento estrutural, a Constituição é ao mesmo tempo mecanismo de diferenciação funcional entre política e direito ou, em outras palavras, de desintrincamento entre poder e lei, que surgiu na esteira de transformações radicais da estrutura social da

⁵⁰⁵ Ibid., p. 19-21.

⁵⁰⁶ CANOTILHO, **Direito constitucional**, op. cit., p. 59.

⁵⁰⁷ KELSEN, **Teoria pura do direito**, op. cit., p. 54-55.

⁵⁰⁸ SCHMITT, **Teoria de la constitución**, op. cit., p. 20-36.

⁵⁰⁹ LUHMANN, Niklas. La costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo (Coord.) *et al.*. **Il Futuro Della Costituzione**. Torino: Einaudi, 1996.

⁵¹⁰ Ibid., p. 05.

modernidade, foi, como já salientado – fator e produto de uma nova semântica, o constitucionalismo.⁵¹¹

Schwartz observa que a Constituição, na teoria luhmanniana, factibiliza o acoplamento estrutural entre o sistema político e o sistema jurídico, ou seja, a Constituição toma o importante papel de filtrar as comunicações provenientes do entorno, onde existem outros subsistemas diferenciados.⁵¹²

3.1.2.3 A ação do Judiciário na Efetivação dos Direitos Fundamentais: Critério Decisório na Base da Dinâmica Autopoietica e Organizacional do Sistema Jurídico

Na teoria luhmanniana, a Constituição mantém uma correlação com a sociedade, que, contemporaneamente, reconhece diferentes realidades constitucionais em uma sociedade global. Assim, os direitos fundamentais restam conectados com a complexidade das circunstâncias, em uma sociedade que pretende se orientar em direção do futuro.

Nesse contexto, a autopoiese do sistema jurídico é essencial para o estabelecimento da função dos direitos fundamentais no subsistema parcial da sociedade, como observa Clam:

A autopoiese do direito não é fundamental só porque representa a autopoiese cuja base irá repousar a estabilidade normativa e a congruência das expectativas sociais. Ela o é também porque seus processos operativos são processos de validação jurídica e de legitimação, isto é, de “*garanting rights*”⁵¹³.

Para Luhmann a ação do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais deve ser entendida como critério decisório a embasar a dinâmica autopoietica e organizacional do sistema jurídico.

Como observa Guerra Filho:

A Constituição, sem identificar-se com nenhuma das diversas – e muitas vezes contraditórias – concepções de mundo vigentes na sociedade e, de certo modo, contemplando-as todas, na forma de

⁵¹¹ NEVES, **Transconstitucionalismo**, op. cit.

⁵¹² SCHWARTZ, Germano André Doederlein (Org). **Autopoiese e Constituição**: os limites da hierarquia e as possibilidades da circularidade. Passo Fundo: UPF Editora, 2005.

⁵¹³ CLAM, Jean. **Questões fundamentais de uma Teoria da Sociedade**. Contingência, Paradoxo, Só-Efetuação. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 183.

direitos fundamentais de várias “gerações”, viabiliza a continuidade da diferenciação sistêmica e a intensificação das comunicações intra e intersistêmicas.⁵¹⁴

Seguindo na mesma direção de sentido, Schwartz sustenta que o sistema jurídico estabelece seus valores próprios, mudando-os a partir de sua comunicação com o entorno de sua lógica interna. Por isso os direitos fundamentais respondem à necessidade da racionalidade sistêmica do Direito, baseados nas noções de contingência e complexidade. Schwartz conclui que, se os direitos fundamentais fossem tratados única e exclusivamente como produções normativas, concreção jurídica de valores e/ou ponto de cruzamento entre o direito natural e o direito positivo, estariam aumentando a complexidade e diminuindo a racionalidade sistêmico-jurídica.⁵¹⁵

Nesse cenário, e num ordenamento em que se consagra a tripartição das funções como princípio estruturante do Estado, como no caso brasileiro, quando qualquer delas não cumpre, com eficiência, o seu papel institucional, ocorre uma compensação sistêmica que em nosso país costuma se atribuir ao Poder Judiciário, o que implica a necessidade de investigar a legitimidade das decisões judiciais, muito particularmente aquelas provenientes do controle abstrato de normas. Especialmente porque a democracia constitucional se alimenta do equilíbrio, mesmo que tenso, entre os limites da atuação do Direito e da Política em função da proteção dos direitos fundamentais.

3.2. A FUNÇÃO HERMENÊUTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENTRE A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO, A JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E A POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA

As diferentes formas e abordagens das transições de pensamento da hermenêutica grega para a romântica e desta para Dilthey, Husserl, passando por Heidegger até Gadamer e outros mais, decerto, passam por uma imbricada discussão histórica a qual não se propõe enfrentar, tanto pela extensão do assunto disposto no espectro epistemológico quanto pela delimitação do conteúdo da tese.

⁵¹⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da Ciência Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 194.

⁵¹⁵ SCHWARTZ, **Autopoiese e constituição**, op. cit.

Interessa aqui aprofundar alguns aspectos da questão hermenêutica projetada sobre as ciências sociais por ser essencial à compreensão da análise da Constituição sob o cariz da Hermenêutica Filosófica de Gadamer. E assim entender sob o prisma filosófico e hermenêutico o processo de judicialização das relações sociais e ativismo judicial decorrente da expansão das atribuições do Supremo Tribunal Federal sobre os demais poderes.

Em que pese Dilthey e Schleiermacher terem avançado no campo hermenêutico, suas discussões ainda se circunscreviam essencialmente à epistemologia. Heidegger e Gadamer a partir da orientação epistemológica desenvolvida por aqueles conduziram a hermenêutica para o campo da ontologia, revolucionando sua concepção secular. Desta forma, foram as contribuições de Dilthey e Schleiermacher que serviram de “ombros de gigantes” que permitiram aos hermenêutas modernos a estruturação da nova hermenêutica do século XX que avança sobre o século XXI.⁵¹⁶

Focaliza-se, portanto, especialmente a contribuição Gadamer para enfrentar os atuais desafios da hermenêutica constitucional. Toda a formulação teórica de Gadamer, expandindo os horizontes de Heidegger para quem o compreender do homem partia de compreender a si próprio,⁵¹⁷ percebia a hermenêutica desatrelada de uma ciência e de metodologia de interpretação, mas sim na historicidade e compreensão como constitutivos do ser histórico.

E o que é uma Constituição, e os direitos fundamentais que lhe caracterizam e dela defluem, senão uma construção histórica do homem e como interpretá-la de forma diversa daquela ligada ao mundo e sua historicidade que permita a possibilidade de uma verdadeira compreensão? Sobre este questionamento e as repercussões que deste derivam, em particular no que toca a jurisdição constitucional e as relações entre o Direito e a Política no Brasil, se debruçará esta segunda parte deste terceiro capítulo.

⁵¹⁶ “Se eu vi mais longe, foi por estar sobre ombros de gigantes”: Trecho de uma carta de Issac Newton para Robert Hooke, em 5 de Fevereiro de 1676, baseado numa metáfora atribuída a Bernardo de Chartre.

⁵¹⁷ STEIN, Ernildo Jacob. **Aproximações sobre hermenêutica**. Porto Alegre: Edipucrs, 1996.

3.2.1 A Constituição e Direitos Fundamentais sob a Perspectiva da Hermenêutica Filosófica

Hans-Georg Gadamer, teórico alemão que se destacou como um dos mais importantes para a hermenêutica do século XX que, inspirado e motivado por Heidegger, trouxe a questão da *historicidade do ser* e sua autonomia enquanto *ser no mundo* como cerne de sua teoria, concentrada na obra *Verdade e Método*,⁵¹⁸ publicada no fervor intelectual dos anos sessenta do século passado. Nesta obra Gadamer, utilizando-se de suas próprias observações e experiências, dialogou com as ideias de *Ser e Tempo*, sobretudo com a segunda fase do pensamento de Heidegger.

Para se entender a fase do pensamento de Heidegger, posterior ao *Ser e Tempo*, é oportuno observar com Zeljko Loparic que a partir de 1930 “Heidegger começa a perceber que o que caracteriza a nossa época não é o cotidiano caseiro, analisado em *Ser e Tempo*, mas a técnica”. Conforme este autor:

A leitura de Jünger levou Heidegger às seguintes conclusões: 1) que a sua fenomenologia da facticidade (do cotidiano) de 1927 é ainda ingênua, 2) que ela não representa um ponto de partida adequado para formular a questão do ser nos dias de hoje, 3) que a técnica moderna, pensada no horizonte da metafísica nietzschiana da vontade de poder, é o sentido do ser que prevalece, 4) que, portanto, Nietzsche é o pensador decisivo a ser consultado em qualquer tentativa de compreender e ultrapassar esse sentido do ser. Essas conclusões levaram Heidegger a constatar o fracasso do projeto de repensar o sentido de ser em termos da ontologia fundamental, exposta em *Ser e tempo*.⁵¹⁹

Gadamer em sua obra expos uma teoria a respeito da natureza ontológica da experiência humana, identificando-a, não na compreensão como forma de definição do *ser* do chamado *giro hermenêutico*, como via Heidegger, mas na natureza ontológica da experiência humana identificando-a com a compreensão: “*compreender e interpretar textos no es sólo una instancia científica, sino que pertenece com toda evidencia a la experiencia humana del mundo*”.⁵²⁰

⁵¹⁸ GADAMER, **Verdade e método**, op. cit.

⁵¹⁹ LOPARIC, Zeljko. Breve nota sobre Heidegger como leitor de Jünger. **Natureza humana**, v. 4, n. 1, São Paulo, 2002, p. 217.

⁵²⁰ GADAMER, **Verdade e método**, op. cit, p. 23.

Assim, revisando a teoria heideggeriana,⁵²¹ Gadamer transforma a hermenêutica de simples técnica de compreensão das *ciências do espírito*⁵²² em uma ontologia do intérprete e de seus condicionamentos existenciais. A compreensão, a interpretação e a aplicação, que pela antiga hermenêutica eram consideradas entes distintos sob o traço filosófico de Gadamer adquiriram caráter indivisível.

Com a ruptura teórica entre o mestre e o aprendiz, a hermenêutica perde a condição de “método para se tornar uma ontologia, o modo de *ser do homem*, o modo de “compreender”, de “conhecer”, desvalorizando, dessa maneira, a teoria positivista, derivada da rígida posição objetivista e absolutista da Ilustração, que eleva a razão a um status de inquestionabilidade e inatingibilidade”, pensamento cristalizado nas observações de Lopes⁵²³. Gadamer critica a obsessão pelo método na busca da verdade. Para ele, ao mesmo tempo em que o fenômeno indica a ruptura da ciência moderna com o saber grego e cristão, ensejou, também, a obsessão científica na apuração da verdade apoiada na ideia do método.

3.2.1.1 Os pilares de Sustentação da Experiência Hermenêutica: Interpretação como Elaboração das Possibilidades Projetadas na Compreensão, a Facticidade Histórica do Ser A Linguagem Enquanto Experiência do Ser no Mundo

Em síntese, entende-se a teoria de Gadamer ser a combinação de três pilares de sustentação. O primeiro deles é o afastamento da compreensão de que, seja o comportamento o *animus* da hermenêutica, postulando ser o modo interativo da pessoa enquanto *ser do mundo*, sujeito que analisa e interpreta fatos e textos.

Esse era o pensamento de Heidegger, a estribar-se em que “a interpretação se funda existencialmente na compreensão e não vice-versa e que interpretar não é tomar conhecimento do que se compreendeu, mas elaborar as possibilidades

⁵²¹ “A hermenêutica deixa de ser normativa e passa a ser filosófica, onde a compreensão é entendida como estrutura ontológica do Dasein”. Conforme já exposto, o Dasein, em Heidegger, é o “ser no mundo”, que significa que o que constitui a compreensão é a historicidade do ser, sua vinculação no mundo e sua condição. O compreender é “uma estrutura do Dasein, uma estrutura do ser-aí, é uma estrutura do homem” (STRECK, **Hermenêutica jurídica em crise**, op. cit., p. 170).

⁵²² DILTHEY, W. **Introduction to the Human Sciences**. Tradução de Michael Neville. New Jersey: Princeton University Press, 1989.

⁵²³ LOPES, Ana Maria D’Ávila. **A hermenêutica jurídica de Gadamer**. Brasília, a. 37 n. 145, jan./mar. 2000. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/560/r145-12.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 30 set. 2018.

projetadas na compreensão” como se nota no fragmento de seu pensamento transcrito abaixo:

No compreender, o Dasein projeta seu ser para possibilidades. Esse *ser para possibilidades* em compreendendo é um poder-ser que repercute sobre o Dasein as possibilidades enquanto aberturas. O projetar inerente ao compreender possui a possibilidade própria de se elaborar em formas. Chamamos de *interpretação* essa elaboração. Nela o compreender vem a ser ele mesmo e não outra coisa. A interpretação funda-se existencialmente no compreender e não vice-versa. Interpretar não é tomar conhecimento do que se compreendeu, mas elaborar as possibilidades projetadas no compreender.⁵²⁴

Fixado esse ponto, Gadamer avançou rumo ao segundo pilar que é a percepção de que a hermenêutica não é problema de metodologia, mas do estudo do ser (ontologia). E o fez a partir da hermenêutica histórica, desvelando não ser a hermenêutica arte da interpretação ou forma instrumental de compreensão, mas algo transcendente a permear a faticidade histórica do ser.

Estabelecido esse segundo pilar da sua teoria, Gadamer estuda o círculo hermenêutico criado por Heidegger. E a perna da qual vem a sustentação da teoria é a linguagem enquanto experiência de mundo e é através dela que o teórico defende a ideia de que o ser possui um mundo e que esse mundo possui um significado, ou seja, que o ser é constituído linguisticamente e que a linguagem é condição de compreensão da experiência humana.

3.2.1.2 A Constituição e a Linguagem como Ser que Pode Ser Compreendido

As Constituições não devem ser um papel, somente, mas sendo escritas, muitas delas, nele tem suporte e existência que se materializa na linguagem. E a linguagem, “ser que pode ser compreendido”, alhures ficou referido como o terceiro tripé da hermenêutica gadameriana.

É conveniente lembrar que a escrita amplia a possibilidade de compreensão, isto porque, é por intermédio de textos transcritos na folha do papiro ou nas telas dos computadores que a linguagem se faz compreensível. É por intermédio dela que o leitor pode se apossar da história e comunicar-se com a tradição histórica.

Segundo Manfredo Oliveira,

⁵²⁴ HEIDEGGER, **Ser e tempo**, op. cit.

A compreensão do que nos é transmitido significa participação nele: não se trata simplesmente de uma relação interpessoal entre o leitor e o autor, mas, precisamente, da participação na comunicação que o texto nos faz.⁵²⁵

De acordo com esse autor, quem tem a linguagem faz transcender o mundo, pois ela possibilita o entendimento/conhecimento mútuo, o compartilhamento de experiências e o acesso a um horizonte maior de compreensão.

Streck percebendo a profundidade e todas possibilidades da linguagem na tese gadameriana conclui que Gadamer “eleva a linguagem ao mais alto patamar, em uma ontologia hermenêutica, entendendo, a partir disto, que é a linguagem que determina a compreensão e o próprio objeto hermenêutico”.⁵²⁶

Bruce Fink também se expressa com maestria sobre a o papel da linguagem como instrumento de carregamento do simbólico para a realidade:

[...] ao neutralizar o real, o simbólico cria a ‘realidade’, a realidade entendida como aquilo que é nomeado pela linguagem e pode, portanto, ser pensado e falado. A “*construção social da realidade*” implica um mundo que pode ser designado e falado com as palavras fornecidas pela linguagem de um grupo social. [...] o que não puder ser dito na sua linguagem não é parte da realidade desse grupo; não existe, a rigor. Na terminologia de Lacan, a existência é um produto da linguagem: a linguagem cria coisas (tornando-as parte da realidade humana) que não tinham existência antes de serem cifradas, simbolizadas ou verbalizadas. O real, então, não existe, uma vez que ele precede a linguagem. [...] obviamente, na medida em que nomeamos e falamos a respeito do real e incorporamos em um discurso teórico sobre a linguagem e sobre o “tempo anterior à palavra”, empurramo-la para dentro da linguagem e desse modo, damos um tipo de existência àquilo que, em seu próprio conceito, somente tem existência”.⁵²⁷

É de Oliveira ainda outra reflexão de suma importância sobre o papel da escrita para a hermenêutica filosófica de Gadamer:

Na verdade, a escrita é central para o fenômeno hermenêutico, porque por meio dela se dá o desengate do sentido de seu autor e daqueles

⁵²⁵ OLIVEIRA, Manfredo Araújo. **Reviravolta linguístico pragmática da filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola: 1996.

⁵²⁶ STRECK, **Hermenêutica jurídica em crise**, op. cit., p. 46.

⁵²⁷ FINK, Bruce. **O Sujeito lacaniano entre a linguagem e o gozo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p. 43-47.

a quem ele originalmente se dirige, pondo-se ele, assim, numa esfera acessível a todos os que são capazes de compreensão e leitura.⁵²⁸

Hermes intermediava a comunicação entre os homens e os deuses, e a mensagem divina era entregue dos deuses aos homens e a humana destes aqueles. Os hermeneutas atuais diante do texto jurídico procedem à missão, desta vez essencialmente humana, de intermediação entre o texto escrito da lei e o significado da linguagem nela posta. Como se disse antes, a hermenêutica está pautada na linguagem e estando a linguagem em constante transformação e desenvolvimento, a hermenêutica muda como se ilustrou com a breve notícia de passagem dos gregos aos tempos atuais.

3.2.1.3 A Contextualização da Interpretação Jurídica e a Necessária Intermediação Hermenêutica

A interpretação jurídica passa, portanto, por diferentes fases teóricas no processo incessante de ajustar-se à complexidade da vida numa sociedade plural. Especialmente em uma democracia constitucional vinculada por textos constitucionais analíticos. A população heterogênea passa a exigir decisões do Poder Judiciário que sejam compatíveis com a justa prestação jurisdicional, sem afetação à Lei e à Constituição que sendo texto jurídico-normativo precisa ser interpretada numa relação contextualizada.

Segundo Barroso, “a interpretação jurídica consiste na atividade de revelar ou atribuir sentido a textos ou outros elementos normativos (como princípios implícitos, costumes, precedentes), notadamente para o fim de solucionar problemas[...]”⁵²⁹

Corroborando com essa ideia Mello afirma que:

Interpretação jurídica é a atividade, inserida em amplo processo hermenêutico, dirigida à realização concreta do Direito. O intérprete constrói, como ato de vontade e de inspiração humanística, significados a partir de enunciados textualmente expressos ou decorrentes do sistema normativo, visando a aplicação das normas no plano real e concreto. Há discursos descritivos e críticos sobre normas e situações jurídicas, mas interpretação jurídica apenas se dá diante de casos concretos e com o propósito de conformá-los. Nessa seara,

⁵²⁸ OLIVEIRA, op. cit.

⁵²⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 292.

os textos normativos serão o objeto de um processo unitário de interpretação-aplicação, do qual as normas serão o resultado.⁵³⁰

Ainda, recortando fragmentos do pensamento de Guastini, Mello alerta para a necessidade de se “distinguir entre os enunciados normativos – as ‘disposições’, como se costuma dizer – e as normas, entendidas como significados”.⁵³¹ Recordando com o jurista italiano que “muitos enunciados normativos são ambíguos, por isso “entre as duas coisas, de fato, não se dá uma correspondência biunívoca”.⁵³²

Além de distinguir enunciado normativo de norma, Mello⁵³³ reforça o entendimento de que as Constituições atuais possuem dispositivos que dispensam interpretação⁵³⁴ e outros, ao contrário, são antípodas do brocardo latino *in claris non fit interpretatio*.⁵³⁵ A Constituição Federal de 1988 é obra repleta de conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais como igualdade, dignidade da pessoa humana, moralidade, justiça, devido processo legal, que não dispensam, antes exigem, a mediação hermenêutica, porém sem esquecer que “texto e norma, palavras e coisas, fato e direito, não estão cindidos e tampouco um é imanente ao outro”.⁵³⁶

A Constituição, assim, é uma norma diretiva fundamental, que prevalece sobre o processo político-majoritário, dirige os poderes públicos e condiciona os particulares, para a consecução dos valores que prescreve. Nas palavras de Streck:

A renovada supremacia da Constituição vai além do controle de constitucionalidade e da tutela mais eficaz da esfera individual de liberdade. Com as constituições democráticas do século XX assume um lugar de destaque outro aspecto, qual seja, o da Constituição como norma diretiva fundamental, que dirige aos poderes públicos e condiciona os particulares de tal maneira que assegura a realização dos valores constitucionais (direitos sociais, direitos à educação, à

⁵³⁰ MELLO, Marco Aurélio. Interpretação constitucional e controvérsias tributárias. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade São Judas Tadeu**, n. 1., 1º sem. 2014. Disponível em: <<http://www.usjt.br/revistadireito/>>. Acesso em: 30 set. 2018.

⁵³¹ GUASTINI, Riccardo. **Teoria e ideologia de la interpretación constitucional**. Madrid: Trotta, 2008, p. 32.

⁵³² Loc. cit.

⁵³³ MELLO, op. cit.

⁵³⁴ Nessa linha de raciocínio, a tão criticada – e de há muito superada – Escola da Exegese, que pontificou na França no século XIX, na esteira do Código Civil Napoleônico, legou-nos uma assertiva de contestação: *in claris cessat interpretatio*. Ou seja, quando a lei é clara não há espaço para interpretação (SICHES, Recaséns Luis. **Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho**. 3. ed. México: Porrúa, 1980, p. 199 e s.).

⁵³⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 437.

⁵³⁶ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e princípios. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013, p. 77.

subsistência ou ao trabalho). A nova concepção de constitucionalismo une precisamente a ideia de Constituição como norma fundamental de garantia, com a noção de Constituição enquanto norma diretiva fundamental⁵³⁷.

No entanto, a interpretação do Direito em geral, e da Constituição em particular, “não é filologia”,⁵³⁸ não pode ser apenas um problema metodológico ou de simples técnica jurídica. É, antes de tudo, um problema filosófico, na medida em que a interpretação tem a ver com a historicidade e a faticidade de qualquer conhecimento, como demonstrou Gadamer ao tratar da natureza ontológica da experiência humana: “Compreender e interpretar textos não é só uma instância científica, mas pertence à toda evidência à experiência humana do mundo”.⁵³⁹

Para Grau, interpretar não significa apenas compreender. Na interpretação de fatos vai-se do concreto ao abstrato, da experiência à linguagem. A interpretação seria, assim, uma mediação que visa “tornar compreensível o objeto ao qual a linguagem se aplica”. Essa mediação, contudo, só pode ser feita tendo como cooriginais três ações ou momentos que, até o giro ontológico, eram tidas como distintas e sucessivas (interpretação-compreensão-aplicação):⁵⁴⁰

Porque a interpretação do direito consiste em *concretar a lei* em cada caso, isto é, na sua *aplicação* [Gadamer 1991/401],⁵⁴¹ o intérprete, ao interpretar a lei, desde um caso concreto, a *aplica*. *Interpretação e aplicação* não se realizam autonomamente. O intérprete discerne o sentido do texto a partir e em virtude de um determinado caso dado [Gadamer 1991/397]⁵⁴². Assim, existe uma equação entre interpretação e aplicação; não estamos, aqui, diante de dois momentos distintos, porém frente a uma só operação [Marí 1991/236].⁵⁴³ *Interpretação e aplicação* se superpõem.

Será no novo diálogo hermenêutico caracterizado por levar a dimensão ôntica para o Direito Constitucional, que a hermenêutica filosófica assume fundamental relevância, viabilizando concretamente o *giro linguístico* para a dimensão da teoria da Constituição, fornecendo interpretação apta e capaz de trazer uma dimensão humanizadora adequada à *gramática constitucional* garantista, superando os

⁵³⁷ STRECK, **Jurisdição constitucional e hermenêutica**, op. cit., p. 27 e s.

⁵³⁸ STRECK, **Hermenêutica e princípios**, op. cit., p. 77.

⁵³⁹ GADAMER, **Verdade e método**, op. cit., p. 23.

⁵⁴⁰ GRAU, op. cit., p. 205.

⁵⁴¹ GADAMER *apud* GRAU, op. cit., p. 205.

⁵⁴² Loc. cit.

⁵⁴³ MARÍ *apud* GRAU, op. cit., p. 205.

standards que matematiza o Direito (modelos objetivistas e subjetivistas) que tornam indiferente aos magistrados à possibilidade de desvelamento de uma estrutura jurídica consentânea com a realidade social.

O entendimento da hermenêutica filosófica de Gadamer refuta a interpretação constitucional com uma *ciência objetificante e formalista* que sacrifica a verdade em razão de um método seguro e estável que padronize com objetivo incontornável na universalização e *compreensão* de seu objeto, independentemente de sua natureza.

3.2.1.4 Os Direitos Fundamentais como o *Ser* do Estado Democrático de Direito

Ao deparar-se com enunciados vagos e indeterminados, destacadamente envolvendo princípios fundamentais, o Supremo Tribunal Federal tem interpretado a Constituição levando em conta “contextos passados para identificar desigualdades enraizadas e transformações fáticas e sociais a justificarem uma interpretação evolutiva” do texto constitucional, “ainda mais se verificada dificuldade deliberativa no Parlamento sobre a matéria”.⁵⁴⁴

O processo unitário de interpretação-compreensão-aplicação também é defendido por Mello:

Como ensina Gadamer, enquanto “compreender é sempre interpretar e, em consequência, a interpretação é a forma explícita da compreensão”, devemos “dar um passo mais além da hermenêutica romântica, considerando como um processo unitário não só o da compreensão e interpretação, senão também o da aplicação” – “Uma lei não pode ser entendida historicamente senão que a interpretação deve concretizá-la em sua validade jurídica. [...] Compreender é sempre também aplicar”.⁵⁴⁵ As pré-compreensões do intérprete cumprem o papel inicial de conhecimento no que o autor chamou de “círculo hermenêutico”, mas, porque interpretar é aplicar textos normativos, os valores e os fatos envolvidos, cada qual com modo e extensão próprios, também influenciam a solução das controvérsias jurídicas.⁵⁴⁶

⁵⁴⁴ MELLO, Marco Aurélio. **25 anos de interpretação constitucional: uma história de concretização de direitos fundamentais**. Brasília: STF, 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalComemoracoes/anexo/Ministro_Marco_Aurelio_25_anos_no_STF.pdf>. Acesso em: 30 set. 2018.

⁵⁴⁵ GADAMER, Verdade e método, op. cit., 378-380.

⁵⁴⁶ MELLO, op. cit., p. 12.

Sem interpretação voltada à a realização concreta dos direitos fundamentais, não há Estado Democrático de Direito verdadeiro. Como ensina Bonavides, “a época constitucional que vivemos é a dos direitos fundamentais que sucede a época da separação dos poderes”.⁵⁴⁷

José Carlos Vieira de Andrade defende a ideia de uma concretização jurídica-interpretativa e uma concretização jurídico-política dos direitos fundamentais, ao dizer:

Assim, os preceitos relativos aos direitos, liberdades e garantias são tipicamente e em regra, preceitos diretamente aplicáveis, que podem e devem ser objeto de uma concretização ao nível constitucional e portanto, é acessível à jurisprudência do Tribunal Constitucional. Diferentemente, a concretização jurídico-política é típica (embora só típica) dos preceitos relativos aos direitos sociais, remetendo a Constituição, em regra, para opções políticas que, por natureza, são próprias do legislador: tratando-se de questões em que estão em causa uma sensibilidade e uma legitimidade políticas, a concretização dos preceitos há de pertencer em primeira linha ao legislador devendo o Tribunal Constitucional, por princípio, respeitar o poder da maioria, desde que esta não ultrapasse os limites constitucionais.⁵⁴⁸

O Estado Democrático de Direito, portanto, é uma estrutura normativa complexa subordinada ao atendimento dos direitos fundamentais. A legitimidade democrática dos poderes dessa forma de Estado passa a ser medida pelo respeito e concretização desses direitos através dos mais variados mecanismos. Pode-se dizer na perspectiva heiddegariana, que os direitos fundamentais são o *ser* do Estado Democrático de Direito.

3.2.2 A Legitimidade Político-Jurídica das Decisões em Sociedades Policontexturais Numa Visão Funcional-Sistêmica

O conceito de legitimidade para a Ciência Política está associado ao conceito de poder e ao exercício da autoridade,⁵⁴⁹ bem como se assenta na necessidade de aceitabilidade e pacificação de ânimos relativamente à implantação de uma ordem político-jurídica.

⁵⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. Jurisdição Constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). **Revista Estudos Avançados**, n° 51, São Paulo: USP/Instituto de Estudos Avançados, 2004, p. 127.

⁵⁴⁸ *Ibid.*, 144.

⁵⁴⁹ DINIZ, Antonio Carlos de Almeida. **Teoria de legitimidade do direito e do estado**: uma abordagem moderna e pós-moderna. São Paulo: Landy, 2006.

A ideia de legitimidade como substrato de validade do poder, na antiguidade clássica ocidental e oriental, esteve vinculada à crença na autoridade do sagrado. Esse fundamento transcendental vinculante da autoridade do poder temporal permaneceu largamente difundido na alta e baixa Idade Média europeia, pelos cânones eclesiásticos que estabeleciam os critérios das regras de conduta e do controle político forte no jusnaturalismo divino.

Neves identifica esse período como de dominação do Direito pelo poder:

O poder legitimava-se mediante o direito sacro, que era indisponível [...]. Nesse contexto, pode-se falar de uma subordinação do direito ao poder. O chamado “direito sacro” é antes um epifenômeno do poder legitimado pela moral assentada na religião. A subordinação do jurídico ao político, em uma formação social na qual o poder está no centro da sociedade, leva à uma relação assimétrica entre poder superior e o poder inferior ou entre soberano e os súditos⁵⁵⁰.

A imutabilidade do Direito relacionava-se, assim, com a manutenção de uma ordem social hierárquica e com o dogma do *status quo* político dominante⁵⁵¹.

Em Hobbes opera-se a ruptura com o jusnaturalismo divino. A legitimidade estará associada não ao divino, mas a critérios puramente racionais e laicos. O direito natural, para Hobbes, servirá apenas para legitimar as leis positivas, de modo que, implantado o Estado-Leviatã, a única finalidade do jusnaturalismo original será assegurar o cumprimento do pacto no que pertine à obediência absoluta ao soberano. A legitimidade jurídica e política deriva do decisionismo político do soberano.⁵⁵²

Em Locke e posteriormente em Kant, a legitimidade está associada à ideia do jusnaturalismo enquanto categoria racional, laica. A variação do tema em Rousseau, seguida por Sieyès, condicionará a legitimidade ao fiel cumprimento dos desígnios do povo.

Na contemporaneidade, Max Weber relacionou a legitimidade com “a fórmula de obediência”,⁵⁵³ por meio de três tipos ideais de autoridade legítima em seus aspectos: tradicional (dominação tradicional), carismático (dominação carismática) e racional-legal (fundada na legalidade).

⁵⁵⁰ NEVES, **Transconstitucionalismo**, op. cit., p. 8 e 9.

⁵⁵¹ LUHMAN *apud* NEVES, **Transconstitucionalismo**, op. cit., p. 10.

⁵⁵² HOBBS, op. cit.

⁵⁵³ WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva, v. 1. Tradução de Régis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4. ed., Brasília: UnB, 1991.

Vinculado à teoria da ação social de matriz weberiana, o normativismo lógico de Kelsen estabelecerá uma estreita relação entre legitimidade e legalidade. A legitimidade do ordenamento positivo residiria na efetividade de sua estrutura lógica autojustificadora, de modo que Estado e ordenamento jurídico são sinônimos.⁵⁵⁴

Karl Marx estabeleceu uma revolução no conceito de legitimidade ao afirmar que todo Estado era ilegítimo, na medida em que se constituía na expressão da dominação da burguesia sobre o proletariado. A legitimidade só ocorreria com o fim do Estado e a formação de uma sociedade sem classes.⁵⁵⁵ Schmitt relacionará a legitimidade da regulação normativa a uma decisão política anterior, emanada de uma autoridade politicamente existente.⁵⁵⁶

Essa breve síntese das evoluções das ideias no percurso histórico, evidentemente incompleta e meramente exemplificativa, permite observar que a legitimidade deteve ao longo dos tempos significados não apenas diferenciados, mas ambivalentes.

Com o advento da sociedade moderna, policontextural, abandonou-se um nível de legitimação não-reflexivo, típico da sociedade hierárquica pré-moderna, fundada na visão de fundo mítico-religioso, por uma legitimação reflexivo-crítica, assentada sob os domínios da racionalidade e da técnica. Nessa direção de sentido, uma variante da legitimidade pela racionalidade e pela técnica é oferecida por Niklas Luhmann.

No que concerne à tradução teórico-sistêmica do conceito de legitimidade dos procedimentos estatais, notadamente o jurídico e o político, Luhmann propõe uma leitura renovadora, baseada numa visão empírica do direito positivado. Em uma perspectiva multidisciplinar, o autor introduz conceitos, observações e reelaborações de campos diversos do conhecimento, como a Psicologia, a Cibernética, a Biologia, a Antropologia Política, Administração de Empresas e tantos outros, causando nos círculos hermenêuticos certa perplexidade.

Rompendo com o pensamento jurídico convencional, a teoria luhmanniana entende o Direito como subsistema social autopoietico marcado por diferenciação funcional, que gera um ambiente seletivo relativamente autônomo, caracterizado por símbolos produzidos pelas instituições estatais competentes. Para Luhmann, a leitura

⁵⁵⁴ KELSEN, **Teoria pura do direito**, op. cit.

⁵⁵⁵ MARX, Karl. **O 18 brumário e cartas a Kugelmann**. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1997.

⁵⁵⁶ SCHMITT, **Teoria de la constitución**, op. cit.

funcionalista é a mais apropriada como realidade da sociedade moderna multicêntrica e policontextual.⁵⁵⁷ A crescente complexidade social e o aumento dos problemas impõem a necessidade de se ultrapassar as formas mais antigas do sistema jurídico. Nesse cenário, as decisões tomadas em procedimentos se legitimam por si só e valem independentemente de qualquer referência a outro código preferencial que não o do lícito/ilícito.

Na perspectiva luhmanniana, a enorme complexidade e variabilidade da organização social moderna exigem uma concepção atualizada de legitimidade compatível com sua renovada dinâmica, distanciada dos modelos clássicos estáticos do direito processual. Assim, seria pela positivação do Direito que os processos decisórios guardariam maiores probabilidades de absorver uma complexidade mais elevada e indeterminada.⁵⁵⁸

Neste sentido, a referência de Rocha a propósito de Luhmann:

Na sociedade moderna, diferenciada, não se pode mais pensar em critérios de verdade necessária ou impossível; mas somente possível. A forma de sociedade moderna tem de enfrentar assim a complexidade produzida pela possibilidade de se tomar decisões sempre diferentes. Nesta linha de ideias, na modernidade não é mais factível se manter a concepção medieval dominante de Direito, o Direito Natural: eterno, imutável, indiferente às transformações sociais. O Direito moderno, ao contrário, para sobreviver na sociedade indeterminada, será um direito positivo; um Direito diferenciado e construído por decisões.⁵⁵⁹

A positivação do Direito também impõe um processo de aprendizagem do próprio direito, numa dupla perspectiva, ou seja, dos sujeitos a quem as decisões são dirigidas, mas também daqueles que decidem. Esses processos de aprendizagem, embora diferenciados, são coordenados e concomitantes, segundo Luhmann:

Regulam a decisão e a aceitação de decisões sobre expectativas normativas [...], no sentido em que os que são afetados pelas decisões aprendem a esperar conforme as decisões normativamente

⁵⁵⁷ LUHMANN *apud* NEVES, **Transconstitucionalismo**, op. cit., p. 23.

⁵⁵⁸ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria da Conceição. Brasília. UNB, 1980, p. 119 e s.

⁵⁵⁹ ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico II. In: ROCHA; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 15.

vinculativas, porque aqueles que decidem, por seu lado, também podem aprender.⁵⁶⁰

A legitimidade é para Luhmann um problema que diz respeito, antes de tudo, ao modo de aceitação de decisões a serem obtidas. Entendida como função sistêmica, a legitimidade não está associada à necessidade de justificação normativa, nem depende das motivações individuais, reportando-se precipuamente ao processo decisório, muito especialmente à necessidade de regularidade deste mesmo processo (tomada de decisões e aceitação das mesmas), razão pela qual sua teoria da legitimidade se distancia de Habermas, por exemplo.

Enquanto Luhmann defende a legitimação da atuação da Administração por meio da utilização de processos tendentes a despertar um sentimento generalizado de propensão à assimilação de frustrações, Habermas, baseado na primazia da “razão comunicativa”, entende que essa “procedimentalização” deve ser dotada de atributos que permitam a atuação administrativa num contexto de plena participação comunicativa dos cidadãos e imune à intervenção dos subsistemas que, munidos de racionalidade estratégica, colonizam espaços comunicativos de meios não-linguísticos, como o poder e o dinheiro.⁵⁶¹

Como o Direito é um subsistema social autopoietico que tem a função de estabilizar congruentemente as expectativas das pessoas⁵⁶² por meio de normas jurídicas, legítimas serão, então, as decisões em relação às quais se pode supor a generalização normativa da expectativa de que os atingidos pela decisão se ajustarão cognitivamente às expectativas normativas transmitidas pelos julgadores.⁵⁶³

A relação dessa concepção de legitimidade luhmanniana com o Direito é decisiva e se expressa na seguinte formulação: legitimidade pode definir-se como “uma disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância”.⁵⁶⁴

É importante enfatizar que a concepção de legitimidade de Luhmann não pode ser considerada como estritamente jurídica, reportando-se a outro plano de explicação: o sociológico. A questão sociológica está relacionada com os mecanismos

⁵⁶⁰ LUHMANN *apud* NEVES, **Transconstitucionalismo**, op. cit., p. 23.

⁵⁶¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**, op. cit., p. 323-324.

⁵⁶² LUHMANN, op. cit., p. 115 e 121.

⁵⁶³ LUHMANN, op. cit., p. 64.

⁵⁶⁴ LUHMANN, **Legitimação pelo procedimento**, op. cit.

que garantem a eficácia do sistema jurídico, no sentido de capacidade de produzir uma aceitação de decisões de conteúdo não definido.

Para Luhmann, o caráter sociológico da legitimidade antecede e, em última análise, tende mesmo a substituir-se aos critérios de justiça e injustiça das decisões. A legitimidade das decisões obrigatórias “é uma espécie de consenso básico, que se pode alcançar sem acordo quanto ao que é objetivamente justo em cada caso particular e que estabiliza o sistema”.⁵⁶⁵

A legitimidade das decisões, assim, decorreria da aceitação do seu efeito vinculativo, sem que haja necessidade de se produzirem (outras) motivações racionais e sem que por isso se gere uma frustração de interesses por parte dos indivíduos envolvidos.

Luhmann aponta a força física e a participação em processos como os mecanismos sociais mais eficazes para produção da legitimidade das decisões vinculantes.

Nas palavras de Luhmann:

Mesmo sem se conhecerem com precisão as decisões a serem impostas, as situações e as estruturas motivacionais dos afetados, pode-se supor que eles se submetem à força física nitidamente superior [...]; por isso é necessário apoiar as expectativas com respeito às expectativas de terceiros na suposição genérica de que os que forem afetados por decisões, se submetem à força – noutras palavras, na expectativa de que todos esperam que ninguém se rebele.⁵⁶⁶

Para além da força física, as sociedades contemporâneas têm ao seu dispor os processos juridicamente regulamentados para produção de legitimidade, tais como eleições, processo legislativo, processo judicial e decisões administrativas. A eficácia desses processos é garantida pela participação que os sujeitos neles têm, isto é, do seu envolvimento procedimental. E daqui, assim, é extraída a tese da *legitimação pelo procedimento*, sintetizada na seguinte afirmação: a nossa sociedade “já não legitima o seu Direito por meio de verdades invariáveis existentes, mas sim apenas, ou principalmente, por meio da participação em procedimentos”.⁵⁶⁷

Essa sucinta abordagem sobre a legitimidade político-jurídica na perspectiva sistêmica luhmanianna permite subsidiar a compreensão do tema da chamada

⁵⁶⁵ LUHMANN *apud* NEVES, **Transconstitucionalismo**, op. cit., p. 31.

⁵⁶⁶ *Ibid.*, p. 65.

⁵⁶⁷ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. v. I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 8.

“judicialização da Política” ou da “politização da justiça” e de uma possível colonização (ou não) de um sistema por outro.

3.2.3. A Judicialização da Política, a Politização da Justiça e a Democracia Constitucional no Impasse Entre o Direito e a Política

No plano teórico normativo, o controle de constitucionalidade erigido de forma abstrata, teria por pressuposto que o juiz decidisse constrangido pela lei e pelo isolamento da política, tudo resolvido no Olimpo, acessível apenas por Hércules.⁵⁶⁸ A linha divisória entre Direito e Política estaria assim traçada e muito bem realçada com tintas que se queriam indelévels.

Ocorre que nas sociedades modernas, marcadas pelos desacordos morais e colisões de valores, o Direito (a Constituição e as leis) não é capaz de prever todas as situações e nuances da vida real, formulando respostas claras e objetivas. Essa circunstância transfere parte de poder político decisório para o aplicador do Direito,⁵⁶⁹ notadamente em países em que a jurisdição constitucional atua como elemento sistêmico auto reproduzido.⁵⁷⁰

Há muito se sabe que a Constituição não fixa todos os conteúdos das normas infraconstitucionais. O ato legislativo é, ao mesmo tempo, um ato de aplicação do direito constitucional pré-constituído e de criação de direito novo. Como todo os atos jurídicos, “é simultaneamente aplicação de uma norma superior e produção, regulada por esta norma, de uma norma inferior”⁵⁷¹. A norma constitucional provê ao legislador e ao intérprete em geral uma moldura⁵⁷², que comporta diversas interpretações.⁵⁷³

⁵⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. O (pós-)positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) - dois decálogos necessários. **Revista de direitos e garantias fundamentais**, Vitória, n. 7, p. 15-45, jan./jun. 2010.

⁵⁶⁹ Informação coletada na palestra de Luís Roberto Barroso, realizada no Instituto Fernando Henrique Cardoso, em São Paulo, sobre “direito, política, o papel do STF e suas relações com os demais Poderes da República”, realizada em 17 agosto de 2017. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI225392,41046-Constituicao+Direito+e+politica+por+Luis+Roberto+Barroso>>. Acesso em: 30 set. 2018.

⁵⁷⁰ O controle de constitucionalidade adotado no Brasil possui um dos mais ricos e criativos sistemas do mundo, aberto de forma crítica a receber soluções consagradas em outros países, porém acima de tudo autopoietico, isto é, capaz de criar suas próprias soluções. A jurisprudência do STF não mais perfilha a clássica doutrina *kelseniana*, segundo a qual teria o Tribunal teria mera função de legislador negativo.

⁵⁷¹ KELSEN, **Teoria pura do direito**, op. cit., p. 261

⁵⁷² *Ibid.*, p. 391.

⁵⁷³ *Ibid.*, p. 272.

É claro que esta liberdade de criação é balizada pelos limites materiais e formais estabelecidos pelo constituinte, mas os princípios constitucionais, notadamente eles, costumam se abrir a uma pluralidade de interpretações ainda mais ampla. Um dos critérios distintivos dos princípios é o alto grau de generalidade ou abstração. Como lembra Canotilho,

Os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida.” Ademais, segundo esse autor, “os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? do juiz?), enquanto as regras possuem uma abstração relativamente reduzida.⁵⁷⁴

A abertura que caracteriza as normas constitucionais resulta na abertura da própria Constituição. Como sustenta Hesse:

As regulações da Constituição não são nem completas nem perfeitas. Sem dúvida, numerosas questões de ordem estatal são normalizadas até em pormenores; mas âmbitos amplos, também tais da vida estatal em sentido restrito, são ordenados somente por determinações de amplitude material e indeterminação mais ou menos grande, alguns até de maneira nenhuma.⁵⁷⁵

A Constituição, segundo Hesse, “não codifica, senão regula somente – muitas vezes, mais pontual e só em traços fundamentais – aquilo que aparece como importante e carente de determinação; todo o resto é tacitamente pressuposto ou deixado a cargo da configuração ou concretização pela ordem jurídica restante”.⁵⁷⁶

Assim, tornou-se necessário construir argumentativamente uma solução que permitisse, de um lado, concretizar os princípios constitucionais e os direitos fundamentais pelo exercício legítimo da jurisdição constitucional, e, de outro, assegurar a liberdade de conformação do legislador dentro da moldura constitucional.

Abriu-se para debate de forma mais intensa quanto à certeza de que o Direito Constitucional não conseguiria responder todas as perguntas e questões que surgissem sem o auxílio da Ciência Política. O desafio era fazer com que o aquele passasse a aproximar-se desta sem, contudo perder a sua identidade, com o objetivo

⁵⁷⁴ CANOTILHO, **Direito constitucional e a teoria da constituição**, op. cit., p. 1034.

⁵⁷⁵ HESSE, **Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha**, op. cit., p. 38.

⁵⁷⁶ *Ibid.*, 39.

de oferecer soluções para problemas que no plano normativo parecem insolúveis. Releva notar que subjacente à reaproximação do Direito Constitucional com a Ciência Política está a relação do Direito com a Política. E como visto a relação entre o Direito e a Política são complexos, e de difícil delimitação. Os anéis para uns devem constituir mundos separados, para outros a relação é necessariamente simbiótica.

No momento atual, no campo do Direito Constitucional que se reencontra com a Ciência Política, é que se busca delinear os contornos dessa relação fadada à interdependência.

Nesse ponto é que os Tribunais Constitucionais mais se destacam pela representatividade em atender demandas sociais historicamente sonegadas pelo processo político majoritário.

Os Tribunais Constitucionais tem, acima de tudo, uma função de representação social e política. Sua função essencial é a de lembrar que a soberania popular não se reduz à vontade majoritária. Trata-se de uma forma de representação de ordem moral e funcional, estruturalmente diferente da representação eleitoral.

Ao aplicar e concretizar os direitos fundamentais, os Tribunais Constitucionais desempenham um importante papel de ativação da memória coletiva, o que pode ser considerado uma função representativa. Não se trata de uma representação dos eleitores, mas da memória coletiva, que consiste em manter e dar vida aos valores fundamentais da Democracia.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 enfatizou a necessidade de preservação dessa memória coletiva ao enunciar, no seu preâmbulo, que “a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos Governos”,⁵⁷⁷ incentivando o corpo social e lembrar de seus direitos e deveres.

A vigilância dessa memória era, assim, definida como uma função política específica. Os Tribunais Constitucionais contribuem para cumprir essa tarefa e fazer presente permanentemente os princípios organizacionais da vida social. Trata-se

⁵⁷⁷ ONU. Declaração de direitos do homem e do cidadão. 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 30 set. 2018.

da mais nobre função do Direito: cumprir o papel de guardião das promessas⁵⁷⁸ que uma comunidade faz a si mesma.

Assim sendo, os Tribunais Constitucionais garantem a identidade da Democracia como algo que é estabelecido no tempo. A necessidade dessa pluralização das instâncias representativas democráticas não parou de crescer nas sociedades contemporâneas, cada vez mais ameaçadas pela tirania de curto prazo e pela exclusão dos grupos minoritários.

Cappelletti⁵⁷⁹ e Dworkin⁵⁸⁰ consideram que o redimensionamento do papel do Poder Judiciário denota que a Democracia não está adstrita à simples noção majoritária.

Neste sentido, alguns autores entendem que o “Judiciário se mostra uma instituição central à democracia brasileira, quer no que se refere à sua expressão propriamente política, quer no que diz respeito à sua intervenção no âmbito social”⁵⁸¹, o que o legitimaria na determinação e no controle de políticas públicas.

Em agosto de 2015, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão paradigmática acerca do papel do Poder Judiciário na determinação e no controle de políticas públicas. No caso em referência, havia controvérsia se o Poder Judiciário teria legitimidade para determinar ao Estado a realização políticas públicas, mesmo apresentando sérios *déficits* orçamentários.

Em seu voto, o Ministro Ricardo Lewandowski argumentou ser responsabilidade do Poder Judiciário impor à administração pública, como obrigação de fazer, a execução de obras em unidades prisionais para garantir os direitos fundamentais dos cidadãos que se encontram encarcerados pelo Estado. No entanto, o Supremo Tribunal Federal deixou claro, naquele julgamento, que a intervenção judicial só é legítima se houver reiterada omissão dos demais poderes competentes:

A reiterada omissão do Estado brasileiro em oferecer condições de vida minimamente digna aos detentos exige uma intervenção enérgica do Judiciário para que, pelo menos, o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana lhes seja assegurada, não havendo margem para

⁵⁷⁸ Expressão de Antoine Garapon (GARAPON, op. cit.).

⁵⁷⁹ CAPPELLETTI, **Juízes legisladores**, op. cit., p. 107.

⁵⁸⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 04.

⁵⁸¹ VIANNA, **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**, op. cit.

qualquer discricionariedade por parte das autoridades prisionais no tocante a esse tema⁵⁸².

O posicionamento do Tribunal, nesse caso, revela duas preocupações: a primeira, de se buscar um ponto de equilíbrio entre Direito e Política; a segunda, de estabelecer a distinção entre princípios (como normas) e políticas.

No que diz respeito à primeira preocupação, ensina Barroso que o princípio da separação dos poderes e o da presunção de constitucionalidade dos atos do Poder Público atuam como mecanismos de autolimitação do Poder Judiciário (*judicial self-restraint*), concluindo ser do Poder Legislativo, e não o Judiciário, que não tem a função constitucional de “criar o direito positivo e reger as relações sociais”.⁵⁸³

No que concerne à segunda preocupação, a irrefutabilidade do juízo de constitucionalidade de políticas governamentais passa, necessariamente, pela definição clara do que seja Política. Um dos autores contemporâneos a procurar uma elaboração técnica do conceito de *política*, no sentido de programa de ação, é Dworkin. Para esse autor, a política (*policy*), contraposta à noção de *princípio*, designa,

Aquela espécie de padrão de conduta (*standard*) que assinala uma meta a alcançar, geralmente alguma melhoria em alguma característica econômica, política ou social da comunidade, ainda que certas metas sejam negativas, pelo fato de implicarem que determinada característica deve ser protegida de uma mudança hostil⁵⁸⁴.

No julgamento da medida cautelar na ADPF nº 347, o Supremo Tribunal Federal voltou a reafirmar a irrecusabilidade do juízo de constitucionalidade de políticas governamentais, inclusive determinando ao Poder Executivo a liberação do saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos,

⁵⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 592.581/RS**, do Tribunal Pleno. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 01 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2637302>>. Acesso em: 01 set. 2018.

⁵⁸³ BARROSO, **Interpretação e aplicação da Constituição**, op. cit., p. 192.

⁵⁸⁴ DWORKIN, **Levando os direitos a sério**, op. cit.

depois de identificar o *estado de coisas inconstitucional*⁵⁸⁵ em que se transformou o sistema penitenciário nacional, fruto de um quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrentes de falhas estruturais e da falência de políticas públicas, e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária.⁵⁸⁶

Não são poucos os exemplos que poderiam ser invocados, e que demonstram o choque ou a prevalência da prática do político em detrimento do jurídico não só é corriqueira no Supremo Tribunal Federal, como também vem de longa data.

3.2.3.1 O Supremo Intérprete Constitucional no Embaraço Entre o Direito e a Política

Como deflui do percurso analítico realizado até aqui, pode-se observar que em qualquer tema que se for abordar no Direito, especialmente numa pesquisa que busca investigar a racionalidade das decisões judiciais, a questão da interpretação, sobretudo a da interpretação constitucional, é sempre uma questão central. Daí a necessidade de determinar o significado dos vocábulos que expressam os conceitos a serem pesquisados: interpretação e constitucional.

Relativamente ao primeiro, a Teoria Geral do Direito entende a interpretação no seu sentido dinâmico, como a atividade que compreende tanto a concreção das fontes como a determinação de seu sentido. Não será esse, contudo, o sentido que daremos à palavra “interpretação”. Para o desenvolvimento da tese, o vocábulo “interpretação” será tomado não como uma atividade, mas como o resultado dessa atividade, vale dizer, da atividade dos juízes e tribunais brasileiros, notadamente o Supremo Tribunal Federal.

No que pertine ao elemento adjetivador da palavra *interpretação*, o *constitucional*, convém também precisar o alcance que aqui se lhe dá. A interpretação constitucional, entendida no sentido estrito, seria somente aquela realizada na aplicação da Constituição, nunca esquecendo o caráter supremo que tem a

⁵⁸⁵ Na especificidade da questão penitenciária brasileira, o Poder Legislativo estabeleceu exigências para o uso republicano e destinação dos fundos penitenciários a cargo da administração judicial e do Departamento Penitenciário Nacional. São, portanto, exigências legais, estabelecidas pelo Poder Legislativo. E não pelo Poder Judiciário. Além do mais o Fundo Penitenciário Nacional, gerido pelo Departamento Penitenciário Nacional, foi criado por Lei Complementar (LC 79/94 e regulamentada pelo Decreto 1093/94), o que estaria a indicar que o *estado de coisas inconstitucional* talvez seja mais uma forma de ativismo.

⁵⁸⁶ BRASIL, **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/RS**, op. cit..

Constituição relativamente ao restante do ordenamento jurídico, o que faz com que ela deva ser respeitada em toda a atividade jurídica e, conseqüentemente, em toda a atividade jurisdicional.

Portanto, o conceito de interpretação constitucional a ser utilizado deve ser tomado tanto no sentido dinâmico (ativo), de aplicação, quanto no sentido estático (passivo), de não aplicação, da Constituição. Ser o intérprete supremo ou final da Constituição significa, portanto, ser também o supremo intérprete constitucional. Com isto queremos dizer que a interpretação constitucional não se reduz apenas a fixar o sentido dos preceitos da Constituição, mas também o sentido constitucional do resto do ordenamento jurídico.

Para tanto, não se deve esquecer que o texto a ser interpretado não carrega em si o seu próprio sentido, que não é “plenipotenciário”,⁵⁸⁷ mas também desempenha relevante papel na compreensão, de maneira que não deve ser ignorado por “posturas pragmatistas-subjetivistas, em que o sujeito assujeita o objeto (ou, simplesmente, o inventa)”.⁵⁸⁸ A atribuição de sentido a um texto, especialmente um texto constitucional, deve observar os compromissos estabelecidos no pacto constituinte.

A temática dos limites hermenêuticos ganha contornos ainda mais tormentosos na associação entre ativismo e mutação constitucional, essa entendida como solução de um pretense descompasso entre texto constitucional e a realidade social, a exigir uma jurisprudência corretiva, atualizadora da Constituição.⁵⁸⁹

3.2.3.2 Protagonismo Judicial e Racionalidade Política na Mutação Constitucional: uma Violação   Normatividade

A mutação constitucional inclui-se dentre as alterações informais, representando na realidade uma mudanç a da Constituição sem alteração de seu texto. Ou seja, a mudanç a das circunstâncias sociais não modifica o texto da Constituição, mas atribuem à norma significado diferente do at e então atribuído. A

⁵⁸⁷ STRECK, **Verdade e consenso**, op. cit. 164.

⁵⁸⁸ Ibid., p. 165.

⁵⁸⁹ 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 do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi**, n. 7, 2007, p. 45-68. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/72/72>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

mutação constitucional passa por um processo lento, visando preservar a coerência principiológica e manter a credibilidade da Constituição.

Exemplo recente de ressignificação do sentido do texto se deu com a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal ao artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, que trata do princípio da presunção de inocência.

A Constituição Federal de 1988, desde que entrou em vigor, condicionava o estabelecimento definitivo da culpa ao “trânsito em julgado” da “sentença penal condenatória” (artigo 5º, LVII). Tratava-se de importante inovação em nossa história constitucional. Nada obstante, nas primeiras oportunidades em que o Supremo Tribunal Federal se manifestou sobre o tema, ainda prevaleceu a chamada “interpretação retrospectiva”,⁵⁹⁰ mantendo-se entendimento vigente à luz da Constituição de 1969. Decidiu a Corte que a ausência do trânsito em julgado não seria empecilho para o início do cumprimento da pena. Para o Supremo Tribunal Federal, a presunção de inocência não seria ofendida por tal medida.⁵⁹¹

No julgamento do Habeas Corpus nº 84.078 ocorrido em fevereiro de 2009, contudo, o Supremo Tribunal Federal ressignificou a expressão “trânsito em julgado”. Revendo o entendimento até então adotado por compreender que a Lei de Execução Penal dispunha em contrário ao que vinha sendo decidido, o Supremo Tribunal Federal decidiu afastar a execução provisória da pena do cenário jurídico brasileiro, solução que mais bem atenderia o texto do artigo 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988.⁵⁹²

Em janeiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal voltou a alterar seu entendimento, o que ocorreu no julgamento do Habeas Corpus nº 126.292. No referido julgamento, a Corte decidiu, naquele caso concreto, que deveria restaurar o entendimento anterior ao julgamento do Habeas Corpus nº 84.078, realizado em 2009.

⁵⁹⁰ Deve-se rejeitar uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional brasileira, que é a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo” (BARROSO, **Interpretação e aplicação da constituição**, op. cit., p. 71).

⁵⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 70.363/SP**. Paciente: João Francisco Vanni. Autoridade Coatora: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. Relator: Min. Néri da Silveira, Brasília, 18 de junho de 1991. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1564125>>. Acesso em: 01 set. 2018.

⁵⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 84.078/MG**. Paciente: Omar Coelho Vitor. Autoridade Coatora: Tribunal de justiça do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 26 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 01 set. 2018.

Para o Supremo Tribunal Federal, “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”.⁵⁹³

Na decisão do Habeas Corpus nº 126.292, o Ministro Barroso proferiu seu voto no sentido de que a Constituição da República não condiciona a prisão, mas a culpabilidade ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, na crença em que, de 2009 até 2016, o país sofreu mudanças consideráveis em sua realidade fática a ponto de ser necessária uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo, ensejando a mutação constitucional por ele propugnada. Segundo pontuou, a execução após o trânsito em julgado trouxe três consequências ao sistema de justiça criminal, a saber: incentivo à interposição de recursos protelatórios, a seletividade do sistema penal, e o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade.⁵⁹⁴

No entanto, não houve mutação constitucional neste caso, mas sim uma clara violação do texto constitucional.

Para Hesse, a mutação constitucional não decorre de uma alteração extrajurídica que, de dentro para fora, afeta o interior da norma, mas de uma alteração jurídica no interior da própria norma e não como consequência de fatos produzidos fora da normatividade da Constituição.⁵⁹⁵

Silva admite as mutações constitucionais como “mudanças não formais que se operam no correr da história de uma Constituição, sem alterar o enunciado formal, sem mudar a letra do texto”⁵⁹⁶ Todavia, adverte que a mutação constitucional, enquanto situação legítima, não contraria a Constituição. “Se uma conduta ou prática política não coincide com a Constituição, não se trata de forma de mutação constitucional, mas de uma forma de desrespeito ou de fraude à Constituição”.⁵⁹⁷

É elucidativo, a propósito, o seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal a respeito:

A INTERPRETAÇÃO - CARGA CONSTRUTIVA - EXTENSÃO. Se é certo que toda interpretação traz em si carga construtiva, não menos correta exsurge a vinculação à ordem jurídico-constitucional. O fenômeno ocorre a partir das normas em vigor, variando de acordo com a formação profissional e humanística do intérprete. No exercício

⁵⁹³ BRASIL, *Habeas corpus nº 126.292/SP*, op. cit.

⁵⁹⁴ Loc. cit.

⁵⁹⁵ HESSE, *Escritos de derecho constitucional*, op. cit., p. 25.

⁵⁹⁶ SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 283.

⁵⁹⁷ Ibid., p. 285.

gratificante da arte de interpretar, descabe "inserir na regra de direito o próprio juízo - por mais sensato que seja - sobre a finalidade que "conviria" fosse por ela perseguida" - Celso Antonio Bandeira de Mello - em parecer inédito. Sendo o Direito uma ciência, o meio justifica o fim, mas não este àquele. CONSTITUIÇÃO - ALCANCE POLÍTICO - SENTIDO DOS VOCÁBULOS - INTERPRETAÇÃO. O conteúdo político de uma Constituição não é conducente ao desprezo do sentido vernacular das palavras, muito menos ao do técnico, considerados institutos consagrados pelo Direito. Toda ciência pressupõe a adoção de escorreita linguagem, possuindo os institutos, as expressões e os vocábulos que a revelam conceito estabelecido com a passagem do tempo, quer por força de estudos acadêmicos quer, no caso do Direito, pela atuação dos Pretórios [...].⁵⁹⁸

Para Grau, o primeiro limite da mutação é o próprio texto constitucional:

O texto normativo obedece a limitações coletivas bastante estritas nas variações às quais se presta ao ser transformado em norma; ainda quando operem o que chamamos de mudança de jurisprudência, os intérpretes autênticos não estão livres para modificá-lo, o texto normativo, à vontade, reescrevendo-o a seu bel-prazer; o intérprete inscreve-se na tradição do texto --- quer se amolde a ela com exatidão, quer se afaste dela em algum ponto, para atualizá-lo, o texto, é sustentado por ela, apoia-se nela e deve referir-se a ela, pelo menos implicitamente, se quiser que sua narrativa seja entendida pelo público; o intérprete há de construir a norma respeitando a coerência interna do texto, sujeito a uma série de associações, oposições e homologias que conferem sentido ao texto, de modo que, em verdade, não inventa a norma. Permito-me repetir o que afirmei em outra oportunidade⁵⁹⁹, para dizer que a norma encontra-se em estado de potência involucrada no texto; o intérprete a desnuda. Nesse sentido -- isto é, no sentido de desvencilhamento da norma de seu invólucro: no sentido de fazê-la brotar do texto, do enunciado --- é que afirmo que o intérprete "produz a norma". O intérprete compreende o sentido originário do texto e o deve manter como referência da norma que constitui. Dimensão legislativa e dimensão normativa do fenômeno jurídico, qual observei inicialmente, compõem um só processo, o processo que o direito é enquanto dinamismo. Nele se hão de harmonizar as duas forças a que refere PAULO GROSSI, uma tendente à rigidez [a rigidez do texto], outra, à elasticidade [a criatividade da interpretação]. Tudo andar bem, harmonicamente, se a coerência interna do texto normativo for observada na sua necessária atualização à realidade.⁶⁰⁰

⁵⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 148.304/MG**. Recorrente: Pingo de Mel Confeções Ltda e outros. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Relator: Min. Octavio Gallotti. Brasília, 06 de março de 1997. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1536719>>. Acesso em: 01 set. 2018.

⁵⁹⁹ GRAU. Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação-aplicação do Direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 32.

⁶⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 4.335/AC**, do Tribunal Pleno. Reclamante: Defensoria Pública da União. Reclamado: Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 22 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2381551>>. Acesso em: 01 set. 2018.

Com efeito, ao criar um novo sentido para a expressão “trânsito em julgado”, o Supremo Tribunal Federal reescreveu a Constituição, ignorando os limites semânticos do texto e incorrendo numa postura ativista.

A Constituição deve ser interpretada de modo a tornar efetiva a intenção do povo, que a adotou. Essa intenção, porém, deve ser procurada na própria Constituição, tal como expressa nas palavras empregadas, em seu sentido corrente, exceto quando essa expressão conduzir a absurdo, ambiguidade ou contradição.

Quando o sentido comum das palavras for definido e inteligível, os tribunais não podem procurar outro sentido, ainda que esse pudesse parecer mais ético ou justo. Ao contrário, devem admitir que a Constituição significa justamente aquilo que ela diz.

Até que ponto o intérprete pode caminhar, para além do texto que o vincula? Onde termina o legítimo desdobramento do texto e passa ele, o texto, a ser subvertido?

Para Barroso, há um sentido mínimo e máximo das palavras que atuam como limite à atuação criativa do intérprete:

A interpretação semântica, também referida como gramatical, literal ou filológica, é o ponto de partida do intérprete, sempre que exista uma norma expressa acerca da matéria que lhe caiba resolver. Embora, naturalmente, o espírito e os fins da norma sejam mais importantes que a sua literalidade, é fora de dúvida que o sentido mínimo e máximo das palavras figuram como limites à atuação criativa do intérprete. Do contrário, a linguagem perderia a capacidade de comunicar ideias e se transformaria em mero joguete a serviço de qualquer objetivo.⁶⁰¹

Por outro lado, o método semântico frequentemente permite duas ou mais interpretações do mesmo texto. É impossível determinar semanticamente o alcance de cláusulas abertas, tais como “interesse público”, “função social da propriedade”, “dignidade da pessoa humana” e outras. Como esse método prescinde de um conteúdo substancial, sua utilização pode encobrir opções políticas sob critérios formais aparentemente neutros.⁶⁰²

⁶⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 32.326/DF**. Impetrante: Carlos Henrique Focesi Sampaio. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 04 de abril de 2014. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4456613>>. Acesso em: 01 set. 2018.

⁶⁰² DWORKIN, **Uma questão de princípio**, op. cit., 36.

François Rigaux refere-se à “fantasia do sentido literal”, ou seja, a tese segundo a qual o sentido textual ou literal é o fio condutor que orienta o intérprete. No entanto, “o texto não é um quadro datado e assinado, mesmo inserindo-se na galeria de um colecionador. A aplicação do direito consiste necessariamente em fazer manobrar no interior de um caleidoscópio uma sucessão de operações interpretativas”.⁶⁰³

A compreensão de algo (neste caso, do texto constitucional) não pode ser entendida como simples reprodução do seu processo de criação, pois isso nos levaria ao originalismo e, portanto, à necessária investigação das intenções do constituinte. A interpretação é diálogo e não revisão do direito criado. “É diálogo, sim; mas é diálogo não com os autores da Constituição, mas diálogo com o texto criado e vigente, na busca da sua intencionalidade normativa”.⁶⁰⁴

Se a reforma constitucional é limitada pelo texto, posto não ser ela sinônimo de destruição, supressão ou suspensão da Constituição⁶⁰⁵, não haveria de ser diferente com a mutação constitucional.

Voltando-se ao exemplo da presunção de inocência é de se indagar: se a Constituição Federal de 1988 veda a aplicação retroativa da lei penal (artigo 5º, XXXIX e XL), impondo severas limitações à atividade legislativa, por que deveria ser diferente com a função jurisdicional?

Se o direito não preexiste à interpretação, mas é dela resultado, motivo pelo qual a interpretação constitui o ser do direito, segue-se, logicamente, que a lei e sua interpretação são inseparáveis, de modo que a mutação constitucional, tanto quanto a reforma, decorrem de poderes limitados pelo Direito.

O intérprete tem o dever de vincular seus atos ao texto. O Direito moderno (positivo) não proíbe crenças e posicionamentos políticos, e sim condutas. A mudança do direito positivo, na modernidade, só é possível por causa da existência de um canal comunicativo próprio para isso, previsto na Constituição: o Poder Legislativo. Ele é o endereço da mudança política. Quando um órgão do Poder Judiciário pretende tomar esse lugar, mesmo que seja um Tribunal Constitucional, tem-se uma clara usurpação constitucional de competências.

Sob o pretexto de suprir lacunas legislativas, o Supremo Tribunal Federal por vezes inova a ordem jurídica, ocupando espaços deixados pelos demais poderes ou

⁶⁰³ RIGAUX, François. **A lei dos juízes**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 323.

⁶⁰⁴ SILVA, **Comentário contextual à constituição**, op. cit., p. 15.

⁶⁰⁵ SCHMITT, **Teoría de la constitución**, op. cit., p. 120-126.

até mesmo pelas deficiências da produção legislativa. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal seria o oráculo afirmado pelo Ministro Francisco Rezek, quando do julgamento da ADC nº 1,⁶⁰⁶ e que poderia dizer o que é a Constituição ou agir como poder constituinte permanente, ou como órgão máximo de *política jurídica*, na definição que lhe dá Hans Kelsen.⁶⁰⁷

Essas reflexões expõem um dos temas mais importantes do Direito que é justamente a discricionariedade. Em pleno século XXI e no marco da constitucionalização do Direito, ainda não nos adaptamos aos novos paradigmas⁶⁰⁸ que introduziram no ambiente jurídico um modo renovador de se considerar o Direito, como ensina Streck:

Não há como negar que a ausência de uma adequada compreensão do novo paradigma do Estado Democrático de Direito torna-se fator decisivo para a fragmentação do sistema jurídico e o déficit de legitimidade no plano interpretativo, com o predomínio do solipsismo judicial. Acostumados com a resolução de problemas de índole liberal-individualista, e composturas privatistas que ainda comandam os currículos dos cursos jurídicos (e os manuais jurídicos), os juristas (compreendidos *lato sensu*) não conseguiram ainda, despertar para o novo paradigma, uma vez que está obscurecido pelo velho, sustentado por uma dogmática jurídica entificadora. Dizendo de outro modo: ocorreu uma verdadeira revolução copernicana na Filosofia, no Direito Constitucional e na Ciência Política, que demanda um conjunto de posturas aptas a desvelar esse fenômeno.⁶⁰⁹

O desafio do intérprete contemporâneo consiste em desempenhar o papel de garantidor de promessas e de engenheiro social, notadamente a concretização de direitos fundamentais, sem ceder à discricionariedade e comprometer a autonomia do Direito, numa perspectiva que supere o paradigma positivista. É o que será abordado na próximo tópico.

3.2.3.3 Discricionariedade ou Pretensão do Juiz de se Apresentar como Legislador?

⁶⁰⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 01-DF**, do Tribunal Pleno. Requerente: Presidente da República. Requeridas: Mesa da Câmara Federal e Mesa do Senado Federal. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 16 de junho de 1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=884>>. Acesso em: 01 set. 2018.

⁶⁰⁷ KELSEN, **Teoria pura do direito**, op. cit., p. 472.

⁶⁰⁸ MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

⁶⁰⁹ STRECK, Lenio Luiz. Ensino jurídico no Brasil. PETRY, Alexandre Torres et al. *In: Ensino Jurídico no Brasil*: 190 anos de história e desafios. Porto Alegre: OAB/RS. 2017.

A ideia de que juízes, em *casos difíceis* que envolvem a interpretação de termos abertos, inevitavelmente decidem de forma discricionária, afirmada e reafirmada pelo realismo e pelo positivismo, foi refutada por Dworkin.⁶¹⁰

O projeto de Dworkin é construído a partir da teoria da decisão judicial que não deixa espaço para a discricionariedade judicial, ao menos no sentido admitido por Kelsen e Hart. Para Dworkin, a conceituação do Direito como um sistema de regras, ainda que elaborada de forma extremamente sofisticada – como o fez Hart, a partir do estabelecimento de uma regra de reconhecimento que confere validade a todas as demais – é insuficiente para compreender o fenômeno jurídico, gerando distorções como a teoria da discricionariedade judicial.

A questão da interpretação é formulada por Dworkin a partir de uma discussão muito precisa e até muito sutil do paradoxo que é constituído pelos casos difíceis (*hard cases*), considerado por Ricoeur como “uma estratégia cujo ponto de partida está na perplexidade que nasce da ponta da prática efetiva do juiz e, daí, se eleva a considerações gerais referentes à coerência da prática judiciária”.⁶¹¹

A teoria das normas como princípios, distintos das normas-regras, deve-se aos estudos de Dworkin. Um princípio e uma regra se assemelham, segundo esse autor, porquanto ambos estabeleçam obrigações jurídicas, se estremam no aspecto do tipo de diretiva que apresentam. A regra se aplica segundo o modo do *tudo-ou-nada*, a aplicação é, pois, disjuntiva: “Se os fatos que uma regra estipula ocorrem, então ou a regra é válida, e a solução de que dela resulta deve ser aceita, ou não é válida, e não contribuirá em nada para a decisão”.⁶¹² Já os princípios jurídicos não desencadeiam consequências jurídicas que seguem automaticamente da ocorrência da situação de fato a que aludem. Daí resulta que os princípios tem uma dimensão que as regras não possuem: a dimensão de peso.

Quando os princípios interferem uns nos outros, “deve-se resolver o conflito levando-se em consideração o peso de cada um”.⁶¹³ Isso, admitidamente, não se faz por critérios de mensuração exatos, mas segundo a indagação sobre quão importante é um princípio numa situação observada.⁶¹⁴

⁶¹⁰ DWORKIN, **Levando os direitos a sério**, op. cit.

⁶¹¹ RICOEUR, Paul. **O Justo 1**: a justiça como regra moral e como instituição. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 155.

⁶¹² DWORKIN, **Levando os direitos a sério**, op. cit., p. 39.

⁶¹³ *Ibid.*, p. 42.

⁶¹⁴ *Loc. cit.*

Para Dworkin, quando advogados debatem e juízes decidem casos difíceis,⁶¹⁵ assim considerados quando “nenhuma das disposições legais extraídas das leis existentes parece constituir a norma sob a qual o referido caso poderia ser situado”,⁶¹⁶ eles também fazem uso de critérios que não são propriamente regras, mas princípios e políticas (*polices*). Por políticas o autor entende diretrizes, metas a serem atingidas pelo governo, geralmente para a melhoria de algum aspecto econômico ou social da comunidade.⁶¹⁷ Os princípios, por sua vez, possuem uma dimensão moral, uma exigência de justiça, de equidade e de respeito à dignidade humana e deve ser observado pelos juízes não em função da melhoria ou avanço de uma determinada situação econômica, política ou social tida como desejável, mas porque se relacionam com “uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”.⁶¹⁸

A distinção entre regras e princípios feita por Dworkin atende a um propósito de crítica ao positivismo, justamente um ponto-chave para a existência de uma resposta para cada desafio jurídico. O positivismo considera que há sempre uma zona de penumbra, caracterizada pela falta de norma encontrável pelos métodos tradicionais para regular a situação mais complexa, hipótese em que o juiz gozaria de discricionariedade para decidir como lhe parecer mais apropriada. Essa discricionariedade seria a contrapartida da inexistência de somente uma resposta correta, extraída do direito posto.

Dworkin não admite a *discricionariedade no sentido forte*, equivalente a uma audaciosa liberdade de escolha de significados normativos, porque defende a tese da completude do Direito. Os princípios, com sua carga moral, proveriam a resposta correta, passível de ser encontrada em situação ideal de discurso. Dworkin, assim, integra os princípios ao sistema jurídico, tornando-os, portanto, princípios do próprio Direito. A esse respeito, Habermas enfatiza a que “a teoria dworkiana apoia-se na premissa segundo a qual há pontos de vista morais relevantes na jurisprudência, porque o direito positivo assimilou inevitavelmente conteúdos morais”.⁶¹⁹

Dworkin sustenta, assim, inexistir liberdade total, onde os juízes decidiriam a partir de valores externos ao Direito, que, na maioria das vezes, são os seus próprios.

⁶¹⁵ Ibid., p. 127.

⁶¹⁶ RICOEUR, **O justo 1**, op. cit., p. 155.

⁶¹⁷ DWORKIN, **Levando os direitos a sério**, p. 36.

⁶¹⁸ Loc. cit.

⁶¹⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**, op. cit., p. 253.

Segundo o autor, por mais difícil que seja a tarefa intelectual do juiz para encontrar e balancear os princípios que são relevantes para o caso, é sua obrigação fazê-lo.

Partindo da premissa de que o Direito é mais do que a totalidade das regras legisladas, sendo composto, igualmente, por princípios, Dworkin parte para a tarefa de demonstrar que o sistema de princípios a que se apegamos é capaz de gerar não soluções diversas igualmente válidas – o que levaria à discricionariedade forte que condena –, mas a uma única solução correta.

Como, porém, justificar a ideia de que sempre há uma resposta válida, sem incidir na arbitrariedade ou na pretensão do juiz de se apresentar como legislador?

É nesse instante crítico que a teoria jurídica encontra o modelo do texto literário, que se exprime na metáfora do romance em cadeia, e entra em cena, no pensamento de Dworkin, a figura por ele imaginada do juiz Hércules, como resume Flávio Pedron: “o jusfilósofo de Oxford poderá dizer, em nítida influência gadameriana, que os direitos são fruto tanto da história quanto da moralidade”.⁶²⁰

Com empenho de sua capacidade inexcedível e sobre-humana, da sua paciência inigualável e da disposição e de um tempo inesgotáveis, Hércules compreenderá o caso em todos os seus lineamentos fáticos e jurídicos, revelando, então, a única solução correta que o caso atrai.

Para Habermas, a resposta correta preconizada por Dworkin sempre será transitória e não definitiva: “a ordem do direito, atribuída a Hércules, teria que ser vista como uma ordem de argumentos *por enquanto* coerentes, construída provisoriamente, à qual se vê exposta à crítica ininterrupta”.⁶²¹

A ausência de um critério material que justifique a ideia da única resposta correta tem sido o principal motivo das críticas dirigidas a Dworkin. Entre nós, Grau lança-se a essa crítica, argumentando:

A primeira razão que me conduz a afastá-la [a tese da *única interpretação correta*] encontra-se na impossibilidade de atribuirmos a qualquer decisão interpretativa a qualidade de verdadeira ou falsa, concebida a verdade, aí, como *adequatio rei et intellectus*. Poder-se-á, quando muito, afirmar que estas ou aquelas, entre elas, são *logicamente verdadeiras*, na medida em que se relacionam, logicamente, aos argumentos usados para justifica-las e elas próprias.

⁶²⁰ PEDRON *apud* BRANCO, Paulo Augusto Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 149.

⁶²¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**, op. cit., p. 282.

É que as decisões da espécie são tomadas no âmbito de uma *prudência* e não de uma *ciência*.⁶²²

Em outra obra, Grau é ainda mais enfático:

Nego peremptoriamente a existência de uma única resposta correta (verdadeira, portanto) para o caso jurídico – ainda que o intérprete esteja, através dos princípios, vinculado pelo sistema jurídico. Nem mesmo o juiz Hércules (Dworkin) estará em condições de encontrar para cada caso uma resposta verdadeira, pois aquela que seria a resposta correta simplesmente não existe.⁶²³

Ao estabelecer a distinção entre interpretação jurídico-política e interpretação jurídico-científica, Kelsen também refutará enfaticamente a tese da única resposta correta ao dizer que ela se apresenta falsamente como uma verdade científica, mas que não passa de um juízo de valor político:

A interpretação jurídico-científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica. Como conhecimento do seu objeto, ela não pode tomar qualquer decisão entre as possibilidades por si mesma reveladas, mas tem de deixar tal decisão ao órgão que, segundo a ordem jurídica, é competente para aplicar o Direito. Um advogado que, no interesse do seu constituinte, propõe ao tribunal apenas uma das várias interpretações possíveis da norma jurídica a aplicar a certo caso, e um escritor que, num comentário, elege uma interpretação determinada, dentre as várias interpretações possíveis, como a única “acertada”, não realizam uma função jurídico-científica, mas uma função jurídico-política (de política jurídica). Eles procuram exercer influência sobre a criação do Direito. Isso não lhes pode, evidentemente, ser proibido. Mas não o podem fazer em nome da ciência jurídica, como frequentemente fazem. A interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, em todos os casos, só uma interpretação: a interpretação “correcta”. Isso é uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal de segurança jurídica. Em vista da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, este ideal somente é realizável aproximativamente.⁶²⁴

As críticas feitas à ideia da única resposta correta desconsideram o fato de que ela, assim como o juiz Hércules, é apenas metáfora para representar a superação de

⁶²² GRAU, **A ordem econômica na Constituição de 1988**, op. cit.

⁶²³ Idem. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 36.

⁶²⁴ KELSEN, **Teoria pura do direito**, op. cit., p. 467.

um paradigma. Não a morte do sujeito, mas de um tipo de sujeito, aquele do esquema sujeito-objeto. Como observa Streck:

A resposta correta é uma metáfora, como o juiz Hércules de Dworkin também o é. Para tanto – e aqui vai uma advertência indispensável –, a ruptura com o “estado de natureza hermenêutico” não se dará por delegação em favor de uma instância última, isto é, um “abrir mão do poder de atribuir sentidos em favor de uma espécie de Leviatã hermenêutico”, como parece ser o caso da institucionalização das súmulas vinculantes ou de outros mecanismos vinculatórios [...].⁶²⁵

Do mesmo modo Streck também recusa a (falsa) ideia de que Dworkin estaria a defender qualquer forma de solipsismo ao esclarecer que:

Numa palavra final – e uma vez mais visando a evitar mal-entendidos –, é preciso compreender que, do mesmo modo que Gadamer, em seu *Wahrheit und Method*, Dworkin não defende qualquer forma de solipsismo (a resposta correta que defende não é produto de uma atitude de um *Selbstsüchtiger*). É preciso entender que Dworkin superou – de forma decisiva – a filosofia da consciência. Melhor dizer, o juiz “Hércules” de que fala Dworkin é apenas uma metáfora para demonstrar a superação do paradigma representacional (morte do sujeito solipsista da modernidade) *não significou a morte do sujeito que sempre esteve presente em qualquer relação de objeto*.⁶²⁶

A exata compreensão das teses defendidas por Dworkin, Gadamer e do próprio Streck há de partir do interior do giro linguístico-ontológico, com a superação do esquema sujeito-objeto. Do contrário, qualquer leitura que não rompa com esse paradigma, converterá os três autores citados em defensores de posturas relativistas e da discricionariedade, quando eles estão bem longe disso.

O direito fundamental a uma resposta correta (constitucionalmente adequada à Constituição), defendida por Streck, não implica a busca de respostas definitivas, mesmo porque, com o próprio autor adverte, “a hermenêutica filosófica não admite respostas definitivas, pois isso provocaria um congelamento de sentidos”, do que resultaria o “sequestro da temporalidade”.⁶²⁷

Por este viés, a discricionariedade daria sustentação ao protagonismo judicial ao permitir que juízes resolvessem casos difíceis a partir da criação de direito novo,

⁶²⁵ STRECK, **Verdade e consenso**, op. cit., p. 389.

⁶²⁶ Idem. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**, op. cit., 400.

⁶²⁷ Ibid., 620.

aplicado retroativamente ao caso concreto, mesmo que preenchesse e corrigisse lacunas. Era exatamente contra isso que Dworkin dirigia suas críticas.

3.2.3.4 Positivismo e Discricionariedade: uma Relação Simbiótica a Ser Superada

Do percurso realizado até aqui, observa-se que o paradigma positivista a ser suplantado e contra o qual Streck aponta as suas “baterias”, é o positivismo pós-exegético, cuja principal característica é a discricionariedade,⁶²⁸ embora o autor advirta que “todos os positivismos são discricionaristas”.⁶²⁹ Além disso, é importante destacar, seguindo a trilha de Streck, que há um elemento comum entre a Escola do Direito Livre, a Jurisprudência dos Interesses, o normativismo kelseniano, o positivismo moderado de Hart, até chegar aos autores argumentativistas como Alexy. Esse elemento comum é justamente a discricionariedade.⁶³⁰

A discricionariedade do positivismo decorreria, assim, da delegação ao intérprete, notadamente o juiz, do poder de preencher o vácuo de sentido decorrente da impossibilidade de um texto abarcar todas as possibilidades aplicativas. Nessa perspectiva, a superação dessa discricionariedade é a superação da própria arbitrariedade.⁶³¹

Nos casos em que a aplicação da norma jurídica não é clara, segundo Katya Kozicki, “o positivismo vê a decisão judicial como uma questão de discricionariedade judicial”. Para o positivismo, portanto, “o juiz cria o direito quando ele não fala por si mesmo”.⁶³²

Curiosamente, o positivismo também se preocupa em evitar a arbitrariedade, mas o faz recorrendo ao discurso de um limite, que é justamente a discricionariedade. Kelsen fala de comunidade jurídica e de moldura;⁶³³ Hart, em regra de

⁶²⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e (pos)positivismo: por que o ensino jurídico continua de(sin)formando os alunos?* In: CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 163-186. p. 169 e 172-173.

⁶²⁹ STRECK, *Hermenêutica e solipsismo*, op. cit., 15.

⁶³⁰ STRECK, **Verdade e consenso**, op. cit., p. 40.

⁶³¹ Para Streck, parece não restar dúvida de que a discricionariedade leva conseqüentemente à arbitrariedade. A propósito, consultar as observações em: STRECK, *Hermenêutica e solipsismo*, op. cit., p. 19.

⁶³² KOZICKI, Katya. **Conflito e estabilização**: comprometendo radicalmente a aplicação do direito com a democracia nas sociedades contemporâneas. 2000. 266 p. Tese (Doutorado em Direito). Programa Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Florianópolis, 2000, p. 180.

⁶³³ KELSEN, **Teoria Pura do Direito**, op. cit., p. 74-82; 466-467.

reconhecimento;⁶³⁴ Perelmann, em auditório universal e acordo;⁶³⁵ Viehweg, em *topois*, lugar comum;⁶³⁶ e Alexy, em discurso prático.⁶³⁷

Daí a importância de delimitar o sentido de discricionariedade como característica congênita do paradigma positivista, porém não sem antes diferenciar discricionariedade administrativa de discricionariedade judicial.

Quando se faz alusão à discricionariedade judicial sem diferenciá-la da discricionariedade administrativa, pode-se chegar à conclusão de que também o juiz disporia de um poder discricionário quando interpreta norma que contenha conceito vago em sua formulação. Essa ideia é inconciliável com a estrutura político-jurídica do moderno Estado Democrático de Direito. No âmbito administrativo, a ideia de discricionariedade está conectada à ideia de imunidade ou de impossibilidade de controle, pelo menos em certo grau. Abordando a crise de paradigmas do Direito Administrativo brasileiro, especialmente em decorrência da vinculação da Administração à Constituição, Binjenbojm afirma que a velha dicotomia “ato administrativo vinculado *versus* ato discricionário” encontra-se superada pela teoria dos graus de vinculação à juridicidade:

A emergência da noção de juridicidade administrativa, com a vinculação direta da Administração à Constituição, não mais permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, mas, isto sim, em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade. A discricionariedade não é, destarte, nem uma liberdade decisória externa ao direito, nem um campo imune ao controle jurisdicional. Ao menor ou maior grau de vinculação do administrador à juridicidade corresponderá, via de regra, maior ou menor grau de controlabilidade judicial dos seus atos.⁶³⁸

Portanto, se discricionariedade e imunidade são ideias conexas, só faz sentido falar de discricionariedade como atividade de um órgão controlado por outro órgão, diferente daquele que proferiu a decisão. Logo, faz sentido falar-se em discricionariedade da Administração, porque os atos são controláveis pelo Poder Judiciário, justamente para que se possa aferir se o ato administrativo ficou ou não

⁶³⁴ A propósito, vide: HART, op. cit., p. 104-105, 111-112, 161-168.

⁶³⁵ PERELMANN; OLBRECHT-TYTECA, op. cit., p. 15-53, 73-129..

⁶³⁶ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Brasília: Imprensa Nacional, 1979, p. 51-70.

⁶³⁷ ALEXY, **Teoria da argumentação jurídica**, op. cit.

⁶³⁸ BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, mar./abr./maio 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 28 ago. 2018.

dentro do quadro de pluralidade de decisões possíveis ou equivalentes. Não é o caso do Poder Judiciário. As decisões judiciais são sempre controláveis por órgãos judiciais, de modo que, nessa perspectiva, não faria sentido falar-se então de discricionariedade judicial, porque não existe liberdade de escolha para o juiz.

Pode-se afirmar que a discricionariedade judicial característica do positivismo é aquela que transforma “juízes em legisladores”,⁶³⁹ identificada como um ato de vontade (Kelsen) ou como um critério de desejo⁶⁴⁰ e que dá ao intérprete o poder de escolher como julgar um caso. Esse sentido se relaciona com a noção de discricionariedade em *sentido forte* abordada por Dworkin.⁶⁴¹

Nessa direção de sentido, Dworkin utiliza três acepções para o termo “discricionariedade”. A primeira é a aplicação, por funcionários, de critérios estabelecidos por uma autoridade superior. Como observa o autor, algumas vezes emprega-se o “poder discricionário em sentido fraco, apenas para dizer que, por alguma razão, os padrões que uma autoridade pública deve aplicar não podem ser aplicados mecanicamente, mas exigem o uso da capacidade de julgar”.⁶⁴²

A segunda acepção é a ausência de revisão da decisão tomada por uma autoridade superior:

Às vezes usamos a expressão em um segundo sentido fraco, apenas para dizer que um funcionário tem autoridade para tomar uma decisão em última instância e que esta não pode ser revista ou cancelada por nenhum outro funcionário. Falamos dessa maneira quando o funcionário faz parte de uma hierarquia de servidores, estruturada de tal modo que alguns têm maior autoridade, mas na qual os padrões de autoridade são diferentes para os diferentes tipos de decisão.⁶⁴³

Essas duas primeiras acepções são, para Dworkin, uma discricionariedade *em sentido fraco* e não haveria, nos dois casos, qualquer divergência com a discricionariedade descrita por Hartigo. É, porém, na terceira acepção que Dworkin diverge do pensamento de Hartigo. Essa acepção corresponde à discricionariedade *em sentido forte*, implicando a ausência de vinculação legal a padrões previamente determinados, estando indissociavelmente ligada às questões da completude ou incompletude do Direito, à natureza deontológica ou meramente moral dos princípios,

⁶³⁹ STRECK, **O que é isto**, op. cit., p. 95.

⁶⁴⁰ GARAPON, op. cit.

⁶⁴¹ DWORKIN, **Levando os direitos a sério**, op. cit.

⁶⁴² *Ibid.*, p. 51.

⁶⁴³ *Loc. cit.*

da competência ou incompetência do juiz para criar direito novo. E, nesse sentido, o autor adverte:

Devemos evitar uma confusão tentadora. O sentido forte do poder discricionário não é equivalente à licenciosidade e não exclui a crítica. Quase todas as situações nas quais uma pessoa age (inclusive aquelas nas quais não trata de decidir com base em uma autoridade especial e, portanto, sem poder discricionário) tornam relevantes certos padrões de racionalidade, equidade e eficácia. [...] O poder discricionário de um funcionário não significa que ele esteja livre para decidir sem recorrer a padrões de bom senso e equidade, mas apenas que sua decisão não é controlada por um padrão formulado pela autoridade particular que temos em mente quando colocamos a questão do poder discricionário. Sem dúvida, esse último tipo de liberdade é importante; é por isso que falamos de um sentido forte de poder discricionário.⁶⁴⁴

Dworkin, portanto, não defende a tese de que o juiz não teria qualquer discricionariedade, mas apenas a tese de que o juiz não teria discricionariedade *em sentido forte*. O que substancialmente afasta Dworkin do positivismo é a refutação de um axioma: se nenhuma resposta parece contida no direito vigente, então o julgamento do caso é remetido ao poder discricionário do juiz.

É a refutação desse axioma positivista, o do “papel tapa-buraco atribuído ao poder discricionário do juiz”, na feliz dicção de Ricoeur, que abrirá diretamente caminho para uma teoria da interpretação:

Se a “*discrção*” do juiz é a única réplica para o silêncio da lei, então a alternativa é fatal para toda e qualquer caracterização jurídica da decisão: ou ela é arbitrária, no sentido de estar fora da lei, ou ela só entra no direito favorecida pela pretensão legislativa de que é revestida; somente a capacidade de criar precedente preserva a qualificação jurídica da decisão oriunda do poder discricionário⁶⁴⁵.

Partindo da diferença entre texto e norma – não no sentido meramente dual (metafísico)⁶⁴⁶ mas ontológico, ou seja, de modo a considerar que “a norma é o sentido do ser do ente (texto)”⁶⁴⁷ – será possível reduzir a discricionariedade à arbitrariedade. Isso porque a interpretação, que é atividade voltada ao discernimento dos enunciados

⁶⁴⁴ Ibid., p. 53-54.

⁶⁴⁵ RICOEUR, **O justo 1**, op. cit., 156.

⁶⁴⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 30-31.

⁶⁴⁷ STRECK, **Hermenêutica jurídica e(m) crise**, op. cit., p. 277-280.

semânticos veiculados por textos, não poderá ser mais realizada em etapas (interpretar-compreender-aplicar).

Nesse sentido, é oportuno observar com Canotilho que toda norma é significativa, mas o significado não constitui um dado prévio, pois que resultado de tarefa interpretativa.⁶⁴⁸ Isso não significa, contudo, que o intérprete *crie* a norma; o intérprete a expressa. O produto da interpretação é a norma expressa como tal. A norma preexiste, potencialmente, no seu invólucro (texto)⁶⁴⁹ e a tarefa do intérprete é a de revelá-la, mas sempre tendo como cooriginais três ações ou momentos que, até o giro ontológico, se tinham como distintos e sucessivos (interpretação-compreensão-aplicação).

Assim, a discricionariedade a ser combatida resulta justamente na atividade de criação de direito novo pelo intérprete, que é precisamente o que se entende por ativismo judicial. Esse tipo de interpretação implica na correção do sistema normativo e essa alteração pertence às fontes do Direito, não ao intérprete. Razões de segurança e defesa contra a arbitrariedade fundamentam esta conclusão, isso sem contar na necessidade de preservar “os alicerces da democracia representativa”.⁶⁵⁰

No caso específico do Brasil, essa afirmação pode ser aferida pela leitura do texto constitucional vigente. O artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988 deu *status* de garantia constitucional à regra de que todos os julgamentos do Poder Judiciário sejam públicos e fundamentadas as todas suas decisões, sob pena de nulidade. O inciso subsequente (artigo 93, X), determina que todas as decisões administrativas dos tribunais devam ser motivadas. O artigo 5º, inciso II, por sua vez, consagrou expressamente o princípio da legalidade, ao enunciar que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Esses três dispositivos constitucionais consagram e viabilizam a aplicação do princípio da legalidade no direito brasileiro vigente. Com esta exigência tem-se: (i) uma garantia contra o arbítrio e um poderoso argumento contra a discricionariedade; (ii) uma garantia contra a influência de pontos de vista pessoais (subjetivismo); (iii) controle do raciocínio do juiz; (iv) possibilidade de impugnações da decisão judicial a partir de seus fundamentos; (v) maior grau de previsibilidade das decisões judiciais; (vi) aumento da repercussão das normas de direito.

⁶⁴⁸ CANOTILHO, **Direito constitucional**, op. cit., p. 215.

⁶⁴⁹ GRAU, **Ensaio e discurso sobre a interpretação-aplicação do Direito**, op. cit., p. 32.

⁶⁵⁰ STRECK, **Hermenêutica jurídica e(m) crise**, op. cit., p. 378.

Sendo inconciliável com a ideia de Estado Democrático de Direito, a discricionariedade deve ser combatida porque invariavelmente descamba para *decisionismos* e *ativismos*. A configuração de um Judiciário não ativista, segundo Tassinari, demanda a superação de um imaginário em que juízes possuem poderes discricionários.⁶⁵¹

3.2.3.5 O Problema do Protagonismo na Salvaguarda da Constituição: Quando a Autonomia do Direito é Substituída pelo Pragmatismo Político-Jurídico

A partir daqui é necessário estabelecer a distinção entre *ativismo judicial*, como consequência da discricionariedade, e *judicialização da política*. Para Tassinari, essa distinção vem bem retratada na frase de Müller, segundo o qual “direito constitucional é o direito do político. Insistir nisso, não tem relação nenhuma com o decisionismo”.⁶⁵² A frase não apenas reforça a vinculação entre Direito (constitucional) e Política, como também revela que essa relação não está vinculada ao fenômeno do ativismo judicial.

Robert Dahl considera que o ativismo judicial seria uma espécie de “regime de guardiões”, por meio do quais indivíduos, capazes de se autogovernarem, delegam essa responsabilidade para pessoas mais bem dotadas para tanto⁶⁵³.

De fato, as constituições promulgadas a partir da última onda de constitucionalização moderna,⁶⁵⁴ adotaram, em sua maioria, mecanismos de controle judicial sobre a atividade legislativa. As explicações para este fenômeno são diversas, mas talvez a explicação mais comum entre elas argumente, resumidamente, que a revisão judicial sobre a atividade legislativa serviria de importante contrapeso ao poder preponderante da maioria nos regimes democráticos. Portanto, é sintomático que estes novos poderes judiciais tenham surgido no pós-guerra ou ao cabo de regimes ditatoriais ou das empresas neocoloniais ainda persistentes em alguns países americanos, africanos e asiáticos até meados do século passado.

Porém, a racionalidade desses poderes judiciais acaba sendo justamente a discricionariedade, surgindo como consequência dela o ativismo judicial. A autonomia do Direito é substituída pelo pragmatismo político-jurídico que coloca o Direito em um

⁶⁵¹ TASSINARI, op. cit., p. 116.

⁶⁵² Ibid., p. 28.

⁶⁵³ DAHL, Robert. **Democracy and Its Critics**. Yale: Yale University Press, 1991, p. 51.

⁶⁵⁴ A quarta onda, segundo Hauriou, ocorreu após a Segunda Guerra Mundial (HAURIOU, André. **Droit Constitutionnel et institutions politiques**. 3. ed. Paris: Éditions Montchrestian, 1968).

estado de exceção permanente, o que comumente ocorre em países de modernidade tardia, ameaçando a Democracia.

A partir do segundo pós-guerra e da estruturação de Tribunais Constitucionais, o protagonismo judicial se acentua, concebendo-se a função do juiz como a função do garantidor de promessas e de engenheiro social. Essa crise das instituições, caracterizada por uma democracia representativa em crise, um Parlamento sem agenda e um Executivo que não promove as políticas públicas necessárias para garantia dos direitos fundamentais, irá transformar o papel do Judiciário.

O Judiciário é empurrado para o primeiro plano por instituições políticas em decomposição. A preocupação de ligar os destinos do judiciário e da política explica, por exemplo, por que Garapon não aceita o ativismo judicial, sem ressalvas expressas: “Eis a promessa ambígua da justiça moderna: os pequenos juízes nos livram dos políticos desonestos, e os grandes juízes nos livram da política *tout court*”.⁶⁵⁵

Ao longo da vida, defrontamo-nos com uma série de contradições. Entre elas, são eticamente relevantes aquelas decorrentes do paradoxo das consequências⁶⁵⁶, traduzido no seguinte dilema: para se atingir o bem, pode-se contar com o mal?

Donald Gunn Macrae, ao tratar do paradoxo weberiano, lembra que:

Em Kant vemos a racionalidade ética prescrita [...] ao colocar os homens diante de deveres sem a mediação da emoção ou da tradição; quando consubstanciados na jurisprudência, esses deveres impõem uma tirania da razão demasiado forte para que os fracos e humanos possam suportá-la por muito tempo.⁶⁵⁷

O ativismo judicial é aquilo que pela ótica weberiana se poderia denominar de paradoxo das consequências. Justiça, valores, moral, efetivação de direito, tudo isso pode sugerir, à primeira vista, uma ética perfeita. No entanto, paradoxalmente, o resultado desse ativismo idílico pode comprometer a própria Democracia e a autonomia do Direito.

⁶⁵⁵ A propósito e para aprofundamentos, consultar: GARAPON, op. cit.

⁶⁵⁶ WEBER, Max. A política como vocação. In: Gerth, Hans & Mills, C. Wright (Orgs.). **Ensaio de sociologia**. Rio de Janeiro, Zahar, 1974, p. 150.

⁶⁵⁷ MACRAE, Donald Gunn. **As ideias de Weber**. São Paulo, Cultrix/USP, 1975.

3.2.4 Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais e Judicialização da Política: uma Relação de Causa e Efeito

A judicialização da Política é fenômeno que acompanha a constitucionalização do Direito, presente na maioria dos países em que as supremas cortes possuem competência para exercer o controle de constitucionalidade e ocorre quando o Judiciário é chamado para resolver conflitos que tradicionalmente deveriam ser solucionados por outros Poderes.

A distinção entre judicialização da Política e ativismo judicial sobressai da observação feita por Barroso, para quem a judicialização é um fato e o ativismo judicial é a atitude ou escolha de modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.⁶⁵⁸ É a maneira como os juízes se posicionam em relação a casos concretos direcionando suas forças para suprir a omissão dos outros poderes, e nesta circunstância aplica princípios a hipóteses não previstas em lei.

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo - em cujo âmbito se encontra o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro. A seguir, uma tentativa de sistematização da matéria.⁶⁵⁹

Não há uniformidade quanto às causas do surgimento da judicialização. Barroso aponta pelo menos três: a) o processo de redemocratização brasileira que ampliou o acesso à justiça, em especial com a Constituição Federal de 1988, a qual distribui em seu texto um elenco significativo de garantias sociais; b) a constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária; e c) as características do controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo.

⁶⁵⁸ BARROSO, Luis Roberto. Ano do STF: judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 22 dez. 2008. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 30 set. 2018.

⁶⁵⁹ BARROSO, Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, op. cit.

Oportuna, a respeito, a digressão feita pelo Ministro Sepúlveda Pertence:

O controle direto de constitucionalidade, para mim, é o exercício de uma função predominantemente política, para o qual, entretanto, adotaram-se mecanismos jurisdicionais, a partir do órgão de controle, sobretudo quando se dá, como no Brasil, a competência a uma corte tipicamente jurisdicional, como o Supremo Tribunal e, também, da forma de exercício da função que imita o processo de partes. Entre os pontos mais relevantes dessa imitação do processo de partes no processo político de exercício de uma função política, como é o controle direto de constitucionalidade, está a criação de oportunidades à contradição dialética de argumentos, para propiciar decisão mais amadurecida do Tribunal.⁶⁶⁰

Além das causas acima mencionadas, pode-se acrescentar a denominada dimensão objetiva dos direitos fundamentais como igualmente determinante da judicialização da política.

Os direitos fundamentais não cuidam apenas do estabelecimento de relações entre os indivíduos e o Estado, de modo a impor a este último abstenção ou o fornecimento de prestações positivas. Na lição de Sarmento⁶⁶¹ e Sarlet⁶⁶², os direitos fundamentais também positivam valores eleitos por uma comunidade como nucleares, de maneira a balizar a atuação do poder político e até mesmo dos particulares, irradiando-se por todo o ordenamento jurídico.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais tem origem no direito alemão, forte na consagração dos direitos fundamentais não só como direitos subjetivos do indivíduo em face do Estado, mas também como decisões valorativas de cunho objetivo da Constituição, espraiando sua eficácia sobre todo o direito positivo, de modo a orientar o exercício das funções legislativa, administrativa e judiciária. Trata-se de um reforço de juridicidade das normas de direitos fundamentais, que dispõem de outros efeitos para além daqueles relacionados com a perspectiva subjetiva. Assim sendo, o Estado não fica apenas obrigado a abster-se da violação dos direitos fundamentais, como também a atuar positivamente na proteção de seus titulares diante de lesões e ameaças provindas de terceiros, seja no exercício de sua atividade legislativa, administrativa ou jurisdicional, como ensina Sarlet:

⁶⁶⁰ BRASIL, **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 01/DF**, op. cit.

⁶⁶¹ SARMENTO, Daniel. A dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: Fragmentos de uma Teoria. In: **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**, v. XII, Direitos Fundamentais, p. 297/332. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003, p. 298 e s.

⁶⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 141 e s.

Outra importante função atribuída aos direitos fundamentais e desenvolvida com base na existência de um dever geral de efetivação atribuído ao Estado, por sua vez agregado à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, diz com o reconhecimento de deveres de proteção (Schutzpflichten) do Estado, no sentido de que a este incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões provindas de particulares e até mesmo de outros Estados. Esta incumbência, por sua vez, desemboca na obrigação de o Estado adotar medidas positivas da mais diversa natureza (por exemplo, por meio de proibições, autorizações, medidas legislativas de natureza penal, etc.), com o objetivo precípuo de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais [...].⁶⁶³

No momento em que a legitimidade do Estado passou a fundar-se, não na expressão legislativa da soberania popular, mas na realização de finalidades coletivas, notadamente na vinculação dos Poderes estatais aos direitos fundamentais, tornou-se inevitável um reexame da classificação tradicional destes Poderes.

O processo judicial é, por excelência, o *locus* da proteção dos direitos fundamentais. A jurisdição, como função primordial do Estado, precisa estar dirigida à consagração dos direitos fundamentais, como, de resto, a atividade estatal como um todo – do contrário, perde-se a própria razão de ser do Estado. A judicialização da Política, portanto, é uma consequência natural dessa dimensão objetiva.

Nesse contexto, o Estado abandona seu ideal abstencionista, passando a intervir no corpo social com a finalidade de corrigir as desigualdades existentes. Passam os entes políticos a executar políticas públicas tendentes a garantir a fruição de direitos como a saúde, a moradia, a previdência, a educação.

Se no Estado de Direito clássico todos estão submetidos à lei, nos Estados Constitucionais ou Estados Democráticos de Direito, o elemento democrático foi introduzido, não apenas para racionalizar e limitar o poder, mas também para atender à própria “necessidade de legitimação do mesmo poder”.⁶⁶⁴

É nessa ambiência e de acordo com essa dimensão jurídica, valorativa e histórica que devemos interpretar e compreender todos os institutos e regras que disciplinam o exercício do poder estatal, como ensina Canotilho:

⁶⁶³ Ibid., p. 148-149.

⁶⁶⁴ CANOTILHO, **Direito constitucional e teoria da constituição**, op. cit., p. p. 100.

Se quisermos um Estado constitucional assente em fundamentos não metafísicos, temos de distinguir claramente duas coisas: (1) uma é a da legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do processo de legislação no sistema jurídico; (2) outra é a legitimidade de uma ordem de domínio e da legitimação do exercício do poder político. O Estado 'impolítico' do Estado de Direito não dá resposta a esse último problema: donde vem o poder. Só o princípio da 'soberania popular' segundo o qual 'todo o poder vem do povo' assegura e garante o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular. Assim, o princípio da soberania popular concretizado segundo procedimentos juridicamente regulados serve de 'charneira' entre o 'Estado de Direito' e o 'Estado Democrático' possibilitando a compreensão da moderna fórmula 'Estado de direito democrático'.⁶⁶⁵

Essa nova fase inaugura o que Streck denomina de “constitucionalismo contemporâneo”,⁶⁶⁶ expressão que o autor utiliza para contrapor às teses do chamado “neoconstitucionalismo”.⁶⁶⁷ Ao reconhecer a insuficiência dos limites meramente formais para regular várias situações, o Direito novamente se abriu aos valores e à Moral, e a Constituição passou a ser encarada não mais como uma carta política, mas como um conjunto de normas hierarquicamente superiores que limitam a soberania popular e o poder estatal para garantir o respeito a determinados direitos e garantias, considerados fundamentais à manutenção da sociedade e do Estado. Houve, portanto, atribuição de “força normativa”⁶⁶⁸ aos princípios que, antes, não eram aceitos como normas jurídicas de aplicação imediata, mas como algo que poderia ser extraído do direito positivo, sem muita densidade jurídica.

Para Celso Campilongo, o surgimento de casos insolúveis no interior de um sistema que não admite o *non liquet* expandiu os poderes judiciais, “politizando a magistratura”.⁶⁶⁹

Especificamente no Brasil, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais impeliu o Poder Judiciário a redefinir o seu formato e as suas funções, sobretudo após a Constituição Federal de 1988. O processo de transição para o Estado Democrático

⁶⁶⁵ Loc. cit.

⁶⁶⁶ STRECK, **O que é isto**, op. cit.

⁶⁶⁷ “No Estado constitucional de direito, a Constituição passa a valer como norma jurídica. A partir daí, ela não apenas disciplina o modo de produção das leis e atos normativos, como estabelece determinados limites para o seu conteúdo, além de impor deveres de atuação ao Estado. Nesse novo modelo, vigora a centralidade da Constituição e a supremacia judicial, como tal entendida a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais” (BARROSO, Constituição, democracia e supremacia judicial, op. cit., p. 04).

⁶⁶⁸ HESSE, **A força normativa da constituição**, op. cit.

⁶⁶⁹ CAMPILONGO, op. cit., p. 94.

de Direito e a inserção de políticas públicas no quadro da organização jurídica estatal marcou o Judiciário brasileiro, tradicionalmente menos suscetível a mudanças.

Segundo Vianna *et al.*,⁶⁷⁰ o Judiciário brasileiro foi “forçado a ser ativo”, justamente pelo papel de guardião dos direitos fundamentais.

Como que refletindo Alexis de Tocqueville sobre o sistema judicial norte-americano, hoje seguido até com certa extravagância por muitos países⁶⁷¹, alertou Barroso:

Esses precedentes ilustram a fluidez da fronteira entre política e direito no mundo contemporâneo. Ainda assim, o caso brasileiro é especial, pela extensão e pelo volume. Apenas em 2011 e 2012, o STF decidiu acerca de uniões homoafetivas, interrupção da gestação de fetos anencefálicos e cotas raciais. Anteriormente, decidira sobre pesquisas com células-tronco embrionárias, nepotismo e demarcação de terras indígenas. Sem mencionar o chamado *Mensalão*. Tudo potencializado pela transmissão ao vivo dos julgamentos pela TV Justiça. Embora seja possível apontar inconveniências nessa deliberação diante das câmeras, os ganhos são maiores do que as perdas. A visibilidade pública contribui para a transparência, para o controle social e, em última análise, para a democracia. TV Justiça só tem no Brasil, não é jabuticaba e é muito boa.⁶⁷²

No mesmo sentido, Vieira entende que:

Difícil pensar um tema relevante em nossa vida política que não venha a exigir, mais dia menos dia, a intervenção do STF: troca-troca de partidos, cláusula de barreira partidária, julgamento de altas autoridades (vide Collor e mensalão), limites de atuação das CPIs, do Ministério Público e do Conselho Nacional de Justiça, sessões secretas do Senado, direito de greve dos servidores públicos, guerra fiscal, aposentadorias de governadores, reforma administrativa, previdenciária e do próprio Judiciário, pesquisa com células-tronco, quotas nas universidades, desarmamento, distribuição de medicamentos, aborto, direito adquirido - sem falar em milhares de *habeas corpus*, como o concedido para Salvatore Cacciola. Tudo parece exigir uma última palavra do STF. Se por um lado isto demonstra a grande fortaleza desta instituição, por outro é sintoma de uma forte crise, para não dizer degradação, de nosso sistema

⁶⁷⁰ VIANNA, Luiz Werneck et al. **Corpo e alma da magistratura brasileira**, op. cit.

⁶⁷¹ “There is now hardly any moral or political controversy in these countries that does not sooner or later turn into a judicial one” (Agora não há quase nenhuma controvérsia moral ou política nesses países que, mais cedo ou mais tarde, não se transformem em judicial”). (tradução livre) (HIRSCHL, op. cit., p. 169).

⁶⁷² BARROSO, Luis Roberto. O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. In: GUERRA, Roberta Freitas; SILVA, Fernando Laércio Alves da. NERO, Patrícia Aurélia del. (Coord.). **Neoconstitucionalismo em perspectiva**. Viçosa: UFV, 2014, p. 27-61.

democrático, que hoje depende deste novo "Poder Moderador" para funcionar.⁶⁷³

Nesse ambiente de profunda transformação na relação entre os poderes estatais, no qual se verificou uma crescente expansão do âmbito de intervenção do Poder Judiciário sobre as decisões dos demais poderes, ocorreu o que Maria Tereza Sadek denomina de “desneutralização do Poder Judiciário”. Segundo a autora, a crise do *welfare*, que impôs um modelo de constitucionalismo moderno com concepção do justo, bem como a incorporação de direitos sociais nos textos constitucionais, produziu um modelo de juiz com maior margem de discricionariedade no ato de julgar.

Esse judiciário desneutralizado tem contornos políticos traçados por uma concepção de legalidade que põe em xeque a rígida separação entre os poderes, acabando com a exclusividade do legislativo na formulação de leis. "O constitucionalismo democrático conduz a uma crescente expansão do âmbito de intervenção do poder judiciário sobre as decisões dos demais poderes, pondo em evidencia o novo papel daquele poder na vida coletiva — o que já justificaria o uso da expressão “democracia jurisdicional” como designação política do Ocidente desenvolvido. Este fenômeno é universal, afetando tanto os sistemas de *common law* como os de *civil law*, apesar das especificidades de cada modelo e de suas relações com o sistema político.⁶⁷⁴

A desneutralização da qual fala a autora, pode ser erroneamente interpretada tanto por ativismo judicial quanto por judicialização da Política, sendo oportuno, pois, destacar os pontos que diferenciam os fenômenos jurídicos que se escondem por detrás das duas locuções.

Na compreensão de Ricoeur esse processo de diferenciação é importante por que o significado do texto deve ser desvelado além do conteúdo manifesto. E na compreensão gadameriana, a dispartição também deve ocorrer, para oportunizar a quem quiser efetivamente compreender não se entregar ao arbítrio de suas próprias opiniões prévias, sem considerar a opinião do texto “da maneira mais obstinada e consequente possível”.⁶⁷⁵

⁶⁷³ VIEIRA, Supremocracia, op. cit.

⁶⁷⁴ SADEK, Maria Tereza. Corpo e alma da magistratura brasileira. **Rev. bras. Ci. Soc.**, São Paulo, v. 13, n. 38, out. 1998. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69091998000300011&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 30 set. 2018.

⁶⁷⁵ GADAMER, **Verdade e método**, op. cit., 308.

Assim, seguindo-se a distinção feita por Oliveira e Tassinari,⁶⁷⁶ a *judicialização da Política* é uma consequência da evolução do Estado Democrático de Direito, fazendo parte da interdependência entre os três poderes, normalmente exercida pelo Judiciário através do controle externo.

Propõe-se na tese abordar as categorias judicialização dos direitos fundamentais, judicialização da Política e politização da justiça, distintas tanto entre si quanto do ativismo judicial.

Quer-se aqui reconhecer por judicialização dos direitos fundamentais o fenômeno político decorrente do constitucionalismo dirigente. No contexto brasileiro, ela é um fato que decorre do modelo constitucional que se adotou em 1988, e não propriamente um exercício deliberado da vontade política. O fenômeno é potencializado, no Brasil, pela inefetividade das políticas públicas apresentadas pelos poderes Legislativo e Executivo.

No âmbito do controle de constitucionalidade, por exemplo, o papel do Judiciário brasileiro assume um caráter demasiadamente político.

O controle de constitucionalidade adotado no Brasil possui um dos mais ricos e criativos sistemas do mundo, aberto de forma crítica a receber soluções consagradas em outros países, porém acima de tudo autopoietico, isto é, capaz de criar suas próprias soluções.

Há muito o Supremo Tribunal Federal não mais perfilha a clássica doutrina kelseniana, segundo a qual teria mera função de legislador negativo, limitando-se à adoção de soluções ortodoxas e insuficientes que apontam ou para a declaração de inconstitucionalidade de norma com efeitos “*ex tunc*”, ou para sua constitucionalidade.⁶⁷⁷

As clássicas soluções jurídicas polarizadas - tendo num dos extremos a declaração de constitucionalidade e noutro a declaração de inconstitucionalidade com pronúncia de nulidade “*ex tunc*”, já não mais atendem aos anseios sociais e tampouco respondem às demandas do constitucionalismo contemporâneo, marcado pela posição central da Constituição no ordenamento jurídico e pela necessidade de

⁶⁷⁶ OLIVEIRA, Rafael Tomaz; TASSINARI, Clarissa. Ativismo judicial e judicialização da política: notas para uma necessária diferenciação. In: GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; TOSTES DOS SANTOS, Márcio Gil. (Org.). **Constituição brasileira de 1988: reflexões em comemoração ao seu 25º aniversário**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 71-92.

⁶⁷⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 38-49.

manutenção de um perfeito equilíbrio entre teoria constitucional e democracia deliberativa. Há casos em que o Judiciário é chamado a ser legislador negativo e noutros é impelido a ser *legislador ativo*, o que ocorre quando julga mandados de injunção e ações diretas supridoras de omissão. Por isso, adverte Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “a Constituição justicializa o fenômeno político. Mas isso não ocorre sem a politização da justiça”.⁶⁷⁸

No marco do Estado Constitucional, que consagra a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a “politização do juiz” é uma necessidade incontestável, como ressalta Cappelletti:

Não pode mais se ocultar, tão facilmente, detrás da frágil defesa da concepção do direito como norma preestabelecida, clara e objetiva, na qual pode basear sua decisão de forma ‘neutra’. É envolvida sua responsabilidade pessoal, moral e política, tanto quanto jurídica, sempre que haja no direito abertura para escolha diversa. E a experiência ensina que tal abertura sempre ou quase sempre está presente.⁶⁷⁹

Juiz politizado, todavia, não significa necessariamente juiz ativista, ou seja, parcial, apartado da lei e substituto da Política. O juiz-político pode (e deve) continuar sendo imparcial, limitado e vinculado à Constituição, de modo que sua politização é tão-somente expressão, numa sociedade complexa, de um aumento das possibilidades de escolha e decisão, e não de um processo de negação ou recusa da legalidade constitucional, como preconiza Campilongo:

A função política do magistrado resulta desse paradoxo: o juiz deve, necessariamente, decidir e fundamentar sua decisão em conformidade com o direito vigente; mas deve, igualmente, interpretar, construir, formular novas regras, acomodar a legislação em face das influências do sistema político. Nesse sentido, sem romper com a clausura operativa do sistema (imparcialidade, legalismo e papel constitucional preciso) a magistratura e o sistema jurídico são cognitivamente abertos ao sistema político. Politização da magistratura, nesses precisos termos, é algo inevitável.⁶⁸⁰

⁶⁷⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder judiciário na constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça. **Revista de Direito Administrativo**, nº 198, p. 11, p. 1-17, out./dez. 1994. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/46407/46734>>. Acesso em: 01 set. 2018.

⁶⁷⁹ CAPPELLETTI, **Juizes legisladores**, op. cit., p. 33.

⁶⁸⁰ CAMPILONGO, op. cit., p. 61.

No marco do Estado Democrático de Direito, portanto, a neutralidade do juiz é visivelmente afetada, por estar ele posto diante de uma “corresponsabilidade no sentido de uma exigência de ação corretiva de desvios na consecução das finalidades a serem atingidas por uma política legislativa. Tal responsabilidade, que, pela clássica divisão dos poderes cabia exclusivamente ao Legislativo e Executivo, passa a ser imputada também à Justiça”.⁶⁸¹

3.2.4.1 Os Limites das Decisões no Estado Democrático de Direito

O ativismo judicial está associado a um ato de vontade de juízes e tribunais que decidem fora dos limites constitucionais⁶⁸² retirando “a decisão das mãos dos eleitores”.⁶⁸³

Embora esse fenômeno seja mais antigo do que se supõe,⁶⁸⁴ só recentemente despertou interesse da doutrina, sendo por vezes confundido com a judicialização da Política. Embora nos fenômenos ativismo e judicialização as consequências derivem de questões ou decisões políticas que deveriam ser tomadas por outros poderes do estado, acabam por ser decididas pelo Poder Judiciário, a origem e a natureza deles são distintas. Na judicialização da Política, as decisões acabam sendo afetadas ao Poder Judiciário por clara expansão das competências constitucionais conferidas a esse poder; no ativismo, o que se verifica é uma atuação para além destas mesmas competências.⁶⁸⁵

Também não se deve confundir *ativismo judicial* com a *criação judicial do direito*.

⁶⁸¹ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes. In: **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE**. Recife, n. 11, 2000. p. 345-359.

⁶⁸² TASSINARI, op. cit., p. 36.

⁶⁸³ SUNSTEIN, Cass. **Radicals in robes**: why extreme right-wing V Courts are wrong for America, 2005, p. 41-44.

⁶⁸⁴ “Foi com o historiador Arthur Schlesinger Jr., em uma matéria da revista *Fortune* intitulada *The Supreme Court: 1947*, que o termo *judicial activism* entrou no léxico não apenas jurídico, mas sobretudo político e popular” (KEENAN *apud* TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política*. **Revista Direito GV**, São Paulo, a. 8, n. 1, p. 37-58, jan./jun. 2012).

⁶⁸⁵ A judicialização da política divide-se em a) expansão do discurso legal, jargões, regras e procedimentos para a esfera política e para os fóruns de decisões políticas; b) judicialização das políticas públicas por meio do controle de constitucionalidade ou das revisões dos atos administrativos (ativismo judicial); e c) judicialização da política pura ou da política macro, que seria a transferência às Cortes de questões de natureza política e de grande importância para a sociedade, incluindo questões sobre legitimidade do regime político e sobre identidade coletiva que definem (ou dividem) toda a política (HIRSCHL, op. cit., p. 273).

A ideia de que o juiz possui certo poder criador (normativo), dinamizando um direito estático produzido pelo legislador, é aceita pacificamente pela Teoria do Direito e pela Hermenêutica.⁶⁸⁶

Sobre essa liberdade criadora dos juízes, particularmente no sistema norte-americano, que, entretanto envolve prerrogativas diferentes se comparado com o sistema constitucional brasileiro, é expressiva esta passagem de Alexander Pekelis, lembrado por Cappelletti:

Devemos recordar que em certo sentido, os Estados Unidos não têm uma Constituição escrita. As grandes cláusulas da Constituição americana, assim como as disposições mais importantes das nossas leis fundamentais, não contêm senão um apelo à decência e à sapiência daqueles a quem é confiada a responsabilidade de sua atuação. Dizer que a compensação deve ser justa, que a proteção da lei deve ser igual, que as penas não devem ser cruéis nem inusitadas, que as cauções e sanções pecuniárias não devem ser excessivas nem a investigação irrazoável, e que a privação da vida, da liberdade ou da propriedade não se pode determinar sem o devido processo legal, tudo isso nada mais significa do que autorizar a atividade de criação do direito, sobretudo do direito constitucional, por parte dos juízes, os quais são deixados livres para definir o que seja cruel, razoável, excessivo devido ou talvez igual.⁶⁸⁷

Ninguém nega que, de certo modo, quando decide, todo juiz sempre cria direito. O que deve ser investigado são os limites desse poder e até que ponto ele atinge a Política deslegitimando-a.

Conceitualmente, o ativismo judicial ocorre quando o Poder Judiciário, a pretexto de suprir omissões legislativas ou adotar “solução normativo-concretizadora”,⁶⁸⁸ acaba decidindo por política e não por princípios e criando direito novo. Esse tipo de interpretação implica na correção do sistema normativo e essa alteração pertence às fontes do Direito, não ao intérprete. Razões de segurança e defesa contra a arbitrariedade fundamentam esta conclusão, isso sem contar na necessidade de preservar “os alicerces da democracia representativa”.⁶⁸⁹

Para Inocêncio Mártires Coelho, no entanto, a ideia de criação e de interpretação do Direito não são conceitos contrapostos. Sem interpretação, segundo

⁶⁸⁶ CAPPELLETTI, **Juízes legisladores**, op. cit.; BRUTAU, José Puig. **La jurisprudencia como fuente del derecho**: interpretación creadora y arbitrio judicial. Barcelona: Bosch, 1951.

⁶⁸⁷ PEKELIS *apud* CAPPELLETTI, **Juízes legisladores**, op. cit., p. 67-69.

⁶⁸⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; MÁRTIRES COELHO, Inocêncio; GONET BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁶⁸⁹ STRECK, **Hermenêutica jurídica e(m) crise**, op. cit., p. 378.

o autor, não há aplicação de enunciados normativos, de modo que a atividade criativa judicial seria inevitável:

A essa luz, portanto, o ativismo judicial, pelo menos na forma e com os argumentos emocionais que usualmente se utilizam para combatê-lo, não passa de uma expressão nova com a qual se pretende rebatizar, acriticamente, a velha criação judicial do direito. Nada mais do que isso.⁶⁹⁰

Exemplo modelar de ativismo se deu por ocasião do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da Reclamação Constitucional nº 4.335/AC, no qual o Tribunal (mais uma vez) ressignificou o sentido do texto constitucional, quanto à (suposta) mutação do artigo 52, X, da Constituição Federal de 1988, dispositivo segundo o qual cabe ao Senado Federal “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF”.⁶⁹¹

A Reclamação Constitucional nº 4.335/AC foi ajuizada pela Defensoria Pública do Estado do Acre, perante o Supremo Tribunal Federal, em face de decisão proferida pelo Juízo da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco que indeferiu pedido de progressão de regime em favor de onze réus condenados pela prática de crimes hediondos.

A questão central discutida na Reclamação – e que interessa a essa tese – envolve os efeitos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade, se *erga omnes* ou *inter partes*.

Neste julgamento, os Ministros Gilmar Mendes, Eros Grau, Sepúlveda Pertence e Teori Zavascki, nortearam seus votos no sentido de que as decisões declaratórias de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso seriam dotadas de efeitos vinculantes. Desse modo, defendeu-se que, em razão de uma mutação constitucional na norma inscrita no artigo 52, X, da Constituição Federal de 1988, a função relativa à suspensão de execução da lei declarada inconstitucional pelo Senado Federal teria simples efeito de publicidade, evidenciando uma atuação meramente burocrática e política.⁶⁹²

⁶⁹⁰ MÁRTIRES COELHO, Inocêncio. Ativismo judicial ou criação judicial do direito? In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 475-498.

⁶⁹¹ BRASIL, **Reclamação 4335/AC**, op. cit.

⁶⁹² Loc. cit.

Como esclarece o Ministro Gilmar Mendes, em artigo publicado no ano de 2004, anteriormente, portanto, ao voto prolatado na Reclamação nº 4335:

É possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto [...]. Em verdade, a aplicação que o Supremo Tribunal Federal vem conferindo ao disposto no art. 52, X, CF, indica que o referido instituto mereceu uma significativa reinterpretação a partir da Constituição de 1988. É possível que a configuração emprestada ao controle abstrato pela nova Constituição, com ênfase no modelo abstrato, tenha sido decisiva para a mudança verificada, uma vez que as decisões com eficácia *erga omnes* passaram a se generalizar.⁶⁹³

Para o Ministro Eros Grau, o que foi denominado de mutação constitucional consistiu, na verdade, “não a atribuição de uma (nova) norma a um texto (*Sinngebung*), mas, sim a substituição de um texto por outro texto (construído pelo STF)”:⁶⁹⁴

[...] passamos em verdade de um texto [pelo qual] compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, a outro texto: “compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo”.⁶⁹⁵

A ideia de mutação constitucional sustentada nesse precedente é claramente um exemplo de ativismo judicial. Isso porque a mutação constitucional, como manifestação dos poderes constituídos, encontra certos limites, dentre os quais as possibilidades semânticas do texto, ou seja, devem ser respeitados os sentidos possíveis abarcados pela moldura da norma constitucional, e a preservação dos

⁶⁹³ MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informações Legislativas**, a. 41, n. 162, p. 149-168, abr./jun. 2004.

⁶⁹⁴ LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni; STRECK, Lenio Luiz. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Revista Argumenta**, n. 7, p. 45-68, 2007.

⁶⁹⁵ BRASIL, **Reclamação 4335/AC**, op. cit.

princípios fundamentais que estruturam a Constituição, como, por exemplo, a separação dos poderes.

O primeiro limite decorre da impossibilidade de se construir proposições (enunciados com sentido) se articulados na forma de uma estrutura linguística. No caso do limite semântico, ainda que se possa articular com o contexto e, portanto, com a dimensão pragmática, naquilo que Silva chama de *positivismo dialético*⁶⁹⁶, há um limite de sentido compartilhado que não se pode transcender, como adverte Streck:

Toda a interpretação começa com um texto, até porque, como diz Gadamer, se queres dizer algo sobre um texto, deixe primeiro que o texto te diga algo. O sentido exsurta de acordo com as possibilidades (horizonte de sentido) do intérprete em dizê-lo, d'onde pré-juízos falsos acarretarão graves prejuízos hermenêuticos.⁶⁹⁷

Quando se trata das competências constitucionais dos Poderes do Estado, como nesse caso, o segundo limite pode ser encontrado na advertência feita por Kelsen, para quem a matéria referente à separação de poderes, suas funções, seus agentes, suas prerrogativas, seus procedimentos mínimos de atuação, deve ser objeto de reserva de Constituição.⁶⁹⁸ Assim sendo, tratá-la em legislação ordinária, ou permitir que por mutação constitucional se possa atingir um princípio estruturante da Constituição, implicaria grande instabilidade nas relações institucionais entre os Poderes do Estado. Se assim não fosse, o jogo do poder não teria regras claras, precisas, garantidoras de segurança jurídica.⁶⁹⁹

No mesmo sentido, anota Canotilho:

A necessidade de uma permanente adequação dialéctica entre o programa normativo e a esfera normativa justificará a aceitação de transições constitucionais que, embora traduzindo a mudança de sentido de algumas normas provocado pelo impacto da evolução da realidade constitucional, não contrariam os princípios estruturais (políticos e jurídicos) da Constituição. o reconhecimento destas mutações constitucionais silenciosas ('stille verfassungswandlungen') é ainda um acto legítimo de interpretação constitucional.⁷⁰⁰

⁶⁹⁶ SILVA, **Curso de direito constitucional positivo**, op. cit., p. 18.

⁶⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz. Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do sujeito. **Revista Sequência**, n. 54, UFSC, Florianópolis, jul. 2007, p. 42.

⁶⁹⁸ KELSEN, **Teoria Geral do Direito e do Estado**, op. cit., p. 54.

⁶⁹⁹ BOBBIO, Norberto. **Governo dos homens ou governo das leis, o futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989, p. 151-171.

⁷⁰⁰ CANOTILHO, **Direito constitucional e a teoria da constituição**, op. cit., p. 1154.

A pretendida mutação do artigo 52, X, da Constituição Federal de 1988, resultaria numa clara usurpação de competência, em violação ao princípio da separação dos poderes, problema que é evidenciado por Streck:

[...] em determinadas situações, mutação constitucional pode significar, equivocadamente, a substituição do poder constituinte pelo Poder Judiciário. E, com isso, soçobra a democracia. E este nos parece ser o ponto principal da discussão acerca dos votos proferidos na aludida Reclamação 4335-5. Numa palavra, o processo histórico não pode, desse modo, delegar para o Judiciário a tarefa de alterar, por mutação ou ultrapassagem, a Constituição do País (veja-se, nesse sentido, só para exemplificar e esse é o ponto da presente discussão -, o “destino” dado, em ambos os votos, ao artigo 52, X, da Constituição do Brasil).⁷⁰¹

Para Streck, a mutação pretendida na Reclamação 4.335/AC levaria à alteração do próprio texto:

Passamos em verdade de um texto [pelo qual] compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, a outro texto: compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo.⁷⁰²

Esse ativismo utópico, alerta Streck, decorre de um “um problema comportamental, em que os juízes substituem os juízos ético-políticos (para dizer o mínimo) do poder Legislativo e do poder Executivo pelos seus próprios”. Segundo o autor, não pode o intérprete de forma discricionária imputar a um texto constitucional sentido desconexo, como se o texto fosse algo distinto e desatrelado a norma:

A afirmação de que o interprete sempre atribui sentido (*sinngebung*) ao texto, nem de longe pode significar a possibilidade deste estar autorizado a dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa, atribuindo sentidos de forma arbitrária aos textos, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem existência autônoma).⁷⁰³

⁷⁰¹ LIMA; DE OLIVEIRA; STRECK, A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso, op. cit., p. 19.

⁷⁰² Loc. cit.

⁷⁰³ STRECK, Lenio. Hermenêutica constitucional. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. CAMPILONGO, Celso Fernandes; FREIRE, André Luiz (Coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em:

O Poder Judiciário, ao realizar a adaptação interpretativa entre o texto constitucional e a realidade a ser operada tem a obrigação de não incorrer em decisionismos e arbitrariedades, evitando incursões insidiosas sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes,⁷⁰⁴ o que certamente configura violação do poder constituinte e violação da soberania popular.

3.2.4.2. A especificidade da Linguagem Jurídica, a Textura do Direito e o Esforço Hermenêutico para a Resposta Adequada ao Caso

A Ciência do Direito, ao contrário das ciências exatas, não trata com fenômenos que se ordenem independentemente da atividade do cientista. Bem ao contrário, o homem do Direito manipula especulativamente a realidade da vida social, fazendo incidir por sobre a própria mutabilidade, típica dos fenômenos sociais, sua subjetiva (e por isso também mutável) especulação, interpretação e sistematização.

Em tal contexto, a palavra assume, na Ciência Jurídica, importância idêntica (ou quase) à do pensamento. O Direito nos é dado a conhecer por meio de palavras, manifestadas em todos os sentidos: nas leis, nos atos judiciais e em outras formas diversas que não dispensam a ferramenta da linguagem para o conhecimento da matéria jurídica. Como ciência essencialmente relacional, ela fatalmente deve ser transmitida, e transmitida à coletividade. Por isto, a utilização da linguagem comum é recomendável ao jurista, porém somente quando não for possível a adoção da linguagem científica, porque, como adverte Galizia,

[...] o jurista, operando com enunciações linguísticas, deve formular uma linguagem científica, que, procurando adequar-se a uma maior exatidão e especificidade, tenda, contemporaneamente, a apartar-se, o menos possível, da linguagem comum.⁷⁰⁵

<<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/18/edicao-1/hermeneutica-constitucional>>. Acesso em: 01 set. 2018.

⁷⁰⁴ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁷⁰⁵ GALIZIA *apud* SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 119.

Abrigando a linguagem comum, não obstante, por vezes o Direito empresta a determinado vocábulo, quando implicado no contexto da Ciência Jurídica, um sentido o esse confinado, científico, portanto.

Quando o Direito não redefine a palavra, abriga-a com o sentido comum que timbra o uso. E como tal uso é evidentemente convencional, igualmente cambiável no tempo e no espaço, daí segue a nota de que o principal instrumento do jurista – a palavra – está marcado de indiscutível imprecisão, habitualmente apodada pelos filósofos do Direito.

Como observa Luhmann,⁷⁰⁶ há uma linguagem própria para o Direito mediante a qual ele se autorreproduz, independentemente do que se passa em seu entorno, seja no sistema político ou nos demais sistemas. Mesmo assim, com tal especificidade, a linguagem jurídica não deve assumir viés de hermetismo ou intangibilidade, mascarando a intenção, tornando os termos inteligíveis apenas para os iniciados no jargão jurídico.⁷⁰⁷

O sentido das palavras no mundo jurídico deve ser claro. E deve sê-lo, no Brasil, por força de uma norma legal vigente, a exigir dentre outros requisitos, clareza, precisão e ordem lógica nos textos normativos.⁷⁰⁸

Se por um lado a lei orienta a feitura de textos normativos, de modo a assegurar-lhes não apenas clareza e coerência interna, mas também precisão no emprego das palavras, o mesmo não ocorre em relação à interpretação jurídica.

Como foi possível observar no percurso analítico realizado até aqui, na ciência do Direito e na sua práxis, a interpretação é ato indispensável para a efetiva aplicação da norma.

⁷⁰⁶ LUHMANN, **Legitimação pelo procedimento**, op. cit., p. 17.

⁷⁰⁷ Em obra seminal, Cesare Beccaria criticou a obscuridade das leis ao dizer: “Enquanto o texto das leis não for um livro familiar, uma espécie de catecismo, enquanto forem escritas numa língua morta e ignorada do povo, e enquanto forem solenemente conservadas como misteriosos oráculos, o cidadão, que não puder julgar por si mesmo as consequências que devem ter os seus próprios atos sobre a sua liberdade e sobre os seus bens, ficará na dependência de um pequeno número de homens depositários e intérpretes das leis” (BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Paulo M. Oliveira. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015).

⁷⁰⁸ BRASIL. **Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998**: Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do artigo 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm>. Acesso em: 01 set. 2018.

O Direito, enquanto sistema sintático,⁷⁰⁹ pode ser definido como conjunto de normas que se relacionam entre si, formando um todo unitário e autônomo. Texto ou enunciado normativo nada mais é do que o uso da linguagem natural expressando um regramento das condutas humanas. Ocorre que o legislador nem sempre consegue traduzir em palavras escritas sua real intenção, merecendo ser o texto decodificado pelo intérprete com uso da hermenêutica que hoje está pautada na linguagem, como acreditam Ricoeur⁷¹⁰ e Gadamer:

Não precisamos, pois, demonstrar a tese de que todo entendimento é um problema de linguagem e de que o sucesso ou fracasso no entendimento só se obtém no elemento da condição de linguagem. Todos os fenômenos do entendimento, da compreensão e da incompreensão, que formam o objeto da assim chamada hermenêutica, representam um fenômeno de linguagem. Mas a tese que pretendo discutir dá um passo ainda mais radical. A tese afirma que não apenas o processo do entendimento entre os seres humanos, mas também o próprio processo da compreensão representa um acontecimento de linguagem mesmo que se volta para algum aspecto fora do âmbito da linguagem ou escuta a voz apagada da letra escrita [...].⁷¹¹

A interpretação jurídica nada mais é do que uma atividade orientada por um conjunto de regras e enunciados preestabelecidos,⁷¹² com base em critérios ou premissas filosóficas, metodológicas, epistemológicas no intuito de desvelar o sentido do discurso. Interpretar normas jurídicas é buscar no registro escrito que é o discurso jurídico “o sentido oculto no sentido aparente”,⁷¹³ porém sem esquecer que entre texto e norma não há uma equivalência e tampouco cisão, mas apenas “uma diferença ontológica”, porque “o ser é sempre o ser de um ente e o ente só o é no seu ser”.⁷¹⁴

Diante de um texto elaborado em época distanciada do momento da interpretação porta-se o juiz igual ao tradutor de uma obra produzida no estrangeiro,

⁷⁰⁹ No âmbito da semiótica, o signo pode ser estudado sob três dimensões: a sintaxe, a semântica e a pragmática. Na sintaxe (sistema sintático) leva-se em conta as relações formais existente entre os signos.

⁷¹⁰ RICOEUR, Paul. **O conflito das interpretações**: ensaios de hermenêutica. Rio de Janeiro: Imago; 1978.

⁷¹¹ GADAMER, **Verdade e método**, op. cit., p. 216.

⁷¹² Hermenêutica e interpretação não são termos equivalentes. A hermenêutica descobre e fixa os princípios que regem a interpretação, vale dizer, “a hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar” (MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 01).

⁷¹³ RICOEUR Paul. **Interpretação e ideologias**. 4. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves; 1990.

⁷¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 54, p. 29-46, jul. 2007.

mas da qual conhece a língua e o assunto do conteúdo e assim estabelece-se uma “conversação hermenêutica” envolvendo acordo sobre a compreensão do texto entre o tradutor e o autor original. Nesse diálogo silencioso tenha-se presente o alerta de Gadamer de que “O acordo na conversação implica que os interlocutores estejam dispostos a isso, abrindo espaço para acolher o estranho e o adverso”.⁷¹⁵

Apesar de o diálogo entre Ricoeur e Gadamer não ser ponto nuclear da tese, registre-se que aquele em muitos aspectos foi influenciado pelo pensamento deste, embora haja dissensão em alguns pontos.

Empenhado em “construir uma filosofia que enfrentasse os desafios colocados pelas ciências humanas”,⁷¹⁶ Ricoeur entende a hermenêutica não como ciência da compreensão linguística ou apenas como metodologia humanística (Dilthey) ou como uma fenomenologia da existência humana (Heidegger). Para Ricoeur, a filosofia não deve fechar os olhos para o grande avanço das ciências, dissentindo nesse ponto de Gadamer que estabelecia uma oposição entre verdade e método, ou, para empregar a terminologia de Dilthey, entre compreensão e explicação.

Ricoeur buscava compreender o ser humano a partir de uma hermenêutica enraizada no mundo. Via a hermenêutica compreendida em um processo que interpreta o conteúdo e o significado manifesto ou escondido. Em seu entendimento “a hermenêutica busca desvelar o significado para além do conteúdo manifesto”.⁷¹⁷

Na época de Montesquieu e até muito recentemente o conteúdo e o significado manifesto da lei podia permanecer escondido, pois ao intérprete-juiz cabia a exclusiva missão de explicar de forma mecânica as normas codificadas, as quais sequer poderiam ser objeto de interpretação, pois, conforme destaca Eduardo Garcia Máynez,⁷¹⁸ “a interpretação é, pois, partindo desse ponto de vista, esclarecimento dos textos, não interpretação do direito”.⁷¹⁹

⁷¹⁵ GADAMER, **Verdade e método**, op. cit., p. 501.

⁷¹⁶ COELHO, Carlos Cardoso. Fenomenologia e hermenêutica: a crítica de Paul Ricoeur à hermenêutica de Martín Heidegger. **Ensaaios filosóficos**, v. IX, maio 2014. Disponível em: <http://www.ensaaiosfilosoficos.com.br/Artigos/Artigo9/Carlos_Coelho.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2018.

⁷¹⁷ RICOEUR, **O conflito das interpretações**, op. cit.

⁷¹⁸ GARCIA MÁYNEZ, Eduardo. **Introducción al Estudio del Derecho**. 53. ed. México: Porrúa, 2002, p. 334

⁷¹⁹ “A concepção que orienta o método exegético, tanto como a que inspira o método gramatical, se baseia na ideia de que as leis conformam um universo significativo autossuficiente, do qual se pode inferir por atos de derivação racional as soluções para todo o tipo de conflito jurídico. Fundamentalmente supõe a figura de um juiz neutro, mecânico, não criativo. É uma crença mítica, plasmada em uma expressão retórica reiterativa, que ficou sempre no plano conceitual” (WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito**, v. 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 69-70).

Com o advento do constitucionalismo contemporâneo,⁷²⁰ o sentido da linguagem normativa deixou de ser aquele em que o juiz apenas esclarecia pontos obscuros da lei. O estudo de regras, critérios jurídico-procedimentais e, sobretudo princípios, redigidos formalmente passou a exigir uma interpretação dinâmica, em decorrência do reconhecimento de cláusulas legais ou constitucionais com elementos genéricos a exemplo de *dignidade, igualdade, família* e outros.

A Constituição é, essencialmente, composta de princípios e regras representativos de valores e ideologias existentes numa determinada sociedade. Esta é a razão pela qual na Constituição é possível observar, com maior nitidez, a proximidade existente entre o político e o jurídico. A Constituição é, antes de tudo, um pacto político.

A linguagem constitucional, assim, objetiva transmitir, sinteticamente, a rotulação ideológica e valorativa de determinado Estado. Como consequência, na interpretação da Constituição deve prevalecer o significado comum dos termos, pois a Constituição dirige-se, acima de tudo, ao povo. Ela é composta de termos abertos, ou seja, é formada por termos com significado flexível, que possibilitam ao intérprete a adaptação da norma à realidade.

Exemplo de adaptação do texto constitucional à realidade foi dado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4.277-DF⁷²¹ e da ADPF 132-RJ (convertida em ADI⁷²²). Neste julgamento, o tribunal reconheceu o *status* jurídico-familiar da união homoafetiva enquanto merecedora da proteção da união estável constitucionalmente consagrada com absoluta igualdade de direitos relativamente à união estável heteroafetiva.

Não resta dúvida de que a busca do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar é o que a doutrina denomina de “casos

Ver, também: BERGEL, Jean-Louis. **Teoria Geral do Direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 325.

⁷²⁰ STRECK, O que é isto, op. cit., p. 41.

⁷²¹ A ADI 4277 foi protocolada inicialmente como ADPF 178. A ação buscou a declaração de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Pediu, também, que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis fossem estendidos aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.

⁷²² Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, o governo do Estado do Rio de Janeiro (RJ) alegou que o não reconhecimento da união homoafetiva contraria preceitos fundamentais como igualdade, liberdade (da qual decorre a autonomia da vontade) e o princípio da dignidade da pessoa humana, todos da Constituição Federal. Com esse argumento, pediu que o STF aplicasse o regime jurídico das uniões estáveis, previsto no art. 1.723 do Código Civil, às uniões homoafetivas de funcionários públicos civis do Rio de Janeiro.

diffíceis”, para os quais, segundo Hart, a aplicação das regras jurídicas não deve ser procedimento automático de subsunção de fatos a normas, o que é por ele caracterizado como “o paraíso de conceitos” dos juristas⁷²³.

A textura aberta do Direito exige um esforço hermenêutico na busca da resposta adequada ao caso, sobretudo diante de um texto constitucional que “mais do que analítico, era casuístico, prolixo e corporativo”.⁷²⁴

Nessa ambiência, a atividade jurisdicional não se estabelece como operação lógico-dedutiva em inexorável subsunção do fato à norma, mas visando a combinar a máxima efetividade das garantias e dos direitos fundamentais, adaptando a literalidade do texto a uma postura jurídico-política concretizadora da justiça.

A interpretação da Constituição deve partir de uma conexão entre o texto e a realidade fática. Os conceitos jurídicos indeterminados do texto constitucional devem ser interpretados visando à consecução do bem-estar social, de sorte que a prestação jurisdicional põe-se para além do expressamente prescrito textualmente, em atividade concretizadora dos princípios consagrados dogmaticamente, mas sempre tomados contextualmente.⁷²⁵

No marco teórico do constitucionalismo contemporâneo toda interpretação é interpretação constitucional,⁷²⁶ considerando princípios e valores morais, fixando o sentido e redefinindo conceitos como os de família e em outras categorias que dificultam o entendimento e a aplicação ao caso concreto.

Segundo Spinoza, “A verdadeira definição de uma coisa qualquer não implica nem exprime nada além da natureza da coisa definida”.⁷²⁷

Definir, portanto, consiste em expressar a essência do objeto a ser definido. É realçar a natureza ou atribuir significados. Por meio dela, enumeram-se as propriedades de algo, delimitam-se seus contornos e suas características particulares.

⁷²³ HART, **O conceito de direito**, op. cit., p. 143.

⁷²⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. 2ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 26.

⁷²⁵ BARROSO, **Curso de direito constitucional contemporâneo**, op. cit., p. 310-311.

⁷²⁶ A interpretação constitucional, entendida no sentido estrito, seria somente aquela realizada na aplicação da Constituição, nunca esquecendo o caráter supremo que tem a Constituição relativamente ao restante do ordenamento jurídico, o que faz com que ela deva ser respeitada em toda a atividade jurídica e, conseqüentemente, em toda a atividade jurisdicional. Portanto, o conceito de interpretação constitucional utilizado neste tese deve ser tomado tanto no sentido dinâmico (ativo), de aplicação, quanto no sentido estático (passivo), de não aplicação, da Constituição. Com isto queremos dizer que a interpretação constitucional não se reduz apenas a fixar o sentido dos preceitos da norma fundamental, mas também o sentido constitucional do resto do ordenamento jurídico.

⁷²⁷ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 236.

A definição possibilita distinguir aquele conceito de outros que lhe guardam alguma semelhança. Constituição, constitucionalismo e novo constitucionalismo são conceitos afins, assemelhados, mas que possuem significação diversa.

Essa nova interpretação, envolvida por uma atmosfera teórica e ideológica de um novo tempo, foi muito percebida por Barroso:

A nova interpretação constitucional surge para atender às demandas de uma sociedade que se tornou bem mais complexa e plural. Ela não derrota a interpretação tradicional, mas vem para atender às necessidades deficientemente supridas pelas fórmulas clássicas. Tome-se como exemplo o conceito constitucional de família. Até a Constituição de 1988, havia uma única forma de se constituir família legítima, que era pelo casamento. A partir da nova Carta, três modalidades de família são expressamente previstas no texto constitucional: a família que resulta do casamento, a que advém das uniões estáveis e as famílias monoparentais. Contudo, por decisão do Supremo Tribunal Federal, passou a existir uma nova espécie de família: a que decorre de uniões homoafetiva. Veja-se, então, que onde havia unidade passou a existir uma pluralidade.⁷²⁸

Diante da impossibilidade de um texto abarcar todas as possibilidades aplicativas, somada ao elevado grau de abstração do texto constitucional, o caminho está naturalmente aberto para a discricionariedade judicial. A nova hermenêutica tem por finalidade evitar a discricionariedade, o que não significa uma proibição de interpretar, mesmo porque não existe cisão entre interpretação e aplicação. “O acontecer da interpretação ocorre a partir de uma fusão de horizontes (*horizontenverschmelzung*), porque compreender é sempre o processo de fusão dos supostos horizontes para si mesmos”.⁷²⁹

Essa nova linguagem ou linguagem progressiva da Constituição leva em conta a incorporação de um conjunto de novas categorias destinadas a lidar com situações mais complexas e plurais, características de uma sociedade moderna que prima pela dignidade da pessoa humana, anseia pela solidariedade e a exige segurança jurídica.

Assim, ainda segundo Barroso “nesse novo ambiente, mudam o papel da norma, dos fatos e do intérprete” e a solução dos casos concretos se dá argumentativamente à luz dos parâmetros fixados na norma e de elementos externos ao direito, como a moral”.⁷³⁰

⁷²⁸ BARROSO, **Curso de direito constitucional contemporâneo**, op. cit.

⁷²⁹ STRECK, **Verdade e consenso**, op. cit., p. 467.

⁷³⁰ BARROSO, **Curso de direito constitucional contemporâneo**, op. cit.

Na busca pela solução constitucionalmente adequada a partir dos elementos do caso concreto, no entanto, o intérprete deve respeitar os sentidos mínimo e máximo das palavras como limites à sua atuação criativa. Do contrário, a linguagem perderia a capacidade de comunicar ideias e se transformaria num mero instrumento.⁷³¹

A hermenêutica constitucional na contemporaneidade, resultante de uma remodelagem da concepção jusfilosófica positivista, com a superação da diferenciação entre Direito e Moral⁷³² e entre as dimensões do ser e do dever-ser⁷³³, bem como com o reconhecimento da normatividade dos princípios⁷³⁴, trouxe inevitavelmente a expansão do papel atribuído ao Poder Judiciário. Essa expansão, contudo, veio acompanhada de inúmeras críticas.

A primeira delas é de natureza política: magistrados não são eleitos e, por essa razão, não deveriam poder sobrepor sua vontade a dos agentes escolhidos pelo povo. Nesse sentido, Bruce Ackerman:

Enquanto compartilho muitas das últimas dúvidas de Bickel, minha objeção vai além de meras questões de eficácia. A visão profética da Corte é absolutamente inconsistente quanto aos princípios da democracia dualista. Mesmo se os juízes pudessem conquistar positivamente a aquiescência popular, esse tipo de transformação de cima para baixo representa o oposto das transformações de baixo para cima, valorizadas pelas democracias dualistas. Não é próprio da jurisdição especial dos juízes e juristas conduzir o povo progressivamente na direção de novos e elevados valores. Essa é a tarefa dos cidadãos que podem, após investir muita energia, ter sucesso (ou fracassar) na tarefa de obter o consentimento da maioria dos seus compatriotas. O que juízes e juristas podem fazer é preservar as conquistas da soberania popular durante os longos períodos da nossa existência pública, quando a cidadania não estiver mobilizada para grandes conquistas constitucionais.⁷³⁵

A segunda é uma crítica ideológica: o Judiciário seria um espaço conservador, de preservação das elites contra os processos democráticos majoritários. Uma

⁷³¹ STRECK, Lenio Luiz. **Compreender direito**: desvelando as obviedades do discurso jurídico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 59.

⁷³² HART, **O conceito de direito**, op. cit.

⁷³³ Kelsen, **Teoria pura do direito**, op. cit.

⁷³⁴ “Podemos tratar os princípios jurídicos da mesma maneira que tratamos as regras jurídicas e dizer que alguns princípios possuem obrigatoriedade de lei e devem ser levados em conta por juízes e juristas que tomam decisões sobre obrigações jurídicas. Se seguirmos essa orientação, deveremos dizer que ‘o direito’ inclui, pelo menos, tanto princípios como regras” (DWORKIN, **O império do direito**, op. cit., p. 46-47).

⁷³⁵ ACKERMAN, Bruce. **Nós o povo soberano**: fundamentos do direito constitucional. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 195.

terceira crítica diz respeito à capacidade institucional do Judiciário, que seria preparado para decidir casos específicos, e não para avaliar o efeito sistêmico de decisões que repercutem sobre políticas públicas gerais. E, por fim, a judicialização reduziria a possibilidade de participação da sociedade, por excluir os que não têm acesso aos tribunais.

Tais críticas partem de *procedimentalistas da jurisdição constitucional*⁷³⁶, defensores da ideia de que toda e qualquer atuação mais ativa do Poder Judiciário representaria desrespeito ao constituinte e à soberania popular responsável pela escolha dos legisladores.

Com efeito, Streck sustenta que as normas jurídicas não se fundamentam apenas moralmente, resultando também de negociações pragmáticas e políticas. Desta forma, a garantia dos procedimentos democráticos deve ser preservada para que as diferenças, a pluralidade de interesses, as posições divergentes consigam participar das discussões sobre a tomada de decisões.⁷³⁷

A crítica obviamente recai sobre a invasão da Política e da sociedade pelo Direito, valendo-se da interpretação da Política e do Direito à luz do discurso.⁷³⁸

Neste passo, os procedimentalistas⁷³⁹ somente admitem a alteração do texto constitucional no âmbito do legislativo, mesmo que a aplicação literal da norma conduza a graves injustiças. Acreditam também que a concessão de mais poderes ao Poder Judiciário, além dos reservados constitucionalmente, eleva o risco ao Estado Democrático de Direito e em alguns casos, ao coagir a atividade estatal, coloca em risco sua própria legitimidade.

Em campo diametralmente oposto, os substancialistas⁷⁴⁰ valorizando o conteúdo material da Constituição e lhe atribuindo caráter diretivo, postulam a

⁷³⁶ A prática jurídica está longe da postura substancialista – pela inefetividade da expressiva maioria dos direitos sociais previstos na Constituição – e da prática procedimentalista, pois distante da garantia da preservação dos procedimentos legislativos aptos a estabelecer a autonomia dos cidadãos. Prova disso é que o Legislativo é atropelado pelo decretismo do Executivo (STRECK, **Hermenêutica jurídica e(m) crise**, op. cit., p. 51).

⁷³⁷ STRECK, **Hermenêutica jurídica e(m) crise**, op. cit., p. 42.

⁷³⁸ Loc. cit.

⁷³⁹ Dentre os quais destacam-se: ELY, John Hartig **Democracy and distrust: a theory of judicial review**. Cambridge: Harvard University Press, 1995; HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**, op. cit. HÄBERLE, op. cit.

⁷⁴⁰ Para conferência, vide: RAWLS, John. **A theory of justice**. Cambridge: Belknap Press, 1999; RAWLS, John. **Liberalismo político**. São Paulo: Ática, 2000; DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1997; DWORKIN, Ronald. **Freedom's law: the moral reading of the American constitution**. Cambridge: Harvard University, 1996; DWORKIN, **O império do direito**, op. cit.

concretização da lei mediante vetores axiológicos que contemplam os direitos fundamentais, permitindo o avanço do Direito rumo a destino outrora reservados à Política, ganhando o Judiciário papel relevante na efetivação dos direitos fundamentais inscritos na Constituição.⁷⁴¹

Para um terceiro grupo, seguidor do pragmatismo na linguagem, que conta com expoentes como Wittgenstein, Austin, Grice e Strawson, e Atienza, “a linguagem é ação e, sobretudo, interação”, como se extrai dos estudos de Raquel Nigro ao argumentar em favor de uma versão pragmática da linguagem constitucional:

E linguagem é ação e, sobretudo, interação. Sendo assim, a interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão que constitui a significação de um texto. Portanto, na argumentação jurídica usada para justificar uma decisão, o julgador exerce uma atividade que não consiste meramente em descrever o significado previamente existente dos dispositivos. Sua atividade consiste, em grande parte, em constituir esses significados.⁷⁴²

O quanto foi exposto sugere ter havido uma alteração nos modos de enfrentar a interpretação constitucional e nesse novo modelo confrontam-se aqueles para quem “o judiciário só deve interferir quando a política falha”⁷⁴³ e os que acham que “o Legislativo é atropelado pelo *decretismo* do Executivo”.⁷⁴⁴

Adotando postura pragmática em relação à interpretação constitucional, Nigro adverte que o “[...] maior espaço para o intérprete implica também em uma maior responsabilidade quanto à qualidade da argumentação utilizada para justificar a decisão. Interpretar é construir a partir de algo já dado, portanto, reconstruir”⁷⁴⁵.

3.2.5 O Giro Linguístico-Hermenêutico em Gadamer e a (Necessária) Superação da Discricionariedade Judicial

⁷⁴¹ CAPPELLETTI, **Juizes Legisladores**, op. cit.

⁷⁴² NIGRO, Rachel. A decisão do STF sobre a união homoafetiva: uma versão pragmática da linguagem constitucional. **Direito, estado e sociedade**, n. 41, p. 157-183, jul./dez. 2012.

⁷⁴³ BARROSO, Luís Roberto. A ascensão política das supremas cortes e do judiciário. **Consultor Jurídico**, 06 jun. 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-jun-06/luis-roberto-barroso-ascensao-politica-supremas-cortes-judiciario>>. Acesso em: 01 set. 2018.

⁷⁴⁴ A isso o referido autor denomina crise de paradigmas do Direito e do Estado (STRECK, **Hermenêutica jurídica e(m) crise**, op. cit., p. 51).

⁷⁴⁵ NIGRO, Rachel. A decisão do STF sobre a união homoafetiva, op. cit.

No Direito, por intermédio da linguagem se exprime o lícito e o ilícito, o que corresponde à dignidade da pessoa humana e o que a nega ou a ignora, o razoável e o não razoável. Sem hermenêutica não há Direito, só texto. Quem se dispuser a buscar o Direito nos textos legais encontrará um Direito silente, pois somente a hermenêutica trará às normas a plenitude de seu sentido e alcance.

Considerando que tudo que é compreendido e representado pelo sujeito pode remeter a um processo hermenêutico e que o mundo vem à consciência através da palavra, sendo a linguagem já a primeira interpretação, a hermenêutica torna-se inerente não só à vida humana, mas também ao próprio Direito.

Sendo assim, porque razão o Direito e conseqüentemente a hermenêutica estariam imunes àquilo que Comparato chama de “magna lei da evolução universal”? É dele a observação:

O reconhecimento do princípio evolucionista, aqui como tudo em tudo o mais, veio transformar por completo as bases da epistemologia. Na tradição filosófica mais ponderosa, cujo paradigma sempre foi a teoria platônica dos arquétipos, as análises epistemológicas tendem a reduzir o cognoscível à sua essência estática e imutável. Hoje, porém, em qualquer quadrante da realidade, conhecer significa, antes de tudo, captar o sentido do processo evolutivo, imanente a todos os seres. Dito de outro modo, na linha da longa tradição filosófica que vai de Heráclito a Bergson e Heidegger, a essência dos seres não se enxerga nunca *sub specie aeternis*, mas *sub specie durationis*. A velha oposição aristotélica entre essência e existência tende a apagar-se. O ser existe no tempo, ou não existe e, portanto, não é.⁷⁴⁶

Tendo como pano de fundo a filosofia da consciência e alheia ao curso da história, ainda hoje a hermenêutica continua sendo considerada método de interpretação, apenas um instrumento para a realização do Direito.

Conforme ensina Streck, a insistência da doutrina em considerar a hermenêutica como método de interpretação é tributária da hermenêutica normativa de Emílio Betti, a qual é baseada numa forma metódica e disciplinada da compreensão:

Vê-se, pois, que de uma maneira ou outra, expressivos setores da doutrina brasileira trabalham (ainda) na perspectiva de que o processo

⁷⁴⁶ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. Direito constitucional: defesa da Constituição. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin, BARROSO, Luiz Roberto (org.) **Doutrinas essenciais Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais, v. 5), p. 150.

interpretativo possibilita que se alcance “o sentido exato da norma”, “o exclusivo conteúdo/sentido da lei”, “o verdadeiro significado do vocábulo”, “o real sentido da regra jurídica”, etc. Não é temerário afirmar que, explícita ou implicitamente, *sofrem a influência da hermenêutica de cunho objetivista de Emílio Betti.*⁷⁴⁷

No entanto, desde os estudos de Heidegger, a hermenêutica não pode mais ser entendida como instrumento capaz de tornar compreensível o objeto de estudo. Como devidamente observado por esse autor, a hermenêutica deriva do vocábulo grego *hermeneuein*, que remete ao deus Hermes, o mensageiro dos deuses⁷⁴⁸. Ao deus Hermes era dado transformar aquilo que a compreensão humana não alcançava em algo que conseguisse compreender. Ao traduzir em linguagem humana aquilo que foi dito pelos deuses, Hermes colocava um pouco de si e tirava um pouco dos deuses. Esse processo de interpretação comporta uma atribuição de sentido, que inevitavelmente é condição de possibilidade do processo hermenêutico e não somente um problema a ser superado. Essa é a razão pela qual não se pode identificar hermenêutica com interpretação. Na perspectiva heideggeriana a interpretação não diz do “tirar”, devendo ser entendida apenas como clarificação do sentido de um objeto.

Usando uma distinção heideggeriana, o homem não é meramente ôntico (no sentido de que existe como ser), mas ontológico (no sentido de que ele compreende o próprio ser). E o objetivo da hermenêutica deve ser justamente o de compreender os modos como o homem entende o mundo, permitindo evidenciar, descobrir, perceber qual o significado mais intrínseco daquilo que está na realidade manifesta, não só de um texto, mas também da linguagem. Nesse sentido, ensina Ernildo Stein:

A filosofia enquanto filosofia hermenêutica procura uma base para os processos cognitivos humanos que se dão na linguagem e diz que existe, desde cedo, um processo comum a todos os seres humanos que lhes permite se comunicarem através de uma linguagem, através dos discursos chamados assertóricos dos discursos que trabalham com enunciados e que esta condição de possibilidade vem da compreensão, de uma compreensão determinada. A compreensão faz parte do modo de ser do homem. Ela é dada como estrutura prévia de sentido.⁷⁴⁹

⁷⁴⁷ STRECK, **Hermenêutica jurídica e(m) crise**, op. cit., p. 133.

⁷⁴⁸ HEIDEGGER, Martin. **Ser y tempo**. Trad. Jorge Eduardo Rivera Cruchaga. Santiago: Universitária, 1997, p. 172.

⁷⁴⁹ STEIN, Ernildo Jacob. **Aproximações sobre hermenêutica**. Porto Alegre: Edipucrs, 1996, p. 33.

Em Heidegger, a compreensão não é um modo de conhecer que se possa disciplinar através de regras ou normas, tão pouco um método científico, mas a própria existência.

De acordo com Streck:

A partir de Heidegger a hermenêutica terá raízes existenciais porque se dirige para compreensão do *ser-dos-entes*. Se nos paradigmas anteriores vigia a crença de que primeiro interpretamos – através de um método – para depois compreender, Heidegger nos mostra a partir da descrição fenomenológica realizada pela analítica existencial em *Ser e Tempo* que compreendemos para interpretar.⁷⁵⁰

Com Heidegger, a hermenêutica deixa de ser normativa para ser filosófica. Ao defender a característica particular da linguagem como linguagem do ser, aquém e além de todo esclarecimento filosófico que se deu até então, Heidegger apresenta a compreensão não em termos de um caráter epistemológico, mas, sim, existencial⁷⁵¹.

A partir dos estudos de Heidegger, Hans-Georg Gadamer consolida as bases do que viria a ser a “era da hermenêutica”⁷⁵². Com Gadamer, a tarefa hermenêutica não é mais desenvolver um procedimento para a compreensão, mas “esclarecer as condições sob as quais surge a compreensão”⁷⁵³.

Seguindo a matriz heideggeriana, Gadamer afirma que “ser que pode ser compreendido é a linguagem”⁷⁵⁴, frase que sintetiza o projeto hermenêutico gadameriano, segundo afirma Streck:

Embora a frase “*ser que pode ser compreendido é a linguagem*” não esteja no início de *Verdade e Método*, entendo que é por ela que se pode/deve começar a analisar sua obra e a sua pretensão hermenêutica. De pronto, a partir disso, é possível dizer que Gadamer parte (heideggerianamente) da premissa de que a linguagem não é uma terceira coisa que se interpõe entre sujeito e objeto, ou seja, na concepção hermenêutica de Gadamer *não há espaço para a dicotômica relação epistemológica sujeito-objeto*, na qual o sujeito se

⁷⁵⁰ STRECK Luiz Lenio, **Hermenêutica jurídica e(m) crise**, op. cit., p. 241.

⁷⁵¹ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Trad. revisada e apresentação Márcia Sá Cavalcanti Schuback; posfácio de Emmanuel Carneiro Leão. 3. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2008c., p. 33.

⁷⁵² STRECK, **Hermenêutica jurídica e(m) crise**, op. cit., p. 244.

⁷⁵³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3ª edição, Petrópolis: Vozes, 1997, p. 442.

⁷⁵⁴ Ibid. p. 556.

contrapõe a um objeto entendido como simples presença.⁷⁵⁵

Ocorre, assim, a incursão da filosofia pela linguagem. A linguagem passa a ser uma possibilidade e autoriza, segundo Stein, extrair três teses defendidas pelo projeto hermenêutico gadameriano:

Primeiro: o objeto hermenêutico é determinado linguisticamente, ou ainda, o objeto hermenêutico é constituído pela lingualidade; *segundo*, o processo hermenêutico, o processo de compreensão e interpretação é também determinado pela linguagem; *terceiro*, a linguagem forma o horizonte de uma ontologia hermenêutica⁷⁵⁶.

Desse modo, dois milênios de pensamentos metafísicos começam a ser substituídos em algumas décadas. Se antes os sentidos estavam nas coisas (metafísica clássica) ou na mente (metafísica moderna), a partir deste giro linguístico-ontológico os sentidos passam e se dar *na* e *pela* linguagem.

A linguagem na esfera da Hermenêutica Filosófica de Gadamer constitui mediação na totalidade da experiência do ser. Para o autor, o que é não pode ser jamais compreendido em sua integralidade, pois, para tudo que uma linguagem desencadeia, ela sempre remete para além do que foi exposto como tal. O ser não pode ser compreendido na sua totalidade, não podendo, assim, existir uma pretensão de totalidade na interpretação.

Gadamer propõe expor a verdade como um acontecer, o qual já está embebido pela tradição⁷⁵⁷, trazendo algumas noções essenciais que aqui devem ser pontuadas, sem qualquer pretensão de esgotar o tema.

A primeira noção é o *horizonte histórico*, que é o resultado dialético do contraste entre o passado e o presente. Nas palavras da Gadamer:

O horizonte próprio do intérprete é determinante, mas não como ponto de vista ao qual a pessoa se apega ou pelo qual se impõe, senão como uma opinião e uma possibilidade posta em jogo e que lhe ajuda a

⁷⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**, op. cit., p. 260-261.

⁷⁵⁶ STEIN, Ernildo Jacob. Aproximações sobre hermenêutica. Porto Alegre: Edipucrs, 1996, p. 74, In: STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**, op. cit., p. 261.

⁷⁵⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução por Enio Paulo Giachini. 10 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008. p. 34.

apropriar-se daquilo que vem dito no texto.⁷⁵⁸

O acesso do intérprete ao mundo se dá a partir do seu ponto de vista, de sua situação hermenêutica. Assim, não há possibilidade de compreender algo que se crie à margem das pré-compreensões advindas de um horizonte histórico. Não se conhece algo na sua plenitude, mas algo enquanto algo.

A segunda noção é a *fusão de horizontes* . Segundo Gadamer, não se pode isolar o intérprete do objeto hermenêutico. O sentido não existe apenas do lado do texto, nem somente no lado do intérprete, mas como evento que se dá em duplo percurso: do texto ao intérprete e do intérprete ao texto.

O entendimento, portanto, implica fundir o horizonte do intérprete com o horizonte daquele que é interpretado. Na noção de fusão de horizontes, existe a concepção de que a verdade do texto não está na submissão incondicionada à opinião do autor e nem somente nos pré-conceitos do intérprete, mas senão na fusão de horizontes de ambos. Nas palavras de Gadamer:

Importa que nos mantenhamos longe do erro de que o que determina e limita o horizonte do presente é um acervo fixo de opiniões e valorações, e que face a isso a alteridade do passado se destaca como um fundamento sólido. Na verdade, o horizonte do presente está num processo de constante formação, na medida em que estamos obrigados a pôr à prova constantemente todos os nossos preconceitos⁷⁵⁹.

Convém atentar para a advertência de Gadamer a nos dizer que o intérprete, para compreender o significado de um texto – embora deva olhar o passado e atentar para a tradição – não pode ignorar-se a si mesmo nem desprezar a concreta situação hermenêutica em que se encontra, pois o *ato de concretização* de toda norma jurídica ocorre no presente em que ela foi produzida.⁷⁶⁰

Ao afirmar que interpretação constitucional é concretização, Hesse deixa clara a influência da Hermenêutica Filosófica de Gadamer no seu pensamento:

Concretização pressupõe um “entendimento” do conteúdo da norma a

⁷⁵⁸ Idem ibidem, p. 404.

⁷⁵⁹ Idem ibidem.

⁷⁶⁰ Idem Ibidem, p. 396-401.

ser concretizada. Essa não se deixa desatar da “(pré)-compreensão” do intérprete e do problema concreto a ser resolvido, a cada vez.

a) O intérprete não pode compreender o conteúdo da norma de um ponto situado fora da existência histórica, por assim dizer, arquimédico, senão somente na situação histórica concreta, na qual ele se encontra, cuja maturidade informou seus conteúdos de pensamento e determina seu saber e seu (pré)-juízo. Ele entende o conteúdo da norma de uma *(pré)-compreensão*, que primeiramente lhe torna possível olhar a norma com certas esperanças, projetar-se um sentido do todo e chegar a um anteprojeto que, então, em penetração mais profunda, carece de confirmação, correção e revisão até que, como resultado permanente dos projetos revisados, cada vez, ao “objeto”, determine-se univocamente a unidade de sentido.⁷⁶¹

A fusão de horizontes também implica outro tipo de fusão, aquela que ocorre entre a compreensão, interpretação e aplicação. Numa inversão da posição clássica, de que primeiramente vem a interpretação para depois acontecer a compreensão, em Gadamer compreende-se para interpretar, advertindo-se, porém, que “a aplicação não é uma etapa derradeira e eventual do fenômeno da compreensão, mas um elemento que a determina desde o princípio e no seu conjunto”.⁷⁶²

A terceira noção é a da *história efetual*, que além de condicionar, controla a fusão de horizontes. Independentemente da vontade do intérprete, toda compreensão é histórica e todo compreender se incorpora ao processo histórico. Nas palavras de Gadamer.

Cada época entende um texto transmitido de uma maneira peculiar, pois o texto constitui parte do conjunto de uma tradição pela qual cada época tem um interesse objetivo e na qual tenta compreender a si mesma. O verdadeiro sentido de um texto, tal como se apresenta a seu intérprete, não depende do aspecto puramente ocasional que representam o autor e seu público originário. Ou, pelo menos, não se esgota nisso. Pois esse sentido está sempre determinado também pela situação histórica do intérprete e, por consequência, pela totalidade do processo histórico.⁷⁶³

Gadamer alerta, porém, que a autoridade da tradição não tira a liberdade do intérprete, pois, ao ser racionalmente conhecida, pode ser controlada:

Não é só a tradição e a ordem de vida natural que formam a unidade do mundo em que vivemos como homens; o modo como nos

⁷⁶¹ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha** Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 61-62.

⁷⁶² GADAMER, **Verdade e método I**, op. cit., p. 396-401.

⁷⁶³ Idem *ibidem*, p. 366.

experimentamos uns aos outros e como experimentamos as tradições históricas e as construções naturais de nossas experiências e do nosso mundo formam um autêntico universo hermenêutico com respeito ao qual nós não estamos encerrados entre barreiras insuperáveis senão abertos a ele⁷⁶⁴.

Não se pretende aqui esgotar todas as noções básicas da vasta obra desse filósofo. No entanto, convém lembrar, por fim, que Gadamer problematiza o método como caminho para a verdade, o que não significa que não reconheça a importância desse desenvolvimento do campo científico. Para o autor, contudo, a hermenêutica não é uma questão de método, pois o método é apenas uma predicação da proposição já compreendida. Quando se lança mão do método, já se compreendeu. O método chega sempre tarde.

Pela Hermenêutica Filosófica de Gadamer, a questão interpretativa deixa de se colocar como um problema metodológico, para ser um problema filosófico. A hermenêutica deixa de ser um método para se tornar uma ontologia, permitindo ao intérprete do Direito o poder de elucidar novos sentidos sobre o problema da interpretação, defrontando de forma realista a tarefa que se coloca diante dele; permitindo também que o intérprete se conscientize do novo Direito que se manifesta a partir do problema interpretativo. O novo, nesse caso, representa a possibilidade real de superação de antigos paradigmas, especialmente o metafísico-essencialista.

⁷⁶⁴ Idem *ibidem*, p. 26.

4 O IMPEACHMENT E A (IN)DISTINÇÃO ENTRE DIREITO E POLÍTICA

A responsabilização de uma das mais destacadas autoridades da República – o seu Presidente - é tema delicado e que merece atenção da comunidade jurídica, pois repercute de modo direto na Política e no Direito, especialmente em países que vivem um “presidencialismo de coalização”.⁷⁶⁵

O *impeachment* foi escolhido como caso de estudo por ser a face mais visível da investigação sobre a (in) distinção entre Direito e Política, o que será feito tanto na perspectiva da hermenêutica filosófica, quanto da teoria funcional-sistêmica.

Pretende-se examinar o processo do *impeachment* havido no Brasil em 2016 em consideração à “realidade linguística e não linguística, normativa e não-normativa, em que se insere a Constituição”.⁷⁶⁶

Portanto, a abordagem do tema será realizada pelo método fenomenológico, através do qual se reconstrói o problema jurídico a partir da sua história institucional, visando ao desvelamento da sua verdadeira face.⁷⁶⁷

4.1. O IMPEACHMENT NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: A NARRATIVA DO “CASO DILMA”.

⁷⁶⁵ A expressão “presidencialismo de coalização” tem sido frequentemente difundida nos meios acadêmicos para caracterizar o regime político-institucional estabelecido no Brasil desde a promulgação da Constituição de 1988. Essa noção tem respaldado a ideia de que o país estaria passando, nos últimos anos, por um processo de “consolidação” da democracia. O texto pioneiro que cunhou a expressão foi o artigo escrito por Sérgio Abranches (ABRANCHES, Sergio. Presidencialismo de coalização: o dilema institucional brasileiro. *Revista de Ciências Sociais*, v. 31, n. 1, Rio de Janeiro, IUPERJ, 1998, p. 3-55).

⁷⁶⁶ SILVA, **Comentário contextual à constituição**, op. cit.

⁷⁶⁷ Para que algo se mostre, segundo Gadamer, “é necessário um desentranhamento do encoberto, a fim de que possa chegar a mostrar-se. Portanto, a palavra fenomenologia não significa apenas descrição daquilo que é dado, mas inclui a supressão do encobrimento que não precisa consistir apenas em falsas construções teóricas” (GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em retrospectiva: a virada hermenêutica**, v. II. Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 16).

De acordo com a Constituição Federal de 1988 e a Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950,⁷⁶⁸ o processo de *impeachment* do Presidente da República é bifásico, contemplando a apreciação tanto da Câmara dos Deputados quanto do Senado Federal. Permite-se, assim, que a grave deliberação de destituição do chefe do Poder Executivo seja examinada e decidida pelas duas casas do Congresso Nacional, o que se compatibiliza com a sistemática constitucional do bicameralismo no Brasil.

A Câmara dos Deputados é o órgão competente para receber a denúncia e realizar o juízo político de admissibilidade, nos termos dos arts. 51, I, e 86, *caput*, da Constituição Federal de 1988. Atendido o quórum qualificado de dois terços de seus membros para a admissibilidade, o Senado Federal torna-se o órgão competente para processar e julgar o Presidente da República, nos termos do artigo 52, I, da Constituição Federal de 1988.

Até então não se pode falar, a rigor, em processo propriamente dito. Este só se instaura após o recebimento da denúncia no Senado Federal. Daí que a autorização política da Câmara dos Deputados configura pressuposto processual para o recebimento da denúncia.

No dia 02 de dezembro de 2015, o então Presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Consentino da Cunha, recebeu o pedido de *impeachment* da então Presidente da República, Dilma Vana Rousseff, elaborado e protocolizado pelos cidadãos⁷⁶⁹ Hélio Pereira Bicudo, Miguel Reale Júnior e Janaina Conceição Paschoal, cujos fundamentos diziam respeito às seguintes condutas: crime de responsabilidade⁷⁷⁰ pela abertura de créditos suplementares por decreto presidencial, sem autorização do Congresso Nacional⁷⁷¹ e quando já, supostamente, sabia do

⁷⁶⁸ BRASIL. **Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950**: Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1079.htm>. Acesso em: 01 set. 2018.

⁷⁶⁹ A denúncia pode ser apresentada por qualquer cidadão, conforme prevê o artigo 14 da Lei nº 1.079/1950, que assim dispõe: “É permitido a qualquer cidadão denunciar o Presidente da República ou Ministro de Estado, por crime de responsabilidade, perante a Câmara dos Deputados”.

⁷⁷⁰ O crime de responsabilidade, segundo os denunciantes, estava configurado também pelo descumprimento do artigo 4º da Lei 12.952 de 2014 (Lei Orçamentária Anual LOA), que determinou que a abertura de créditos suplementares (ou adicionais) estava condicionada ao alcance da meta de resultado primário (poupança) estabelecida.

⁷⁷¹ O que configuraria, em tese, os crimes de responsabilidade previstos no artigo 10, números 4 e 6, da Lei nº 1.079/1950, *in verbis*:

Artigo 10. São crimes de responsabilidade contra a lei orçamentária:

[...]

4. Infringir, patentemente, e de qualquer modo, dispositivo da lei orçamentária;

[...]

descumprimento da meta fiscal prevista na Lei de Diretrizes Orçamentárias; crime de responsabilidade pela contratação ilegal de operações de crédito⁷⁷², que viriam a ser conhecidas como “pedaladas fiscais”; e, por fim, crime de responsabilidade pelo não registro de valores no rol de passivos da dívida líquida do setor público.⁷⁷³

No mesmo dia, o Presidente da Câmara dos Deputados recebeu e acatou a denúncia,⁷⁷⁴ determinando a sua leitura no expediente da sessão seguinte à publicação da decisão com à remessa da Comissão Especial de que tratam os arts. 19 da Lei nº 1.079/50⁷⁷⁵ e 218, § 2º, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.⁷⁷⁶

No dia 03 de dezembro de 2015, o Partido Comunista do Brasil impetrou uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) no Supremo Tribunal Federal,⁷⁷⁷ com pedido de medida cautelar, em face da Lei nº 1.079/50, cuja relatoria foi atribuída, por sorteio, ao Ministro Edson Fachin, com o objetivo de realizar uma filtragem constitucional⁷⁷⁸ da referida lei.

6. ordenar ou autorizar a abertura de crédito em desacordo com os limites estabelecidos pelo Senado Federal, sem fundamento na lei orçamentária ou na de crédito adicional ou com inobservância de prescrição legal (incluído pela Lei nº 10.028, de 2000).

⁷⁷² O que configuraria, em tese, os crimes de responsabilidade previstos no artigo 11, números 2 e 3, da Lei nº 1.079/50:

Artigo 11. São crimes contra a guarda e legal emprego dos dinheiros públicos:

[...]

2. abrir crédito sem fundamento em lei ou sem as formalidades legais;

3. contrair empréstimo, emitir moeda corrente ou apólices, ou efetuar operação de crédito sem autorização legal

⁷⁷³ O que configuraria, em tese, os crimes de responsabilidade previstos no artigo 10, número 4, da Lei nº 1.079/50:

Artigo 10. São crimes de responsabilidade contra a lei orçamentária:

[...]

4. Infringir, patentemente, e de qualquer modo, dispositivo da lei orçamentária.

⁷⁷⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Decisão da Presidência de 02/12/2015**: Acata denúncia apresentada por Hélio Pereira Bicudo, Miguel Reale Júnior, Janaina Conceição Paschoal e outros contra a Presidente da República, Dilma Vana Roussef, atribuindo-lhe a prática de crime de responsabilidade. Disponível em: <

<http://www2.camara.leg.br/legin/int/dpsn/2015/decisaodapresidencia-57098-2-dezembro-2015-782051-publicacaooriginal-148875-cd-presi.html>>. Acesso em: 01 set. 2018.

⁷⁷⁵ Artigo 19. Recebida a denúncia, será lida no expediente da sessão seguinte e despachada a uma comissão especial eleita, da qual participe observada a respectiva proporção, representantes de todos os partidos para opinar sobre a mesma.

⁷⁷⁶ Artigo 218. É permitido a qualquer cidadão denunciar à Câmara dos Deputados o Presidente da República, o Vice-Presidente da República ou Ministro de Estado por crime de responsabilidade.

[...]

§ 2º Recebida a denúncia pelo Presidente, verificada a existência dos requisitos de que trata o parágrafo anterior, será lida no expediente da sessão seguinte e despachada à Comissão Especial eleita, da qual participem, observada a respectiva proporção, representantes de todos os Partidos.

⁷⁷⁷ BRASIL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 378/DF**, op. cit.

⁷⁷⁸ Para exata compreensão da utilização das normas constitucionais como filtro (filtragem constitucional), ver: SCHIER, Paulo Roberto. **Filtragem constitucional**: construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: SAFE, 1999, p. 103.

Em 08 de dezembro de 2015, foi eleita Comissão Especial, formada por 65 Deputados Federais titulares e mais 65 suplentes, com a função de analisar a denúncia e emitir parecer sobre a procedência ou não das acusações.

Para evitar a prática de atos que pudessem ser eventualmente invalidados pelo Supremo Tribunal Federal, o Relator deferiu a medida cautelar para suspender a instalação da Comissão Especial, bem como de eventuais prazos, até a decisão do Tribunal. Em razão da relevância e da urgência do caso, o Relator pediu ao Presidente do Supremo Tribunal Federal dia para julgamento da ação na primeira sessão ordinária do Tribunal Pleno, o que efetivamente ocorreu no dia 17 de dezembro de 2015, ocasião em que o Plenário da Corte julgou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 378.

Mantendo o mesmo rito seguido em 1992 no caso do *impeachment* do ex-Presidente Fernando Collor, o tribunal, por maioria e nos termos do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, decidiu basicamente três questões centrais: (i) impediu a apresentação de candidaturas ou chapas avulsas para a formação da comissão especial; (ii) definiu que a votação para a formação de tal comissão somente pode se dar por voto aberto e (iii) afirmou a competência do Senado para deliberar sobre a instauração ou não do processo, em votação do Plenário, por maioria simples de votos.⁷⁷⁹

⁷⁷⁹ Consta da parte dispositiva do Acórdão: Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, rejeitou as preliminares e conheceu da ação. O Tribunal, nos termos do voto do Ministro Roberto Barroso, que redigirá o acórdão: quanto ao item **A**, por unanimidade, indeferiu o pedido para afirmar que não há direito à defesa prévia ao ato do Presidente da Câmara; quanto ao item **B**, por unanimidade, deferiu parcialmente o pedido para estabelecer, em interpretação conforme à Constituição do artigo 38 da Lei nº 1.079/1950, que é possível a aplicação subsidiária dos Regimentos Internos da Câmara e do Senado ao processo de *impeachment*, desde que sejam compatíveis com os preceitos legais e constitucionais pertinentes; quanto ao item **C**, por maioria, deferiu parcialmente o pedido para (1) declarar recepcionados pela Constituição Federal de 1988 os artigos 19, 20 e 21 da Lei nº 1.079/1950, interpretados conforme à Constituição, para que se entenda que as “diligências” e atividades ali previstas não se destinam a provar a improcedência da acusação, mas apenas a esclarecer a denúncia; e (2) para declarar não recepcionados pela Constituição Federal de 1988 o artigo 22, *caput*, 2ª parte [que se inicia com a expressão “No caso contrário...”], e §§ 1º, 2º, 3º e 4º, da Lei nº 1.079/1950, que determinam dilação probatória e segunda deliberação na Câmara dos Deputados, partindo do pressuposto que caberia a tal casa pronunciar-se sobre o mérito da acusação, vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator), Dias Toffoli e Gilmar Mendes; quanto ao item **D**, por unanimidade, indeferiu o pedido, por reconhecer que a proporcionalidade na formação da comissão especial pode ser aferida em relação aos partidos e blocos partidários; quanto ao item **E**, por maioria, deferiu integralmente o pedido, para estabelecer que a defesa tem o direito de se manifestar após a acusação, vencido o Ministro Marco Aurélio; quanto ao item **F**, por unanimidade, deferiu integralmente o pedido, para estabelecer que o interrogatório deve ser o ato final da instrução probatória; quanto ao item **G**, por maioria, deferiu parcialmente o pedido para dar interpretação conforme a Constituição ao artigo 24 da Lei nº 1.079/1950, a fim de declarar que, com o advento da Constituição Federal de 1988, o recebimento da denúncia no processo de *impeachment* ocorre apenas após a decisão do Plenário do Senado Federal, vencidos, nessa parte, os Ministros Edson Fachin (Relator), Dias Toffoli e Gilmar

Definidos os principais aspectos do processo de *impeachment* pelo Supremo Tribunal Federal, a controversa votação feita na Câmara dos Deputados – com votação secreta e com chapas avulsas⁷⁸⁰ – teve que ser refeita.

No dia 11 de abril de 2016, a Comissão Especial concluiu seus trabalhos recomendando, por 38 votos 27, a abertura de processo contra a Presidente da República pela prática de crime de responsabilidade.

Em sessão deliberativa extraordinária realizada em 17 de abril de 2016 (um domingo), o Plenário da Câmara dos Deputados autorizou a abertura de processo contra a Presidente da República, por crime de responsabilidade, mediante voto favorável de 367 (trezentos e sessenta e sete) de seus membros, em virtude da abertura de créditos suplementares por Decreto Presidencial, sem a autorização do Congresso Nacional (Constituição Federal de 1988, artigo 85, IV e artigo 167, V; e Lei nº 1.079/1950, artigo 10, item 4 e artigo 11, item 2), e da contratação ilegal de operações de crédito (Lei nº 1.079/1950, artigo 11, item 3).⁷⁸¹

Mendes, e declarar que a votação nominal deverá ser tomada por maioria simples e presente a maioria absoluta de seus membros, vencidos, nesse ponto, os Ministros Edson Fachin (Relator), Gilmar Mendes e Marco Aurélio; quanto ao item **H**, por maioria, deferiu parcialmente o pedido para declarar constitucionalmente legítima a aplicação analógica dos arts. 44, 45, 46, 47, 48 e 49 da Lei nº 1.079/1950 – os quais determinam o rito do processo de *impeachment* contra Ministros do Supremo Tribunal Federal e o Procurador-Geral da República – ao processamento no Senado Federal de crime de responsabilidade contra Presidente da República, vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator), Dias Toffoli e Gilmar Mendes; quanto ao item **I**, por maioria, deferiu integralmente o pedido para declarar que não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988 os arts. 23, §§ 1º, 4º e 5º; 80, 1ª parte; e 81, todos da Lei nº 1.079/1950, porque estabelecem os papéis da Câmara e do Senado Federal de modo incompatível com os arts. 51, I; 52, I; e 86, § 1º, II, da Constituição Federal de 1988, vencidos, em menor extensão, os Ministros Edson Fachin (Relator), Dias Toffoli e Gilmar Mendes; quanto ao item **J**, por unanimidade, indeferiu o pedido para afirmar que os senadores não precisam se apartar da função acusatória; quanto ao item **K**, por unanimidade, indeferiu o pedido para reconhecer a impossibilidade de aplicação subsidiária das hipóteses de impedimento e suspeição do CPP relativamente ao Presidente da Câmara dos Deputados. Quanto à cautelar incidental (candidatura avulsa), por maioria, deferiu integralmente o pedido para declarar que não é possível a formação de comissão especial a partir de candidaturas avulsas, vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator), Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Celso de Mello. Quanto à cautelar incidental (forma de votação), por maioria, deferiu integralmente o pedido para reconhecer que a eleição da comissão especial somente pode se dar por voto aberto. Vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator), Teori Zavascki, Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Celso de Mello. O Tribunal, por maioria, resolveu questão de ordem suscitada da tribuna para reafirmar o *quorum* de maioria simples para deliberação do Senado quanto ao juízo de instauração do processo, vencidos os Ministros Edson Fachin e Marco Aurélio, que estabeleciam o *quorum* de 2/3. Ausente, nesta deliberação, o Ministro Gilmar Mendes. Ao final, o Tribunal, por unanimidade, converteu o julgamento da medida cautelar em julgamento de mérito. Ausente, nesta questão, o Ministro Gilmar Mendes. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 17.12.2015 (BRASIL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 378/DF**, op. cit).

⁷⁸⁰ Na composição da Comissão Especial de Deputados sobre *impeachment*, a oposição ao presidente da Câmara, por discordar da forma com que o colegiado foi composto, decidiu lançar uma “chapa avulsa”. Foram deputados que se lançaram como candidatos independentes das lideranças partidárias.

⁷⁸¹ Contra esta decisão, a Presidenta da República impetrou mandado de segurança no STF, cuja liminar foi indeferida em 11 de maio de 2016 (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 34.193/DF**. Impetrante: Presidente da República. Impetrado: Presidente da Câmara dos

Ao chegar no Senado Federal, foi constituída uma nova Comissão Especial com 42 Senadores, sendo 21 titulares e 21 suplentes, para os fins indicados no artigo 44 da Lei nº 1.079/1950.⁷⁸² Por 15 votos favoráveis e 5 contrários, esta Comissão aprovou o parecer preliminar pela admissibilidade do processo contra a Presidenta da República, que veio a ser aprovado pelo Plenário do Senado Federal na sessão do dia 11 de maio de 2016, por 55 (cinquenta e cinco) votos, admitindo o processamento da denúncia naquela Casa e determinando a abertura de prazo para que a acusada respondesse à imputação, com o que teve início a fase de instrução.

No dia 12 de maio, a acusada foi citada, suspensa de suas funções - por força do que dispõe o artigo 86, § 1º, II, da Constituição Federal de 1988,⁷⁸³ e o processo formalmente instaurado.

No dia 04 de agosto de 2016, a Comissão Especial do Senado aprovou o relatório de pronúncia por 14 votos favoráveis e 5 contrários.

Em 09 de Agosto, o relatório de pronúncia foi submetido ao Plenário do Senado, tendo sido votado e aprovado, em turno único na madrugada do dia 10 de Agosto, oportunidade em que foram realizadas cinco votações nominais, relativas: a) às questões preliminares ao mérito do relatório,⁷⁸⁴ as quais contaram com parecer contrário do Relator, sendo seguido por 59 Senadores, manifestando-se 21 Senadores em sentido contrário; b) ao parecer, ressalvados os destaques, tendo sido a proposta do relator aprovada por 59 Senadores, manifestando-se contrariamente os mesmos 21 Senadores; c) à suposta realização de operações de crédito com instituição financeira controlada pela União, com 58 Senadores favoráveis e 22 contrários; d) à suposta abertura de crédito suplementar sem autorização do Congresso Nacional, por meio de Decreto de 27/07/2015, no valor de R\$ 29.922.832,00, com 58 Senadores favoráveis e 22 contrários; e) à suposta abertura de crédito suplementar sem autorização do Congresso Nacional, por meio do Decreto

Deputados. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 13 de maio de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4979571>>. Acesso em: 01 set. 2018).

⁷⁸² Artigo 44. 44. Recebida a denúncia pela Mesa do Senado, será lida no expediente da sessão seguinte e despachada a uma comissão especial, eleita para opinar sobre a mesma.

⁷⁸³ Artigo 86. Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade.

§ 1º O Presidente ficará suspenso de suas funções:

[...]

II - nos crimes de responsabilidade, após a instauração do processo pelo Senado Federal.

⁷⁸⁴ Não recepção do artigo 11, da Lei nº 1.079/1950; pendência do julgamento de contas e exceção de suspeição do Relator.

de 20/08/2015 (Código 14250), no valor de R\$ 600.268.845,00, com 59 Senadores favoráveis e 21 contrários.⁷⁸⁵

Em 25 de agosto, foi iniciada 133ª Sessão Deliberativa Extraordinária do Senado Federal, sob a presidência do Presidente do Supremo Tribunal Federal, na qual foi realizado o julgamento por crime de responsabilidade pelo Senado Federal. Após a oitiva das testemunhas, os debates entre acusação e defesa e a leitura de breve relatório do procedimento, ainda durante a mesma sessão, em 31 de agosto, foi realizada a votação que terminou por condenar a Presidenta da República por crime de responsabilidade, consistentes em contratar operações de crédito com instituição financeira controlada pela União e editar decretos de crédito suplementar sem autorização do Congresso Nacional previstos nos artigo 85, inciso VI, e artigo 167, inciso V, da Constituição Federal, bem como no artigo 10, itens 4, 6 e 7, e artigo 11, itens 2 e 3, da Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, por 61 votos, havendo sido registrados 20 votos contrários e nenhuma abstenção, ficando assim a acusada condenada à perda do cargo de Presidente da República Federativa do Brasil.

Em votação subsequente, o Senado Federal decidiu afastar a pena de inabilitação para o exercício de cargo público, em virtude de não se haver obtido nesta votação 2/3 dos votos constitucionalmente previstos, tendo-se verificado 42 votos favoráveis à aplicação da pena, 36 contrários e três abstenções.⁷⁸⁶

A análise em separado das penas atribuídas em razão da condenação por crime de responsabilidade, previstas no artigo 52, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988,⁷⁸⁷ só foi possível porque o Presidente do Supremo Tribunal Federal, responsável pela condução dos trabalhos, deferiu requerimento apresentado pelo

⁷⁸⁵ Contra esta decisão do Senado, a Presidenta da República impetrou novo mandado de segurança, cuja liminar foi indeferida no dia 09 de setembro de 2016 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 34.371-DF**. Impetrante: Dilma Vana Rousseff. Impetrado: Presidente do Senado Federal. Relator; Min. Teori Zavascki. Brasília, 12 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5043393>>. Acesso em: 01 set. 2018).

⁷⁸⁶ BRASIL. Senado Federal. **Resolução nº 36, de 31 de agosto de 2016**. Dispõe sobre sanções no Processo de Impeachment contra a Presidente da República, Dilma Vana Rousseff, e dá outras providências. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/125949>>. Acesso em: 01 set. 2018.

⁷⁸⁷ Artigo 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

[...]

Parágrafo único. Nos casos previstos nos incisos I e II, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis.

Partido dos Trabalhadores (PT), baseado no artigo 312 do Regimento Interno do Senado Federal,⁷⁸⁸ no sentido de destacar parte da proposição que seria então votada, de modo que primeiro haveria de ser feita a votação acerca da perda do cargo de Presidente da República, e, posteriormente, os Senadores deveriam demonstrar suas convicções sobre a aplicação da sanção de inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública.

De acordo com a decisão do Presidente do Supremo Tribunal Federal, o Regimento Interno do Senado Federal assegura a qualquer parlamentar o direito subjetivo de destaque para votação em separado, o que já havia acontecido na sessão havida no dia 09 de agosto, ocasião que a mesma autoridade deferiu quatro destaques para votação do relatório de pronúncia. Além disso, ainda de acordo com a citada autoridade, caberia ao Plenário do Senado, como “intérpretes originais da Constituição”,⁷⁸⁹ definir o sentido e o alcance das penas do artigo 52 da Constituição Federal.

A separação das votações no julgamento do *impeachment* da Presidenta Dilma Rousseff não foi o mesmo adotado no julgamento do *impeachment* do Presidente Fernando Collor de Mello.

Em 29 de setembro de 1992, a Câmara dos Deputados votou pela abertura do *impeachment* do então Presidente Fernando Collor, por 441 votos a 33. Posteriormente, em 1º de outubro de 1992, foi instaurado o procedimento perante o Senado Federal e, já no dia 02 de outubro, houve o afastamento do Presidente. Em 29 de dezembro, começou o julgamento perante o Senado Federal e Presidente renunciou ao cargo, por meio de carta lida por seu advogado, como forma de não se submeter às sanções advindas do crime de responsabilidade. Curiosamente, no dia 30 de dezembro de 1992, apesar do ato de renúncia, o então Presidente foi

⁷⁸⁸ Artigo 312. O destaque de partes de qualquer proposição, bem como de emenda do grupo a que pertencer, pode ser concedido, mediante deliberação do Plenário, a requerimento de qualquer Senador, para:

I - constituir projeto autônomo, salvo quando a disposição a destacar seja de projeto da Câmara;
 II - votação em separado;
 III - aprovação ou rejeição.

Parágrafo único. Independente de aprovação do Plenário o requerimento de destaque apresentado por bancada de partido, observada a seguinte proporcionalidade: *(Incluído pela Resolução nº 8, de 2016)*

I - de 3 (três) a 8 (oito) Senadores: 1 (um) destaque; *(Incluído pela Resolução nº 8, de 2016)*

II - de 9 (nove) a 14 (quatorze) Senadores: 2 (dois) destaques; *(Incluído pela Resolução nº 8, de 2016)*

III - mais de 14 (quatorze) Senadores: 3 (três) destaques. *(Incluído pela Resolução nº 8, de 2016)*.

⁷⁸⁹ TV SENADO. **Impeachment:** Sessão extraordinária do Senado Federal, de 31 de agosto de 2016. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=5KzF6JkgyF0>>. Acesso em: 01 set. 2018.

condenado à inabilitação por oito anos para o exercício de função pública e, em consequência, impetrou mandado de segurança para resguardar-se da sanção imposta, o qual foi denegado pelo Supremo Tribunal Federal.

Em decisão majoritária, o Pleno do Supremo Tribunal Federal decidiu que as penas previstas no artigo 52, parágrafo único, da Constituição Federal, decorrem uma da outra e devem ser aplicadas em complementaridade. Segundo o Tribunal, as penas de perda do cargo e inabilitação para o exercício de qualquer função pública não são autônomas, no sentido de que possam ser aplicadas separadamente. Uma decorre da outra e devem ser aplicadas em complementariedade.⁷⁹⁰

A Resolução do Senado nº 101, de 1992, declarou que o *impeachment* do então Presidente Collor ficou prejudicado pela renúncia (artigo 1º), mas não a inabilitação por oito anos (artigo 2º), razão pela qual foi aplicada ao acusado a sanção de inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública (artigo 3º).⁷⁹¹ Naquela ocasião, portanto, o Senado Federal agregou a sanção, mesmo com a renúncia prévia que extinguiu o objeto do julgamento.

Contra a decisão do Senado Federal de haver prosseguido a votação foi impetrado mandado de segurança pelo ex-Presidente Fernando Collor⁷⁹², no qual se sustentou a tese de que a Lei nº 1.079/1950 não teria sido recepcionada pela Constituição Federal de 1988, valendo, portanto, a legislação anterior que determinava que o processo seria extinto se o ocupante deixasse o cargo, além do que, se o Senado aceitara a perda do cargo, não havia que se falar na aplicação da pena de inabilitação. Segundo o impetrante, o artigo 52, parágrafo único, da

⁷⁹⁰ CONSTITUCIONAL. "IMPEACHMENT". CONTROLE JUDICIAL. "IMPEACHMENT" DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. PENA DE INABILITAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DE FUNÇÃO PÚBLICA. C.F., artigo 52, parágrafo único. Lei nº 27, de 07.01.1892; Lei nº 30, de 08.01.1892. Lei nº 1.079, de 1950. [...] IV. - No sistema do direito anterior à Lei 1.079, de 1950, isto é, no sistema das Leis nº 27 e 30, de 1892, era possível a aplicação tão somente da pena de perda do cargo, podendo esta ser agravada com a pena de inabilitação para exercer qualquer outro cargo (Constituição Federal de 1891, artigo 33, § 3º; Lei nº 30, de 1892, artigo 2º), emprestando-se à pena de inabilitação o caráter de pena acessória (Lei nº 27, de 1892, artigos 23 e 24). No sistema atual, da Lei 1.079, de 1950, não é possível a aplicação da pena de perda do cargo, apenas, nem a pena de inabilitação assume caráter de acessoriedade (C.F., 1934, art. 58, § 7º; C.F., 1946, art. 62, § 3º; C.F., 1967, art. 44, parág. único; EC nº 1/69, art. 42, parág. único; C.F., 1988, art. 52, parág. único. Lei nº 1.079, de 1950, artigos 2º, 31, 33 e 34) (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 21.689-DF**, do Tribunal Pleno. Impetrante: Fernando Affonso Collor de Mello. Autoridade Coatora: Senado Federal. Relator Min. Carlos Velloso. Brasília, 01 de fevereiro de 1994. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1563033>>. Acesso em: 01 set. 2018).

⁷⁹¹ BRASIL. Senado Federal. **Resolução nº 192, de 30 de dezembro de 1992**. Dispõe sobre sanções no Processo de "Impeachment" contra o Presidente da República, Fernando Affonso Collor de Mello, e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf/Resolucoes/2002.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2018.

⁷⁹² BRASIL, **Mandado de Segurança nº 21.689/DF**, op. cit.

Constituição Federal, não institui duas penalidades autônomas mas somente uma, da qual a outra é apenas um apêndice, de modo que o afastamento voluntário ou compulsório do cargo encerra o processo de *impeachment*.

No julgamento do referido mandado de segurança, com o Pleno do Tribunal reduzido a oito Ministros,⁷⁹³ verificou-se um empate: quatro votos pelo indeferimento do pedido e quatro pelo deferimento da segurança. O julgamento foi então adiado para a convocação de três Ministros do Superior Tribunal de Justiça, de acordo com o artigo 40 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Prosseguindo o julgamento, o pedido do mandado de segurança foi indeferido pela maioria absoluta do tribunal, mantendo, assim, a sanção de inabilitação por oito anos para o exercício de qualquer função pública ao impetrante.

Admitido o processamento da denúncia por infração penal comum, o ex-Presidente foi processado por corrupção passiva e formação de quadrilha, tendo sido absolvido pelo Supremo Tribunal Federal, por falta de provas.⁷⁹⁴

Em 2016, deu-se o inverso. Partindo do pressuposto de que cabe ao Senado Federal atuar como intérprete original da Constituição, mesmo que fosse para alterar a decisão tomada em 1992, o Presidente do Supremo Tribunal Federal autorizou o que viria a ser chamado de “fatiamento da pena”, não sem receber críticas do Senador Fernando Collor, para quem “decisões amparadas na subjetividade política precisam dos limites da objetividade jurídica”.⁷⁹⁵

Para Martonio Lima e Maria Alice Nogueira, a decisão do Senado Federal em permitir a análise em separado das penas atribuídas em razão da condenação por crime de responsabilidade, configura uma mutação inconstitucional⁷⁹⁶. Esse raciocínio parte do pressuposto de que “a própria exegese e construção das cláusulas

⁷⁹³ Declararam-se impedidos, na ocasião, o Ministro Sidney Sanches, que presidiu a sessão de julgamento realizada no Senado Federal, e os Ministros Marco Aurélio, primo do impetrante, e o Ministro Francisco Rezek, que havia deixado o Supremo Tribunal Federal para ser ministro das Relações Exteriores do governo Collor logo após ter presidido o processo eleitoral de 1989.

⁷⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal nº 307-DF**, do Tribunal Pleno. Autor: Ministério Público Federal. Réus: Fernando Affonso Collor de Melo e outros. Relator Min. Ilmar Galvão. Brasília, 19 de agosto de 1996. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1565721>>. Acesso em: 01 set. 2018.

⁷⁹⁵ COLLOR, Fernando. **Réplica para a história**: uma catarse. Brasília: Senado Federal. Gabinete do Senador Fernando Collor, 2016, p. 241.

⁷⁹⁶ LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; NOGUEIRA, Maria Alice Pinheiro. A Mutação (IN) Constitucional do Rito do Impeachment no Senado Federal. **Revista Brasileira de Teoria Constitucional**, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 1147-1169, jul./dez. 2016.

constitucionais referentes ao *impeachment* são feitas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado”.⁷⁹⁷

Sem desconhecer a ideia de que o círculo de intérpretes da Constituição deva ser alargado, tal como propõe Häberle⁷⁹⁸, pode não ter ocorrido mutação constitucional neste caso.⁷⁹⁹ Em primeiro lugar, porque a decisão de segmentar a votação não foi do Plenário do Senado, mas do Presidente do Supremo Tribunal Federal.⁸⁰⁰ Em segundo lugar, porque o Tribunal também não se manifestou sobre o tema, de modo a produzir uma decisão distinta daquela prolatada no Mandado de Segurança nº 21.689, impetrado pelo então Presidente Fernando Collor de Mello.

Como decorrência desse julgamento, o Presidente do Senado Federal editou a Resolução nº 35, de 2016, aplicando à Presidenta da República a sanção de perda do cargo, constando do seu conteúdo a sentença condenatória. Inconformada com essa decisão, a Presidente da República impetrou mandado de segurança no Supremo Tribunal Federal,⁸⁰¹ buscando primeiro suspender e depois anular a Resolução nº 35.

⁷⁹⁷ PINTO, Paulo Brossard de Souza. **O impeachment**: aspectos da responsabilidade política do Presidente da República. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 151.

⁷⁹⁸ “O processo político não é um processo liberto da Constituição; ele formula pontos de vista, provoca e impulsiona desenvolvimentos que, depois, se revelam importantes da perspectiva constitucional, quando, por exemplo, o juiz constitucional reconhece que é missão do legislador, no âmbito das alternativas compatíveis com a Constituição, atuar desta ou daquela forma. O legislador cria uma parte da esfera pública (*Öffentlichkeit*) e da realidade da Constituição, ele coloca acentos para o posterior desenvolvimento dos princípios constitucionais. Ele atua como elemento precursor da interpretação constitucional e do processo de mutação constitucional. Ele interpreta a Constituição, de modo a possibilitar eventual revisão, por exemplo, na concretização da vinculação social da propriedade. Mesmo as decisões em conformidade com a Constituição são constitucionalmente relevantes e suscitam, a médio e longo prazo, novos desenvolvimentos da realidade e da publicidade (*Öffentlichkeit*) da Constituição. Muitas vezes, essas concretizações passam a integrar o próprio conteúdo da Constituição” (HÄBERLE, op. cit., p. 27).

⁷⁹⁹ José Afonso da Silva admite as mutações constitucionais como “mudanças não formais que se operam no correr da história de uma Constituição, sem alterar o enunciado formal, sem mudar a letra do texto”. Todavia, adverte que a mutação constitucional, enquanto situação legítima, não contraria a Constituição. “Se uma conduta ou prática política não coincide com a Constituição, não se trata de forma de mutação constitucional, mas de uma forma de desrespeito ou de fraude à Constituição” (SILVA, **Poder constituinte e poder popular**, op. cit., p. 283-285).

⁸⁰⁰ Ao deferir o requerimento de votação destacada, com base no Regimento Interno do Senado e na Lei nº 1.079/1950, o Presidente do STF interpretou a Constituição Federal de acordo com estas normas de hierarquia inferior, no caso, com o Regimento Interno do Senado Federal. No entanto, o princípio da força normativa da Constituição impõe que, dentre as várias possibilidades interpretativas de suas cláusulas, só se escolha “a interpretação que não seja contrária ao texto e programa da norma ou normas constitucionais” (CANOTILHO, **Direito constitucional**, op. cit., p. 235).

⁸⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 34.441/DF**. Impetrante: Dilma Vana Rousseff. Impetrados: Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Teori Zavascki; Relator atual: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 21 de outubro de 2016. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5062276>>. Acesso em: 01 set. 2018.

O pedido de medida liminar foi indeferido pelo Min. Teori Zavascki, Relator originário da ação, no dia 20 de outubro de 2016.⁸⁰² Depois de esclarecer que o Mandado de Segurança nº 3.441-DF se insere como elemento mais recente numa cadeia sucessiva de impugnações judiciais, todas elas endereçadas ao Supremo Tribunal Federal,⁸⁰³ o Relator indeferiu ao liminar pelos seguintes fundamentos: (i) porque isso significaria transformar em letra morta o artigo 86 da Constituição Federal de 1988, que atribui não ao Supremo, mas ao Senado Federal a competência para julgar o Presidente da República por crimes de responsabilidade; (ii) não haveria base constitucional para qualquer intervenção do Poder Judiciário que, direta ou indiretamente, importasse juízo de mérito sobre a ocorrência ou não dos fatos ou sobre a procedência ou não da acusação; (iii) a impetração impõe “juízos ainda inéditos na experiência jurisprudencial brasileira sobre a margem de controle jurisdicional admissível no processo de *impeachment*”, bem distintos daqueles que orientaram o Tribunal no julgamento da ADPF nº 378, onde a Corte se ocupou simplesmente da disciplina processual estabelecida pela Lei nº 1.079/50; (iv) uma intervenção do Judiciário produziria consequências avassaladoras para a credibilidade das instituições brasileiras no cenário mundial.

Por outro lado, o Relator admitiu a possibilidade da imediata intervenção judicial para prevenir “gravíssimos danos”, não ao direito da impetrante, mas “às instituições, ou à democracia ou, enfim, ao estado de direito”.⁸⁰⁴

Desde o dia 13 de setembro de 2017 o Mandado de Segurança nº 34.441-DF encontra-se com o Relator, Ministro Alexandre Moraes, aguardando ser pautado para julgamento.

4.1.1 Golpe ou Uso do *Impeachment* como Solução De Crises?

A discussão sobre a legitimidade da interrupção do mandato presidencial pelo processo de *impeachment* provocou intensa discussão no âmbito da opinião pública brasileira, amplamente explorada pelos veículos de comunicação, quanto a ser o *impeachment* um “golpe de Estado” ou não.

⁸⁰² O ministro Teori Zavascki faleceu no dia 19 de janeiro de 2017, vítima de acidente aéreo no litoral sul do Estado do Rio de Janeiro.

⁸⁰³ O Relator referia-se aos Mandados de Segurança 34.193-DF e 34.371-DF.

⁸⁰⁴ BRASIL, **Mandado de Segurança nº 34.441-DF**, op. cit.

Formaram-se basicamente dois campos diferentes sobre a legitimidade do processo de destituição.

De um lado, os que defendem a hipótese de ter ocorrido no Brasil um autêntico golpe institucional,⁸⁰⁵ um “golpe legislativo” assemelhado àqueles ocorridos na América Latina ao longo de mais de duas décadas,⁸⁰⁶ ou ainda um golpe fundado numa ideologia⁸⁰⁷. Em entrevista concedida ao Jornal Estado de São Paulo, o ex-ministro da Fazenda Antônio Delfin Neto reconheceu que as denominadas “pedaladas fiscais sempre ocorreram” e que depor a Presidente da República por esse motivo “é golpe”.⁸⁰⁸ A ideia central é a de que o *impeachment* teria sido motivado por pressões políticas e sociais, sem a configuração jurídica de um crime de responsabilidade no caso.

De outro lado, os que consideram a narrativa do golpe mera “propaganda partidária e governamental”, onde tudo não passou de um discurso retórico e de simples *marketing* político.⁸⁰⁹ Em entrevista concedida ao jornal *Valor Econômica de 29 de agosto de 2016*, o Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, manifestou-se no sentido de que a tese do golpe não passaria de “um jogo de retórica”.⁸¹⁰ A ideia central, aqui, é a de que não pode haver golpe com direito à ampla

⁸⁰⁵ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. O Impeachment e o Golpe. **Blog JOTA**, 15 de. 2015. Disponível em: <<http://jota.info/o-impeachment-e-o-golpe>>. Acesso em: 26 ago. 2018; PINTO, Emerson de Lima. Hermenêutica e direito constitucional: legitimidade e a linguagem na resistência ao golpe institucional parlamentar no brasil. In: **V Encontro Internacional do Compedi Montevidéu-Uruguai**, Montevidéu, 2016. Disponível em: <www.conpedi.org.br/publicações>. Acesso em 26 ago. 2018. FREIXO, Adriano de; RODRIGUES, Thiago (Orgs.). **2016: o ano do golpe**. Rio de Janeiro: Oficina Raquel, 2016; SOUZA, Jessé. **A radiografia do golpe: entenda como e por que você foi enganado**. Rio de Janeiro: Leya, 2016.

⁸⁰⁶ PÉREZ LIÑÁN *apud* PRADO, Geraldo; TAVARES, Juarez. **Parecer**, 2015. Disponível em: <<http://d2f17dr7ourrh3.cloudfront.net/wp-content/uploads/2015/12/Juarez-Tavarez.pdf>>. Acesso em: 03 set. 2017.

⁸⁰⁷ WEISSHEIMER, op. cit.

⁸⁰⁸ VILLAVARDE, João. A Dilma tem de enfrentar o pannelaço que lhe cabe [entrevista com o ex-ministro Antônio Delfin Neto]. **Estadão**, 1 ago. 2015. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,a-dilma-tem-de-enfrentar-o-pannelaco-que-lhe-cabe,1736464>>. Acesso em: 01 set. 2018.

⁸⁰⁹ GONÇALVES, Marcus Fabiano. A retórica do “golpe de Estado” no impeachment de Dilma Rouseff. **Blog de Marcos Fabiano Gonçalves**, 17 abr. 2016. Disponível em: <<https://marcusfabiano.wordpress.com/2016/04/17/a-retorica-do-golpe-de-estado-no-impeachment-de-dilma-rousseff/>>. Acesso em 01 set. 2018.

⁸¹⁰ VIEIRA, André Guilherme. Dilma dificilmente reverterá decisão de impeachment, diz Gilmar Mendes [entrevista com o Ministro Gilmar Mendes]. **Valor Econômico**, 2016. Disponível em <<https://www.valor.com.br/politica/4691709/dilma-dificilmente-revertera-decisao-de-impeachment-diz-gilmar-mendes>>. Acesso em: 01 set. 2018.

defesa, contraditório, reunião às claras e com procedimento ditado pela Constituição e fiscalizado pela Corte Constitucional.⁸¹¹

A linha de argumentação desenvolvida nessa tese baseia-se numa negação, feita para evitar qualquer mal-entendido: se um Presidente da República, no Brasil, praticar conduta que configure os pressupostos jurídicos e políticos da tipificação de um crime de responsabilidade, o processo de *impeachment* pode e deve ser admitido, processado e julgado. Nesse caso, é descabida a ideia de um golpe. Precisamente em razão dos princípios constitucionais que afirmam ser o Brasil um Estado Democrático de Direito e que adota o sistema presidencialista de governo, é evidente que se está diante de uma falsa polêmica.

Por outro lado, afirmar que o processo de *impeachment* jamais será um golpe por estar previsto na Constituição, como concluiu o Senador Antônio Anastasia, Relator da Comissão Especial que opinou sobre a admissibilidade do processo no Senado,⁸¹² é ignorar que um texto constitucional vigente pode ser respeitado ou não. Uma afirmação de tal ordem é lugar-comum. Como todo lugar-comum, é um recorte que enfatiza certos aspectos da realidade para momentaneamente dar a impressão de que outros não existem. Logo, para compreendê-lo e preciso perguntar, antes de tudo, o que é que omite.

No Brasil, a interrupção do mandato presidencial pelo processo de *impeachment*, segundo a Constituição Federal, exige a demonstração inequívoca de que o Presidente da República, no exercício do seu mandato, tenha praticado ato que a lei defina como crime de responsabilidade. Mais do que isso: exige que o crime tenha sido praticado dolosamente, o que ocorre “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”, conforme definição do artigo 18, inciso I, do Código Penal, aplicado à lei especial reguladora dos crimes de responsabilidade por força do que dispõe o artigo 12 do mesmo Código.⁸¹³ Esse arranjo constitucional, no sistema presidencial, impede que o Presidente da República torne-se refém de maiorias

⁸¹¹ Para uma análise comparativa entre os processos de impeachment de 1992 e 2016 quanto ao exercício do direito de defesa, tempo de duração, número de sessões e outros aspectos, consultar: COLLOR, **Réplica para a história**, op. cit., p. 181-182.

⁸¹² BRASIL. Senado Federal. **Parecer da Comissão Especial do Impeachment, de 2016**: Referente à análise de procedência ou improcedência da Denúncia nº 1, de 2016 (DCR nº 1, de 2015, na origem), do Senhor Hélio Bicudo e outros, que trata da denúncia por crime de responsabilidade, em desfavor da Presidente da República, Dilma Vana Rousseff. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2016/08/02/relatorio-do-sen.-antonio-anastasia-referente-a-pronuncia>>. Acesso em: 01 set. 2018.

⁸¹³ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**: Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 01 set. 2018.

eventuais e seja destituído arbitrariamente. Pontes de Miranda, comentando a Constituição de 1946, sempre rejeitou a viabilidade de o Presidente da República ser deposto num “juízo político, *sensu stricto*”. O juízo, segundo esse autor, “é jurídico”.⁸¹⁴

Na vigência da Constituição de 1988, o Pleno do Supremo Tribunal Federal editou Súmula com efeito vinculante, de acordo com a qual “a definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e juízo são da competência legislativa privativa da União”.⁸¹⁵

Tendo em vista a motivação política da denúncia e a forma jurídica de seu processamento, pode-se dizer que os crimes de responsabilidade situam-se na confluência entre Direito e Política e o seu processo, do mesmo modo, numa área de intersecção entre processo administrativo (parlamentar) e processo penal.

Portanto, o processo de *impeachment*, no Brasil, pode ou não ser um “golpe de Estado”. Não será “golpe” se ocorrer os pressupostos constitucionais que legitimariam a interrupção do mandato presidencial. Ou, ao contrário, pode ser um “golpe” se não existirem de fato e de direito esses mesmos pressupostos constitucionais, necessários para afirmação do impedimento do Presidente da República.

A questão que se coloca para análise é outra: na hipótese de não existir crime de responsabilidade configurado, a destituição do Presidente da República, no Brasil, configura golpe de Estado?

O enfrentamento dessas questões exige o abandono do uso deliberadamente deformante de conceitos e um tratamento crítico e analítico dos postulados constitucionais e institucionais de um golpe de Estado.

4.1.2. Golpe de Estado: uma Realidade Ainda Atual

Desde a segunda metade do século XX, a Democracia é uma palavra apropriada pelo léxico da Política e constitui a categoria-base sobre a qual se colocam e se confrontam ações, relações e pensamentos não puramente privados ou

⁸¹⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à constituição de 1946**, v. II. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, p. 424.

⁸¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 46**. A definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e juízo são da competência legislativa privativa da União. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=2368>>. Acesso em: 01 set. 2018.

particulares. O uso intensivo e extensivo da palavra chegou ao ponto de transformar a Democracia em um conceito idolatrado e onipresente, síntese das coisas boas e belas que concernem à vida do Estado, da sociedade e até mesmo as relações familiares e dos indivíduos entre si.

Na segunda metade do século XX, a novidade, além da difusão, encontra-se na conotação positiva que a Democracia passou a assumir de modo incontestável. Como observa Gustavo Zagrebelsky,

[...] desde a antiguidade, a democracia foi associada à ideia do governo da massa que ignora os seus limites, sem valores, egoísta, extremista, impassível de ser contida, arrogante, facciosa e instável, por isso fácil vítima dos demagogos.⁸¹⁶

Nesse contexto a democracia era, sim, um modelo, mas um modelo negativo, uma desgraça a ser repelida. Platão, que via na democracia a difusão da liberdade desenfreada e arbitrária (a licença) que na oligarquia é apanágio de poucos, fez escola por séculos. Nesse sentido, a democracia é o regime no qual o povo ama ser adulado, mais do que educado: “tal governo – escrevia Platão – não se preocupa daqueles estudos aos quais se deve prestar atenção para se preparar para a vida política, mas honra qualquer um, por pouco que se professe amigo do povo”.⁸¹⁷

A Constituição por excelência, por muitos séculos, pareceu um equilíbrio entre elementos diversos, que deveriam se moderar reciprocamente. Era esta a doutrina do “governo misto” como, a seu modo, tinham aspirado a ser a Politeia aristotélica antes, e a República romana depois, e todas as suas imitações sucessivas. O governo misto era a solução de compromisso, derivada da compreensão de uma dificuldade nascente de uma espécie de círculo vicioso no qual qualquer discussão sobre as formas de governo acabava enalhada.⁸¹⁸ A democracia constitucional, que se afirmou com os Estados Democráticos de Direito na segunda metade do século XX, encontra na Constituição e no fortalecimento da jurisdição constitucional esse necessário equilíbrio, que passa a estabelecer entre soberania popular, princípio majoritário e força normativa da Constituição, garantindo a tutela dos direitos fundamentais mesmo contra as maiorias eventuais. Neste contexto, a qualidade, estabilidade e durabilidade da ‘vida’ constitucional é condição *sine qua non* para a democracia.

⁸¹⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. **Imparare democrazia**. Torino: Einaudi, 2007, p. 3.

⁸¹⁷ Ibid., p. 04.

⁸¹⁸ A propósito e para aprofundamentos, consultar: ZAGREBELSKY, op. cit.

Atualmente, portanto, em uma visão centrada nos estáveis ordenamentos democráticos liberais de impressão ocidental, indagar sobre o golpe de Estado poderia parecer irracional, tendo-se aparentemente deixado para trás, mesmo se não há muito tempo, este fenômeno violento de tomada do poder. Todavia, em um contexto mais abrangente, não se pode deixar de notar como o golpe de Estado, desde sempre, constitui uma realidade ainda atual, tanto que se tornou um lema fundamental do vocabulário da Ciência Política contemporânea, e não só. Mais recentemente, e de forma surpreendente, visto que do novo milênio esperava-se uma expansão da democracia constitucional, pressupondo-se consolidadas as bases do modelo, o tema do golpe volta a interessar também os estudos constitucionais, especialmente no que toca o contexto latino-americano.

Neste contexto, todo o esforço da Ciência Política e da Ciência Jurídica na busca de um modelo teórico explicativo para as crises latino-americanas⁸¹⁹, sem que haja uma metodologia, corre o risco de esbarrar naquilo que se poderia denominar de fator histórico: as especificidades, as singularidades e o ordenamento jurídico de diferentes sociedades, naturalmente tendem a desaparecer quando se procura construir modelos explicativos com acentuado grau de generalização. É questão metodológica. Reunir num só conjunto de conhecimentos, investigações históricas, sociológicas, políticas, filosóficas, não conduz a uma teoria científica, que requer unidade e sistematicidade, mas a uma enciclopédia de saberes diversos, apenas compaginados.

Encarar o golpe de Estado tão-somente do ponto de vista jurídico, importa num corte abstrato, num procedimento metodológico sobre a realidade social onde ele ocorreu. O *impeachment* do Presidente paraguaio Fernando Lugo, ocorrido em 2012, é um exemplo dessa dificuldade.

A eleição de Fernando Lugo em 2008 interrompeu mais de seis décadas do Partido Colorado no poder. Com a saída do Partido Liberal da base do governo em 2009, o ex-Presidente praticamente perdeu a sua base de sustentação política. Desgastado por uma vertiginosa queda de popularidade e alvejado por acusações envolvendo casos de paternidade enquanto era bispo, o ex-Presidente foi

⁸¹⁹ Esse esforço foi intenso no Brasil pós-64. Segundo levantamento do Grupo de Estudos sobre a Ditadura Militar da Universidade Federal do Rio de Janeiro, entre 1971 e 2000 foram produzidas 214 teses de doutorado e dissertações de mestrado sobre a história da ditadura militar, 205 delas no Brasil e as restantes no exterior. Ver relação completa e outras informações em: FICO, Calos. **Além do golpe:** versões e controvérsias sobre 1964 e a Ditadura Militar. Rio de Janeiro: Record, 2004, p.139 e s.

responsabilizado pela morte de 17 pessoas numa operação de desocupação de terras, que acirrou ainda mais a crise entre os camponeses e a elite agrária nacional, e acusado de má gestão em juízo político perante a Câmara dos Deputados.

A Constituição do Paraguai de 1992 prevê o “*juicio político*” ao presidente e a outras autoridades no artigo 225 “somente por mal desempenho de suas funções, por delitos cometidos no exercício de seus cargos ou por delitos comuns”.⁸²⁰ O Presidente foi então submetido a um processo político no Parlamento, que, em menos de 36 horas, definiu a perda do mandato presidencial. Nesse julgamento o tempo concedido para apresentação de defesa foi de duas horas. Em vão, o Presidente havia solicitado à Corte Constitucional um mínimo de 18 dias para a preparação de sua defesa.⁸²¹ O processo foi considerado uma alteração da ordem democrática pelo Mercado Comum do Sul (um golpe, portanto), o que resultou na expulsão do Paraguai do bloco, até sua reincorporação em 2013.

Ives Gandra da Silva Martins, no entanto, a despeito da exiguidade do tempo concedido ao Presidente paraguaio para apresentação da sua defesa entende que o processo de *impeachment* se deu dentro da legalidade a partir do ponto de vista jurídico-formal, em processo “rigorosamente constitucional”. Segundo o autor, a Constituição paraguaia concilia o *impeachment* com o voto de confiança parlamentar, permitindo que um presidente eleito possa ser afastado do governo por má performance⁸²². De fato, no parlamentarismo, o parlamento pode decidir pela destituição do governo, bastando estar presente a insatisfação com a política governamental. Em contrapartida, o Poder Executivo pode evitar ou adiar essa destituição mediante a dissolução do parlamento e a convocação de novas eleições, o que não ocorre no sistema presidencial.

⁸²⁰ PARAGUAI. (Constituição de 1992). Constitución de la República de Paraguay, 1992. Disponível <https://www.oas.org/juridico/mla/sp/pry/sp_pry-int-text-const.pdf>. Acesso em: 01 set. 2018.

⁸²¹ Cíntia Vieira Souto sustenta ter havido “pressa incomum” na destituição do Presidente paraguaio, sobretudo quando analisado o processo de *impeachment* ocorrido naquele país no ano de 2003, do então presidente Luiz Angel González Macchi (Resolução nº 1198) e de três ministros da Corte Suprema de Justiça (Resolução nº 122). Nesses casos, as Resoluções advindas do Senado paraguaio previam 11 dias para que o presidente apresentasse sua defesa e 17 dias para a defesa dos ministros (SOUTO, Cíntia Vieira. A crise política no Paraguai e o Brasil. **Revista Conjuntura Austral**, v. 3, n. 13, ago./set. 2012, p. 7-8).

⁸²² MARTINS, Ives Gandra. A responsabilidade dos agentes públicos por atos de lesão à sociedade – inteligência dos §§ 5º e 6º do artigo 37 da CF – improbidade administrativa por culpa ou dolo – disciplina jurídica do “*impeachment*” presidencial (artigo 85 inciso V da CF) – Parecer. **Direito UNIFACS – Debate Virtual**, Revista Eletrônica, n. 177, mar. 2015. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3506/2506>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

O exemplo revela que um golpe de Estado pode ocorrer sem a necessidade de tanques, bombardeios, canhões ou metralhadoras. Eles podem ocorrer com uma violência menos ostensiva, preservando-se uma imagem institucional mínima. Invoca-se a Constituição, apenas para que seja ela rasgada com elegância e sem ruídos.

O golpe de Estado é, em efeito, não apenas um instrumento de compreensão das dinâmicas de transição política, com especial referência às “crises de regime” e “crises nos regimes” ainda hoje presentes nos complexos contextos constitucionais e político-institucionais dos países de modernidade tardia, mas se tornou também objeto de estudo no âmbito de questões sobre a legitimação, ou a falta dela, da autoridade política na relação entre força e consenso democrático.

Há tempo objeto de reflexão historiográfica, e mais precisamente desde XVII quando Gabriel Naudé publicou as suas *Considérations politiques sur les coups d'État*,⁸²³ o golpe de Estado se difundiu no curso dos séculos em toda a Europa, para se tornar depois o método mais frequente de troca da elite em regiões de modernidade tardia, como a África da pós-descolonização⁸²⁴ ou América Latina do populismo.

Cumprir destacar⁸²⁵ que nas “considerações políticas sobre os golpes de Estado”, Naudé, mesmo reconhecendo a Maquiavel o mérito de ter sido o primeiro a ter afrontado com inteligência aguda os argumentos políticos em plena correspondência com a realidade concreta, conquista um espaço original na análise deste tema, pouco frequentado e mal teorizado pelo pensamento político e constitucional.

4.1.3 Golpe de Estado e Revolução

Nos estudos sobre o tema que cresceu em complexidade no período recente, quase uma constante é o paralelismo ou a sobreposição entre “golpe de Estado” e “revolução”, da qual, porém, o primeiro deve ser distinto.

Antes de abordar as diferenças, contudo, é necessário lembrar que as revoluções podem ser de diferentes espécies, a depender da sua natureza, do seu

⁸²³ O original em francês foi publicado em 1639. Tradução italiana de Alessandro Piazzi (NAUDÉ, op. cit.).

⁸²⁴ A propósito e para aprofundamentos, vide: BERNARDINI, Ilenia. L'Araba Fenice Africana: Considerazione sul never ending coup d'état negli stati dell'Africa sub-sahariana. In **Revista di diritto pubblico italiano, comunitário e comparato. Federalism.it – Focus Africa nº 2/2014.**

⁸²⁵ Como observa o responsável pela tradução italiana do texto, Alessandro Piazzi.

conteúdo, da matéria social sobre a qual incidem. Nesse sentido, as revoluções podem ser religiosas (o Cristianismo, por exemplo, e a Reforma Protestante), econômicas (a Revolução Industrial e o capitalismo), estéticas (o Renascimento) e, finalmente, políticas. Por outro lado, também não se deve esquecer interrelações causais no campo cultural provocada pelas revoluções, que acabam por provocar também revoluções políticas. A Revolução Francesa, por exemplo, foi uma revolução social por excelência, com suas causas, aspectos e consequências não apenas Políticas e jurídicas, mas também Filosóficas, Econômicas e outras. Interessa-nos, aqui, tratar apenas das revoluções políticas, assim entendidas como aquelas que provocam profundas e rápidas mudanças no Direito e na Política, na comparação com os golpes de Estado.

Nesse sentido, a propósito, Peter Calvert⁸²⁶ e George Sawyer Pettee⁸²⁷ por exemplo, elencam o golpe de Estado dentre os fenômenos revolucionários: Calvert considera o golpe de Estado militar uma “revolução”, não distinto do fenômeno da massa que subverte a estrutura social existente e reconstrói uma outra no seu lugar; Pettee sustenta que o golpe de Estado deva ser analisado com os mesmos instrumentos da revolução, pois, conforme o autor, faz parte do mesmo gênero, ou melhor, trata-se de uma “revolução menor”. Também Daniel Hermant, faz esse paralelismo, afirmando que o golpe de Estado, enquanto assalto ao poder, permanece ligado a fenômenos violentos de transformação política, como a revolução e a contrarrevolução.⁸²⁸

Em posicionamento contrário se colocam as teses de Henry Spencer e Hannah Arendt, segundo os quais o golpe de Estado pode ser considerado uma revolução sob o perfil jurídico, mas não sob o perfil político.⁸²⁹

⁸²⁶ Calvert define “revolução” de forma ampla, qual “any forcible overthrow of a government or regime” (CALVERT, Peter. **Revolution and International Politics**. Pinter: University of Michigan, 1996, p. 59 e 88-95).

⁸²⁷ George Pettee define “revolução” como forma de “reconstitution of a state” (PETTEE *apud* Bernardini, *op. cit.*).

⁸²⁸ HERMANT *apud* Bernardini, *op. cit.*

⁸²⁹ Eduardo González Calleja traz a definição adotada tradicionalmente, segunda a qual “uma rebelião militar ou um *golpe* buscam simplesmente substituir de forma repentina os vértices da ordem institucional existente e preservar o sistema político em ato, aportando somente pequenas mudanças, enquanto que uma revolução, compreendida como uma ruptura mais ou menos prolongada do monopólio do poder estatal tenta transformar a natureza de tal ordem sociopolítica” (GALLEJA, Eduardo González. **Nelle tenebre di Brumaio**. Quattro secoli di riflessioni politiche sul colpo di stato. Roma: Società Editrice Dante Alighieri, 2011, p. 12).

Em efeito, a revolução é um fenômeno diferente, com características próprias e modalidades que a tornam um conceito específico, peculiar, mesmo que por vezes o golpe de Estado e a revolução possam acontecer concomitantemente. Neste ponto se fundamenta a convicção de muitos estudiosos, dentre estes se destaca Charles Sampford,⁸³⁰ sobre a continuidade legal que caracteriza os golpes de estado, ao contrário das revoluções: os golpes tendem a conservar o regime pré-existente, as revoluções a subverter radicalmente o regime pré-existente porque os golpistas se limitariam a modificar aquelas normas relativas à transferência de poder, necessárias para a sua legitimação.

No pensamento político, a interpretação convencional tende a diferenciar golpe de Estado e revolução, pois, enquanto a revolução aponta para a ruptura total do regime existente, o golpe miraria à simples substituição dos vértices políticos com a previsão da manutenção do sistema político vigente. Eduardo González Calleja traz a definição adotada tradicionalmente, segunda a qual:

[...] una ribellione militare o un *golpe* cercano semplicemente di sostituire informa repentina i vertici dell'ordine istituzionale esistente e di preservare il sistema politico in atto apportando solo piccoli cambiamenti, mentre una rivoluzione, intesa come rottura più o meno prolungata del monopolio del potere statale, tenta di trasformare la natura di tale ordine sociopolitico.⁸³¹

Recusando o critério meramente quantitativo para diferenciar golpe de Estado de revolução, de acordo com o qual o golpe de Estado parte da cúpula da pirâmide social e a revolução partiria das massas, Bonavides afirma que o golpe de Estado usualmente é desferido contra um governante, ao passo que a revolução se faz contra um sistema de governo:

Outros traços que ajudam a distinguir o golpe de Estado da revolução: aquele - escreve Giuseppe Lo Verde - é obra de pessoas que em geral já participam do governo ou do ordenamento existente do Estado, ao passo que esta é iniciativa de pessoas que não têm ou não devem ter essa participação; na revolução viaja-se para o desconhecido, para uma aventura de ideias com batismo numa série de motins, desordens e distúrbios marcados pela espontaneidade da ação revolucionária; no golpe de Estado os fins são preestabelecidos e buscados com rigor,

⁸³⁰ SAMPFORD, Charles. **Coups d'Etat and law**. 1989. Disponível em <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/ajlph13&div=29&id=&page=>>>. Acesso em: 27 ago. 2018.

⁸³¹ GALLEJA, op. cit., p. 12.

disciplina e obstinação; na revolução, de início, a responsabilidade se dilui numa liderança coletiva e anônima e só no decurso ou desfecho do processo revolucionário é que emerge o líder definitivo, feito frequentemente pela revolução mesma; no golpe de Estado, ao contrário, o líder já existe, a responsabilidade se concentra toda sobre sua cabeça, e de suas aptidões e energia dependerá em larga parte o destino do movimento; em suma, um líder apenas poderá dar um golpe de Estado, mas nenhum homem sozinho, por mais forte que seja, será suficientemente poderoso para fazer uma revolução, sem o concurso das massas.⁸³²

Um acontecimento histórico ocorrido no Brasil serve de exemplo para diferenciar golpe de Estado de revolução: o acontecimento ocorrido em 31 de março de 1964.

De acordo com a Constituição brasileira de 1946, para um Presidente da República sofrer um *impeachment*, constitucionalmente seria necessário que ele fosse acusado e condenado por cometimento de crime de responsabilidade.⁸³³ Essa característica, aliás, marca o nosso presidencialismo desde suas origens. Não havia imputação alguma contra o Presidente nesse sentido, de modo que ele não poderia ser deposto por esse motivo, o que dificultaria o uso do *impeachment*. Tal circunstância estava estampada no preâmbulo do Ato Institucional nº 01, de março de 1964: “Os processos constitucionais não funcionaram para destituir o governo, que deliberadamente se dispunha a bolchevizar o país”.⁸³⁴

Juridicamente, os Atos Institucionais se sobrepunham à Constituição vigente, não encontravam limitações materiais e não estavam sujeitos a qualquer controle⁸³⁵.

⁸³² BONAVIDES, **Ciência política**, op. cit., p. 458-459.

⁸³³ BRASIL. Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1940-1949/constituicao-1946-18-julho-1946-365199-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 01 set. 2018.

⁸³⁴ BRASIL. **Ato Institucional nº 1, de 9 abril 1964**: Dispõe sobre a manutenção da Constituição Federal de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as modificações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da revolução Vitoriosa. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/atoinst/1960-1969/atoinstitucional-1-9-abril-1964-364977-publicacaooriginal-1-csr.html>>. Acesso em: 01 set. 2018.

⁸³⁵ “O regime dos atos institucionais constituía legalidade excepcional, ‘formada sem necessidade’, porque voltada apenas para coibir adversários políticos e ideológicos e sustentar os detentores do poder e os interesses das classes dominantes, aliados às oligarquias nacionais, que retornaram ao domínio político, agora reforçado por uma nova oligarquia fundada na qualificação profissional, que é a tecnocracia, e destinada a viger enquanto esses detentores quisessem (portanto, sem atender ao princípio de temporariedade, que justifica o estado de exceção). Tudo se poderia fazer: fechar as Casas Legislativas, cassar mandatos eletivos, demitir funcionários, suspender direitos políticos, aposentar e punir magistrados e militares e outros. Mas o que ainda era pior é que não havia nada mais que impedisse a expedição de outros atos institucionais com qualquer conteúdo. O regime foi um estado de exceção permanente: pura Ditadura” (SILVA, José Afonso da. **O constitucionalismo brasileiro: evolução institucional**. Malheiros: São Paulo, 2011, p. 81).

Carlos Medeiros Silva, no entanto, definia o Ato Institucional como “uma lei constitucional temporária”, porque quem o editou não quis “outorgar uma Carta Constitucional, com a ab-rogação da Constituição então vigente; preferiu derroga-la, por prazo certo, naquilo que tornou explícito”.⁸³⁶ É precisamente esse aspecto, isto é, a continuidade da Constituição, que torna diferente a revolução do golpe de Estado, nas palavras de Lourival Vilanova:

A Constituição continuando em vigor, os órgãos constitucionais não se modificam: tão-só seus titulares, que investidos estavam *de jure*, passam, num interregno de deslegalização, a ocuparem funções *de facto*. Nada impede que um titular de órgão com investidura *de jure* passe a titular com investidura *de facto*. Dá-se isso no golpe de Estado, com permanência dos agentes no poder. Não se destrói a Constituição. Se a destrói, o golpe de Estado, juridicamente, é revolução, diferindo apenas agentes ou protagonistas do ato revolucionário: não o povo, mas a minoria governante. O mero golpe de estado não destrói a forma constitucional do Estado.⁸³⁷

Nesta perspectiva, o golpe de Estado objetiva apenas o controle do executivo sem levar em frente um programa político alternativo ou uma ideologia particular, mirando simplesmente “à conquista ou ao controle do governo através de uma conspiração ou o uso mais ou menos intenso das forças armadas”.⁸³⁸ Seriam exemplos o golpe de Primo de Rivera na Espanha (1923) ou muitos dos golpes de estado militares na América do Sul que não comportaram aparentemente transformações radicais do regime e que frequentemente foram apenas parênteses de breve duração.

É necessário ter em conta, porém, que no passado, não foram poucos os casos em que os golpes de estado deram origem a regimes diferentes em ruptura com o precedente ou a ditaduras militares duradouras, e nesse sentido a experiência brasileira é eloquente. Isto porque ao fenômeno se somam variantes e contingências que lhe modificam a essência primária, da qual não se pode transcender se o objetivo é operar uma análise de um ponto de vista jurídico e sociológico, para além das nuances histórico-políticas, por vezes substanciais, e que induzem em erro, devidas a diversas condições que afetam a sua configuração.

⁸³⁶ SILVA, Carlos Medeiros. O ato institucional e a elaboração legislativa. In: CANOTILHO *et al.* (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**, op. cit., p. 911).

⁸³⁷ VILANOVA, Lourival. Teoria jurídica da revolução (anotações à margem de Kelsen). In: CANOTILHO *et al.* (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**, op. cit., p. 443-444.

⁸³⁸ GALLEJA, op. cit., p. 12.

A *Encyclopedia of Political Science* recorda como um golpe de Estado implica repentina e geralmente violenta subversão de um governo existente por parte de um pequeno grupo. “As revoluções, por outro vértice, são realizadas por parte de um amplo grupo de pessoas empenhadas em uma radical mudança social, econômica, política”.⁸³⁹ Os estudos jurídicos, de fato, compreendem exatamente a específica distinção, mesmo que a partir de argumentações científicas bem diferentes⁸⁴⁰, como se verá a seguir.

Esse tópico objetiva buscar dar uma definição de golpe de Estado encontrando as suas peculiaridades sociais e políticas, e depois jurídicas, na direção de fornecer subsídios teóricos para a análise crítica sobre o *impeachment* da Presidenta Dilma Rousseff ou o “golpe de 2016”, como foi definido por amplos setores da mídia, da Política, dos movimentos sociais e por pensadores expressivos das ciências sociais, dentre os quais se destacam o sociólogo Boaventura de Souza Santos, para quem a deposição do ex-Presidente de Honduras em 2010 foi “um ensaio para futuros golpes em outros países do continente”⁸⁴¹ e o jurista Marcelo Neves, para quem o *impeachment* da ex-Presidente Dilma Rousseff foi um “golpe ideológico”.⁸⁴² No início se procederá a um enquadramento do fenômeno do ponto de vista sociológico e político, para depois passar a uma tentativa de definição jurídica.

4.1.4 Primeira Tentativa De Definição Jurídica do “Golpe de Estado”: Alguns Problemas Metodológicos

A categorização jurídica de “golpe de Estado” é controversa. Por uma congênita natureza política, o conceito de golpe de Estado se coloca no limiar entre o jurídico e o antijurídico e com frequência é utilizado por vários autores para justificar atos de tomada de poder por parte das elites em nome da *salus populi suprema lex* (para a salvação do povo).

Mas a problematicidade desta operação apresenta dificuldades aprioristicamente complexas, porque antes da análise jurídica que se propõe, coloca-

⁸³⁹ KURIN, Gerge Thomas. **The Encyclopedia of Political Science**. Washington: CQPress, 2011, p. 350.

⁸⁴⁰ BERNARDINI, op. cit., p. 04.

⁸⁴¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Refundación del Estado en América Latina**. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010, p. 55.

⁸⁴² WEISSHEIMER, op. cit.

se também a dificuldade objetiva de definição geral do conceito. Não existe, em efeito, uma definição aceita unanimemente pela comunidade científica que estabeleça de forma clara e delineada os confins do conceito.

Como observa Ilenia Bernardini,⁸⁴³ sendo difícil a definição, o fenômeno do golpe de Estado é sistematicamente objeto de descrições que, muitas vezes de forma inconsciente, não discernem entre o nível descritivo e o nível avaliativo. Em efeito, as maiores divergências no momento da definição se relacionam exatamente com as acepções axiomáticas que são atribuídas aos eventos históricos tomados como modelo explicativo. O momento de denotar acaba por conotar o objeto de estudo.

In questo senso non sono mancate ricostruzioni sistematico-enciclopediche che, attraverso l'approccio storico, hanno intrapreso un tentativo di censimento il più completo possibile e che quindi si pongono sulla stessa linea metodologica di quel filone storiografico che a partire dagli anni Sessanta si è cimentato nella ricostruzione di fatti storici qualificabili come "colpo di stato" verificatisi prima dell'epoca moderna, a cui solitamente si fa risalire l'origine del fenomeno.⁸⁴⁴

Em efeito, esta precariedade de definição, ou deficiência, deriva certamente da natureza deste fenômeno que, incondicionalmente, reconhecida como política, comporta efetivas limitações a uma definição universal.

Há tempo a doutrina reconhece na obra de Gabriel Naudé,⁸⁴⁵ escritor e bibliotecário francês do século XVII, a primeira teorização conceitual realizada sobre o golpe de Estado. Nas suas *Considération politiques sur le Coup d'État*, publicado em 1639 para uso privado do cardinal romano Guido di Bagni, Naudé, através da acepção tipicamente moderna fundada na lógica da razão de estado e do absolutismo monárquico do século XVII, abre a estrada para uma vertente de estudos que perdura até hoje, do qual o único precursor pode ser encontrado em Maquiavel, com a sua abordagem amoral e utilitarista da Política.⁸⁴⁶

⁸⁴³ BERNARDINI, op. cit., p. 06.

⁸⁴⁴ "Neste sentido não faltaram reconstruções sistemático-enciclopédicas que, através da abordagem histórica, empreenderam uma tentativa de delineamento o mais completo possível e que portanto se colocam na mesma linha metodológica da vertente historiográfica, que a partir dos anos de 1970 se consolidou na reconstrução de fatos históricos qualificáveis como 'golpe de Estado', verificados antes da época moderna, à qual geralmente se remete a origem do fenômeno" (BERNARDINI, op. cit., p. 06).

⁸⁴⁵ NAUDÉ, Gabriel. **Considerazioni politiche sui colpi di Stato**. Milano: Nino Aragano Editore, 2016.

⁸⁴⁶ Que encontra certamente no Príncipe, Nicoló Machiavelli 1532, um clássico sempre atual. Para aprofundamentos, vide a versão traduzida ao português (MAQUIAVEL, op. cit.).

Na obra de Naudé a prudência constitui o nó central e em torno à prudência gira também a própria definição, a primeira que pode ser encontrada em ordem diacrônica, de golpe de Estado em um ordenamento moderno.

Naudé distingue a prudência em duas subcategorias: a prudência ordinária, ou seja, a “virtù morale e politica che non ha altro obiettivo se non quello di trovare stratagemmi e le risorse più efficaci e accessibili per mettere in atto gli obiettivi politici che l'uomo si propone”;⁸⁴⁷ e a prudência extraordinária, que é aquela ação que acontece fora das prescrições da lei realizadas para o bem comum:

[...] azioni audaci e straordinarie che i principi si vedono obbligati a seguire per la riuscita di imprese difficili e disperate, effettuate contro il diritto comune e senza mantenere nessun ordine o forma di giustizia, mettendo quindi a repentaglio gli interessi particolari per il bene generale.⁸⁴⁸

Conforme Naudé o golpe de Estado constitui o último remédio a usar de frente a existência de contingências difíceis e perigosas para a estabilidade política do estado, como graves crises religiosas, guerras civis e outros perigos de desagregação, ao fim de retomar as rédeas do poder. Naudé acrescenta depois, antecipando em três séculos Mallaparte e Luttwack, sugestões de natureza técnica e organizacional, sustentando que o golpe de Estado deva ser realizado em total segredo seguindo uma atenta e escrupulosa planificação.⁸⁴⁹

Conforme Luca Scuccimarra, nos estudos sobre o golpe de Estado podem ser identificados três elementos fundamentais que caracterizam o fenômeno em objeto: “a rapidez da ação, o envolvimento de um número restrito de participantes e a intensão de destituir os atuais detentores do poder”, aos quais acrescenta um quarto elemento, ou seja, a proveniência dos atores-realizadores de tal evento que, com frequência, pertencem às estruturas do próprio estado, e mais frequentemente do aparato militar.⁸⁵⁰

⁸⁴⁷ “A virtude moral e política que não tem outro objetivo que não aquele de encontrar estratagemas e os recursos mais eficazes e acessíveis para colocar em ato os objetivos políticos a que o homem se propõe” (NAUDÉ, op. cit., p. 94).

⁸⁴⁸ Conforme Naudé, os golpes de Estado seriam “ações audaciosas e extraordinárias que os príncipes se veem obrigados a seguir para realizar ações difíceis e desesperadas, efetuadas contra o direito comum e sem manter nenhuma ordem ou forma de justiça, colocando, portanto, de lado, os interesses particulares para o bem geral” (NAUDÉ, op. cit., p. 95).

⁸⁴⁹ BERNARDINI, op. cit., p. 8.

⁸⁵⁰ SCUCCIMARRA, Luca. I labirinti del Colpo di Stato. **Nuova Rivista Storica**. Società Editrice Dante Alighieri, v. 96, n. 3, 2012, p. 723-738.

Como recorda Scuccimarra, a abordagem da *Encyclopedia of Political Science*, centra-se mais na participação dos militares, identificando quase inteiramente o golpe de Estado com o golpe militar; ao contrário, a *Blackwell Encyclopedia of Political Institution*, focaliza majoritariamente o papel das burocracias, ou seja os “*permanent employees*”, funcionários que são utilizados pelo grupo que quer conquistar o poder visto que capazes de paralisar os centros nevrálgicos do estado e de consignar a direção aos golpistas.⁸⁵¹

Diverso é o tratamento dado pelo *Dizionario di politica*, onde o vocábulo, sob-responsabilidade de Carlos Barbé,⁸⁵² circunscreve o fenômeno através da reconstrução de dois elementos, um subjetivo e outro objetivo: o primeiro identifica o autor da ação, o segundo a modalidade ou a forma do ato. Também aqui o golpe de Estado é claramente separado do fenômeno da revolução, enquanto “ato realizado por parte de órgãos do próprio estado”, aspecto que Barbé reconhece como o único *Trait d’Union* dos diversos eventos examinados durante sua análise histórico-diacrônica. A definição do *Dizionario di Política* se desequilibra, portanto, no fator subjetivo, chegando a definir o golpe de Estado como “a apropriação por parte de um grupo de militares ou das forças armadas, dos órgãos ou dos atributos do poder político, mediante uma ação repentina, que tenha certa margem de surpresa e que com frequência reduz a violência intrínseca do ato com o mínimo emprego possível da violência física”.⁸⁵³

Mas Carlos Barbé também observa que o significado da expressão Golpe de Estado mudou no tempo.⁸⁵⁴ O fenômeno nos dias atuais manifesta notável diferença em relação ao mesmo conceito que se fazia referência três séculos atrás. Essas diferenças podem ser encontradas desde a mudança substancial dos atores até a própria forma do ato. Apenas um elemento, contudo, se manteve invariável, apresentando-se como o traço de união entre estas diversas configurações: o golpe de Estado é um ato realizado por órgãos do próprio Estado.

Giancarlo Pasquino afirmou que no século XX a relação política-militares se exprime exatamente no fenômeno do golpe de Estado, dada a sua alta frequência não apenas na África, mas também na América Latina e Europa meridional. Interessante

⁸⁵¹ Loc. cit.

⁸⁵² BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Giancarlo (Org.). **Dicionário de Política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992.

⁸⁵³ Loc. cit.

⁸⁵⁴ Loc. cit.

resulta ser, porém, um outro aspecto: analisando o golpe de Estado através do tema do militarismo, Pasquino afirma em efeito que o golpe, de um lado uma demonstração de força, enquanto que os militares “exprimem a sua capacidade de conquistar o poder político também contra a vontade dos civis organizados em partidos e em sindicatos”, ao mesmo tempo é também uma demonstração de “fraqueza” pois as forças militares assaltam o poder quando não são capazes de “fazer valer os próprios interesses, para influenciar e controlar o processo de tomada de decisão, para colocar na sede do governo personalidades civis do seu agrado”.⁸⁵⁵

Como observa Bernardini,⁸⁵⁶ apresenta-se bem completa a definição dada pelo *Blackwell Dictionary of Modern Social Thought*,⁸⁵⁷ de 2006, no qual Patrice Mann retomando a contribuição de Spencer que restringe o golpe de Estado apenas aos casos de *executive coups*, amplia-lhe a definição, sustentando que o golpe de Estado pode ser atuado também por sujeitos que não pertencem às elites burocráticas, como no caso dos *paramilitar coups*, ou que, mesmo pertencendo ao aparato estatal, não necessariamente detém o poder político, como no caso dos *military coups*.

Nesse sentido, ainda que o golpe de Estado se diferencie da revolução e das insurreições militares porque não se apela às mobilizações das massas, não se deve excluir uma interdependência empírica dos dois fenômenos enquanto que o golpe pode sempre se verificar no início, durante ou depois da revolução.

Ainda nesta perspectiva, destaca-se uma segunda característica que se relaciona com maneira de execução do golpe, pois o seu sucesso requer uma planificação estreitamente secreta e uma ação rápida, a propósito Patrice Mann afirma que deve existir a infiltração de um pequeno, mas crucial segmento do aparato estatal apto a realizar a passagem ao poder.⁸⁵⁸

Enfim, pode-se destacar o foco colocado no fato de que as definições frequentemente se concentraram sobre apenas um dentre os êxitos que o golpe de Estado pode gerar, ou seja, na transformação institucional, quando diversamente este fenômeno pode produzir diferentes epílogos na base da sociedade, dependendo, obviamente, das intenções dos seus atores protagonistas. Em uma sociedade

⁸⁵⁵ PASQUINO, Giancarlo. Militarismo. In: **Enciclopedia Treccani. Enciclopedia Italiana**, Appendice V. Roma: Istituto della Enciclopedia italiana, 1993.

⁸⁵⁶ BERNARDINI, op. cit., p. 9.

⁸⁵⁷ OUTHWAITE, William. **The Blackwell Dictionary of Modern Social Thought**. 2. ed. Oxford and Malden: Blackwell, 2006.

⁸⁵⁸ MANN, Patrice. Coup d'état. In: OUTHWAITE, William (ed.) **The Blackwell Dictionary of Modern Social Thought**. 2. ed. Oxford: Blackwell, 2006, p. 122.

tradicional, recorda de fato Patrice Mann, os golpes são essencialmente instrumentos de troca no poder de chefes de tribos rivais (nestes casos se pode de fato falar mais de “*palace revolutions*” que de “*executive coup*”), enquanto que nas sociedades ocidentais os golpes de Estado levaram não apenas a uma significativa troca da classe política dirigente, mas também a importantes transformações constitucionais. Mann afronta depois também a relação entre golpe de Estado e a mobilização das massas que permanecem muito complexas.⁸⁵⁹

Entre as duas guerras mundiais, alguns autores, dentre os quais o primeiro foi Curzio Malaparte, buscaram desnudar o golpe de Estado de qualquer conotação política para fazê-lo se tornar um fenômeno especificamente técnico. No seu *pamphlet*, não por acaso intitulado “técnica do golpe de Estado”, publicado em 1931, Malaparte descreve, através de uma significativa resenha histórica de golpes, as tentativas de golpe que aconteceram na Europa nos anos de 1920, a técnica minuciosa e infalível para um seguro sucesso da ação: separando totalmente o conceito das ideologias de qualquer cor, Malaparte sugere não uma estratégia política, mas uma tática insurrecional verdadeira e própria com a qual acerta o centro nevrálgico do estado moderno.⁸⁶⁰

Esta mistura de elementos de legalidade e uso da violência se dilatou entre os estudiosos das décadas de 20 e 30 do século passado, tanto que Brichet, na trilha do ensaio de Malaparte, apresentando uma tese de doutorado na Sorbonne sobre esse tema, iniciou uma série de estudos acadêmicos sobre o argumento.⁸⁶¹ Brichet demonstrou que o golpe de Estado não era “uma ação espontânea e irracional”, mas um ataque ponderado, repentino e ilegal ao poder constituído. Para este autor existiriam, portanto, duas tipologias de golpe: um “golpe político convencional” que indaga sobre a natureza técnica e política do golpe de Estado que mira à conquista da sede do poder e um “golpe técnico”, cujo escopo é simplesmente a conquista das infraestruturas cardeais de uma sociedade moderna. Flertando com Malaparte em muitas passagens, especialmente na descrição do golpe de Estado como técnica de tomada do poder, Brichet conclui que apenas este último, o golpe técnico, pode dar certeza de um poder duradouro.

⁸⁵⁹ MANN, Patrice. Coup d'état. In: OUTHWAITE, William. **The blackwell dictionary of modern social thought**. 2. ed. Oxford: Blackwell, 2006, p. 122.

⁸⁶⁰ MALAPARTE. **La Technique du coup d'État**. Grasset: Parigi, 1931.

⁸⁶¹ BRICHET *apud* BERNARDINI, op. cit., p. 11.

Samuel Huntington, na trilha das experiências sul-americanas da década de 1960, definia o golpe de Estado como um “saudável mecanismo de gradual renovação política, ou seja, o equivalente não-constitucional da alternância dos partidos através de processos eleitos”.⁸⁶²

Desta afirmação ganhou impulso uma vertente que sustenta que o golpe de Estado “possa ser até mesmo preferível, em alguns países críticos, a um processo eleitoral que, muitas vezes viciado pela corrupção e pela manipulação, poderiam desencadear tensões sociais de desconfortáveis consequências”.⁸⁶³

Segundo a ampla e detalhada análise que Huntington desenvolve nos seus estudos posteriores, as tipologias de golpe de Estado que estas sociedades podem experimentar podem ser essencialmente agrupados com base em três classes diferentes: “*oligarchical coups*”, quando a participação é baixa e é a elite a realizar o golpe, “*radical coups*”, se o golpe de Estado é realizado graças à cooperação das elites e da classe média (*middle class*) e “*mass coups*”, quando a participação é inclusiva de todas as classes sociais.⁸⁶⁴

Mais recentemente, Calleja, seguindo o filão da relação entre os golpes de estado e a violência, observa que o golpe de Estado pode ser o prólogo ou o epílogo de uma crise bélica externa ou interna, de uma revolução ou de uma guerra civil. Essa definição corresponde, portanto, a um fenômeno que “se atua em um modo determinado de ação subversiva, enquanto que a revolução ou a contrarrevolução são as consequências últimas de tal processo”.⁸⁶⁵

Nesse sentido, seriam exemplos a insurreição bolchevique de 1917, o golpe de Praga de 1948 ou a intervenção militar do Chile em 1973: nestes casos o golpe de Estado levou à substituição dos homens no poder, enquanto que a revolução atuava uma brusca ruptura com o sistema político-constitucional do passado.

Aprofundando a análise, Calleja toma em consideração, através da argumentação do procedimento não regulamentado de transferência do poder político (independentemente que se trate da instauração de um regime ditatorial ou da transformação de qualquer regime), o caráter ilegal do golpe de Estado: este se

⁸⁶² HUNTINGTON *apud* BERNARDINI, op. cit., p. 11.

⁸⁶³ Cf. BERNARDINI, op. cit., p. 11.

⁸⁶⁴ Loc. cit.

⁸⁶⁵ CALLEJA, op. cit., p. 30.

qualifica como “transgressão do ordenamento jurídico-político, seja pelos meios utilizados, seja pelos objetivos perseguidos”.⁸⁶⁶

Nesta ótica, os objetivos do golpe de Estado devem ser encontrados, em primeiro lugar, na substituição de um governo por outro, mirando à conquista do poder para além do pertencimento a uma específica facção política, mesmo se o golpe de Estado possa ser nos fatos um ato que busca normalizar uma situação subversiva e revolucionária. Em segundo lugar, o golpe poderia mirar à redistribuição dos cargos dentro do mesmo governo: nesse sentido célebres foram na história os golpes de estado da família Bonaparte de 18 Brumário de 1799 e de 2 de dezembro de 1851.

Não por acaso, a última característica que pode ser identificada, na trilha de Calleja, do golpe de Estado é aquela de substanciar-se em um instrumento de ação política das elites estatais, ao contrário do povo que pode fazer a revolução. Para Calleja, “o golpismo, portanto, é uma estratégia própria das minorias”⁸⁶⁷. Nessa direção, Samuel Huntington sustentava que este pode ser realizado apenas por um grupo que já tenha acesso ao sistema político existente, mesmo porque tem necessariamente necessidade do apoio das forças armadas.⁸⁶⁸

Também seguindo na mesma direção de sentido, Hopkins⁸⁶⁹ sugere que a intervenção política dos militares não nasce tanto dos hábitos passados tendentes a uma mudança social ou da estratégica posição na arena do dissenso social, mas das dimensões e da organização hierárquica que lhe caracteriza, facilitando uma coesão interna que nenhum outro tipo de elite pode igualar. Nesse sentido, os militares intervêm em um vazio de poder onde o potencial coercitivo físico é considerado mais idôneo do que outros meios de controle social.⁸⁷⁰ E isso pode ser verificado em particular nos países de modernidade tardia, onde a fraqueza institucional deixa espaços ‘naturalmente’ ocupados pelas forças armadas.

4.1.5. Contextualização do Golpe de Estado na Dogmática Jurídica qual Fenômeno Ilegal e Extrajurídico

⁸⁶⁶ Loc. cit.

⁸⁶⁷ CALLEJA, op. cit., p. 17.

⁸⁶⁸ HUNTINGTON, op. cit., p. 32.

⁸⁶⁹ K. HOPKINS *apud* BERNARDINO, op. cit., p. 13.

⁸⁷⁰ Loc. cit.

Considerar o golpe de Estado com a lente de jurista é coisa difícil. Como já assinalado, as contribuições acadêmicas produzidas sobre este fenômeno se localizam na maior parte dos casos, em obras de tipo histórico-descritivo de natureza politológica que se ocupam de identificar as modalidades de realização, as classes sociais que mais frequentemente se promovem organizadoras e as causas generativas deste fenômeno.

De obras de conteúdo prescritivo podem ser encontradas bem poucas e ocorre aqui sublinhar como também estas frequentemente se servem de referências históricas para um método dedutivo a fim de trazer a definição mais compreensiva possível.

Assim, antes de realizar qualquer tipo de análise, é oportuno afirmar como nesta sede se acolhe a tese de que o golpe de Estado entre no âmbito das matérias de dogmática jurídica e de ciência jurídica, mormente no que tange à Teoria do Direito e o Direito Constitucional nas suas diferentes perspectivas metodológicas (teoria da Constituição, direito constitucional positivo e metódica constitucional). Basta acenar a dois juristas de altíssima envergadura, que figuram dentre os pais da Teoria Geral do Direito e que se dedicaram à definição do fenômeno em objeto. Faz-se referência, portanto, a Santi Romano e Hans Kelsen, os quais, na sua análise sobre as mutações que intervêm na continuidade do direito estatal, encontram no golpe de Estado uma particular tipologia de ruptura de um ordenamento.

Santi Romano, no seu ensaio sobre *a Instauração de fato de um ordenamento constitucional e a sua legitimação*, define as características deste fenômeno nos casos de instauração *de facto*, de novas formas estatais que não seguem o procedimento ditado pelas normas e pelos princípios gerais do ordenamento.⁸⁷¹ Conforme Santi Romano, o evento, para ser um golpe de Estado deve antes de tudo comportar um abuso de *potestas* suprema e uma violação do direito objetivo, no sentido de que “seja lesado o direito do Estado a reger-se com os ordenamentos que somente os seus órgãos legítimos, dentro da esfera das suas legítimas competências, podem mudar”.⁸⁷²

A violação jurídica das normas vigentes do velho ordenamento deve, depois, importar exclusivamente a ordem interna do Estado, pois “se essa não turba tal ordem, mas é apenas contrária ao direito internacional, no sentido em que as inovações

⁸⁷¹ ROMANO *apud* BERNARDINI, op. cit., p. 14.

⁸⁷² Loc. cit.

trazidas ao interno devem ser consideradas como remoção, mesmo que violenta, de uma condição de coisas antijurídicas, a noção de golpe de Estado não encontra lugar”.⁸⁷³ Deve, enfim, dar lugar a uma nova ordem constitucional ou a uma mutação do ordenamento na parte que toca a esfera do Direito Constitucional, pois “é somente com o exercício imediato da soberania que se deve cuidar”.⁸⁷⁴

A partir dos ensinamentos de Santi Romano, Mortati introduzirá o golpe de Estado entre os casos de instauração de uma nova ordem estatal “por ação de forças internas ao Estado que surge”, distinguindo do caso dos insurgidos aquele de “órgãos do velho estado que precedem à instauração ou no exercício dos seus poderes atribuídos” e “sujeitos estranhos à organização dos poderes do estado pré-existente, os quais através da formação de governos provisórios miram a subversão revolucionária do velho estado”.⁸⁷⁵

Na primeira hipótese entraria a formação do regime franquista na Espanha, enquanto que na segunda hipótese o caso do golpe de Estado clássico, definido como “transformação do ordenamento jurídico estatal através da atividade inconstitucional de um de seus órgãos”.⁸⁷⁶ Típico exemplo desta última caracterização, o golpe de Estado de Napoleão de 2 de dezembro 1851, que colocou fim à segunda República francesa. Mortati, portanto, não distingue de maneira clara revolução e golpe de Estado, pois ambos entram na categoria de ruptura do ordenamento pré-existente, seguida pela instauração de fato de uma nova ordem legal.

Nesta perspectiva, o “Estado gestante”, ou seja, o Estado que conseguiu “cortar o cordão umbilical” que o mantinha unido ao estado pré-existente se encontrará de frente a um problema de legitimação, interna e externa: a primeira, sobre a base de uma avaliação intrínseca, segundo a qual o Estado se autolegitimará do momento em que conseguirá impor-se como estrutura autoritária dotada de positividade, a segunda sobre a base de uma avaliação extrínseca, ou seja subordinada ao juízo de válida formação do estado, feito por uma outra entidade fonte de poder segundo os próprios cânones ou, analogamente, por parte da comunidade internacional através do reconhecimento da qualidade de sujeito internacional.⁸⁷⁷

⁸⁷³ Loc. cit.

⁸⁷⁴ Loc. cit.

⁸⁷⁵ MORTATI *apud* BERNARDINI, op. cit., p. 14.

⁸⁷⁶ Loc. cit.

⁸⁷⁷ Loc. cit.

No que toca a primeira forma de legitimação externa Mortati faz referência à legitimação por parte de um outro ordenamento do qual se atinge o critério de justificação, referindo-se por exemplo à consagração divina ou à vontade popular ou ao decurso do tempo. Para a segunda forma, recorda que o critério de legitimação não é sempre informado por avaliações jurídicas sobre o requisito da efetividade, visto que, com frequência, existiriam considerações de natureza política que influenciariam este reconhecimento.⁸⁷⁸

A mesma referência ao Direito Internacional é feita por Hans Kelsen, que parte da seguinte consideração: uma monarquia é transformada em república (por uma revolução popular) e uma república é transformada em monarquia (mediante um golpe de Estado do presidente) se o novo governo é capaz de manter efetiva a “nova Constituição”. Então, este governo e esta nova Constituição serão, segundo o Direito Internacional, o novo legítimo governo e a nova válida Constituição.

Como consequência, somente se uma norma do direito internacional instituísse que uma revolução ou um golpe de Estado podem ser considerados como métodos legais de mutação da Constituição, seria possível, então, assumir que a continuidade da lei nacional, ou a identidade do Estado, não são afetados por estes fenômenos de mutação constitucional.⁸⁷⁹ Nesse sentido, Kelsen sustenta sua tese observando que nenhum jurista pode duvidar que a Rússia depois da revolução de outubro possa ser ainda a mesma Rússia que existia sob a Constituição czarista e que aquela chamada URSS seja a mesma que aquela sob a Constituição bolchevique, mas esta interpretação é possível se, ignorando o direito internacional, não vamos além da Constituição que existe em dado momento.

Kelsen considera o golpe de Estado uma ação radicalmente ilegal pois mina a validade da *Grundnorm*, porque quando a Constituição de um Estado é mudada sem seguir as regras indicadas pela própria Constituição, mas violentamente, mediante uma violação desta, entra-se sempre no caso da modificação ilegal que subverte a completude do regime jurídico. Isto acontece, seja no caso de revolução que de golpe de Estado.⁸⁸⁰

Deste ponto de vista, o estado e sua ordem legal permanecem os mesmos somente se a Constituição permanece intacta ou muda segundo as suas próprias

⁸⁷⁸ Loc. cit.

⁸⁷⁹ KELSEN, **Teoria Geral do Direito e do Estado**, op. cit.

⁸⁸⁰ A propósito e para aprofundamentos, vide KELSEN, **Teoria Geral do Direito e do Estado**, op. cit.

previsões. Kelsen, em efeito, recorda o que Aristóteles escreveu na *Politeia*, que quando a Constituição muda o seu carácter, o Estado não pode permanecer o mesmo. E isto significa compreender a natureza do Estado sem atenção ao direito internacional. Somente porque os juristas modernos pressupõem o direito internacional como ordem legal que determina a existência de um estado em todos os aspectos, então se pode crer que a continuidade estatal do direito interno e a identidade legal do Estado permanecem os mesmos não obstante uma violenta mudança de Constituição. Segundo este princípio de efetividade, então, o direito internacional deveria intervir também na criação de um Estado pois que determina as razões de validade de qualquer ordem legal nacional.⁸⁸¹

Kelsen, como puro formalista, obviamente, faz referência, às considerações meramente políticas que intervêm no âmbito da comunidade internacional sobre o reconhecimento da validade de outros ordenamentos e a avaliação sobre a continuidade do Estado. A referência ao direito internacional, como em Santi Romano e Mortati, é fundamental no caso em que se fale de instauração *de facto* de um novo ordenamento.

Também Brichet, na sua leitura jurídica, afirma, a propósito da legitimação do golpe de Estado, que se deve tomar em consideração o direito interno e o internacional. Do ponto de vista do direito interno, o próprio Estado pode reagir opondo-se à ação subversiva mediante medidas excepcionais, ou mesmo pode sucumbir sob a força da ação violenta e assistir à instauração de um novo ordenamento. Sob o ponto de vista do direito internacional, é o terceiro Estado a relevar, reconhecendo ou não o novo governo de fato.⁸⁸²

Nesta perspectiva, o golpe de Estado, independentemente do fato que mire à instauração de um regime ditatorial ou ao reestabelecimento de regras democráticas, é sempre ato ilegal de transgressão do ordenamento, ao qual, mesmo que se caracterize como ato de força, não é sempre necessária a coerção física. Às vezes, em efeito, uma justa quantidade de “decisão política”, compreendida no sentido schmittiano como “criação de novas normas jurídicas impostas pelo poder soberano dos governantes, acima do direito positivo e natural”, pode ser suficiente.⁸⁸³

⁸⁸¹ Loc. cit.

⁸⁸² BRICHET *apud* BERNARDINI, op. cit., p. 17.

⁸⁸³ Loc. cit.

Essa também é a avaliação que Schmitt dá na sua *Verfassungslehre*, onde coloca o golpe de Estado no caso da ruptura constitucional, e mais precisamente na “ruptura que não respeita a Constituição, ou seja, violação excepcional de uma disposição legislativa constitucional sem respeito ao procedimento previsto para as modificações da Constituição”.⁸⁸⁴

Outro autor a destacar, dentre as contribuições italianas para o objeto em análise, é Silvano Tosi que, em 1951, dedicou um inteiro volume ao golpe de Estado.⁸⁸⁵ Partindo da distinção entre “crise no sistema” e “crise do sistema”, Tosi identifica a primeira com a simples *congiura di palazzo* (conspiração de palácio, ou *complô de palácio*), cujo objetivo é “la sostituzione o l’eliminazione dei detentori del potere”.⁸⁸⁶ O *complô* representa, porém, ainda o estado precedente e contém só em estado embrionário o germe do segundo tipo de crise, ou seja, a “crise do sistema”, que prevê a deposição dos governantes sobre a base da acusação de não respeitar a vontade nacional e a consequente “mudança do sistema”.⁸⁸⁷

Tosi, como outros, sustenta que os fenômenos da revolução e do golpe de Estado, devem ser inseridos na categoria dos “instrumentos de modificação da Constituição”, mesmo distinguindo-os claramente, considerando o *golpe de Estado* como figura intermediária entre a *revolução*, na qual, obviamente, incidem elementos ideológicos e filosóficos que faltam ao golpe de Estado, e o *complô de palácio*, tendo em comum com o golpe de Estado a “secreta preparação” e a “violência da execução”. A verdadeira diferença se encontra no fato de que o golpe de Estado, o “fato político” exteriormente similar ao *complô de palácio*, combina-se com um “fato jurídico”, ou seja, a modificação constitucional que falta ao outro.⁸⁸⁸

Calleja observa, por outro vértice, como o golpe de Estado, se enquadrado na categoria dos “processos de transferência anômalo, ilegal e extrajurídico do poder de uma elite a outra”, possa ser reconduzido tanto à tipologia de ruptura quanto à continuidade legal e constitucional.⁸⁸⁹

É interessante recordar também a definição de golpe de Estado que Cesarini Sforza dá no prefácio à obra de Tosi:

⁸⁸⁴ SCHMITT, Carl. **Dottrina dela Costituzione**. Milano: Giufreé, 1984.

⁸⁸⁵ TOSI, Silvano. **Colpo di Stato**. Roma: Gismondi, 1951.

⁸⁸⁶ Conforme o autor, a “conspiração de palácio”, objetiva “a substituição ou a eliminação dos detentores do poder” (TOSI, op. cit).

⁸⁸⁷ Loc. cit.

⁸⁸⁸ Loc. cit.

⁸⁸⁹ Cf. CALLEJA, op. cit., p. 14.

[...] il colpo di Stato non è «un momento iniziale o la prima manifestazione di un movimento rivoluzionario [...] ma qualcosa di essenzialmente diverso, dato che si è abituati a vedere nella rivoluzione – sul paradigma di quella francese dell’89 – il trionfo delle libertà politiche e civili prima conculcate o negate, mentre questo fenomeno porta in sé la negazione del concetto di sovranità popolare in nome di un rafforzamento dell’esecutivo a scapito del legislativo. Il discrimine si trova nell’organo che esegue l’azione: se è la volontà di un organo dello Stato, si avrà, appunto, il colpo di stato; se è volontà estranea all’organizzazione statale, si avrà la rivoluzione⁸⁹⁰.

A Ciência Jurídica toma, portanto, em consideração, os golpes de Estado sob um duplice perfil: de um lado, como eventos que podem ser avaliados e qualificados do ponto de vista da sua contrariedade com a ordem jurídica vigente; de outro lado, como eventos que produzem o efeito de criar uma diversa configuração dos poderes públicos que, adquirindo estabilidade, dão lugar à instauração de uma nova e diferente ordem jurídico-constitucional.⁸⁹¹

Assim, o golpe de Estado é ao mesmo tempo fato antijurídico e fato normativo ou de produção jurídica. Não por acaso Silvano Tosi o define como “ação extralegal de conquista do poder” que consiste em “*impiegare i poteri costituiti esistenti per distruggerli e immolare la costituzione quasi costituzionalmente*”, ou seja, “empregar os poderes constituídos existentes para lhes destruir e sacrificar a Constituição quase constitucionalmente”.⁸⁹²

Bonavides observa que o uso do *impeachment* pode ser desvirtuado para uma utilização Política e não jurídica de proteção da força normativa da Constituição:

O Impeachment, o remédio por excelência do presidencialismo para remover do poder os presidentes incursos em crimes de responsabilidade, não teve em nosso Direito Constitucional, nem tampouco na vida política doutros países que seguiram o modelo institucional dos Estados Unidos, a aplicação que dele esperavam os seus defensores teóricos, sendo primeiro um ativador de crises e colapsos da legalidade do que, em verdade, um instrumento de

⁸⁹⁰ “O golpe de Estado não é um momento inicial, ou a primeira manifestação de um movimento revolucionário [...] mas algo de essencialmente diferente, dado que é habitual ver na revolução – sobre o paradigma da revolução francesa de 1789 – o triunfo das liberdades políticas e civis antes neutralizadas ou negadas, enquanto que este fenômeno traz consigo a negação do conceito de soberania popular em nome de um fortalecimento do executivo em detrimento do legislativo. A distinção se encontra no órgão que executa ação: se é a vontade de um órgão do estado, haverá golpe de Estado; se é vontade estranha à organização estatal, haverá a revolução” (tradução livre) (SFORZA, Widar Cesarini. Prefácio. In: TOSI, op. cit.).

⁸⁹¹ GUELI, V. Colpo di Stato. **Enciclopedia del Diritto**. Varese: Giufreé, 1960.

⁸⁹² A propósito e para aprofundamentos, vide: TOSI, op. cit.

restauração da verdade constitucional lesada pelos abusos pessoais do primeiro magistrado da Nação.⁸⁹³

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia e Diogo Bacha e Silva, a propósito do uso desvirtuante do *impeachment* como instituto meramente político, entendem que ele pode transformar-se num “golpe branco”:

[...] se considerarmos que o instituto poderá ser utilizado tal qual a revogação do mandato ou, ainda, pela queda do gabinete do parlamentarismo, bastando olharmos para ele como instituto meramente político e sem a possibilidade de controle jurisdicional; então o teremos como um meio de provocar crises políticas e “golpes brancos” – isto é: um Presidente que não possua maioria no Parlamento (e que some a isso um período de baixa popularidade) pode muito bem ser afastado sob alguma acusação genérica.⁸⁹⁴

Em síntese: mesmo que se trate de um julgamento jurídico-político, deve-se assegurar ao Presidente da República um processo justo, livre de argumentos de autoridade ou de consciência, que invariavelmente induzem a erros e pré-compreensões inautênticas (Gadamer), o que pode desvirtuar o instituto do *impeachment* numa manifestação de poder à margem da Constituição.

4.2 O IMPEACHMENT ENTRE DIREITO E POLÍTICA: UM DIÁLOGO COM A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E A TEORIA SISTÊMICA

Segundo a Constituição brasileira de 1988 (artigo 86), admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crime de responsabilidade.⁸⁹⁵ O afastamento, em definitivo, do Presidente da República, mediante a imputação da

⁸⁹³ BONAVIDES, **Curso de direito constitucional**, op. cit., 2009, p. 67.

⁸⁹⁴ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni *et al.* Os contornos do Impeachment no Estado Democrático de Direito: historicidade e natureza da responsabilização jurídico-política no presidencialismo brasileiro. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, Fundação Konrad Adenaur, a. XXII, Bogotá, 2016. Disponível em: <<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/viewFile/32777/29743>>. Acesso em: 01 ser. 2018.

⁸⁹⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 ago. 2016.

prática de crime de responsabilidade,⁸⁹⁶ implica restrição a direito individual e depende, portanto, de um prévio processo legal, como dispõe o artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição de 1988.

O entendimento atual do Supremo Tribunal Federal sobre o processo de *impeachment* está definido no acórdão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 378, o qual detalhou aspectos do rito do *impeachment* na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, mas pouco ou nada avançou sobre a viabilidade e os limites do controle judicial da sentença condenatória proferida pelo Senado Federal.

No julgamento do mandado de segurança impetrado pelo ex-Presidente Fernando Collor em face da sentença condenatória do Senado Federal, que lhe impôs a sanção de inabilitação por oito anos para o exercício de função pública, o Pleno do Supremo Tribunal Federal enfrentou o tema decidindo que o controle judicial do *impeachment* é possível desde que “se alegue lesão ou ameaça a direito”.⁸⁹⁷

O recurso à experiência constitucional americana para uma solução daquele caso, de acordo com o Ministro Paulo Brossard, implicaria uma importação acrítica de modelos estrangeiros, uma postura tipicamente de colonialismo jurídico-cultural.⁸⁹⁸ Foi isso que orientou o seu voto dissidente:

De modo que se o STF quiser abandonar a jurisprudência, firmada de 1895 a 1937 [...]; se o Supremo Tribunal Federal, na sua sabedoria, quiser repudiar sua antiga jurisprudência, mantida durante quarenta anos, da lição dos maiores constitucionalistas e desquitar-se nacionais (e estrangeiros), que o faça, mas faça por sua autoridade, sem arrimar-se a uma suposta jurisprudência alienígena, que não existe.⁸⁹⁹

Fazendo alusão indireta às linhas demarcatórias entre Direito e Política, o Ministro Paulo Brossard votou pela inviabilidade do controle judicial da sentença do Senado porque “falece ao Poder Judiciário jurisdição para ingressar nesses territórios, que o demônio dos interesses insiste em levá-lo a percorrer”, já que a Constituição

⁸⁹⁶ O “crime de responsabilidade”, mencionado no artigo 85 da Constituição brasileira, é definido pela **Lei nº 1.079/1950** como sendo uma conduta do Presidente da República que implique um atentado à Constituição.

⁸⁹⁷ BRASIL, **Mandado de Segurança nº 21.689/DF**, op. cit.

⁸⁹⁸ MONTORO, André Franco. Filosofia do direito e colonialismo cultural: transplante de institutos jurídicos inadequados à realidade brasileira. **Revista de Informação Legislativa**, a. X, v. 37, p. 3-20. 1973.

⁸⁹⁹ BRASIL, **Mandado de Segurança nº 21.689/DF**, op. cit.

Federal reservou ao Senado “toda a jurisdição a respeito da matéria”, sem possibilidade de recurso ou mesmo de ação rescisória.⁹⁰⁰

Naquele julgamento, o Supremo Tribunal Federal reafirmou a sua jurisdição sobre o caso, porém apenas porque o mandado de segurança foi impetrado para questionar a regularidade formal do processo e não o “mérito” da decisão prolatada pelo Senado. O que se discutiu na ocasião foi se havia cessado ou não a jurisdição do Senado Federal para prosseguir no julgamento do *impeachment*, desde o momento que o acusado renunciou ao cargo de Presidente da República, o que restringiria o exame da matéria a uma questão de competência constitucional ou “estritamente constitucional”, como pontificou o Ministro Moreira Alves.⁹⁰¹

Em nenhum momento, contudo, o Supremo Tribunal Federal decidiu sobre a (in)viabilidade de examinar o “mérito” da sentença condenatória do Senado Federal, notadamente em relação ao alcance do direito fundamental à inafastabilidade do controle judicial (CF, artigo 5º, XXXV).

A simples observância das normas procedimentais é suficiente para garantir a juridicidade do julgamento do *impeachment*? O processo de *impeachment* é questão *interna corporis*, ou seja, imune a qualquer tipo de controle judicial? É o *impeachment* um procedimento para apuração de um ilícito? De que natureza? Penal, política ou híbrida? Qual a sua finalidade?

A definição da natureza jurídica do *impeachment* é crucial para determinar a legitimidade da atuação do Poder Judiciário no seu controle. Se couber à Filosofia indagar a natureza das coisas, cumpre à Filosofia do Direito, aqui com os elementos e os aportes fornecidos pela hermenêutica filosófica gadameriana, fixar não só a natureza do *impeachment*, mas também examinar o episódio ocorrido no Brasil em 2016, levando em consideração “realidade linguística e não linguística, normativa e não-normativa, em que se insere a Constituição”,⁹⁰² porque não há Direito sem historicidade, simplesmente porque não há linguagem que não seja história⁹⁰³.

⁹⁰⁰ Loc. cit.

⁹⁰¹ Loc. cit.

⁹⁰² SILVA, **Comentário contextual à constituição**, op. cit.

⁹⁰³ GADAMER, **Verdade e método**, op. cit., p. 310.

4.2.1 Apresentando o Instituto na Perspectiva da Hermenêutica Filosófica de Hans-Georg Gadamer

Uma das notas fundamentais do “Estado de Legislação” (na versão oitocentista e clássica do Estado de Direito) foi o legalismo.

O legalismo traduziu a primeira politização do Direito.

É nessa conversão da Política no Direito que nasce a específica solução jurídica para o problema político. Como nota fundamental, o legalismo faria supérflua a ideia de legitimidade. O lugar da legitimidade passaria a ser ocupado pela legalidade, ou, dito de outro modo, “a legalidade (podia) valer como legitimidade”.⁹⁰⁴

Não tardou, porém, para que esse modelo paradigmático mergulhasse numa profunda crise, a tal ponto de se poder afirmar que há muito ele se encontra superado, ante a emergência das novas exigências de uma sociedade muito diferente.

A pretensão de ver na lei, ou apenas nela, a solução jurídica para o problema político, é tributária de múltiplos equívocos. O principal deles, sem dúvida, foi o de reduzir a dimensão jurídica a uma racionalidade definida por uma legalidade. Se, por um lado, no paradigma da legalidade Política e Direito se apresentavam discursivamente diferentes, por outro lado não deixavam de nele se apresentar materialmente confundidos. Essa ambiguidade apenas se acentuou com a evolução da estrita legalidade para a constitucionalidade, porque a Constituição moderna é recorrentemente definida como o “estatuto jurídico do político”.⁹⁰⁵

Assim como a lei no Estado de Direito clássico, também a Constituição está longe de esgotar o universo jurídico, por exprimir apenas o jurídico que se tem por politicamente mais relevante. Além disso, a Constituição é a projeção jurídica de certa intenção e um certo projeto políticos.⁹⁰⁶ Reduzir a juridicidade à constitucionalidade, nessa perspectiva, equivale a diluir o Direito na Política. Se o Direito estiver identificado inteiramente com a Política, ainda que seja através da legalidade

⁹⁰⁴ WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva, v. 1. Tradução de Régis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4. ed. Brasília; UnB, 1991.

⁹⁰⁵ Essa fórmula sintética do que vem a ser uma Constituição, nos ensinamentos de Paulo Ferreira da Cunha, “foi introduzida entre nós por Castanheira Neves e depois aplicada em Direito Constitucional por Gomes Canotilho e depois por Marcelo Rebelo de Sousa e outros” (CUNHA, Paulo Ferreira da. **Direito constitucional geral**: uma perspectiva luso-brasileira, v. 3. São Paulo: Método, 2007, p. 95).

⁹⁰⁶ Sobre a distinção entre o jurídico e o político, relativamente à Constituição, e a pensar aí o “acoplamento estrutural” entre ambos, ver: LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. México: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 468 e s.

constitucional, perderá a sua autonomia e sua condição de instância de validade e crítica perante a Política e o poder.

O Direito não se impõe e nem se esgota totalmente na lei ou na Constituição.

A lei e a Constituição apenas podem concorrer contribuindo para a manifestação do Direito porque se inserem num mundo prático. A interpretação jurídica só possível diante do fato concreto, o que Gadamer chamou de “significado paradigmático da hermenêutica jurídica”.⁹⁰⁷

A “exigência hermenêutica”, segundo Gadamer, é precisamente a de “compreender o que diz o texto a partir da situação concreta na qual foi produzido”. Para que o intérprete de um texto possa compreender o seu significado, embora deva olhar o passado e atentar para a tradição, não pode ignorar-se a si mesmo nem desprezar a concreta situação hermenêutica em que se encontra, pois o ato de concretização de toda norma jurídica ocorre no presente em que ela foi produzida⁹⁰⁸. Até mesmo Kelsen reconhecia a impossibilidade, ou pelo menos a ineficiência, da interpretação da norma em abstrato:

[...] a ideia, subjacente à teoria tradicional da interpretação, de que a determinação do ato jurídico a pôr, realizada pela norma jurídica aplicada, poderia ser obtida através de qualquer espécie de conhecimento do Direito pré-existente, é uma auto ilusão contraditória, pois vai contra o pressuposto da possibilidade de uma interpretação.⁹⁰⁹

É nessa perspectiva que se pretende examinar o instituto do *impeachment*, no direito brasileiro.

Não obstante a tradição constitucional brasileira⁹¹⁰ visse no *impeachment* um instrumento simbólico,⁹¹¹ que não assegurava efetivamente a responsabilização do Presidente da República,⁹¹² o processo contra o ex-Presidente Fernando Collor

⁹⁰⁷ GADAMER, **Verdade e método**, op. cit., p. 426.

⁹⁰⁸ Ibid., p. 396-401.

⁹⁰⁹ KELSEN, **Teoria Pura do Direito**, op. cit., p. 392.

⁹¹⁰ Nesse sentido: PINTO, **O impeachment**, op. cit.; BARBOSA, Rui. **Escritos e discursos seletos**. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1995.

⁹¹¹ O termo “simbólico”, segundo Marcelo Neves, “aponta para o predomínio da função política latente em detrimento da força normativo-jurídica do texto legal” (NEVES, **Constitucionalização simbólica**, op. cit., p. 67).

⁹¹² Aliomar Baleeiro, a propósito, escreveu: “Da proclamação da República para cá, imitamos os americanos na técnica constitucional de entrega de poderes imensos a um monarca eletivo, como título de Presidente, para degolá-lo simbolicamente a cada 4 anos e, às vezes, em menor prazo, com o “impedimento à cabocla”, forma expedita a nada sacramental do *impeachment*, que jaz imprestável no texto de nossas Cartas Políticas. Se for Presidente ótimo nos 4 anos, deverá sair *quando même*; se for péssimo, deverá ser conservado constitucionalmente, salvo o recurso à força material com o perigo da

alterou completamente essa perspectiva, trazendo renovado interesse ao estudo do instituto, tanto em relação à sequência ordenada das fases através das quais se processa o instituto (rito), quanto em relação à natureza jurídica de que se reveste.

O instituto do *impeachment* pode ser examinado sob muitas formas: de acordo com a sua evolução histórica⁹¹³, passando por um exame empírico-comparativo⁹¹⁴ de sua presença nos textos constitucionais vigentes⁹¹⁵, por uma descrição crítico-analítica do déficit de sua realização⁹¹⁶, pela fundamentação Filosófica, Política e jurídica, até chegar ao estudo mais puramente analítico de sua natureza jurídica, seus limites e funções.

Será o tempo e o meio, o Direito positivo e a Política vigente, que nos fornecerão as respostas sobre a exata definição do instituto em exame. Tal se dá pela impossibilidade da formulação de um conceito universal de *impeachment*. Cada conceito - e a própria natureza jurídica dele decorrente - reflete as características de um ordenamento jurídico, num determinado momento histórico.

Na vigência da Constituição brasileira de 1824, o *impeachment* era um processo criminal destinado a apurar a responsabilidade dos Ministros de Estado, mas não do Imperador (que, nos termos do artigo 99 daquela Constituição, não estava “sujeito a responsabilidade alguma” por seus atos)⁹¹⁷. Inspirada no modelo inglês, tendo caracterizado o crime de responsabilidade como ilícito penal, o *impeachment* não resultava no afastamento do cargo, mas na incriminação da autoridade processada.

Com a República essa orientação mudou. Inspirando-se no símile estadunidense, o constituinte atribuiu ao *impeachment* natureza jurídica diversa. Ele deixou de ser um processo criminal, julgado pelo Poder Judiciário, para se configurar em juízo político, sob a responsabilidade do Poder Legislativo. Desde a Constituição

guerra civil” (BALEEIRO, Aliomar. A função política do Judiciário. In: CANOTILHO *et al.*(Coords.). **Comentários à constituição do Brasil**, op. cit., p. 591).

⁹¹³ PINTO, op. cit.

⁹¹⁴ SOUZA, Maria Carmem Castro. **O Crime de responsabilidade na legislação comparada: o impeachment**. Brasília: s.ed., 1992.

⁹¹⁵ MIRANDA, Pontes de. **Comentários à constituição de 1934**, v.1. Rio de Janeiro: Guanabara, 1937, p. 602.

⁹¹⁶ “Não basta compulsar a jurisprudência peregrina: é mister aprofundá-la, joeirando os exotismos intrasladáveis, para não enxertar no direito pátrio ideias incompatíveis com as nossas instituições positivas” (BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição federal brasileira**, v. III, São Paulo: Saraiva, 1933, p. 430).

⁹¹⁷ BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império de 1824**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35041-25-marco-1824-532540-publicacaooriginal-14770-pl.html>>. Acesso em: 01 set. 2018

de 1891, portanto, o Brasil adotou o modelo estadunidense do instituto do *impeachment*.

A Constituição de 1891 previu os crimes de responsabilidade do Presidente da República (artigo 54), bem como a necessidade de duas leis: uma, de direito material, para definição desses delitos, e outra dispendo sobre o processo e julgamento. A Câmara dos Deputados fazia o juízo prévio de admissibilidade, seja para os crimes comuns, seja para os crimes de responsabilidade, cabendo ao Senado Federal, sob a presidência do Presidente do Supremo Tribunal Federal julgar o Presidente da República por crimes de responsabilidade (arts. 29, 33 e 53 da Constituição de 1891).⁹¹⁸

A Constituição de 1934 é documento de época, com características expressivas de seu tempo, marcado por algumas inovações e singularidades. Uma delas foi a consagração de um modelo unicameral no processo legislativo⁹¹⁹, retirando do Senado Federal a competência para julgamento do Presidente da República por crime de responsabilidade, e atribuindo essa competência a um Tribunal Especial, constituído de 03 (três) Ministros do Supremo Tribunal Federal, 03 (três) Senadores e (03) três Deputados Federais, sob a presidência do Presidente do Supremo Tribunal Federal. O procedimento estava todo contemplado no artigo 58 da Constituição de 1934.⁹²⁰

A fórmula engendrada pela Constituição de 1934, notadamente em relação ao Tribunal Especial, parece atender a garantia de um julgamento qualificado (*fair trial*),⁹²¹ defendida por Ricardo Perlingeiro:

[...] A questão então reside em saber se atende à noção de *fair trial* uma causa de direito administrativo ser decidida por um juiz não profissional, o que seria incomum no âmbito da justiça administrativa. Será compatível com a cláusula do devido processo legal um julgamento por juízes leigos sobre fatos que, a despeito do rótulo de crime de responsabilidade, envolve controvérsias jurídicas de alta

⁹¹⁸ BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** de 1891. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35081-24-fevereiro-1891-532699-publicacaooriginal-15017-pl.html>>. Acesso em: 01 set. 2018.

⁹¹⁹ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. Brasília: OAB Editora, 2008, p. 320.

⁹²⁰ BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1930-1939/constituicao-1934-16-julho-1934-365196-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 01 set. 2018.

⁹²¹ Ver artigo 12, do Código Modelo Euro-Americano de Jurisdição Administrativa (PERLINGEIRO, Ricardo; SOMMERMANN, Karl-Peter. **Euro-american model code of administrative jurisdiction**. Niterói: Eduff, 2014. p. 87).

indagação sobre direito financeiro e direito administrativo, como ocorreu no caso Dilma Rousseff? Nesse contexto, a qualificação técnica dos parlamentares-magistrados é essencial ao controle jurisdicional efetivo sobre uma contenda jurídica e deve ser evidenciada, de modo a conferir credibilidade à decisão a ser proferida e, aos olhos da sociedade, não deixar a imagem de que a liberdade de consciência no julgamento, na realidade, é refém de assessores ou peritos (que não detêm prerrogativas de independência). Todavia, ainda que se admitam parlamentares-magistrados sem formação jurídica, em tal situação, a decisão jurisdicional deveria ser elaborada majoritariamente por parlamentares “profissionais”.⁹²²

A Constituição de 1937 restituiu a competência para julgamento do Presidente da República por crime de responsabilidade à Câmara Alta, por ela denominada de Conselho Federal, mediante aprovação prévia da Câmara dos Deputados por 2/3 (dois terços), remetendo a definição desses delitos, bem como o processo e julgamento para uma lei especial (arts. 85 e 86).⁹²³

As Constituições de 1946 e 1967, com pequenas mudanças, mantêm a tônica da Constituição de 1937. A Constituição de 1946 incluiu a sanção de inabilitação por 05 (cinco) anos⁹²⁴ e a de 1967 estabeleceu o prazo de 60 (sessenta) dias, a partir da procedência da acusação, e a suspensão do Presidente do exercício de suas funções para a conclusão do processo, sob pena de arquivamento (artigo 85, § 2º).⁹²⁵

A orientação republicana assenta-se, portanto, na possibilidade de responsabilização, penal e político-constitucional, de seus governantes. A sujeição do Chefe do Poder Executivo às consequências jurídicas e Políticas de seu comportamento compõe o postulado republicano adotado por todas as Constituições republicanas brasileiras.

É importante considerar que a Lei dos Crimes de Responsabilidade (Lei nº 1.079/1950), foi formalmente recepcionada pela Constituição de 1988, segundo a interpretação do Supremo Tribunal Federal⁹²⁶. Essa lei, segundo Marcus Fabiano

⁹²² PERLINGEIRO, Ricardo. Impeachment e devido processo legal. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 151-167, jan./abr. 2018. Disponível em <file:///D:/Users/Usuario/Downloads/document%20(28).pdf>. Acesso: em 26 ago. 2018.

⁹²³ BRASIL. Constituição (1937). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1937**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1930-1939/constituicao-35093-10-novembro-1937-532849-norma-pl.html>>. Acesso em: 01 set. 2018.

⁹²⁴ BRASIL. Constituição (1946). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1940-1949/constituicao-1946-18-julho-1946-365199-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 01 set. 2018.

⁹²⁵ BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1960-1969/constituicao-1967-24-janeiro-1967-365194-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 01 set. 2018.

⁹²⁶ BRASIL, **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 378/DF**, op. cit.

Gonçalves, “teve como um dos seus grandes rearticuladores Raul Pilla, um médico e político gaúcho do Partido Libertador, que viveu entre 1892 e 1973”,⁹²⁷ um entusiasta ferrenho do sistema parlamentarista e fonte de inspiração de vários juristas brasileiros, dentre os quais Paulo Brossard, de quem foi correligionário.

Silva, citando obra de Raul Pilla, assinala:

Nos regimes democráticos não existe governante irresponsável. Não há democracia representativa sem eleição. “Mas a só eleição, ainda que isenta, periódica e lisamente apurada, não esgota a realidade democrática, pois, além de mediata ou imediatamente resultante de sufrágio popular, as autoridades designadas para exercitar o governo devem responder pelo uso que dele fizerem uma vez que “governo irresponsável, embora originária de eleição popular, pode ser tudo, menos governo democrático”.⁹²⁸

É precisamente no descompasso histórico entre a Constituição de 1988 e a Lei nº 1.079/1950, que pode residir um defeito estrutural do processo de *impeachment* no Brasil. Enquanto a Constituição de 1988 exige a prática comprovada de um crime de responsabilidade para destituição do Presidente da República, a lei recepcionada está articulada na lógica de destituição do Presidente muito mais como uma reprovação política de seu desempenho administrativo, provocando a perda do mandato.

No entanto, a compreensão de algo não pode ser entendida como simples processo de reprodução do seu processo de criação, pois isso nos levaria ao originalismo e, portanto, à necessária investigação das intenções do constituinte brasileiro, sem a qual qualquer interpretação constitucional seria uma usurpação de poder. A interpretação é diálogo e não revisão do direito criado, “não com os autores da Constituição, mas diálogo com o texto criado e vigente, na busca da sua intencionalidade normativa”.⁹²⁹

Quem se dispuser a investigar o processo de *impeachment* ocorrido no Brasil em 2016, do qual resultou a deposição da Presidenta da República, haverá de começar necessariamente pela Constituição Federal de 1988 e por todos os eventos e acontecimentos que se moviam em torno dela. Isso porque a Constituição e seu

⁹²⁷ LEMOS *apud* GONÇALVES, **A retórica do “golpe de Estado” no impeachment de Dilma Rouseff**, op. cit.

⁹²⁸ SILVA, José Afonso da. Da perda do mandato de Presidente da República. **Revista dos tribunais**, v. 925, p. 127-144, nov. 2012.

⁹²⁹ Idem, **Comentário contextual à Constituição**, op. cit., p. 15.

entorno – como qualquer ser-no-mundo,⁹³⁰ também está sujeita àquilo que Fábio Konder Comparato chama de “magna lei da evolução universal”:

O reconhecimento do princípio evolucionista, aqui como tudo em tudo o mais, veio transformar por completo as bases da epistemologia. Na tradição filosófica mais ponderosa, cujo paradigma sempre foi a teoria platônica dos arquétipos, as análises epistemológicas tendem a reduzir o cognoscível à sua essência estática e imutável. Hoje, porém, em qualquer quadrante da realidade, conhecer significa, antes de tudo, captar o sentido do processo evolutivo, imanente a todos os seres. Dito de outro modo, na linha da longa tradição filosófica que vai de Heráclito a Bergson e Heidegger, a essência dos seres não se enxerga nunca *sub specie aeternis*, mas *sub specie durationis*. A velha oposição aristotélica entre essência e existência tende a apagar-se. O ser existe no tempo, ou não existe e, portanto, não é⁹³¹.

Para o Ministro Ayres Britto, aquilo que se convencionou chamar de *impeachment* é um mecanismo de autoproteção da Constituição, que ordena ao Presidente da República que “não incorra em atos funcionais atentatórios dela. Que não ouse fazer do Brasil ‘um barco juridicamente à deriva’, que é um barco sem o timão dela próprio. Sob pena de incidir em crime de responsabilidade, punível, centralmente, com a perda do cargo e a inabilitação para a função pública, por oito anos”.⁹³² O *impeachment*, porém, não é um processo exclusivamente político.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se consolidou no sentido de ser o *impeachment* um processo de natureza jurídica e Política, ou porque “só pode ser motivado pela perpetração de um crime definido em lei anterior, dando lugar à destituição do cargo e à incapacidade para o exercício de outro qualquer”.⁹³³

O *impeachment*, portanto, não pode ser confundido com a moção de desconfiança no regime parlamentarista, esse sim um processo eminentemente político.⁹³⁴ No sistema de governo parlamentarista, o parlamento tem o poder de destituir o governo, bastando que manifeste seu descontentamento com a política

⁹³⁰ HEIDEGGER, **Ser e tempo**, op. cit.

⁹³¹ COMPARATO, Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas, op.cit., p. 150.

⁹³² BRITTO, Carlos Ayres. Definição de crimes de responsabilidade do Presidente da República. **Consultor Jurídico**, 01 set. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/ayres-britto-crimesresponsabilidade-presidente>>. Acesso em: 01 set. 2018.

⁹³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 4.116**. In: PINTO, **O impeachment**, op. cit., 151.

⁹³⁴ GROFF, Paulo Vargas. Modelos de parlamentarismo; inglês, alemão, francês. **Revista de informação legislativa**, v. 40, n. 160, p. 137-146, out./dez. 2003. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/910>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

governamental. Por outro lado, o Poder Executivo tem a capacidade de dissolver o parlamento e convocar novas eleições.⁹³⁵

O *impeachment* também não se confunde com o *recall*, isto é, a revogação popular do mandato,⁹³⁶ instituto peculiar às democracias semidiretas, como é o caso dos Estados Unidos e da Suíça. O *recall* é uma alternativa ao *impeachment*, sobretudo porque este pode sofrer influências dos poderes constituídos e aquele não.⁹³⁷

Ao contrário da moção de desconfiança no parlamentarismo e do *recall* nos modelos de democracia semidireta, aqui no Brasil o *impeachment* pressupõe a configuração e a comprovação de um crime de responsabilidade, como textualmente estabelece a Constituição de 1988,⁹³⁸ cuja jurisdição é reservada ao Poder Legislativo.

Essa característica do crime de reponsabilidade e o respectivo processo e julgamento, no direito brasileiro, impedem que a Presidente torne-se refém de maiorias eventuais e seja destituída arbitrariamente. Tal feitura marca o nosso presidencialismo desde suas origens, o que tem lhe rendido críticas por parte de alguns doutrinadores.⁹³⁹

⁹³⁵ STEPAN, Alfred; SKACH, Cindy. Constitutional Frameworks and Democratic Consolidation: Parliamentarianism versus Presidentialism. **World Politics**, v. 46, n. 1, 1993.

⁹³⁶ MIRANDA, op. cit., p. 417-418.

⁹³⁷ A Constituição alemã de 1919 (Constituição de Weimar) dispunha sobre a destituição do Presidente do *Reich*, a pedido do *Reichstag*, através de votação popular. Dependendo do resultado da consulta, o Presidente poderia ter o seu mandato interrompido ou renovado, com a dissolução do Parlamento na segunda hipótese (BONAVIDES, **Ciência política**, op. cit., p. 314).

⁹³⁸ Ao tratar especificamente da responsabilidade do Presidente da República, a Constituição de 1988 primeiro adota uma tipificação jurídico-política dos crimes de responsabilidade (artigo 85 e seus incisos), depois exige lei especial em sentido estrito para definição destes crimes e das respectivas normas de processo e julgamento (artigo 85, parágrafo único), e por fim, atribui à Câmara dos Deputados o poder de admitir ou a denúncia (arts. 51, inciso I, e 86, *caput*) e ao Senado Federal o de instaurar o processo (artigo 86, § 1º, inciso II) e de processar e julgar o Presidente (arts. 52, inciso I, e parágrafo único, e 86, *caput*).

⁹³⁹ Essa foi a tônica de uma observação feita por Paulo Brossard em artigo sobre o “caso Collor”, no qual aponta o que considera ser a principal fragilidade do nosso *impeachment* como instituto: “[...] aquilo que no regime parlamentar se alcança em horas, sem cicatrizes nem traumas, só foi obtido ao cabo de três longos meses de inquietação e incertezas” (BROSSARD, Paulo. Depois do impeachment. **Correio Brasiliense**, 06 jan. 1993).

É por essa razão que a doutrina atribui ao *impeachment* por vezes a natureza de um “processo de acusação de natureza Política”,⁹⁴⁰ “um processo misto,⁹⁴¹ eminentemente político,⁹⁴² ou ainda de um processo de natureza jurídica e mesmo penal.⁹⁴³

A natureza mista do instituto foi consagrada no atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 378 (ADPF 378).

Em síntese, a Corte assentou que a natureza do “processo de *impeachment* é jurídico-Política, passível de controle judicial apenas e tão somente para amparar as

⁹⁴⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. Natureza jurídica do impeachment. Direito constitucional: Organização dos Poderes da República. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin, BARROSO, Luiz Roberto (Org.). **Doutrinas essenciais Direito Constitucional**, v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 499. Nesse sentido, Edwin Firmage: “O *impeachment* é um procedimento de pura natureza política. Não é bem designado a punir um ofensor mas para proteger o Estado contra graves delitos estatais. Ele não toca nem a pessoa, nem a sua propriedade, mas simplesmente priva o acusado dos seus direitos políticos” (FIRMAGE, Edwin B. Removal of the president: resignation and the procedural law of impeachment. **Duke Law Journal**, 1975. Disponível em: <<https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2506&context=dlj>>. Acesso em: 01 set. 2018). Não é diferente a lição de Cármen Lúcia Antunes Rocha, ao reconhecer que “o objetivo do processo de *impeachment* é político, sua institucionalização constitucional, seu processamento jurídico, mas não penal” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Processo de responsabilidade do Presidente da República: renúncia do Presidente após o recebimento da denúncia pelo Senado Federal [...]. In: OAB. **A OAB e o Impeachment**. Brasília: Tipogresso, 1993, p. 156).

⁹⁴¹ Miguel Reale, fazendo referência ao magistério do Tocqueville, pontifica que a natureza “mista do instituto é a que melhor corresponde aos seus objetivos e às normas disciplinadoras de seu processamento, pois se ele é judicial quanto à intencionalidade de obedecer-se a critérios de certeza e garantia no procedimento e na decisão, nunca deixa de ser um ato político pela fonte de que promana o julgamento, pois consoante justa ponderação de Tocqueville, “constitui um julgamento político a decisão proferida por um corpo político momentaneamente revestido do direito de julgar” (“De la Democratié em Amerique”, I, p. 171) (REALE, Miguel. Impeachment. Direito constitucional: Organização dos Poderes da República. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.) **Doutrinas essenciais Direito Constitucional**, v. 4, op. cit., p. 545).

⁹⁴² “O *impeachment* tem feição política, não se origina senão de causas políticas, objetiva resultados políticos, é instaurado sob considerações de ordem política e julgado segundo critérios políticos – julgamento que não exclui, antes supõe, é óbvio, a adoção de critérios jurídicos” (PINTO, op.c it., 75). No mesmo sentido, voto do Ministra Rosa Weber, na ADPF 378: “Assim como nos EUA, no Brasil o *impeachment* é um processo de natureza política, e não processo criminal, que visa mais à proteção do Estado do que à punição do que procedeu mal na gestão da coisa pública” (BRASIL, **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 378/DF**, op. cit.).

⁹⁴³ Pontes de Miranda sustenta ser o *impeachment* um processo de natureza jurídica e mesmo penal, justamente pela necessidade de configuração e comprovação de um crime de responsabilidade: “O instituo da responsabilidade política é inconfundível com o *governo coincidente com a maioria*, e que se prendem os fatos políticos da *moção de confiança*, que é comunicação de vontade de eficácia declarativa do *status quo*, ou *moção de desconfiança*, comunicação de vontade, explícita ou implícita, às vezes tácitas, de eficácia constitutiva negativa *provável* (Inglaterra) ou *necessária* (parlamentarismo apriorístico). [...] Não; os atos que se encadeiam desde a denúncia ou queixa até a sentença final são atos de processo, para *aplicação* de regras jurídicas, concernentes ao investido de função pública, regras que incidiram. *A fortiori*, não se trata se trata de instituo de coincidência da vontade popular com o governo [...]. Temos, pois, que os princípios que regem a responsabilidade do Presidente da República (e de Governadores estaduais e de Prefeitos) são princípios de direito constitucional e princípios de direito processual.” [...] “Não há julgamento político, *sensu stricto*, do Presidente da República. Há julgamento jurídico” (MIRANDA, op. cit., p. 417-418 e 424).

garantias judiciais do contraditório e do devido processo legal. Além disso, o instituto é compatível com a Constituição e concretiza o princípio republicano, exigindo dos agentes políticos responsabilidade civil e Política pelos atos que praticam no exercício de poder”.⁹⁴⁴

4.2.2 A Resposta “Constitucionalmente Adequada” é Aquela que Advém de um Processo *Justo*

A definição da natureza jurídica do *impeachment* é o que justifica ou não o controle, e o modo do controle, exercido pela jurisdição constitucional.

No Direito Comparado, o processo de acusação do Presidente da República assume basicamente duas formas: o processo político e o processo penal.

No processo político, a competência para destituição do Presidente da República por delito político é do Poder Legislativo, cabendo à Câmara Baixa a acusação e à Câmara Alta o julgamento, com possibilidade de certa interferência dos Tribunais Constitucionais, seja para exercer controle formal do processo, seja para emitir parecer ou opinião. O processo político admite certa modulação, com maior ou menor participação do Tribunal Constitucional. De todo modo, a decisão tomada nesse modelo é insuscetível de recurso ou revisão, exceto pelo “Tribunal da História”.⁹⁴⁵

No processo penal, ao Tribunal Constitucional pode restar o julgamento do Presidente da República apenas por crime, seja na forma autônoma, seja na residual.⁹⁴⁶

No Brasil, há autores que conferem ao *impeachment* natureza apenas Política, rejeitando a possibilidade de o Poder Judiciário realizar qualquer controle do respectivo processo, ainda que seja para assegurar as garantias jurídicas de natureza penal, como a legalidade, o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório.⁹⁴⁷

No voto que proferiu no julgamento do Mandado de Segurança nº 21.689, o Ministro Paulo Brossard, mantendo-se coerência com as suas lições acadêmicas,

⁹⁴⁴ BRASIL, **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 378/DF**, op. cit.

⁹⁴⁵ GICQUEL, Jean-Eric. **Droit constitutionnel et institutions politiques**. 31. ed. Paris: L.G.D.J, 2010, p. 583.

⁹⁴⁶ Para uma abordagem sobre as variadas formas de processamento do Presidente da República no Direito Comparado, ver: SAMPAIO, op. cit., p. 154-155.

⁹⁴⁷ Por todos, ver: PINTO, op. cit., p. 75.

concluiu pela impossibilidade de revisão judicial do processo de *impeachment*, como já o fizera no julgamento dos Mandados de Segurança nº 20.941 (impetrado por Senadores contra ato do Presidente da Câmara dos Deputados que rejeitou liminarmente a denúncia por crime de responsabilidade)⁹⁴⁸, nº 21.564 (impetrado pelo ex-Presidente Fernando Collor contra ato do Presidente da Câmara dos Deputados, que resolveu questões de ordem formuladas em torno do processo de *impeachment*)⁹⁴⁹ e nº 21.623 (também impetrado pelo ex-Presidente Collor contra ato do Presidente do Supremo Tribunal Federal que indeferiu prova requerida pelo impetrante)⁹⁵⁰. Nas palavras do Ministro Paulo Brossard:

Aliás, se se admite a via judicial porque houve condenação de autoridade acusada, a recíproca seria verdadeira, e também haveria de ser admitido recurso em caso de absolvição. O STF condenaria o absolvido ou anularia a decisão para mandá-lo a novo julgamento?⁹⁵¹

De acordo com esse raciocínio, se os motivos para a instauração e o julgamento são realizados por meio de juízo de natureza essencialmente política, caberia ao Poder Legislativo “errar por último”:

É velha como o mundo a máxima segundo a qual quem decide em último lugar pode errar e errando o erro não terá reparo. RUI BARBOSA disse isto mais de uma vez. A título de exemplo, lembro esta passagem: “Os atos, que justos ou injustos, acertados ou errôneos, não têm corretivo na ordem jurídica do regime, são aqueles em que um poder constitucional, na órbita de uma autoridade incontestável, exerce uma atribuição exclusiva, suprema, ou discricionária. Assim o Supremo Tribunal Federal... Assim a Câmara ou o Senado... Assim o Congresso Nacional ... ” RUI, Obras Completas, XXXVIII, 1911, II, p. 141. Em outra ocasião disse o mesmo com outras palavras: “em todas as organizações políticas ou judiciais há sempre uma autoridade extrema para errar em último lugar. A alguém, nas coisas deste mundo, se há de admitir o direito de errar por último”, Obras Completas, XLI, 1914, III, p. 259.⁹⁵²

⁹⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 20.941/DF**, do Tribunal Pleno. Impetrante: José Ignácio Ferreira e outros. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Aldir Passarinho. Brasília, 31 de agosto de 1992. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1487388>>. Acesso em: 01 set. 2018.

⁹⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 21.564/DF**, do Tribunal Pleno. Impetrante: Fernando Affonso Collor de Mello. Impetrado: Luiz Carlos Lopes Madeira. Relator: Min. Octavio Gallotti. Brasília, 25 de setembro de 1992. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1546718>>. Acesso em: 01 set. 2018.

⁹⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 21.623/DF**, do Tribunal Pleno. Impetrante: Fernando Affonso Collor de Melo. Impetrado: Presidente do Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, 01 de fevereiro de 1993. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1553543>>. Acesso em: 01 set. 2018.

⁹⁵¹ BRASIL, **Mandado de Segurança nº 21.689/DF**, op. cit.

⁹⁵² Loc. cit.

Em sentido diametralmente oposto, Pontes de Miranda defende a tese de que o *impeachment* é um processo de natureza penal, não se tratando, portanto, de julgamento político:

O instituo da responsabilidade política é inconfundível com o *governo coincidente com a maioria*, e que se prendem os fatos políticos da *moção de confiança*, que é comunicação de vontade de eficácia declarativa do *status quo*, ou *moção de desconfiança*, comunicação de vontade, explícita ou implícita, às vezes tácitas, de eficácia constitutiva negativa *provável* (Inglaterra) ou *necessária* (parlamentarismo apriorístico). [...] Não; os atos que se encadeiam desde a denúncia ou queixa até a sentença final são atos de processo, para *aplicação* de regras jurídicas, concernentes ao investido de função pública, regras que incidiram. *A fortiori*, não se trata se trata de instituo de coincidência da vontade popular com o governo [...]. Temos, pois, que os princípios que regem a responsabilidade do Presidente da República (e de Governadores estaduais e de Prefeitos) são princípios de direito constitucional e princípios de direito processual.⁹⁵³

A doutrina majoritária, contudo, assim como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, vem se consolidando no sentido de atribuir ao *impeachment* natureza mista, sendo em parte de natureza política e em parte de natureza penal.⁹⁵⁴

É precisamente no conflito entre racionalidade jurídica e política, característica do processo de *impeachment*, que se situam os limites da revisão judicial desse mesmo processo.

No direito brasileiro, o afastamento, em definitivo, do Presidente da República, mediante imputação da prática de crime de responsabilidade, implica restrição a direito individual (perda de cargo e inabilitação para o exercício de outras funções públicas) e depende, portanto, de um prévio processo legal, cujos fundamentos encontram-se no artigo 5º, incisos LIV e LV da Constituição de 1988.

Se a natureza jurídica do *impeachment* ainda suscita controvérsias, em pelo menos um ponto as diversas correntes doutrinárias convergem: seja político, jurídico ou misto, o *impeachment* é um processo e a destituição do Presidente da República, por infração penal comum ou por crime de responsabilidade, depende de um processo. A propósito, esse foi um ponto incontroverso entre acusação e defesa no

⁹⁵³ MIRANDA, op. cit., p. 417-418.

⁹⁵⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 610.

processo de *impeachment* da ex-Presidente Dilma Rousseff,⁹⁵⁵ e é o que está consagrado em diversos precedentes do Supremo Tribunal Federal.

O Ministro Teori Zavascki, ao decidir que suspendeu a tramitação do processo de *impeachment* na Câmara dos Deputados, consignou que:

[...] em processo de tamanha magnitude institucional, que põe a juízo o mais elevado cargo do Estado e do Governo da Nação, é pressuposto elementar a observância do devido processo legal, formado e desenvolvido à base de um procedimento cuja validade esteja fora de qualquer dúvida de ordem jurídica.⁹⁵⁶

Embora fazendo referência à antiga doutrina das questões políticas, de acordo com a qual as controvérsias em torno do processo de *impeachment* não devem ser decididas pelo Poder Judiciário, a Ministra Rosa Weber também concedeu medida cautelar suspendendo ato do Presidente da Câmara dos Deputados que estabelecia normas para o processamento do pedido de *impeachment*, em desacordo com a Constituição:

Como reiteradamente tenho enfatizado (v.g. MS 32.885, decisão monocrática de 23.4.2014), na esteira da jurisprudência desta Suprema Corte e em respeito à independência dos Poderes consagrada no texto constitucional, tenho pautado a minha atuação nesta Casa pela máxima deferência à autonomia dos Poderes quando o conteúdo das questões políticas em debate nas Casas Legislativas se reveste de natureza eminentemente *interna corporis* e, nessa medida, se mostra estranho à competência do Supremo Tribunal Federal (v.g., MS 32.033/DF, MS 31.475/DF e MS 31.444/DF, também de minha relatoria). Abrem-se, contudo, as portas da jurisdição constitucional sempre que em jogo o texto da Lei Maior, cabendo ao Poder Judiciário o exercício do controle da juridicidade da atividade parlamentar.⁹⁵⁷

⁹⁵⁵ BRASIL. Senado Federal. **Denúncia nº 1/2016**: Denúncia por crime de responsabilidade, em desfavor da Presidente da República, Dilma Vana Rousseff, por suposta abertura de créditos suplementares por decretos presidenciais, sem autorização do Congresso Nacional (Constituição Federal, artigo 85, VI e artigo 167, V; e Lei nº 1.079, de 1950, artigo 10, item 4 e artigo 11, item II); e da contratação ilegal de operações de crédito (Lei nº 1.079, de 1950, artigo 11, item 3). Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/125567>>. Acesso em: 01 set. 2018.

⁹⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 33.387/DF**, do Tribunal Pleno. Impetrante: Wadih Nemer Damous Filho. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 15 de outubro de 2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4685494>>. Acesso em: 01 set. 2018.

⁹⁵⁷ Loc. cit.

Como processo que é, o *impeachment* deve ser examinado e compreendido no contexto em que modernamente se insere, ou seja, no contexto do Estado Democrático de Direito.

A República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito. É o que estabelece, textualmente, a nossa vigente Constituição Federal, já no seu primeiro artigo. Esse modelo de Estado, um autêntico Estado Constitucional, suplanta o modelo clássico de Estado de Direito concebido em meados do século XVIII (*Rechtsstaat, État de Droit, Stato di Diritto, Estado de Derecho*, ou a anglo-saxônica “*Rule of Law*”).⁹⁵⁸

Se no Estado de Direito todos estão submetidos à lei, nos Estados Constitucionais ou Estados Democráticos de Direito, o elemento democrático foi introduzido, não apenas para racionalizar e limitar o poder, mas também para atender à própria “necessidade de legitimação do mesmo poder”.⁹⁵⁹ É nessa ambiência e de acordo com essa dimensão jurídica, valorativa e histórica que se deve interpretar e compreender todos os institutos e regras que disciplinam o exercício do poder estatal, como ensina Canotilho:

Se quisermos um Estado constitucional assente em fundamentos não metafísicos, temos de distinguir claramente duas coisas: (1) uma é a da legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do processo de legislação no sistema jurídico; (2) outra é a legitimidade de uma ordem de domínio e da legitimação do exercício do poder político. O Estado ‘impolítico’ do Estado de Direito não dá resposta a esse último problema: donde vem o poder. Só o princípio da ‘soberania popular’ segundo o qual ‘todo o poder vem do povo’ assegura e garante o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular. Assim, o princípio da soberania popular concretizado segundo procedimentos juridicamente regulados serve de ‘charneira’ entre o ‘Estado de Direito’ e o ‘Estado Democrático’ possibilitando a compreensão da moderna fórmula ‘Estado de direito democrático’.⁹⁶⁰

O *impeachment*, por óbvias razões, não poderia ficar imune a essa transformação. Sendo ele um processo capaz de corrigir distorções não republicanas, é imperioso considerá-lo um modo para concretização dos valores democráticos.

⁹⁵⁸ Para os modelos de Estado de Direito (*État Légal, Rechtsstaat e Rule of Law*) e sua interferência na formação do modelo brasileiro autônomo, consultar: MITIDIERO, Daniel Francisco. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 49-59.

⁹⁵⁹ CANOTILHO, **Direito constitucional e teoria da constituição**, op. cit., p. 100.

⁹⁶⁰ Loc. cit.

No marco do Estado Democrático de Direito – ou do Estado Constitucional – não se concebe mais o processo como simples meio para instrumentalizar uma condenação estatal. O processo deixa de ser um instrumento do provimento final e passa a ser um meio de concretização dos ideais democráticos, o que não prescinde (antes exige) processos justos que observem as garantias aos litigantes.

Essa compreensão do processo no marco do Estado Democrático conduz a uma releitura do devido processo legal e das garantias constitucionais do processo. Fala-se, então, de um processo democrático, vinculado aos direitos fundamentais, em que o contraditório vai muito além da simples bilateralidade da audiência, para se tornar “um princípio constitucional absoluto, que não admite exceção, devendo ser sempre respeitado, sob pena de nulidade do processo”.⁹⁶¹

O processo, como instrumento posto à disposição da sociedade, naturalmente reflete os ideais de uma determinada época ou momento histórico, na linha da tradição defendida por Gadamer. Para esse autor, a tradição, assim como a linguagem, embora faça parte da subjetividade dos sujeitos, passa constantemente por mudanças, como também a linguagem: “O efeito da tradição que sobrevive e, os efeitos da investigação histórica formam uma unidade de efeito, cuja análise só poderia encontrar uma trama de efeitos recíprocos”.⁹⁶²

Tanto a tradição como o comportamento histórico são inseparáveis no contexto hermenêutico. Em face disso, é possível dizer que o processo é caracterizado por uma enorme carga axiológica, que tem origem na realidade política, social e econômica de um dado momento histórico.

A consideração de que o processo se presta a simplesmente instrumentalizar a produção de uma condenação, venha ela do Poder Judiciário ou do Poder Legislativo, resulta de leitura reducionista e que subtrai a força normativa da Constituição brasileira, retrocedendo em relação ao aprendizado doutrinário construído por décadas.

É necessário proceder a uma verdadeira “filtragem constitucional” do processo, de modo a compatibilizá-lo com o princípio do Estado Democrático de Direito. Como bem ressalta o Ministro Roberto Barroso, em estudo doutrinário:

⁹⁶¹ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 64.

⁹⁶² GADAMER, **Verdade e método**, op. cit. 435.

Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si — com a sua ordem, unidade e harmonia —, mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional.⁹⁶³

Sem qualquer pretensão de esgotar o tema, é possível falar de constitucionalização do processo no direito brasileiro a partir das seguintes considerações: (i) ao enunciar que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito (artigo 5º, XXXV), a Constituição Federal indica que a tutela prestada pelo Poder Judiciário deve ser verdadeiramente efetiva, a ser prestada da forma mais convincente e completa possível. Além disso, ao eliminar o adjetivo “individual” que constava da Constituição anterior,⁹⁶⁴ a Constituição de 1988 estende essa proteção aos direitos metaindividuais; (ii) ao enunciar que não haverá juízo ou tribunal de exceção (artigo 5º, XXXVII) e que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente (LIII), a Constituição vincula o processo com o princípio da igualdade perante a lei. Da igualdade perante a lei, deriva, portanto, a igualdade perante a justiça, do que decorre como imperativo a independência e a imparcialidade do juiz; (iii) ao enunciar que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes (artigo 5º, LV), a Constituição consagra o princípio do contraditório; (iv) ao enunciar que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade” (artigo 98, IX), que “as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas em sessão pública” (artigo 98, X) e que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de uma lei (artigo 5º, II), a Constituição consagrou o princípio da legalidade e da motivação das decisões

⁹⁶³ BARROSO, Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito, op. cit.

⁹⁶⁴ A Constituição de 1967, a respeito, estabelecia: “Artigo 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 4º - A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual” (BRASIL. Constituição (1967), op. cit.).

judiciais;⁹⁶⁵ e, por último, (v) ao enunciar que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (artigo 5º, LIV), a Constituição consagra a garantia do devido processo legal, seja no sentido formal ou processual, seja no substantivo, já que um dos objetivos da República Federativa do Brasil é construir uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, I), sendo o processo um poderoso instrumento para consecução desse fim.

Se a nossa Constituição assenta o Estado Democrático de Direito brasileiro sobre o valor supremo e fundamental da justiça, não há dúvida de que a garantia de devido processo legal não pode ter outro sentido senão a de um *processo justo*.⁹⁶⁶ A resposta “constitucionalmente adequada, espécie de resposta hermeneuticamente correta”⁹⁶⁷ é aquela que advém de um processo justo.

Foi essa a preocupação que orientou o Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 378. Neste julgamento, a Corte assentou que a moderna concepção de processo como poderoso fator de inibição do arbítrio estatal e de restrição ao poder de coerção do Estado:

Assim sendo, a lógica tradicional, em que se atribui ao processo a singela tarefa de servir como instrumento do provimento final, deve ser compreendido, portanto, como meio de concretização dos ideais democráticos, cuja materialização passa, necessariamente, pelo desenvolvimento de processos justos que observem as garantias constitucionais dos litigantes.⁹⁶⁸

Fundamentado na conexão entre direitos fundamentais e procedimento, a Corte entendeu que a exigência de processamento do *impeachment* significa que a Constituição pretendeu assegurar o devido processo legal aos agentes submetidos ao regime de responsabilização política.

O direito a um devido processo insere-se na observância de todas as regras legais, constitucionais e convencionais adequadas ao Estado de Direito, independentemente do direito material violado (espécie de crime ou de quem for o seu

⁹⁶⁵ O que é uma garantia contra o arbítrio e contra a influência de pontos de vista pessoais (subjetivismo), permitindo o controle do raciocínio do juiz, a possibilidade de impugnações da decisão judicial a partir de seus fundamentos e o maior grau de previsibilidade das decisões judiciais.

⁹⁶⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O compromisso do projeto de novo código de processo civil com o processo justo**, Brasília, a. 48, n. 190, abr./jun. 2011.

⁹⁶⁷ STRECK, **Verdade e consenso**, op. cit., p. 345.

⁹⁶⁸ BRASIL, **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 378/DF**, op. cit.

autor) e do modelo de processo penal de determinado país, adversarial, misto ou acusatório, como defende José Giacomolli:

Para o tribunal, a magnitude dos efeitos decorrentes do *impeachment* (perda do cargo de Presidente da República com a pena “acessória” de inabilitação para o exercício de qualquer função pública) define a amplitude das garantias constitucionais asseguradas ao sujeito processual. Por essa razão, aplicam-se ao processo de *impeachment* particularmente as garantias constitucionais do “devido processo legal” (CF, art. 5º, inciso LIV), do “contraditório” e da “ampla defesa” (CF, art. 5º, inciso LV), da inadmissibilidade de “provas obtidas por meios ilícitos” (CF, art. 5º, inciso LVI) e da presunção de inocência (CF., art. 5º, inciso LVII).⁹⁶⁹

Cabe acrescentar que a norma constitucional penal que determina não haver “crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (CF, artigo 5º, inciso XXXIX), o chamado “princípio anterioridade penal”, constitui um direito constitucional fundamental que, indiretamente, tem o significado de uma garantia processual penal, aplicando-se, evidentemente, aos crimes de reponsabilidade.

Numa perspectiva sistemático-conceitual, no entanto, Supremo Tribunal Federal decidiu que controle judicial do *impeachment* se dá tão somente para amparar as garantias judiciais do contraditório e do devido processo legal, o que deve ocorrer tanto na primeira fase (de admissibilidade processada pela Câmara dos Deputados), quanto na segunda fase (em que se deflagra o processo que busca a responsabilização e se ultima o julgamento, processado pelo Senado Federal).⁹⁷⁰

Apesar de afirmar que a cláusula do devido processo legal, no processo de *impeachment*, deve ser compreendida em grau extremamente intenso, o Supremo Tribunal Federal entendeu por mitigá-la em razão do caráter jurídico-político desse processo, decidindo pela inaplicabilidade das causas legais de impedimento e suspeição e outras limitações impostas a juízes.

Se por um lado o Supremo Tribunal Federal admite o controle sobre a “forma do procedimento de *impeachment*”, por outro decidiu que “o conteúdo do juízo exclusivamente político no procedimento de *impeachment* é imune à intervenção do Poder Judiciário, não sendo passível de ser reformado, sindicado ou tisdado pelo

⁹⁶⁹ GIACOMOLLI, José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 22.

⁹⁷⁰ BRASIL, **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 378-DF**, op. cit.

Supremo Tribunal Federal, que não deve entrar no mérito da deliberação parlamentar”.⁹⁷¹

Confirmando sua antiga jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a juridicidade do julgamento do *impeachment*, isto é, a operação de sua “subsunção”, realizada pelo Senado Federal, no julgamento do crime de responsabilidade, não pode ser reexaminada pelo Poder Judiciário. Cria-se, desse modo, uma cisão quase absoluta entre Direito e Política, o que não é viável no marco de um Estado Constitucional, como será examinado no próximo tópico.

4.2.3 Direito e Política: Ninguém Conhece a Distinção se Ignora a Unidade

Não parecer existir dúvida quanto a viabilidade do controle judicial da regularidade do processo de *impeachment*, dentro dos limites já comentados.

O que se coloca para discussão, porém, é se o Poder Judiciário (neste caso o Supremo Tribunal Federal) pode examinar o mérito das deliberações tomadas pelo Poder Legislativo (Câmara e Senado), desde a autorização prévia para a instauração do processo até a sua decisão final, em função da natureza mista do processo de *impeachment*.

De acordo com a jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal, a sentença do Senado Federal é imune à apreciação do Judiciário, porque sendo ele o “Tribunal de *Impeachment*”, é o órgão soberano dessa questão, não se abrindo espaço para qualquer recurso, nem para ação rescisória.⁹⁷² Por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança nº 21.689, o tribunal aceitou examinar a decisão do Senado que sancionou o ex-Presidente Fernando Collor, por entender que a impetração não estaria atacando o mérito da sentença definitiva do *impeachment*, como assinalou o Ministro Sepúlveda Pertence:

É verdade que, no caso presente, ataca-se a sentença definitiva do processo, em princípio imune à apreciação do Judiciário. Mas, não se lhe ataca o mérito. Nas circunstâncias apenas se nega, em tese, o poder do Senado - dada a renúncia do Presidente acusado - de proferir a sentença e de impor a pena que aplicou. Nesses limites, demonstrou

⁹⁷¹ Loc. cit.

⁹⁷² Vide: Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança nº 20.941/DF; Mandado de Segurança nº 21.564/DF; Mandado de Segurança (Questão de Ordem) nº 21.564/DF; Mandado de Segurança nº 21.623/DF, e Mandado de Segurança nº 21.869/DF.

o eminente Relator que o controle judicial dos limites do poder do Senado, no particular, cai sob a esfera de poder deste Tribunal.⁹⁷³

Essa orientação jurisprudencial, no entanto, não se consolidou sem enfrentar uma questão fundamental: a garantia da jurisdição intangível, nos termos do disposto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, não se aplica no caso do *impeachment*? Pode a Constituição excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão a direito individual?

De acordo com a cláusula constitucional de acesso ao Judiciário, contida no artigo 5º, XXXV, da Constituição: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. De acordo com o Ministro Paulo Brossard a lei não pode, mas a Constituição pode:

Dir-se-á que esse entendimento conflita com o princípio segundo o qual nenhuma lesão pode ser excluída de apreciação judicial. Esse conflito, porém, não ocorre no caso concreto, pois, a mesma Constituição que enuncia essa regra de ouro, reserva privativamente a uma e outra Casa do Congresso o conhecimento de determinados assuntos, excluindo-os da competência de qualquer autoridade. Assim, no que tange ao processo de responsabilidade do primeiro ao último ato, ele se desenvolve no âmbito do Poder Legislativo, Câmara e Senado, e em nenhum momento percorre as instâncias judiciárias. Como foi acentuado, é uma exceção, mas exceção constitucionalmente aberta ao monopólio do Poder Judiciário. A lei não poderia dispor assim. A Constituição poderia. E assim o fez.⁹⁷⁴

A corrente majoritária formada na Corte, contudo, embora reconheça que a instauração e a decisão final no processo de *impeachment* do Presidente da República sejam “de natureza predominantemente política, cujo mérito é insuscetível de controle judicial”, esse sempre estará autorizado quando “se alegue violação ou ameaça ao direito das partes”.⁹⁷⁵ Para essa corrente, “o controle jurisdicional se faz da forma mais ampla possível”, porque a expressão “lei”, segundo o Ministro Carlos Velloso, abrangeria o sentido formal e o material:

Dir-se-á que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, mas a Constituição poderá isto fazer. Admito que sim, desde que o faça de forma expressa, clara, de modo a não deixar dúvida, o que não acontece no caso. Porque quando a

⁹⁷³ BRASIL, **Mandado de Segurança nº 21.689/DF**, op. cit.

⁹⁷⁴ BRASIL, **Mandado de Segurança nº 20.941/DF**, op. cit.

⁹⁷⁵ Loc. cit.

Constituição se refere à lei, no inc. XXXV do art. 5º está se referindo à lei em sentido material e não apenas formal.⁹⁷⁶

Segundo o Ministro Carlos Velloso, não seria razoável admitir que a Constituição pudesse ficar em contradição com ela mesma.⁹⁷⁷ Além disso, a Constituição poderia até excluir lesão ou ameaça a direito da apreciação judicial, mas haveria de fazer de forma expressa, como ocorreu com a Constituição de 1891 (artigo 68) e de 1934 (artigo 94), que vedavam ao Judiciário “conhecer de questões exclusivamente políticas”.

Da mesma forma, a partir do Ato Institucional nº 03, de 05 de fevereiro de 1966,⁹⁷⁸ todos os Atos passaram a prever dispositivos que excluía da apreciação judicial os atos praticados com fundamento nos Atos Institucionais e Complementares (artigo 6º), como os respectivos efeitos (artigo 13 do Ato Institucional nº 05, de 1968)⁹⁷⁹, que mais tarde se incorporaram ao texto da Constituição de 1967 (artigo 173, incisos I a IV) e da Emenda Constitucional nº 01, de 1969 (artigo 181, incisos I a III).⁹⁸⁰

Nesse período, as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal limitaram-se a repetir e confirmar essas normas de exclusão, sem enfrentar a questão da legitimidade, reconhecendo, inclusive, a supremacia dos Atos Institucionais sobre a Constituição vigente.⁹⁸¹

Seria o veredito do Senado uma questão política, insuscetível de reexame pelo Poder Judiciário? É viável supor, no marco de um Estado Constitucional, existirem círculos de poder completamente imunes ao Direito?

⁹⁷⁶ BRASIL, **Mandado de Segurança (Questão de Ordem) nº 21.564-DF**, op. cit.

⁹⁷⁷ Loc. cit.

⁹⁷⁸ BRASIL. Ato Institucional (1966). **Ato Institucional nº 03**: Fixa datas para as eleições de 1966, dispõe sobre as eleições indiretas e nomeação de Prefeitos das Capitais dos Estados e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-03-66.htm>. Acesso em: 01 set. 2018.

⁹⁷⁹ BRASIL. Ato Institucional (1968). **Ato Institucional nº 05**: São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; O Presidente da República poderá decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/atoins/1960-1969/atoinstitucional-5-13-dezembro-1968-363600-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 01 set. 2018.

⁹⁸⁰ BRASIL. Emenda Constitucional (1969). **Emenda Constitucional nº 01, de 1969**: Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1960-1969/emendaconstitucional-1-17-outubro-1969-364989-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 01 set. 2018.

⁹⁸¹ Vide: Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 62.468-GB**, Relator Ministro Evandro Lins, Diário da Justiça de 28/6/1968 e **Recurso Extraordinário 63.378-GB**. Relator Ministro Aliomar Baleeiro. Diário da Justiça de 28/6/1968.

A doutrina brasileira das questões políticas teve impulso na Primeira República, com especial destaque para a obra de Rui Barbosa,⁹⁸² Pedro Lessa⁹⁸³ e de Mário Guimarães.⁹⁸⁴ Influenciados pelo modelo estadunidense, os doutrinadores brasileiros tentaram sistematizar a matéria, inclusive elaborando listas de questões que não poderiam ser submetidas à apreciação judicial, sob o argumento de que se tratavam de questões de natureza Política. Oswaldo Aranha,⁹⁸⁵ por exemplo, elaborou a sua própria lista de questões políticas, insuscetíveis de exame judicial.⁹⁸⁶

No entanto, ainda naquele contexto histórico, Rui Barbosa apontada a dificuldade de se estabelecer, em abstrato, um conceito de questão Política, alertando:

O Supremo Tribunal Federal, logo, sendo o juiz supremo e sem apelo na questão de saber se qualquer dos outros dois Poderes excede à sua competência, é o último juiz, o juiz sem recurso, na questão de saber se é, ou não, político o caso controverso.⁹⁸⁷

Essa dificuldade se evidencia na ausência de uma metodologia adequada para o estudo das questões políticas no Brasil, diluído numa miríade de conceitos.

As questões políticas são por vezes identificadas como “atos de chefia de Estado”,⁹⁸⁸ ou atos de governo praticados “com margem de discricção e diretamente em obediência à Constituição, no exercício de função meramente política, tais o

⁹⁸² BARBOSA Rui. **Obras completas de Rui Barbosa**: o direito do Amazonas ao Acre setentrional, v. XXXVII, tomo V. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1983.

⁹⁸³ LESSA, Pedro. **Do poder judiciário**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, Supremo Tribunal Federal, 2003.

⁹⁸⁴ GUIMARÃES, Mário. **O juiz a função jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 116.

⁹⁸⁵ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **A teoria das constituições rígidas**. São Paulo: Prefeitura de São Paulo, 1948, p. 123.

⁹⁸⁶ “[...] 1) a declaração de guerra e a celebração da paz; 2) a mantença e a direção das relações diplomáticas; 3) a verificação dos poderes dos representantes dos governos estrangeiros; 3) a celebração e rescisão de tratados; 5) o reconhecimento da independência e da soberania de outros países; 6) a fixação das extremas do país com seus vizinhos; 7) o regime do comércio internacional; 8) o comando e disposição das forças militares; 9) a convocação e mobilização da milícia; 10) o reconhecimento do governo legítimo nos Estados, quando contestado entre duas parcialidades; 11) a apreciação, nos governos estaduais, da forma republicana, exigida pela Constituição; 12) a fixação das relações entre a União ou os Estados e as tribos indígenas; 13) o regime tributário; 14) a adoção de medidas protecionistas; 15) a admissão de um Estado à União; 17) a declaração da existência do estado de insurreição; 18) o restabelecimento da paz nos Estados insurgentes e a reconstrução neles da ordem federal; 19) o provimento dos cargos federais; 20) o exercício da sanção e do veto sobre as resoluções do Congresso; 21) a convocação extraordinária da representação nacional” (BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **A teoria das constituições rígidas**. São Paulo: Prefeitura de São Paulo, 1948, p. 132).

⁹⁸⁷ Discurso proferido, em 1914, no Instituto dos Advogados (BALEIRO *apud* SAMPAIO, op. cit., p. 320).

⁹⁸⁸ PAMPLONA, Danielle Anne. **O processo de decisão de questões políticas pelo Supremo Tribunal Federal**: a postura do juiz. 2006. 239 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006, 52-53.

indulto, a iniciativa de lei pelo Executivo, sua sanção ou veto, etc.”,⁹⁸⁹ ou como “atos de aplicação geral ou especial, feitos pela administração no cumprimento de suas funções políticas”.⁹⁹⁰

A evolução da doutrina das questões políticas originada da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁹⁹¹ teve como consequência prática a ampliação do espaço jurisdicionável. Nesse processo evolutivo, os direitos fundamentais desempenharam papel crucial, passando a ser a razão embasadora da intervenção judicial, mesmo naqueles casos em que se discutia matéria de conteúdo político.

A transformação dos direitos fundamentais em bens jurídicos protegidos, ou seja, a sua objetivação sem a perda da sua individualidade, fez deles o critério último de validade de toda a ordem jurídica, como assinala Cristina Queiroz:

A partir daí, a tensão entre o “constitucionalismo” e o “legalismo” – ou entre o “constitucionalismo” e a “democracia” – mostra-se tão-só aparente: a função básica da Constituição é retirar certas decisões ao processo político, isto é, colocar os direitos acima das decisões da maioria, fazendo do *sistema de direitos fundamentais* o critério último de validade de toda a ordem jurídica.⁹⁹²

A doutrina brasileira das “questões políticas” há muito vem sendo relativizada, sobretudo quando se configura lesão a direito individual, de modo a rechaçar a ideia de que existam, no âmbito estatal, círculos de imunidade de poder, completamente indevassáveis pela ação revisora dos tribunais.

Pedro Lessa, a propósito, já admitia o controle judicial quando há ofensa a direitos individuais mesmo quando perpetrada sob o manto das funções políticas:

A violação das garantias constitucionais, perpetrada à sombra de funções políticas não é imune a ação dos tribunais. A estes sempre cabe verificar se a atribuição política abrange no seus limites a faculdade exercida. Enquanto não transpõe os limites das suas atribuições, o Congresso elabora medidas e normas, que escapam à competência do poder judiciário. Desde que ultrapasse a circunferência, os seus atos estão sujeitos ao julgamento do poder

⁹⁸⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 353.

⁹⁹⁰ MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à constituição brasileira de 1891**. Brasília: Senado Federal, Ed. Facsimilar, 2005, p. 599.

⁹⁹¹ José Adércio Leite Sampaio identifica quatro grandes critérios definidores da “questão política” extraídos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como sendo: o critério da competência privativa; o da falta de parâmetros jurídicos preestabelecidos; o da transcendência do interesse perseguido e o critério da não violação de direitos individuais (SAMPAIO, op. cit., p. 154-155).

⁹⁹² QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais**: questões interpretativas e limites de justiciabilidade. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 1ª. ed., 3ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 212.

judiciário, que, declarando-os inaplicáveis por ofensivos a direitos, lhes tira toda a eficácia jurídica⁹⁹³

Rui Barbosa, que inaugurou esse debate no Brasil, também advertia para a inexistência de um círculo de imunidade judicial quando houvesse lesão a direito:

Certo, dos casos meramente políticos não julgam os tribunais. Mas o caso cessa de ser meramente político desde que nele se envolvem direitos legais de uma pessoa, de caracter privado ou público, judicialmente articulados contra outra. Porque meramente político é só o caso em que um dos poderes do Estado exerce uma função que encontra limites expressos em um direito legalmente definido.⁹⁹⁴

Por essa razão, embora acentue a heiddegariana, judicial de questões políticas atinentes à oportunidade, conveniência, utilidade ou acerto do ato emanado do Poder competente, Pontes de Miranda ressalta que:

Sempre que se discute se é constitucional, ou não, o ato do poder executivo, ou do poder judiciário, ou do poder legislativo, a questão judicial está formulada, o elemento político foi excedido, e caiu-se no terreno da questão jurídica [...]. Pela circunstância de ser o Supremo Tribunal Federal o intérprete principal da Constituição, tem-se dito que lhe é possível afirmar que há questão judicial onde não existe, ou restringir demasiado o conceito de questão política. Mas, se assim procede, vale na espécie, e a solução mesma não infringe os princípios, porque há de ser em amparo de direito individual e, *ipso facto*, está - conceptual e concretamente - composta a questão judicial.⁹⁹⁵

Seabra Fagundes, escrevendo na vigência da Constituição de 1946, embora defendesse a impossibilidade de apreciação judicial de questões políticas em razão da índole do regime democrático e das necessidades do seu funcionamento, alertava, por outro lado, que:

[...] o procedimento deixa de ser unicamente político quando, não obstante ter no ato político sua origem, é seguido de medidas que afetam direitos expressamente amparados pela ordem jurídica. E,

⁹⁹³ LESSA, Pedro. **Do poder judiciário**. Brasília: Conselho Editorial, Supremo Tribunal Federal, 2003, p. 65.

⁹⁹⁴ BARBOSA, Rui. Supremo Tribunal Federal: sua competência para dirimir questões políticas, sua preeminência no nosso organismo jurídico-constitucional. **Revista do Supremo Tribunal Federal**, Rio de Janeiro, v. 3, jan./jun. 1915.

⁹⁹⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 com a emenda nº 1, de 1969**, Tomo III, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 644-645.

então, desaparece a impossibilidade de controle. O Judiciário é levado, ainda que indiretamente, ao exame do ato político.⁹⁹⁶

A definição do que sejam questões políticas é essencialmente matéria de discricção judicial, isto é, cabe ao Judiciário decidir o que é ou não uma questão política. Onde houver Constituição que garanta o acesso universal à jurisdição, nenhuma questão pode ser subtraída da apreciação judicial, ainda que seja política.

Em discurso proferido no Supremo Tribunal Federal no ano de 1941, na vigência da Constituição de 1937, Francisco Campos lembrou que todas as questões, por mais eminentemente políticas que sejam, podem e devem ser examinadas pelo Poder Judiciário:

Desde que decidis matéria constitucional, estais decidindo sobre os poderes do Governo. Sois o juiz dos limites do poder do Governo, e, decidindo sobre os seus limites, o que estais decidindo, em última análise, é sobre a substância do poder. O poder de limitar envolve, evidentemente, o de reduzir e anular. E eis, assim, aberto ou franqueado à vossa competência todo o domínio da política.⁹⁹⁷

A doutrina contemporânea⁹⁹⁸ também se posiciona no sentido da inexistência, *a priori*, de ato insindicável pelo Poder Judiciário, sempre que houver lesão ou ameaça de lesão a direito individual. Jorge Miranda considera que até mesmo os atos políticos ou de governo devem estar sujeitos ao controle judicial, na medida em que também são subordinadas à Constituição.⁹⁹⁹

Juarez Freitas propõe, como diretriz hermenêutica, a ampliação do alcance da cláusula constitucional de acesso à jurisdição:

Oportuno aduzir, como diretriz a nortear a interpretação constitucional, que o intérprete precisa observar, ampliativamente, o inafastável poder-dever de tutela jurisdicional, de sorte a propiciar o acesso legítimo à prestação indispensável à efetividade do sistema inteiro. Em outras palavras, trata-se de extrair saudáveis efeitos da adoção, entre

⁹⁹⁶ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 184.

⁹⁹⁷ CAMPOS, Francisco. **O Supremo Tribunal Federal na Constituição de 1937**. In: Direito Constitucional, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, p. 402.

⁹⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014; CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006; JORGE NETO, Nagibe de Melo. Das questões políticas e da possibilidade do controle das Políticas públicas pelo poder judiciário. **Revista ESMAFE**, Recife: TRF 5ª Região, n. 12, p. 127-141, 2007.

⁹⁹⁹ MIRANDA, Jorge. **Nos dez anos de funcionamento do Tribunal Constitucional**. In: Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 101.

nós, da cláusula pétrea da jurisdição intangível, nos termos do disposto no art. 5º, XXXV, da CF. Tal “monopólio” do exercício da jurisdição não comporta ablação sequer tendencial e exige alargamento da tutela jurisdicional. Ao intérprete-juiz incumbe determinar, topicamente, se um ato *interna corporis* de fato o é, lembrando que não existe, de modo apriorístico, ato exclusivamente político, nem ato absolutamente insindicável.¹⁰⁰⁰

Sem nenhuma pretensão de exaurir a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desde a promulgação da Constituição de 1988, algumas decisões são suficientes para demonstrar que o tribunal tem oscilado entre o parâmetro da autocontenção judiciária, segundo a qual descabe ao tribunal intervir nas chamadas “questões políticas” ou “*interna corporis*”,¹⁰⁰¹ e a viabilidade de revisão judicial das resoluções políticas tomadas pelos demais Poderes, nas hipóteses de comportamentos abusivos ou arbitrários praticados à margem da Constituição.

Para tanto, foram selecionados precedentes a partir de quatro temas específicos: (i) a atuação do tribunal na proteção das minorias parlamentares; (ii) a mediação dos conflitos entre os Poderes Executivo e Legislativo; (iii) o controle de atos constitucionalmente privativos do Presidente da República e (iv) o funcionamento das instituições democráticas (a judicialização do *impeachment*).

Na proteção aos direitos das minorias parlamentares, o tribunal declarou a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei Orgânica dos Partidos Políticos que instituíram as denominadas “cláusulas de barreira”, que restringiam o direito ao funcionamento parlamentar, o acesso ao horário gratuito de rádio e televisão e a distribuição dos recursos do fundo partidário.¹⁰⁰² No mesmo sentido, reconhecendo a existência de um *estatuto constitucional das minorias*, o tribunal tem reiteradamente

¹⁰⁰⁰ FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional “versus” a única resposta correta. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional**. 1ª edição, 3ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 330-331.

¹⁰⁰¹ No sentido da autocontenção, o primeiro precedente talvez tenha sido o *Habeas corpus* nº 300, impetrado por Rui Barbosa em 1892. Nesse precedente, alegou-se que o Estado de Sítio havia sido decretado em desconformidade com a Constituição vigente, sendo inválidas as medidas restritivas de liberdade tomadas com base nele. O *habeas corpus* foi negado, sob o argumento de que não era da índole do Supremo Tribunal Federal envolver-se nas funções políticas do Poder Executivo ou Legislativo, ainda quando na situação criada estivessem envolvidos direitos individuais (RODRIGUES, Leda Boechat. **Direito e política**: os direitos humanos no Brasil e nos Estados Unidos. Porto Alegre, Coleção Ajuris, 8, 1977, p. 17).

¹⁰⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.354/DF**, do Tribunal Pleno. Requerente: Partido Social Cristão. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 22 de agosto de 2007. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1626351>>. Acesso em: 01 set. 2018.

assegurado, em favor dos congressistas, o direito público subjetivo ao devido processo legislativo.¹⁰⁰³

Esse papel de mediador aparece, por exemplo, na decisão que excluiu o veto do chefe do Poder Executivo de qualquer controle judicial.¹⁰⁰⁴ Por outro lado, no que diz respeito à disciplina das medidas provisórias, o tribunal buscou proteger as prerrogativas do Poder Legislativo, depois de detectar um ritmo abusivo na edição delas,¹⁰⁰⁵ inclusive decidindo que o chefe do Poder Executivo não pode revogar medida provisória e, na mesma sessão legislativa, editar nova medida provisória cuidando do mesmo tema.¹⁰⁰⁶

No que concerne ao controle preventivo de constitucionalidade das leis, o tribunal vem oscilando entre decisões que se limitam ao exame da regularidade procedimental e aquelas que avançam para o exame das próprias escolhas legislativas.

No Mandado de Segurança nº 32.033, impetrado por Senador da República objetivando sustar o trânsito de projeto de lei já aprovado na Câmara dos Deputados, cujo conteúdo estaria alegadamente contrariando cláusulas pétreas, o tribunal decidiu pela inviabilidade do controle do conteúdo da lei em formação. Partindo da necessária separação entre o processo para a formação da lei (domínio da Política) e o processo para interpretação e aplicação da lei já formada (domínio do Direito), o tribunal decidiu que o controle excepcionalíssimo do processo legislativo somente se dá em face das regras constitucionais procedimentais que disciplinam o processo legislativo, mas não

¹⁰⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 22.503/DF**, do Tribunal Pleno. Impetrante: Jandira Feghali e outros. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados e outros. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 06 de junho de 1997. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1637624>>. Acesso em: 01 set. 2018.

¹⁰⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 01/RJ**, do Tribunal Pleno. Requerente: Partido Comunista do Brasil – PC do B. Requerido: Prefeito Municipal do Rio de Janeiro. Relator: Min. Neri da Silveira. Brasília, 07 de novembro de 2003. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1804019>>. Acesso em: 01 set. 2018.

¹⁰⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.048/DF**, do Tribunal Pleno. Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 18 de junho de 2010. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2602344>>. Acesso em: 01 set. 2018.

¹⁰⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.964/DF**, do Tribunal Pleno. Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB e outros. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Teori Zavaski. Carlos Britto. Brasília, 03 de dezembro de 2014. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2560579>>. Acesso em: 01 set. 2018.

em face das opções políticas, as quais constituem esfera imune à apreciação judicial.¹⁰⁰⁷

Nesse julgamento, merece destaque o voto vencido do Ministro Gilmar Mendes, que admitiu o controle judicial do projeto de lei por entender ter ocorrido afronta à interpretação dada pelo tribunal no “julgamento da ADI 4.430”. O Ministro Gilmar Mendes também criticou a velocidade na tramitação o projeto em detrimento da adequada reflexão e ponderação que devem nortear a deliberação de projetos da espécie, acusando a Câmara dos Deputados de ter agido “casuisticamente”, além de ter se direcionado para favorecer “atores políticos específicos”.¹⁰⁰⁸ Esse discurso conflitivo foi criticado por Virgílio Afonso da Silva, para quem essa decisão não encontrava paralelo na história do tribunal e tampouco na experiência internacional.¹⁰⁰⁹

Outro caso envolvendo a intervenção judicial em questões *interna corporis* ocorreu em sede de cautelar no Mandado de Segurança nº 34.530. Em decisão monocrática tomada sob o fundamento de estar controlando a regularidade formal do processo legislativo, o Ministro Luiz Fux suspendeu a tramitação de projeto de lei no Senado Federal e determinou o seu retorno à Câmara dos Deputados, tornando “sem efeito quaisquer atos, pretéritos ou supervenientes, praticados pelo Poder Legislativo”, basicamente por entender que o Parlamento havia desvirtuado o conteúdo do anteprojeto de iniciativa popular anticorrupção.¹⁰¹⁰

¹⁰⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 32.033**, do Tribunal Pleno. Impetrante: Rodrigo Sobral Rollemberg. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Gilmar Mendes. Relator para o Acórdão: Min. Teori Zavascki. Brasília, 12 de junho de 2013. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4397298>>. Acesso em: 01 set. 2018.

¹⁰⁰⁸ Loc. cit.

¹⁰⁰⁹ “Ao bloquear o debate sobre as novas regras partidárias, Gilmar Mendes simplesmente decidiu que o Senado não poderia deliberar sobre um projeto de lei porque ele, Gilmar Mendes, não concorda com o teor do projeto. Em termos muito simples, foi isso o que aconteceu. Embora em sua decisão ele procure mostrar que o STF tem o dever de zelar pelo ‘devido processo legislativo’, sua decisão não tem nada a ver com essa questão. Os precedentes do STF e as obras de autores brasileiros e estrangeiros que o ministro cita não têm relação com o que ele de fato decidiu. Sua decisão foi, na verdade, sobre a questão de fundo, não sobre procedimento. Gilmar Mendes não conseguiu apontar absolutamente nenhum problema procedimental, nenhum desrespeito ao processo legislativo por parte do Senado. O máximo que ele conseguiu foi afirmar que o processo teria sido muito rápido e aparentemente casuístico. Mas, desde que respeitadas as regras do processo legislativo, o quão rápido um projeto é analisado é uma questão política, não jurídica. Não cabe ao STF ditar o ritmo do processo legislativo” (SILVA, Virgílio Afonso da. A emenda e o Supremo. **Valor Econômico**, São Paulo, p. A18, 3 maio 2013).

¹⁰¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 34.530/DF**, do Tribunal Pleno. Impetrante: Eduardo Nantes Bolsonaro. Impetrada: Mesa Diretora da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 06 de dezembro de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5103492>>. Acesso em: 01 set. 2018.

Admitindo a possibilidade do controle judicial da aplicação de normas regimentais, o Ministro Luiz Fux considerou ultrapassada a doutrina dos atos “*interna corporis*”, propondo revisitar o que chamou de “atávica jurisprudência do Tribunal”.¹⁰¹¹

Além de ter provocado inevitáveis críticas,¹⁰¹² a decisão do Ministro Luiz Fux não guardou coerência com entendimento adotado anteriormente por ele mesmo, acerca da possibilidade do controle judicial da aplicação de normas regimentais. Ao examinar mandado de segurança impetrado para questionar o rito do processo de *impeachment* da ex-Presidente Dilma Roussef, sob o argumento de violação do artigo 192 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, o Ministro Luiz Fux julgou incabível a ação por entender que a aplicação de normas regimentais é insuscetível de controle judicial por ser matéria “*interna corporis*”.¹⁰¹³ No julgamento do Mandado de Segurança nº 32.033, o Ministro Luiz Fux também havia se manifestado no sentido de que a jurisdição constitucional deve ser exercida com prudência para não substituir as escolhas políticas por preferência pessoais dos magistrados.¹⁰¹⁴

¹⁰¹¹ “Considerada a análise conglobante entre as normas constitucionais e as contidas no Regimento Interno das Casas Legislativas, é de se ressaltar a impropriedade da visão que qualifica as discussões sobre transgressões a normas regimentais como questões *interna corporis*, imunes ao controle judicial. Subjacente a tal orientação encontra-se um resquício da concepção ortodoxa do princípio da separação de poderes, que, de certa forma, ainda visualiza a existência de domínios infensos à intervenção judicial, reservados que seriam à instituição parlamentar, responsável pela solução final de toda e qualquer matéria emergente no seu interior. Tal concepção, todavia, não é a mais adequada. Em um Estado Democrático de Direito, como o é a República Federativa do Brasil (CF, artigo 1º, caput), é paradoxal conceber a existência de campos que estejam blindados contra a revisão jurisdicional, adstritos tão somente à alçada exclusiva do respectivo Poder. Insulamento de tal monta é capaz de comprometer a própria higidez do processo legislativo e, no limite, o adequado funcionamento das instituições democráticas. Daí por que se impõe revisitar esta atávica jurisprudência do Tribunal” (BRASIL, **Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 34.530/DF**, op. cit.).

¹⁰¹² O Ministro Gilmar Mendes considerou a decisão uma “perda de paradigmas”. Segundo ele, impor ao Congresso que aprove um texto sem fazer alterações é o mesmo que fechar o Legislativo. “É um AI-5 do Poder Judiciário”. Para ele, o Supremo caminha para o “mundo da galhofa” (MENDES, Gilmar. decisão de Fux é o “AI-5 do Judiciário”. **O Estado de São Paulo**, 15 de. 2016. Disponível em: <<https://www.estadao.com.br/noticias/geral,para-gilmar-mendes-decisao-de-fux-e-o-ai-5-do-judiciario,10000094690>>. Acesso em: 01 set. 2018).

¹⁰¹³ “Resta claro que o ato praticado pelo impetrado, diante da situação fática descrita pelo impetrante, envolveu a interpretação de dispositivos regimental e legal, restringindo-se a matéria ao âmbito de discussão da Câmara dos Deputados. Dessa forma, afigura-se incabível, para o relator, o mandado de segurança, pois não se trata de ato sujeito ao controle jurisdicional” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 34.181/DF**, do Tribunal Pleno. Impetrante: Luiz Paulo Teixeira Ferreira. Impetrado: Plenário da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 11 de maio de 2016. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4977062>>. Acesso em: 01 set. 2018).

¹⁰¹⁴ No julgamento do Mandado de Segurança nº 32.033, o Ministro Luiz Fux acompanhou a maioria, recomendando dever de cautela no exercício da jurisdição constitucional. Para o Ministro, os tribunais não poderiam “asfixiar a autonomia pública dos cidadãos, ao substituir as escolhas políticas de seus representantes por preferências pessoais de magistrados” (BRASIL, **Mandado de Segurança nº 32.033/DF**, op. cit.).

A nomeação de Ministros de Estado pelo Presidente da República também foi tema que evidenciou essa oscilação na jurisprudência do tribunal.

No julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 388-DF, o tribunal decidiu estabelecer a interpretação de que membros do Ministério Público não podem ocupar cargos públicos, fora do âmbito da Instituição, salvo cargo de professor.¹⁰¹⁵

A nomeação do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de Ministro Chefe da Casa Civil também foi impugnada no Supremo Tribunal Federal. O relator das ações,¹⁰¹⁶ o Ministro Gilmar Mendes, deferiu, monocraticamente, as medidas liminares pleiteadas para suspender a eficácia da nomeação, por entender que foi efetivada com a finalidade de atribuir foro privilegiado ao ex-Presidente, configurando desvio de finalidade e, por consequência, tornando nulo o ato. Para o Ministro Gilmar Mendes, o vício de desvio de finalidade é objetivo, não sendo necessário investigar ou comprovar o dolo ou a intenção de fraudar a lei.

Para o Ministro Celso de Melo, contudo, a nomeação de Ministro de Estado é ato interno, da competência privativa do Presidente da República, e por isso mesmo imune ao controle judicial, ainda quando impugnada por desvio de finalidade. No caso envolvendo a nomeação do Ministro Wellington Moreira Franco para a chefia da Secretária-geral da Presidência da República, alegou-se que a criação de um Ministério quatro dias depois de homologadas, pelo tribunal, delações premiadas que atingiam o nomeado, seriam atos deliberados de obstrução de justiça, não sendo necessário comprovar as intenções do Presidente da República, porque o vício é de natureza objetiva. Para o Ministro Celso de Melo, no entanto, “incumbe a quem imputa ao administrador público à prática desviante de conduta ilegítima a prova inequívoca” do desvio de finalidade.¹⁰¹⁷

¹⁰¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 388/DF**, do Tribunal Pleno. Requerente: Partido Popular Socialista. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 25 de agosto de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4939089>>. Acesso em: 01 set. 2018.

¹⁰¹⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Segurança nº 34.070/DF**, do Tribunal Pleno. Impetrante: Partido Popular Socialista. Impetrada: Presidente da República. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 28 de maio de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4948822>>. Acesso em: 01 set. 2018.

¹⁰¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 34.609/DF**, do Tribunal Pleno. Impetrante: Rede Sustentabilidade – Diretório Nacional. Impetrado: Presidente da República. Relator: Min. Celso de Melo. Brasília, 16 de fevereiro de 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5126193>>. Acesso em: 01 set. 2018.

Por fim, no que concerne ao regular funcionamento das instituições democráticas, notadamente quanto ao *impeachment* do Presidente da República, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pende claramente para a autocontenção, considerando insuscetíveis de revisão judicial tanto a instauração quanto a decisão final no processo de *impeachment*.¹⁰¹⁸

Na véspera da sessão plenária da Câmara dos Deputados que decidiu sobre a autorização para abertura do processo de *impeachment* contra a ex-Presidente Dilma Roussef, o Supremo Tribunal Federal julgou cinco ações protocolizadas naquele mesmo dia,¹⁰¹⁹ indeferindo os pedidos de medida cautelar formulados em todas elas, por entender que a votação na Câmara dos Deputados envolvia matéria *interna corporis*.

Na apreciação do pedido de suspensão da decisão do Senado Federal que condenou por crime de responsabilidade a ex-Presidente Dilma Roussef, o Ministro Teori Zavascki sustentou que o ato impugnado é insuscetível de reexame pelo Poder Judiciário, porque o julgamento é feito por juízes investidos na condição de políticos, seus votos são conduzidos por valores de natureza Política inspirados em valor e motivações diferentes dos que seriam utilizados pelo Poder Judiciário.¹⁰²⁰

Esse movimento pendular entre autocontenção e uma postura mais ativista do tribunal, decorrente, em grande medida, de uma profunda crise de representatividade

¹⁰¹⁸ BRASIL, **Mandado de Segurança nº 20.941/DF**, op. cit.

¹⁰¹⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.498/DF**, do Tribunal Pleno. Requerente: Partido Comunista do Brasil. Requerida: Câmara dos Deputados. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 14 de abril de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4965002>>. Acesso em: 01 set. 2018. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 34.127/DF**, do Tribunal Pleno. Impetrante: Weverton Rocha Marques Souza. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 14 de abril de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4964984>>. Acesso em: 01 set. 2018. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 34.128/DF**, do Tribunal Pleno. Impetrante: Rubens Pereira e Silva Júnior. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 14 de abril de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4964988>>. Acesso em: 01 set. 2018. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 34.130/DF**, do Tribunal Pleno. Impetrante: Renato Ferreira Moura Franco. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 14 de abril de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4965045>>. Acesso em: 01 set. 2018. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 34.131/DF**, do Tribunal Pleno. Impetrante: Luiz Paulo Teixeira Ferreira. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 14 de abril de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4965062>>. Acesso em: 01 set. 2018.

¹⁰²⁰ BRASIL, **Mandado de Segurança nº 34.441-DF**, op. cit.

dos Poderes Legislativo e Executivo,¹⁰²¹ mostra a inviabilidade da separação absoluta entre Direito e Política.

Uma das crenças mais pacificamente aceitas pela cultura contemporânea consiste na diferenciação entre Política e Direito.

Nos meios acadêmicos,¹⁰²² na prática Política e mesmo para o senso comum, tal ponto de vista não suscita muita discussão. Admite-se assim que certos fenômenos são políticos e outros, por outro lado, jurídicos. Para essa crença, não só Direito e Política seriam diferentes, como necessariamente devem diferenciar-se. Nessa perspectiva, o raciocínio jurídico deveria ser impermeável às tentações políticas e a atividade Política se desenvolve melhor longe do formalismo próprio do discurso jurídico.

Em resumo: a crença na distinção entre Política e Direito parte do pressuposto de que certos eventos são políticos, e outros, distintos daqueles, jurídicos. Conseqüentemente, o homem pode atuar “juridicamente” em determinado momento, e “politicamente” em outro. Da própria ideia de “judicialização da Política” ou de “politização da justiça” se inferem um conceito restrito de Política, uma visão dogmática do Direito e uma noção clássica de separação de poderes.¹⁰²³

Contudo, essa crença não oferece uma justificação teórica convincente. Ao contrário, nos Estados modernos, caracterizados pela centralidade da Constituição, por vezes os fenômenos político e jurídico coincidem, como assinala Dieter Grimm: “não é mais possível uma separação entre direito e Política no nível da legislação”.¹⁰²⁴

Quando o chefe do Poder Executivo sanciona ou veta um projeto de lei, realiza um ato político, jurídico ou misto? Essa atividade legislativa revela-se essencialmente

¹⁰²¹ De acordo com pesquisa realizada pelo Centro de Pesquisa Jurídica aplicada da Fundação Getúlio Vargas, relativa ao 1º semestre de 2017, apenas 7% dos entrevistados confiam no Congresso Nacional e 6% no Governo Federal (CUNHA, Luciana Gross *et. al.* **Relatório ICJBrasil 1º semestre de 2017**, p. 13. Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/relatorio_icj_1sem2017.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2018).

¹⁰²² Para uma análise de como a política pode ser um elemento de fragilização do Direito, ver: STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LIMA, Danilo Pereira. A relação direito e política: uma análise da atuação do Judiciário na história brasileira. **Pensar**, Fortaleza, v. 18, n. 3, p. 737-758, set./dez. 2013.

¹⁰²³ Uma vertente da judicialização da política, que a considera um fenômeno socialmente positivo, defende a ideia segundo a qual o Poder Judiciário “surge como uma alternativa para a resolução de conflitos coletivos, para a agregação do tecido social e mesmo para adjudicação da cidadania” (VIANNA, **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**, op. cit., p. 22).

¹⁰²⁴ GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Del Rey: Belo Horizonte, 2006, p. 11-15.

Política,¹⁰²⁵ mas é inegável que ela afeta o mundo jurídico. Uma sentença, por outro lado, implica um ato essencialmente jurídico, mas efetiva ao mesmo tempo a vontade de um legislador (sujeito político), explicitada numa norma. Numerosos atos jurídicos (doações, testamentos, pagamentos, etc.) podem decorrer de uma legislação impregnada de princípios ideologicamente políticos, tais como livre concorrência, liberalismo ou dirigismo estatal.

Embora distintos, Direito e Política não podem ser vistos separadamente, antes exigem uma interação de perspectivas, sem que o balançar de olhos entre as duas realidades implique quer a politização do Direito, quer a judicialização da Política. É exatamente por meio desse procedimento – distinguir para unir – que nós conseguiremos apreendê-los de forma adequada, pois ninguém conhece a distinção se ignora a unidade.¹⁰²⁶

É ingênuo supor que o Direito deva se afastar ou pelo menos ter um papel mais restrito no enfrentamento de questões políticas, no marco do Estado Democrático de Direito. A ideia de neutralidade em relação às questões políticas, que ainda se encontra enraizada no “senso comum teórico dos juristas”,¹⁰²⁷ há muito se encontra superada.

No século XIX, a história da democracia confundiu-se com a da conquista do sufrágio universal e do desenvolvimento de instituições representativas. Garantes da liberdade de todos e expressão da diversidade de interesses e opiniões, os Parlamentos incorporaram a ruptura com o absolutismo. Não demorou muito para que eles fossem fortemente criticados, acusado de falhar na sua missão, de refletirem de forma imperfeita a sociedade e de serem tomados pelos partidos políticos.¹⁰²⁸

O surgimento da sociedade de massas, fenômeno da última metade do século XX, revelou a crise da democracia representativa. Os regimes democráticos evoluíram consideravelmente e conservaram em menor escala o caráter unidimensional,

¹⁰²⁵ No julgamento da Questão de Ordem na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 01-DF, o Pleno do STF reafirmou a “índole política” do veto presidencial, qualquer que seja a sua motivação (BRASIL, **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 01/DF**, op. cit.).

¹⁰²⁶ MARITAIN, Jacques. **Los Gradas del Saber**. Buenos Aires: Ediciones Desclée, de Brouwer, 1947, p. 7.

¹⁰²⁷ WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito i: interpretação da lei. temas para uma reformulação**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994, p. 13-15.

¹⁰²⁸ Para Carl Schmitt, a democracia representativa parlamentar é a expressão do liberalismo, por ele considerado como “sistema metafísico liberal” (SCHMITT, Carl. **Romanticismo político**. Milano: Giuffrè, 1981, p. 19).

monista, que haviam tido desde a sua criação. Desse modo, novas instituições foram surgindo no panteão democrático, dentre as quais os tribunais constitucionais.

Apesar de resistências teóricas pontuais,¹⁰²⁹ os tribunais constitucionais se impuseram como atores democráticos importantes. Sob formas muito diversas em todos os continentes,¹⁰³⁰ esses tribunais passaram a figurar no centro da vida democrática, a tal ponto de se falar de uma verdadeira “ressurreição” contemporânea da noção de Constituição.¹⁰³¹

Contando com um forte apoio da opinião pública, como mostrou uma importante pesquisa comparativa, os tribunais constitucionais passaram a ser percebidos como uma das mais legítimas instituições democráticas contemporâneas,¹⁰³² assumindo uma função de representação social e política. Trata-se de uma representação de ordem funcional, estruturalmente diferente da expressão imediata de interesses que a representação eleitoral procura expressar. Não é possível considerá-las como rivais, já que a eleição erige o poder necessário da última palavra na vida das sociedades democráticas.

A vocação garantista da judicatura, como freio à “voracidade parlamentar” num regime onde os poderes Executivo e Legislativo dividem sua fonte de legitimação (democrático-majoritária), foi afirmada por Hamilton ao considerar que, enquanto na monarquia uma magistratura estável e independente “cria uma excelente barreira contra o despotismo do príncipe, na república não é menos eficaz contra as usurpações e opressões da entidade representativa”.¹⁰³³

Essa função política contramajoritária do Poder Judiciário, contida no Federalista, é claro, não pode abster-se do contexto em que teve lugar, isto é, da conjuntura política estadunidense no período que se seguiu à independência, porque destinada a servir a propósitos bem distintos e gerar consequências diferentes do contexto atual.

Apesar disso, não se deve ignorar que o Estado Democrático de Direito (ou Estado Constitucional) é baseado numa teoria de justiça que reconhece direitos às

¹⁰²⁹ WALDRON, op. cit.; CAPPELLETTI, Mauro. **Necesidad y Legitimidade de la Justicia Constitucional**, p. 620 e s.

¹⁰³⁰ Para uma análise comparativa das diferentes estruturas dos Tribunais Constitucionais, ver: SAMPAIO, op. cit., p. 104.

¹⁰³¹ ROUSSEAU, op. cit.

¹⁰³² GIBSON, James L.; CALDEIRA, Gregory A.; BAIRD, Vanessa A. On the legitimacy of national high courts. **The american political science review**, v. 92, n. 2, jul. 1998.

¹⁰³³ MADISON; HAMILTON; JAY, **Os artigos federalistas**, op. cit., p. 330.

peçoas, impondo o respeito a eles como limites intransponíveis às instituições políticas.¹⁰³⁴

Os tribunais constitucionais, especialmente quando atuam na defesa dos direitos fundamentais, cumprem um papel político de ativação e representação da memória coletiva, além de regularem o processo de ajuste contínuo da Constituição, tomada como contrato social. Tal ocorre porque a legitimidade do Tribunal Constitucional, como lembra Jorge Miranda, não é maior nem menor do que a dos órgãos de representação, ou políticos. Ela advém da Constituição e, por essa razão, é democrática.¹⁰³⁵

Os tribunais constitucionais exercem função política, basicamente, em relação a quatro grandes temas: separação de Poderes, federalismo, direitos fundamentais e funcionamento das instituições democráticas. Havendo Constituição em sentido moderno – como há em quase todos os Estados do mundo contemporâneo – nela estará previsto o órgão, ou conjunto de órgãos, com competência para exercer funções políticas.

No plano internacional, prepondera o papel do chefe de Estado e do governo e bem assim do parlamento, no exercício da função política, cabendo ao tribunal com jurisdição constitucional um papel mais modesto. Como exemplo, pode-se citar a decisão sobre a constitucionalidade de tratados internacionais já incorporados ao direito nacional, bem como as decisões sobre casos de extradição, em se tratando de tribunais constitucionais dotados dessa competência.¹⁰³⁶

Na perspectiva da hermenêutica filosófica, pode-se dizer que a conformidade do processo de *impeachment* com a Constituição exige uma pré-compreensão acerca

¹⁰³⁴ Sobre a relação entre a jurisdição constitucional e as teorias da justiça baseada no reconhecimento de direitos, ver: MORESCO, José Juan. *Diritti e giustizia procedurale imperfetta*, **Ragion pratica**, n. 10, 1998, p. 13-39.

¹⁰³⁵ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 533

¹⁰³⁶ No julgamento da Extradição nº 1.008, o Pleno do Supremo Tribunal Federal decidiu que o reconhecimento administrativo da condição de refugiado, enquanto dure, é elisiva da extradição, dado o caráter político-administrativo da decisão concessiva de refúgio (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradição nº 1.008, da República da Colômbia**. Requerente: Governo da Colômbia. Extraditando: Francisco Antonio Cadena Collazos ou Oliverio Medina ou Camilo Lopez ou Cura Camilo. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 17 de agosto de 2017. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14781410/extradicao-ext-1008-cb-stf>>. Acesso em: 01 set. 2018). No julgamento da Extradição nº 1.085, contudo, o Tribunal reuiu esse entendimento e anulou decisão do Ministro da Justiça do Brasil que havia concedido o *status* de refugiado ao extraditando (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradição nº 1.085 - República Italiana**. Requerente: Governo da Itália. Extraditando: Cesare Battisti. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 24 de maio de 2016. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14711387/extradicao-ext-1085>>. Acesso em: 01 set. 2018).

do sentido de (e da) Constituição. Isso equivale a dizer, como anotou Streck, que uma “baixa compreensão do sentido de Constituição acarreta uma baixa constitucionalidade”¹⁰³⁷ e, portanto, uma visão distorcida do que possa ser o *impeachment*.

A viabilidade de revisão judicial do *impeachment* e, em última análise, a própria legitimidade da jurisdição constitucional, está fundamentada numa questão de princípio: se se convém ou não atribuir à Constituição o caráter de uma norma jurídica. Se a resposta for negativa, então a Constituição pode ser concebida como um compromisso ocasional de grupos políticos, substituível a qualquer momento sempre esse equilíbrio for rompido. Admitida essa premissa, o uso do *impeachment* para solucionar crises de governabilidade, ou como resultado da vontade de forças políticas em disputa, seria plenamente constitucional.

Por outro lado, se a Constituição é concebida como uma norma jurídica que deve presidir o processo político e a vida em comunidade, a perspectiva muda essencialmente. Nesse caso, a Constituição será considerada não apenas como simples mecanismo de articulação de grupos políticos, mas como estatuto básico da vida comum e de limitação do poder. Admitida essa premissa, o uso do *impeachment* fora dos padrões constitucionais pode (e deve) ser controlado pelo Poder Judiciário.

Difundiu-se na doutrina brasileira a noção de que os atos políticos não podem ser controlados pelo Poder Judiciário, fundamentalmente por duas razões: a primeira, porque o controle judicial desses atos seria antidemocrático; a segunda, porque os atos políticos envolvem juízos valorativos e não se poderia controlar racionalmente esses juízos.

O argumento de que a jurisdição constitucional é antidemocrática é refutado pelo seu papel contramajoritário. A legitimidade democrática da jurisdição constitucional está fundamentada tanto na proteção dos direitos fundamentais, tomados como reserva de justiça de uma comunidade¹⁰³⁸, quanto na proteção da regras do jogo democrático.¹⁰³⁹

Por sua vez, o argumento de que não controláveis racionalmente juízos valorativos, desconsidera a historicidade do Direito. No marco do que se convencionou

¹⁰³⁷ STRECK, **Hermenêutica jurídica e(m) crise**, op. cit., p.57.

¹⁰³⁸ ALEXY, Robert. **La Institucionalización de la Justicia**. Tradução de José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Soderer e Pablo Rodríguez. Granada: Comares, 2005, p. 7

¹⁰³⁹ ELY, **Democracy and distrust**, op. cit.

chamar de pós-positivismo ou de “teoria constitucionalista”,¹⁰⁴⁰ marcado pela centralidade da Constituição no sistema jurídico dos Estados ocidentais, valorações podem ser corrigidas a partir de critérios técnicos e materiais.

De acordo com a Constituição de 1988, o *impeachment* só pode ser submetido ao juízo político do Congresso Nacional quando o Presidente da República houver cometido ato materialmente tipificado como crime de responsabilidade. Fora dessa hipótese, haverá manipulação de fatos, violação das regras do jogo democrático e, claro, violação a direito individual.

Em outros termos: no processo de *impeachment*, Câmara e Senado estão autorizados a exercer suas respectivas competências porque há norma constitucional que lhes garante agir com essa liberdade. No entanto, não formulam juízos de oportunidade, e muito menos há escolha entre indiferentes jurídicos. Não há escolha à margem da Constituição, porque a Constituição não é indiferente à escolha que vier a ser feita.

Quando a Câmara dos Deputados decide autorizar ou não a abertura de processo contra o Presidente da República, por crime de responsabilidade ou por infração penal comum, estará formulando juízos de constitucionalidade e de legalidade, interpretando e aplicando o Direito. O mesmo ocorre com o Senado Federal por ocasião do julgamento do Presidente da República por crime de responsabilidade, ainda que o faça a partir de conceitos jurídicos indeterminados como, por exemplo, a “proibidade na administração”. A interpretação e aplicação do Direito “não ocorre apenas diante de tribunais, mas em todo lugar no qual uma conduta seja orientada por exigências legais ou examinada por suas consequências jurídicas”.¹⁰⁴¹

¹⁰⁴⁰ “Neste sentido, pós-positivismo me parece uma denominação preferível às outras, porque sugere a ideia de um processo e de uma fase do mesmo posterior à do positivismo. Porém, de todas as formas, não me parece que seja de todo adequada para referir-se à concepção do Direito na qual se poderia situar autores como Dworkin, Alexy ou Nino e na qual eu também me situo. Para referir-se a isto nos últimos tempos se está usando a expressão “constitucionalismo” ou “paradigma constitucionalista”. Não se trata, naturalmente, de reduzir a teoria do Direito à teoria do Direito Constitucional, mas sim de considerar que estamos vivendo dentro de um paradigma de Direito que se caracteriza pelo papel fundamental atribuído à Constituição, sobretudo porque a validade das normas, em especial das normas legisladas, depende de sua adequação à Constituição, e não unicamente a critérios formais e procedimentais, se não também a critérios materiais. Junto a isto, tem também grande importância a existência dos tribunais constitucionais (chamados assim ou de outra maneira) que fazem um papel de controle de constitucionalidade das leis” (CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Claudia Rosane (Orgs.). **Direito e argumentação no pensamento de Manuel Atienza**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 127-155).

¹⁰⁴¹ GRIMM, **Constituição e política**, op. cit., p. 11-15.

Para o Ministro Teori Zavascki, “a possibilidade de controle judicial do mérito da deliberação do Legislativo pelo Poder Judiciário”, no processo de *impeachment*, “significa transformar em letra morta o artigo 86 da Constituição Federal”, já que o juízo natural é o Senado Federal. Para o Ministro Teori Zavascki, o Senado Federal tem a última palavra sobre o tema:

O juiz constitucional dessa matéria é o Senado Federal, que, previamente autorizado pela Câmara dos Deputados, assume o papel de tribunal de instância definitiva, cuja decisão de mérito é insuscetível de reexame, mesmo pelo Supremo Tribunal Federal.¹⁰⁴²

Admitida a hipótese de que exista a “última palavra” numa democracia, esse raciocínio valeria também se a condenação recaísse sobre um dos membros do próprio Supremo Tribunal Federal.

A Constituição brasileira estabelece que o Supremo Tribunal Federal deva ter seus membros indicados pelo Presidente da República e confirmados pela maioria absoluta do Senado Federal. Determina que eles sejam vitalícios desde que possuam “notável saber jurídico e reputação ilibada” (artigo 101). Os Ministros do Supremo Tribunal Federal também podem sofrer *impeachment* se forem condenados por crime de responsabilidade, cujo tipo está previsto na Lei nº 1.079, de 1950 (artigo 39), e o julgamento também é feito pelo Senado Federal (artigo 52, II).

Admitida, por exemplo, a hipótese de destituição de um Ministro do Supremo Tribunal Federal motivada por votos pontuais sobre pontos polêmicos, haveria evidente desvio de finalidade na utilização do *impeachment*, dada a inexistência de crime de responsabilidade pelo exercício regular da jurisdição.

O exemplo citado não representa mera hipótese ou uma abstração da realidade. Entre 2016 e 2017, foram impetrados no Senado Federal vinte representações contra Ministros do Supremo Tribunal Federal, pelas mais variadas razões, tais como manifestações públicas sobre processos em andamento, por votos pontuais como se deu no caso do aborto, entre outros.¹⁰⁴³ O Ministro Luiz Roberto

¹⁰⁴² BRASIL, **Mandado de Segurança nº 34.193/DF**, op. cit.

¹⁰⁴³ Entre 2016 e 2017 foram protocolizados no Senado Federal vinte pedidos de *impeachment* de Ministros do STF. Há desde pedidos que censura a conduta dos Ministros - manifestação pública sobre processos e julgamento em casos de possível impedimento - até aquelas motivadas por votos pontuais sobre temas polêmicos, como aborto (MOTA, Camilla Veras. Em menos de dois anos, o STF é alvo de 20 pedidos de impeachment. **News Brasil**, 10 out. 2017. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-41505548>>. Acesso em: 01 set. 2018.).

Barroso, por exemplo, foi ameaçado de sofrer um processo de *impeachment* em razão da decisão que determinou a suspensão parcial do Decreto nº 9.246/2017, que concedeu indulto natalino e comutou penas.¹⁰⁴⁴ Outro exemplo é o pedido de *impeachment* do Ministro Dias Toffoli por ter proferido voto condutor em *habeas corpus*.¹⁰⁴⁵

Admitida a tese da “última palavra”, eventual decisão do Senado Federal condenando um Ministro do Supremo Tribunal Federal à perda do cargo pelo exercício regular da jurisdição, seria insuscetível de revisão pelo Poder Judiciário. Se o *impeachment* puder ser decretado fora dos limites constitucionais, sem qualquer possibilidade de revisão judicial, teríamos na hipótese um *recall* de juízes, o que é inadmissível num regime de separação de poderes.

Não se trata de sustentar a ideia de que o Poder Judiciário detenha a última palavra na interpretação constitucional. Embora seja conferida ao Judiciário, notadamente ao Supremo Tribunal Federal, primazia no tocante à proteção da Constituição, a interpretação feita pelo tribunal pode ser superada pelo Poder Legislativo, seja mediante reforma constitucional ou mesmo pela criação de direito novo. Não haveria, assim, última palavra, mas um processo de colaboração na interpretação constitucional.

Mark Tushnet, ao tratar do papel dos tribunais constitucionais em uma democracia, distingue os variados modelos de jurisdição constitucional em “fraco” e “forte”. O modelo forte é aquele praticado pela Suprema Corte dos Estados Unidos e pelos países que seguem essa tradição. Nesse modelo, a interpretação judicial é final e insuscetível de revisão. No modelo fraco, ao contrário, a interpretação judicial pode ser superada pelos Poderes Executivo e Legislativo. Nesse modelo, prepondera a fórmula dialógica de jurisdição constitucional, que permite a colaboração entre instituições judiciais e legislativas.¹⁰⁴⁶

¹⁰⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.874DF**, do Tribunal Pleno. Requerente: Procuradoria Geral da República. Interessado: Presidente da República. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 15 de março de 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5336271>>. Acesso em: 01 set. 2018.

¹⁰⁴⁵ BRASIL. Senado Federal. **Petição (SF) nº 7, de 2018**. Denúncia com pedido de impeachment em face do Ministro do Supremo Tribunal Federal José Antônio Dias Toffoli, com fundamento no artigo 52, inciso II da Constituição Federal, combinado com os arts. 2º; 9º, número 7; 39, número 2; e 41, da Lei nº 1.079/1950. Requerentes: Marco Vinícius Pereira de Carvalho. Requerido: José Antônio Dias Toffoli. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133950>>. Acesso em: 01 set. 2018.

¹⁰⁴⁶ TUSHNET, Mark. **Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law**. Princeton: Princeton University, 2008.

A possibilidade de uma teoria normativa dialógica, sem última palavra, é defendida por Conrado Mendes. Para o autor, teorias da última palavra, embora não rejeitem algum tipo de diálogo, “defendem que o circuito decisório possui um ponto final dotado de autoridade por meio de uma decisão soberana”.¹⁰⁴⁷

O fato de a Constituição ter atribuído ao Senado Federal competência privativa para julgar o Presidente da República por crime de responsabilidade, não bloqueia o diálogo institucional sobre o instituto do *impeachment*. Não há última palavra, mas uma colaboração entre as instituições democráticas na interpretação da Constituição.

Na perspectiva da teoria funcional-sistêmica, no entanto, mais importante do que determinar a competência constitucional para decidir sobre o *impeachment* é saber como essa decisão deve ser tomada, ou seja, importa mais saber como se decide do que quem decide.

4.2.4 O *Impeachment* na Perspectiva da Teoria dos Sistemas e o Papel Hermenêutico Dos Direitos Fundamentais

Do percurso feito até aqui resulta manifesta a relação entre Direito e Política, porque ambos atendem primordialmente a vida em sociedade.

No entanto, há diversas maneiras pelas quais Direito e Política podem se relacionar.

No que concerne à Antiguidade, a relação entre Direito e Política era tão próxima que praticamente não havia distinção alguma. Um exemplo disso é encontrado na obra *Política*,¹⁰⁴⁸ de Aristóteles, que mescla indistintamente elementos fáticos, colocando o poder em primeiro plano, e elementos prescritivos, que buscam determinar como devem ser a constituição da *pólis*. Da perspectiva aristotélica, não haveria razão para que Política e Direito fossem vistos separadamente.

Como resultado de eventos históricos, essa visão de união absoluta entre Direito e Política foi sendo abandonada. Maquiavel talvez seja o principal representante dessa nova forma de relação entre Direito e Política. Para ele, a Política deve ser vista como algo que atende exclusivamente a um fim e o Direito não seria

¹⁰⁴⁷ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 14.

¹⁰⁴⁸ ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

determinante para isso. Ele não nega que possa existir uma relação entre Direito e Política, mas apenas que essa relação seja necessária e inevitável.¹⁰⁴⁹

Thomas Hobbes e John Locke, embora reconheçam a distinção entre Direito e Política, os enxergam por ângulos diferentes. Hobbes afirma existir uma predominância da Política sobre o Direito, pois as normas jurídicas são criadas por quem detém o poder.¹⁰⁵⁰ Para Locke, no entanto, o poder político só será legítimo se não contrariar certos princípios jurídicos elementares, fundamentados no direito natural.¹⁰⁵¹

Com o Iluminismo e, sobretudo, a Revolução Francesa, o pluralismo jurídico marcado por uma regulação consuetudinária, é substituído por um rígido monismo. O Estado, compacto, unitário, centralizado, correspondia a um Direito igualmente compacto, unitário e centralizado. Esse modelo político-jurídico idealizado pelo Iluminismo e pela Revolução Francesa, baseado na relação Estado-indivíduo, cometeu o erro de ignorar a complexidade das relações sociais.

No século XX, com o auge do positivismo sociológico proposto por Auguste Comte no século anterior e as atrocidades cometidas pelo regime Nacional Socialista durante a Segunda Guerra Mundial, a preocupação com os abusos que a Política pode exercer como mecanismo de organização e social se acentuou. O paradigma positivista passou a ser defendido como a forma mais adequada de relação entre a Política e o Direito, justamente para evitar que o este fosse utilizado como simples instrumento daquela. O mais destacado autor dessa perspectiva foi Hans Kelsen, para quem a Política, assim como ideias de justiça, de moral e crenças religiosas, devem ser afastadas do objeto de investigação da Ciência Jurídica.¹⁰⁵² Apesar da “pureza metódica”,¹⁰⁵³ Kelsen é forçado a admitir que existam conexões factuais entre Direito, moral e Política, porque o Direito é uma realidade social, impossível de explicar a luz de postulados simplesmente teórico-científicos.

¹⁰⁴⁹ MAQUIAVEL, op. cit.

¹⁰⁵⁰ Hobbes afirmava que “a lei, em geral, não é um conselho, mas um comando. E também não é um comando dado por qualquer um a qualquer um, mas sim um comando que é dado por quem se dirige a alguém já anteriormente obrigado a obedecer-lhe” (HOBBS, op. cit., p. 183).

¹⁰⁵¹ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. Petrópolis: Vozes, 1994.

¹⁰⁵² A preocupação de Kelsen em afastar o absolutismo político da teoria democrática pode ser encontrada em diversas obras, tais como: KELSEN, Hans. **Essência e valor da democracia** (KELSEN, Hans. **A democracia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002).

¹⁰⁵³ A expressão é utilizada por Luiz Alberto Warat (WARAT, Luis Alberto. **A pureza do poder**. Florianópolis: UFSC, 1983).

Na forma atual, a positivação do Direito mudou substancialmente a relação entre Direito e Política, predominante até então. Essa separação entre Direito e Política pode ser encontrada na obra de vários autores contemporâneos. Um deles é Niklas Luhmann, que trata desse tema a partir da teoria dos sistemas, através da qual procurou construir um Direito autônomo e fechado.

Nesse último tópico pretende-se examinar a participação do Poder Judiciário no processo de *impeachment* a partir de uma perspectiva funcional-sistêmica, que se vale do arcabouço teórico desenvolvido por Luhmann acerca da sociedade moderna.

Não é tarefa simples de ser empreendida, porque exige postura cognitiva capaz de superar três grandes obstáculos epistemológicos adotados pela tradição cultural do Ocidente, os quais devem perder a conotação de premissas básicas.

O primeiro deles é a premissa de que a sociedade é constituída de pessoas e de relações entre pessoas. Segundo a teoria sistêmica luhmanianna, a sociedade é constituída exclusivamente por comunicação.

O segundo obstáculo epistemológico diz que as sociedades têm fronteiras territoriais e/ou políticas. Todavia, na perspectiva sistêmica luhmanianna, como sociedades são compostas apenas por comunicação e esta não pode ser limitada no espaço, sobretudo com auxílio da tecnologia moderna, não há fronteiras separando diversas sociedades. Há um único sistema social mundial.

O terceiro é a separação entre o sujeito e o objeto. Para Luhmann, não há nenhum observador externo ao sistema social que possa analisá-lo à distância e com imparcialidade. Ninguém detém um ponto de vista absoluto, considerado como sendo o único correto. O conhecimento é resultado de uma observação de segunda ordem, na qual um observador observa o que outro observador observou.

Partindo da ideia de que a Constituição moderna possibilita a diferenciação entre Direito e Política e simultaneamente atua como acoplamento estrutural entre estes dois sistemas funcionais da sociedade moderna,¹⁰⁵⁴ pretende-se comprovar que o Supremo Tribunal Federal utilizou argumentos políticos no que se pode chamar de “judicialização do *impeachment*”, comprometendo, assim, a autonomia operacional do sistema jurídico.

A busca pela autonomia operacional do Direito é o ponto central da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. De acordo com essa matriz teórica, o Direito é um

¹⁰⁵⁴ LUHMANN *apud* NEVES, **Transconstitucionalismo**, op. cit., p. 57.

subsistema social, dotado de autonomia operacional completa,¹⁰⁵⁵ fechado em relação às operações do ambiente (autopoiese), apto a realizar a estabilização de expectativas de forma normativa em três níveis sociais: temporal (normal), social (institucionalização) e prático ou objetivo (núcleo significativo),¹⁰⁵⁶ o que não pode ser realizado por nenhum outro subsistema social (incluindo a Política), filtrando o ambiente a partir de um código binário próprio (direito/não direito), operando e se reproduzindo a partir de si mesmo.

Os códigos dos subsistemas sociais funcionam para orientar as operações do sistema parciais, organizar sua autopoiese e estabelecer os limites em relação aos demais subsistemas sociais.

Num sistema dotado dessas características, as decisões judiciais devem necessariamente e de modo exclusivo serem tomadas com base no seu próprio código, o que significa dizer que apenas critérios estritamente jurídicos devem orientar e produzir as decisões judiciais, de modo que um tribunal não decide (ou não deveria decidir) pela racionalidade do sistema político (oposição ou situação e poder ou não poder).

Na relação que mantém com a Política, o Direito define, através do seu código funcional, quais os fatos devem ser observados. A norma jurídica define, como num programa, quais as comunicações são pertinentes àquele fato e que podem ser filtrados pelo sistema jurídico, o que implica dizer que o Direito está em permanente modificação, o que ocasiona por vezes a estruturação ou a desestruturação da sua autonomia.

Um dos requisitos elementares da autopoiese é a capacidade que o sistema tem de auto-observação. Os limites operacionais do sistema jurídico somente serão observados se o sistema tiver a capacidade de observá-los.¹⁰⁵⁷ Essa capacidade que cada sistema possui de regular a sua própria recursividade mediante a sua auto-observação denomina-se reentrada (ou *re-entry*), responsável pela “primeira clausura operacional”.¹⁰⁵⁸ Essa auto-observação do sistema jurídico não ocorre no nível da

¹⁰⁵⁵ ROCHA, Leonel Severo. Teoria do Direito no século XXI: da semiótica à autopoiese. **Revista Sequência**, n. 62, UFSC, Florianópolis, jul. 2011, p. 193-222.

¹⁰⁵⁶ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

¹⁰⁵⁷ ROCHA, Leonel Severo. **Paradoxos da Auto-observação**: percursos da teoria jurídica contemporânea. Curitiba: JM Editora, 1997.

¹⁰⁵⁸ TEUBNER, Gunther. As múltiplas alienações do direito: sobre a mais-valia social do décimo segundo camelo. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JÚNIOR, Dalmir (Org.). **Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 114.

norma, mas da doutrina e principalmente da jurisprudência, porque os Tribunais são os órgãos centrais do sistema jurídico, já que não lhes é dado deixar de decidir mesmo diante dos chamados casos difíceis. Se os tribunais não puderem encontrar o direito nesses casos, devem inventá-lo.¹⁰⁵⁹

Essa posição de destaque do Poder Judiciário em relação ao sistema jurídico é realçada por Rocha *et al.*:

É preciso, portanto, levar-se a sério a consideração de todas as consequências, toda a complexidade que está por trás da produção de uma decisão diferente. Por isso, devemos investigar também todas as organizações e os sistemas, como a Administração, a Economia, que participam ativamente das decisões. O risco é a contingência: uma decisão sempre implica na possibilidade de que as suas consequências ocorram de maneira diferente. As organizações são os sistemas encarregados de reduzir a complexidade em tal situação. E essa é uma das funções do Poder Judiciário, cuja posição é central no Sistema do Direito.¹⁰⁶⁰

A Política também é um sistema de comunicação que atua mediante clausura operacional, é autorreferente e produz operações específicas que confirmam a sua diferença funcional, embora o tipo de comunicação seja diferente daquela produzida pelo sistema jurídico:

O poder é meio de comunicação da política. É a unidade de uma diferença específica que constitui a referência das operações políticas. O Estado é o sistema de organização do poder político. O Estado é o símbolo que designa as organizações que atualizam o primado funcional do sistema político da sociedade. E a política é o sistema que produz e reproduz todas essas operações.¹⁰⁶¹

Em termos práticos, pode-se dizer que o Direito não sofre influência dos demais subsistemas sociais como a Política e vice-versa. O que ocorre é uma irritação do sistema pelo ambiente,¹⁰⁶² na forma de um estímulo à autopoiese. Assim, qualquer estímulo externo, como irritação, que interesse ao sistema social operacionalmente

¹⁰⁵⁹ LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. Tradução de Peter Naumann e Vera Jacob de Fradera. **Revista AJURIS**, Porto Alegre, n. 49, a. XVII, jul. 1990, p. 161.

¹⁰⁶⁰ ROCHA, Leonel Severo, SCHWARTZ, Germano, CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 37.

¹⁰⁶¹ SIMIONI *apud* VAZ, Paulo Afonso Brum. O impeachment e o acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico. **Revista de direitos fundamentais e democracia**, v. 21, n. 21, p. 106-135, dez. 2016..

¹⁰⁶² LUHMANN, Niklas. **O conceito de sociedade**. In: NEVES, Clarissa. B.; SAMIOS, Eva Machado. B. (Org.) **Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas**. Porto Alegre: UFRGS, 1997, p. 43.

fechado, é internalizado a partir de processos internos de dotação de sentido, nunca esquecendo que a própria irritação faz parte do sistema. Os sistemas sociais são autopoieticos porque, ainda que haja a utilização de elementos externos para a elaboração de um processo comunicativo, esse elemento externo constitui uma irritação e não um elemento de interconexão interna.

Conceito oposto ao de irritação é o de corrupção sistêmica, desenvolvido por Neves, que levaria à quebra da autonomia sistêmica e, portanto, à alopoiese:

O lado negativo do acoplamento estrutural são os bloqueios recíprocos das autonomias sistêmicas mediante corrupção dos sistemas envolvidos. Aqui o código de um dos sistemas é sabotado pelo código de um outro sistema, de tal sorte que aquele perde a sua capacidade de reprodução consistente.¹⁰⁶³

Neves traz o exemplo hipotético da corrupção operada pelo sistema da Economia no sistema político.

[...] se o código “ter/não ter” (economia), por via do processo eleitoral ou dos procedimentos fiscais e tributários, corromper as regras do jogo democrático, sabotando diretamente o código da política (diferença governo/oposição construída democraticamente), dar-se-á a corrupção sistêmica se houver incapacidade do sistema político de reagir, conforme seus próprios critérios e programas, à sobreposição negativa da economia.¹⁰⁶⁴

Mas a corrupção sistêmica pode ocorrer também em sentido inverso, “[...] subsídios politicamente concedidos para grupos econômicos ineficientes que apoiam o governo podem ser vistos como corrupção política da economia, sabotagem política do código econômico”.¹⁰⁶⁵

Analogamente, na relação entre Direito e Economia:

A “compra” de uma sentença, de um indiciamento policial ou de uma denúncia do Ministério Público (assim como dos respectivos arquivamentos) constitui corrupção do direito pela economia, impondo-se o código binário “ter/não ter” diretamente sobre a diferença “lícito/ilícito” na solução de problemas primariamente jurídicos. Se o direito não tem capacidade de reagir a essa intrusão, surge um episódio de corrupção sistêmica.¹⁰⁶⁶

¹⁰⁶³ NEVES, **Transconstitucionalismo**, op. cit., p. 42 e 43.

¹⁰⁶⁴ Loc. cit.

¹⁰⁶⁵ Ibid., p. 43.

¹⁰⁶⁶ Loc. cit.

Para Luhmann, a corrupção sistêmica é um problema moral da sociedade mundial contemporânea:

Em suma: a autonomia dos sistemas funcionais, assegurada mediante codificações binárias próprias, exclui uma metarregulação por um supercódigo moral, e a moral mesma aceita e, inclusive, re-moraliza essa condição. Pois, agora, sabotagens de código tornam-se o problema moral – como a corrupção na política e no direito, o *doping* no esporte, a compra de amor ou a fraude de dados na pesquisa empírica.¹⁰⁶⁷

Neves afirma que a corrupção sistêmica pode ocorrer em dos planos: no operativo, quando se torna eventual e episódica, e no plano estrutural, quando então o sistema é determinado diretamente pelo ambiente (e não apenas condicionado), sendo incapaz de uma autoprodução consistente ou fechamento operativo.¹⁰⁶⁸ Mesmo persistindo no primado da diferenciação funcional da sociedade moderna, Luhmann acaba admitindo que a corrupção sistêmica extrema leva à ausência de autopoiese, ao afirmar que “no caso extremo de corrupção, não se pode mais falar de fechamento operativo”.¹⁰⁶⁹

A interferência da Política no Direito é vista pela teoria dos sistemas como um problema que o sistema jurídico deve enfrentar para manter a sua autonomia.¹⁰⁷⁰ As decisões judiciais, portanto, devem ser tomadas a partir de argumentos que reflitam o código do sistema jurídico, de modo que argumentos externos são – ou devem ser – rechaçados *a priori* pelo sistema jurídico. Quando a Política interfere no Direito, de modo a comprometer a sua autonomia, ocorre que se convencionou chamar de corrupção sistêmica.

A relação entre sistemas autopoieticos que não compromete a autonomia convencionou-se chamar de acoplamento estrutural. A Constituição em sentido moderno assume a forma de acoplamento estrutural entre Direito e Política, filtrando-os, de tal maneira que o Direito pode ser usado pela Política como instrumento de realização dos objetivos políticos e ao mesmo tempo a Política pode ser utilizada pelo Direito como fonte para as decisões judiciais.

¹⁰⁶⁷ LUHMANN *apud* NEVES, **Transconstitucionalismo**, op. cit. p. 44.

¹⁰⁶⁸ NEVES, **Transconstitucionalismo**, op.cit., p. 44.

¹⁰⁶⁹ LUHMANN *apud* NEVES, **Transconstitucionalismo**, op. cit., pp. 44 e 45.

¹⁰⁷⁰ LUHMANN, **Sociologia do direito I**, op. cit.

Estabelecidas essas premissas conceituais, torna-se agora possível examinar o processo de *impeachment* ocorrido no Brasil em 2016.

O que se pretende examinar é se o Senado Federal, a quem a Constituição de 1988 atribui competência privativa para julgar o Presidente da República por crime de responsabilidade, pode decidir a partir do código da Política, ou se deve fazê-lo a partir do código do Direito.

De acordo com a Constituição de 1988, o *impeachment* não é um processo estritamente político, como a simples moção de desconfiança do sistema parlamentarista. Ele exige a configuração e a comprovação de um crime de responsabilidade, através da apreciação de provas produzidas em contraditório, não podendo o julgamento fundamentar-se simplesmente em juízos informativos. Sem que esteja devidamente configurado e comprovado o crime de responsabilidade, o Poder Legislativo deve recuar, como advertia Rui Barbosa:

Raras vezes no moderno regime constitucional, raras vezes no regime republicano, se terá de verificar a acusação do Chefe do Estado, se terá de tornar efetivo esse recurso extremo contra abusos supremos do poder; muitas vezes, reconhecendo mesmo a existência de faltas, de erros e de violação das leis, o Congresso terá de recuar ante as consequências graves de fazer sentar o Chefe do Estado no banco dos réus.¹⁰⁷¹

No julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 378, o Supremo Tribunal Federal assentou que a Câmara dos Deputados, ao deliberar sobre a admissibilidade do processo de *impeachment*, emite “um juízo eminentemente político sobre os fatos narrados, que constitui condição para prosseguimento da denúncia”, ao passo que a competência do Senado Federal envolve tanto o “julgamento inicial de instauração ou não do processo” já autorizado pela Câmara, quanto o julgamento final de mérito.¹⁰⁷²

Há um juízo político a envolver a análise da conveniência e oportunidade na instauração do processo de *impeachment*, feito pela Câmara dos Deputados e pelo Senado, e outro, jurídico, relativo à operação de subsunção realizada pelo Senado Federal, como preceitua o artigo 86 da Constituição Federal.

¹⁰⁷¹ Barbosa, Rui. **Obras Completas**, v. XXV, Tomo VI. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1953, p. 109.

¹⁰⁷² BRASIL, **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 378/DF**, op. cit.

O julgamento do *impeachment*, portanto, envolve a interpretação e aplicação do Direito, “obedecendo ao código binário do “lícito/ilícito”, no dizer de Luhmann”.¹⁰⁷³

O julgamento de mérito feito pelo Senado Federal no processo de *impeachment* deve observar os pressupostos de condenação definidos pelo sistema jurídico. As engrenagens da estrutura dialógica colaborativa entre os Poderes são aquelas definidas pela Política na Constituição. O *impeachment* é um processo jurídico-político, instaurado, instruído e julgados por políticos, mas que deve observar, como em todo e qualquer processo sancionatório, o código do sistema jurídico.

Para Neves, o Estado de Direito atua como elemento de distinção entre lícito e ilícito para a Política, de modo que todas as decisões do sistema político estão subordinadas ao Direito:

No modelo teórico sistêmico, o Estado de Direito pode ser definido, em princípio, como relevância da distinção entre lícito e ilícito para o sistema político. Isso significa que “todas as decisões do sistema político estão subordinadas ao direito”. Não implica, porém, uma indiferenciação do político sob o jurídico. O que resulta é uma interdependência entre esses sistemas. Da presença do segundo código não decorre a superposição das preferências “poder” e “lícito” ou “não-poder” (*Ohnemacht*) e “ilícito”, mas sim que “as disjunções poder/não-poder e lícito e ilícito referem-se reciprocamente”. Assim como as decisões políticas subordinam-se ao controle jurídico, o direito positivo não pode prescindir, por exemplo, de legislação controlada e deliberada politicamente.¹⁰⁷⁴

Ainda segundo Neves, ao lado do código primário “poder/não-poder”, o sistema político passaria a contar com um segundo código secundário, que é justamente o código binário do sistema jurídico:

No entanto, a autonomização do sistema político, a saber, a emergência do modelo de circulação dinâmica do poder no lugar da estrutura hierárquica das relações entre dominadores (“de cima”) e dominados (“de baixo”), só se torna viável quando o código de preferência do direito passa a ser relevante no interior do próprio sistema político. Tendo em vista que o poder é “por natureza” difuso e flutuante, só com a ajuda da distinção entre poder lícito e ilícito se põe um claro ou disjuntivo no âmbito da própria política. Ao lado da distinção primária “poder/não-poder”, o esquema binário “lícito/ilícito” passa a desempenhar, na perspectiva de observação do sistema político, o papel de segundo código do poder. Só a partir dessa inserção do código de preferência jurídico no interior do sistema

¹⁰⁷³ BUSTAMANTE *apud* VAZ, op. cit.

¹⁰⁷⁴ NEVES, **Entre têmis e leviatã**, op. cit., p. 89.

político, este se constitui como circulação dinâmica e generalizada de poder, afirmando-se autonomamente perante as pressões particularistas e os fatores imediatos do seu ambiente social.¹⁰⁷⁵

Não se trata de anular a Política através do Direito, mas apenas de colocá-la dentro do quadro constitucional, como anota Grimm:

As Constituições podem fixar condições para decisões políticas, mas não lhes é possível normatizar antecipadamente também o insumo para o processo decisório. Convicções, interesses, problemas e iniciativas precedem à volição organizada pelo direito constitucional. O direito constitucional só os canaliza a partir de um determinado estágio, mas influencia com isso, diretamente, também as etapas decisórias precedentes.¹⁰⁷⁶

O “tribunal” do *impeachment* é político, mas o seu julgamento não pode desconsiderar o código primário do sistema jurídico. Se esse tribunal (as Casas Legislativas) pudesse decidir com base no código do sistema político (poder/não-poder), sem que estivesse configurado e comprovado crime de responsabilidade, o *impeachment* seria equivalente a moção de desconfiança ou mesmo ao *recall*, com a quebra da autonomia do sistema jurídico.

Independentemente de qual seja a instituição detentora da “última palavra”, o fato é que o julgamento do *impeachment* deve ser pautado pelo código do sistema jurídico, por se tratar de garantia constitucional do acusado ao devido processo legal.

Estabelecida essa premissa, é necessário agora investigar se as decisões judiciais tomadas no processo de *impeachment* observaram ou não o código do sistema jurídico, bem como o caráter hermético e autônomo que ele deve ter.

Não há dúvida de que o Supremo Tribunal Federal assumiu protagonismo no processo de *impeachment* ocorrido no Brasil em 2016. Foram sucessivas impugnações judiciais,¹⁰⁷⁷ endereçadas ao Supremo Tribunal Federal, que tiveram por objeto atos e decisões praticadas pelas Casas do Congresso Nacional e suas respectivas autoridades no curso do processo de *impeachment*.

¹⁰⁷⁵ Loc. cit.

¹⁰⁷⁶ GRIMM, op. cit.

¹⁰⁷⁷ Levantamento sobre as decisões do STF no *impeachment* da ex-Presidente Dilma Rouseff demonstra esse protagonismo do tribunal. As principais decisões pesquisadas foram prolatadas nos seguintes processos: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 378 e nº 402; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.498; Mandados de Segurança nº 34.090; nº 34.127; nº 34.128; nº 34.130; nº 34.131; nº 34.133; nº 34.139; nº 34.142; nº 34.087; nº 34.181; nº 34.190; nº 34.193; nº 34.371; nº 34.372; nº 34.377; nº 34.391; nº 34.375; nº 34.376; nº 34.378; nº 34.379; nº 34.384; nº 34.385; nº 34.386; nº 34.394; nº 34.406; nº 34.418; nº 34.441; *Habeas corpus* nº 134.055 e nº 136.775.

Como forma de analisar as possíveis relações entre sistema jurídico e sistema político, contrapondo estas relações com o que a Teoria dos Sistemas propõe para o Direito, foi escolhido o Mandado de Segurança, 34.441, impetrado pela ex-Presidente Dilma Roussef em face da sentença condenatória do Senado Federal e da qual resultou a sanção de perda do mandato de Presidente da República.

De acordo com o Relator originário dessa ação, o Ministro Teori Zavascki, entre todas as ações ajuizadas contra o processo de *impeachment* “essa é a mais atípica e complexa de todas” por envolver “juízos ainda inéditos na experiência jurisprudencial brasileira”.¹⁰⁷⁸ Assim sendo, essa ação foi escolhida tanto pela capacidade de mobilizar tema de grande repercussão social, o que configura um *locus* de análise relevante para compreensão das relações entre Direito e Política, quanto por ser o que se convencionou chamar de “caso difícil” (*hard case*), conceito difundido por Dworkin para designar os casos em que as respostas jurídicas não se encontram prontas e dispostas pelo ordenamento jurídico.¹⁰⁷⁹

Ao indeferir o pedido de ordem liminar para suspender os efeitos da sentença condenatória do processo de *impeachment*, o Ministro Teori Zavascki, mantendo a tendência de autocontenção judiciária adotada pelo tribunal nas demais ações, afirmou que o julgamento é feito por políticos, que produzem “votos imantados por visões de natureza política” e que por isso mesmo podem estar “inspirados em valores ou motivações diferentes dos que seriam adotados por membros do Poder Judiciário”.¹⁰⁸⁰

Aqui já é possível detectar um argumento extrajurídico: o *impeachment* é um julgamento político, feito por políticos, e o código a ser observado não é o do sistema jurídico, mas do sistema político, porque os valores jurídicos e políticos são diferentes.

Um dos mais insinuantes aspectos da relação entre Direito e Política é precisamente a coincidência entre os valores jurídicos e políticos.

Ordem, segurança, poder, paz, cooperação, solidariedade, fraternidade e justiça são exemplos de valores jurídicos ou políticos?

Quem admite que o problema dos valores perpassa tanto o sistema jurídico quanto o político, necessariamente concluirá que normas e comportamentos devem responder aos critérios de justiça e apontar para uma ordem pacífica, solidária e

¹⁰⁷⁸ BRASIL, **Mandado de Segurança nº 34.441-DF**, op. cit.

¹⁰⁷⁹ DWORKIN, **Levando os direitos a sério**, op. cit.

¹⁰⁸⁰ BRASIL, **Mandado de Segurança nº 34.441-DF**, op. cit.

segura. Seria absurdo proclamar como valores últimos do Direito e da Política a injustiça, a insegurança ou a violência como *modus vivendi*.

Não se concebe a distinção entre valores políticos e jurídicos no julgamento do *impeachment*. Não há oposição entre valores políticos e jurídicos. Os atos políticos são, como atos humanos, considerados justos ou injustos, adequados ou não para gerar ordem e paz. Do mesmo modo, os denominados atos jurídicos também são passíveis de serem catalogados como justos ou injustos. A justiça que deve inspirar o jurista no seu trabalho é a mesma justiça que deve orientar os atos do poder.

Essa disjunção entre valores políticos e jurídicos, preconizada na decisão monocrática do Ministro Teori Zavascki, mas que reflete o pensamento majoritário do tribunal permite a deposição de um Presidente da República por razões de conveniência e oportunidade, num julgamento estritamente político, com a corrupção do código do sistema jurídico no nível operativo, sem qualquer possibilidade de controle judicial.

Seguindo a tendência da autocontenção judiciária, o Ministro Teori Zavascki construiu outra argumentação extrajurídica ao dizer que as consequências de uma ordem judicial suspendendo os efeitos da sentença condenatória prolatada pelo Senado Federal seriam “avassaladoras” para o “ambiente institucional do País”, além de abalar a “credibilidade das instituições brasileiras no cenário mundial”. Esse argumento é essencialmente extrajurídico, embora tenha tornado possível construir uma justificativa política para a decisão.

Essa estrutura argumentativa adotada pelo Ministro Teori Zavascki é indicativa de como elementos externos ao sistema jurídico acabam fundamentando decisões judiciais. Nos dois argumentos aqui referidos, foi o sistema político, através do seu código primário, quem forneceu elementos para a decisão judicial.

O Poder Judiciário deve examinar os casos que lhe são submetidos para julgamento dentro das balizas constitucionais, ainda que para isso tenha que interferir no sistema político. Com o advento da Constituição em sentido moderno, que “pressupõe precisamente a distinção clara entre o normativo e o cognitivo no contexto da positivação do direito”,¹⁰⁸¹ a Política, embora tenha criado o Direito, o fez assumindo a condição de proceder de acordo com ele.

¹⁰⁸¹ LUHMANN *apud* NEVES, **Transconstitucionalismo**, op. cit., p. 21.

A necessidade de o Supremo Tribunal Federal examinar a juridicidade do processo de *impeachment*, não apenas na perspectiva procedimental, se impõe como uma compensação à falta de racionalidade Política, como forma de atenuar o hiato existente entre o ideal político e a realidade constitucional, ou para preencher a lacuna deixada pela omissão do legislador do seu papel político próprio. As Cortes Constitucionais funcionam, assim, como uma instância reflexiva, atuando, sob esse prisma, como “representante do povo ausente”,¹⁰⁸² ou como “reserva de autogoverno”,¹⁰⁸³ conferindo legitimidade ao sistema constitucional.

No marco do Estado Democrático de Direito, a proteção dos direitos fundamentais configura elemento determinante na verificação da legitimidade do sistema constitucional e do próprio regime democrático.¹⁰⁸⁴ Nessa perspectiva, o parâmetro da autocontenção judiciária, quando ela não se justifica, equivale a criar uma esfera de poder imune ao Direito. Significa, em última análise, submeter o *impeachment* ao puro exercício do poder.

Quando o poder é exercido sem qualquer limitação jurídica, o que se configura já não é mais um Estado de Direito, mas sim um estado de exceção.

Outro caso de grande repercussão social e que também permite compreender a relação entre Direito e Política ocorreu por ocasião do julgamento de representação disciplinar contra juiz acusado de violar a Lei Orgânica da Magistratura, o Código de Ética da Magistratura Nacional e da Lei das Interceptações, por ter autorizado o levantamento de sigilo de conversas telefônicas captadas ilegalmente, tornando público diálogo entre a Presidente da República, com consequências sérias no cenário político brasileiro.¹⁰⁸⁵

Invocando a teoria do estado de exceção, sustentada pelo Ministro Eros Grau em trabalhos doutrinários e em alguns votos no Supremo Tribunal Federal, o Tribunal Regional da 4ª Região decidiu absolver o juiz acusado, por entender que processos e as investigações criminais decorrentes da denominada “Operação Lava Jato”,

¹⁰⁸² ACKERMAN, **Nós o povo soberano**, op. cit.

¹⁰⁸³ Loc.cit.

¹⁰⁸⁴ SAMPAIO, op. cit., p. 79.

¹⁰⁸⁵ PORTO ALEGRE. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Representação nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS**, da Corte Especial. Interessado: Corregedor Regional da Justiça Federal da 4ª Região. Relator: Des. Rômulo Pizzolatti. Porto Alegre, 22 de setembro de 2016. Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/126808638/trf-4-administrativo-29-09-2016-pg-4>>. Acesso em: 01 set. 2018.

“constituem caso inédito (único, excepcional) no direito brasileiro”, escapando do “regramento genérico, destinado a casos comuns”.¹⁰⁸⁶

A doutrina do particularismo da denominada “Operação Lava Jato”, mencionada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, embora tenha citado o Ministro Eros Grau, acabou atraindo, sem saber, a inspiração intelectual de Carl Schmitt e a temerária doutrina defendida por ele. Na apresentação do livro *Teologia Política*, de Carl Schmitt,¹⁰⁸⁷ bem como em votos pontuais no Supremo Tribunal Federal, o Ministro Eros Grau sustenta que as normas jurídicas só valem para situações de normalidade:

O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade, uma zona de indiferença capturada pela norma. De sorte que não é a exceção que se subtrai à norma, mas ela que, suspendendo-se, dá lugar à exceção - apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção.¹⁰⁸⁸

Quem se interessar pelo entendimento do que é o poder, a violência, a legitimidade das autoridades políticas, as ligações entre fenômenos religiosos e fenômenos políticos, encontrará nas obras de Carl Schmitt lugar privilegiado de reflexão. Na obra *Teologia Política*, de 1922, a categoria “exceção” ocupa o lugar central, sob o ponto de vista filosófico. Para Schmitt, é possível identificar o soberano pela sua capacidade de decidir sobre o estado de exceção, inclusive para suspender a lei, por meio de uma decisão eminentemente Política. É dele a afirmação:

Não se submetendo a ação a nenhum controle, não há, de nenhuma forma, a divisão, como ocorre na práxis da Constituição jurídico-estatal, em diversas instâncias que se equilibram e se obstruem reciprocamente, de modo que fica claro quem é o soberano. Ele decide tanto sobre a ocorrência do estado de necessidade extremo, bem como sobre o que se deve fazer para saná-lo. O soberano se coloca fora da ordem jurídica normalmente vigente, porém a ela pertence, pois ele é competente para a decisão sobre se a Constituição pode ser suspensa *in toto*.¹⁰⁸⁹

¹⁰⁸⁶ Loc. cit.

¹⁰⁸⁷ SCHMITT, *Teologia política*, op. cit.

¹⁰⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 3.034/PB**, do Tribunal Pleno. Reclamante: Estado da Paraíba. Reclamado: Presidente do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 27 de outubro de 2006. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2262353>>. Acesso em: 01 set. 2018.

¹⁰⁸⁹ SCHMITT, *Teologia política*, op. cit., p. 8.

Giorgio Agamben,¹⁰⁹⁰ recorrentemente citado pelo Ministro Eros Grau, partindo desse enunciado de Carl Schmitt, destaca que a soberania “não é, então, nem um conceito exclusivamente político, nem uma categoria exclusivamente jurídica, nem uma potência externa ao direito (Schmitt), nem a norma suprema do ordenamento jurídico (Kelsen): ela é a estrutura originária na qual o direito se refere à vida e a inclui em si através da própria suspensão”.¹⁰⁹¹

Portanto, se o soberano for aquele no qual o ordenamento jurídico reconhece o poder de declarar o estado de exceção e, por consequência, de suspender a validade desse ordenamento, então “ele permanece fora do ordenamento jurídico e, todavia, pertence a este, porque cabe a ele decidir se a Constituição *in toto* possa ser suspensa”.¹⁰⁹² O soberano decidirá, portanto, a partir do código do sistema jurídico.

Em resumo: admitir que o julgamento do Presidente da República por crime de responsabilidade seja político e deva ser inspirado em valores ou motivações políticas, distintas daquelas que orientariam uma decisão judicial, equivale a criar um campo de poder completamente imune à Constituição. O poder que atua sem observar a normatividade que lhe empresta legitimidade pode ser definido como revolucionário, como estado de exceção ou simplesmente golpe.

¹⁰⁹⁰ AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**: O poder soberano e a vida nua. Tradução de Henrique Burgo. Belo Horizonte: UFMG, 2004.

¹⁰⁹¹ AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**: O poder soberano e a vida nua. Tradução de Henrique Burgo. Belo Horizonte: UFMG, 2004. op. cit., p. 35.

¹⁰⁹² Ibid., p. 23.

CONCLUSÃO

Para o autor dessa pesquisa a possibilidade de pensar o Direito e seus atores fora do Direito não foi tarefa fácil. Afinal, o homem se projeta no mundo a partir da sua condição de inseparabilidade. Isso fica evidente na utilização da expressão “ser-no-mundo” de Heidegger.¹⁰⁹³ Da própria ideia de “judicialização da Política” ou de “politização da justiça” se inferem um conceito restrito de Política, uma visão dogmática do Direito e uma noção clássica de separação de poderes.

Foi a abordagem fenomenológica que delimitou o pano de fundo da pesquisa realizada. Compreender o fenômeno da judicialização da Política, na amplitude que se mostra, implicou uma postura fenomenológica, uma atitude de “abertura do ser humano para compreender o que se mostra”.¹⁰⁹⁴ Colocar a descoberto o fenômeno da judicialização da Política, que se situa no limite da (in) distinção entre Direito e Política, tornou-se a principal preocupação dessa pesquisa, o que se procurou fazer desvelando o que se achou “para além do conteúdo manifesto”.¹⁰⁹⁵

A tese doutoral pretendeu analisar o processo de transferência de poder das instituições representativas para o Judiciário, utilizando as ferramentas da fenomenologia hermenêutica de Ricoeur e Gadamer e a compreensão da leitura sociológica das sociedades de Luhmann.

Ao final da presente exposição, uma vez percorridas as principais questões relativas ao tema em análise, é possível compendiar as seguintes ideias:

Primeira: os modelos interpretativos do Direito podem sim ampliar ou diminuir a discricionariedade judicial (e com ela o ativismo), e são decisivos para enfrentar o tema da legitimidade das decisões judiciais.

Considerada a inviabilidade de estabelecer, com precisão, o espaço que o Poder Judiciário deve ocupar num regime constitucional, a melhor maneira de diferenciar ativismo de concretização da Constituição e da sua força normativa, bem como de enfrentar a intrincada questão da legitimidade das decisões judiciais, passa necessariamente pelo enfrentamento do problema da interpretação do Direito e do tipo de argumento que pode, legitimamente, compor uma decisão judicial.

¹⁰⁹³ HEIDEGGER, **Ser e tempo**, op. cit.

¹⁰⁹⁴ MASINI, Elcie F. Salzano. Enfoque fenomenológico de pesquisa em educação. In: **Metodologia da pesquisa educacional**. São Paulo: Cortez, 1989, p. 47-58.

¹⁰⁹⁵ RICOEUR, Paul. **O justo 2: justiça e verdade e outros estudos**. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

Os modelos de interpretação jurídica, como foram mencionados, variam conforme os tipos de Sociedade e a respectiva forma jurídica e Política dominantes.

Ao longo do tempo, a Teoria do Direito construiu modelos de interpretação jurídica que ampliaram ou restringiram os poderes judiciais.

No século XIX, por exemplo, o modelo interpretativo denominado de “sintático-semântico”,¹⁰⁹⁶ enfatizou as conexões sintáticas dos termos, expressões e enunciados normativos-jurídicos, pressupondo a univocidade semântica dos mesmos. Nesse modelo, a ação do juiz estava limitada a aplicar a lei ao caso concreto, sem necessidade de qualquer atividade criativa. As duas vertentes mais representativas desse modelo foram a Escola da Exegese, na França, e a Jurisprudência dos Conceitos, na Alemanha.

No século XX, o modelo interpretativo, sem refutar a importância da dimensão sintática do processo interpretativo, deu ênfase ao aspecto semântico. Como expoente desse modelo interpretativo surge a Teoria Pura do Direito, de Kelsen,¹⁰⁹⁷ que sustenta a integridade do sistema jurídico, como governo das leis, apesar de estar consciente de que as decisões individuais não são pura aplicação dos preceitos gerais e abstratos da lei.

Uma das notas fundamentais desse modelo interpretativo foi o legalismo, radicado na ideia de que o “próprio ato de legislar esgota a gênese do direito”.¹⁰⁹⁸

O legalismo traduziu a primeira politização do Direito.

É nessa conversão da Política no Direito que nasce a específica solução jurídica para o problema político. Como nota fundamental, o legalismo faria supérflua a ideia de legitimidade. O lugar da legitimidade passaria a ser ocupado pela legalidade, ou, dito de outro modo, “a legalidade (podia) valer como legitimidade”.¹⁰⁹⁹

Em Max Weber, o conceito de legitimidade é utilizado como critério para diferenciar os tipos de dominação¹¹⁰⁰. Ele relaciona a legitimidade com “a fórmula de obediência”¹¹⁰¹ por meio de três tipos ideais de autoridade legítima em seus aspectos:

¹⁰⁹⁶ NEVES, Marcelo. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito, op. cit., p. 357.

¹⁰⁹⁷ KELSEN, **Teoria pura do Direito**, op. cit.

¹⁰⁹⁸ ADEODATO, João Maurício. A legitimação pelo procedimento juridicamente organizado: notas à teoria de Niklas Luhmann. In: ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 59-60.

¹⁰⁹⁹ WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva, v. 1. Tradução de Régis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4. ed. Brasília: UnB, 1991.

¹¹⁰⁰ WEBER, Max. **Os três tipos puros de dominação legítima**. In: COHN, Gabriel (Org.). **Weber**: sociologia, v. 13. São Paulo: Ática, 1979.

¹¹⁰¹ Idem. **Economia e sociedade**, op. cit.

tradicional (dominação tradicional), carismático (dominação carismática) e racional-legal (fundada na legalidade). Com isso, Weber pretende deslocar a legitimidade do direito positivo para o procedimento segundo o qual ele é produzido e modificado.

Vinculado à teoria weberiana, o normativismo lógico de Kelsen estabelecerá uma estreita relação entre legitimidade e legalidade. A legitimidade do ordenamento positivo residiria na efetividade de sua estrutura lógica autojustificadora, de modo que Estado e ordenamento jurídico são sinônimos.¹¹⁰² Desse modo, o conceito de legitimidade construído por Weber é facilmente assimilado por Kelsen, que o leva ao extremo.

Kelsen enfrentou o problema da discricionariedade do ponto de vista da teoria jurídica, sem, contudo, enfrentá-lo do ponto de vista substancial. Ao transformar a interpretação e decisão judicial em parte do sistema jurídico¹¹⁰³ e aceitar a margem de discricionariedade, negada pelos formalistas do século XIX, como parte integrante do Direito, Kelsen poderá afirmar que o sistema jurídico continua sendo o governo das leis e não dos homens.

Esse modelo interpretativo não significou um rompimento com a tradição positivista que foi construída pela Jurisprudência dos Conceitos. Para Streck, a pretensão foi a de reforçar o método analítico dessa corrente, de modo a responder ao crescente desfalecimento do rigor jurídico que estava sendo propagado pelo crescimento da Jurisprudência dos Interesses e à Escola do Direito Livre – que favoreciam, sobre medida, o aparecimento de argumentos psicológicos, políticos e ideológicos na interpretação do direito.¹¹⁰⁴

Não tardou, porém, para que esse modelo paradigmático mergulhasse numa profunda crise, a tal ponto de se poder afirmar que há muito ele se encontra superado, ante a emergência das novas exigências de uma sociedade muito diferente.

A pretensão de ver na lei, ou apenas nela, a solução jurídica para o problema político, é tributária de múltiplos equívocos. O principal deles, sem dúvida, foi o de reduzir a dimensão jurídica a uma racionalidade definida por uma legalidade.

Um dos críticos mais conhecidos do conceito de legitimidade de Weber foi Habermas. Esse autor denuncia a existência de um paradoxo nessa concepção: “A fé

¹¹⁰² KELSEN, **Teoria pura do direito**, op. cit.

¹¹⁰³ Considerando o Estado como centro unitário da totalidade do sistema normativo, Kelsen propõe a teoria do positivismo jurídico como a teoria do “dever ser”, na qual a norma jurídica, como juízo hipotético, tem incidência gradativa, dependendo se é norma genérica ou individualizadora.

¹¹⁰⁴ STRECK, Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?, op. cit.

na legalidade só pode criar legitimidade se se supõe de antemão a legitimidade da ordem jurídica que determina o que é legal”.¹¹⁰⁵

Habermas defende a tese de que o Direito moderno não se encontra desconectado da Política e da Moral. Será justamente na relação que mantém com a Moral e com a Política, que reside, segundo Habermas, a legitimidade do Direito.¹¹⁰⁶

Embora não negue a autonomia do sistema jurídico, Habermas atribui-lhe uma fundamentação ética:

Um sistema jurídico adquire autonomia não apenas para si sozinho. Ele é autônomo apenas na medida em que os procedimentos institucionalizados para legislação e jurisdição garantem formação imparcial de julgamento e vontade, e, por esse caminho, proporcionam a uma racionalidade ético-procedimental ingresso igualmente no direito e na política. Não há autonomia do direito sem democracia real.¹¹⁰⁷

Em oposição à concepção ético-procedimental do Direito proposta por Habermas, Luhmann propõe uma leitura renovadora, baseada numa visão empírica do direito positivado. Em uma perspectiva multidisciplinar, esse autor introduz conceitos, observações e reelaborações de campos diversos do conhecimento, como a Psicologia, a Cibernética, a Biologia, a Antropologia Política, Administração de empresas e tantos outros, causando nos círculos hermenêuticos certa perplexidade.

A relação da concepção de legitimidade luhmanniana com o Direito é decisiva e se expressa na seguinte formulação: legitimidade pode definir-se como “uma disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância”.¹¹⁰⁸

É importante enfatizar que a concepção de legitimidade de Luhmann não pode ser considerada como estritamente jurídica, reportando-se a outro plano de explicação: o sociológico. A questão sociológica está relacionada com os mecanismos que garantem a eficácia do sistema jurídico, no sentido de capacidade de produzir uma aceitação de decisões de conteúdo não definido. Para Luhmann, o caráter sociológico da legitimidade antecede e, em última análise, tende mesmo a substituir-

¹¹⁰⁵ HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa**. Madrid: Taurus, 1987, p. 343.

¹¹⁰⁶ HABERMAS, Jürgen. **¿Como es posible la legitimidad por vía de la legalidad?** In: Revista Doxa n. 5, 1988.

¹¹⁰⁷ HABERMAS *apud* NEVES, Marcelo. Luhmann, Habermas e o Estado de Direito. **Lua Nova Revista de Cultura e Política**, n. 37, 1996.

¹¹⁰⁸ LUHMANN, **Legitimação pelo procedimento**, op. cit.

se aos critérios de justiça e injustiça das decisões. A legitimidade das decisões obrigatórias “é uma espécie de consenso básico, que se pode alcançar sem acordo quanto ao que é objetivamente justo em cada caso particular e que estabiliza o sistema”.¹¹⁰⁹

Na metade do século XX, a Teoria do Direito caminhou no sentido de considerar a interpretação do Direito como um problema de determinação semântica no sentido dos textos jurídicos, porém condicionada pragmaticamente. Pode-se falar, nesse contexto, de um modelo “semântico-pragmático”. Esse modelo interpretativo remonta a Filosofia Hermenêutica de Heidegger e a Hermenêutica Filosófica de Gadamer, ainda que com divergências pontuais.¹¹¹⁰

Será, portanto, no quadro do Estado Democrático e Social de Direito, que tem na Constituição compromissória e diretiva não apenas o principal documento do Direito Público, mas o centro do sistema jurídico, que se deve estudar um novo paradigma interpretativo, e que os fenômenos da judicialização da Política e da legitimidade das decisões judiciais devem ser examinados.

Isso não significa dizer que a constitucionalização esgota a gênese do Direito.

Se, por um lado, no paradigma da legalidade, Política e Direito se apresentavam discursivamente diferentes, por outro lado não deixavam de nele se apresentar materialmente confundidos. Essa ambiguidade apenas se acentuou com a evolução da estrita legalidade para a constitucionalidade, porque a Constituição moderna é recorrentemente definida como o “estatuto jurídico do político”.¹¹¹¹

Assim como a lei no Estado de Direito clássico, também a Constituição está longe de esgotar o universo jurídico, por exprimir apenas o jurídico que se tem por

¹¹⁰⁹ LUHMANN *apud* NEVES, **Transconstitucionalismo**, op. cit., p. 31.

¹¹¹⁰ Nesse sentido, Streck adverte que a inclusão de Hans-Georg Gadamer nesse modelo interpretativo é injusta por subestimar a obra *Verdade e Método*. Para Streck, “a hermenêutica filosófica gadameriana deve ser analisada no contexto da viragem ontológica provocada por Heidegger, que rompe com as concepções epistêmico-analíticas, ao introduzir o mundo prático na filosofia (modo prático de ser no mundo). Por isso Heidegger vai dizer que a filosofia é hermenêutica. E Gadamer, posteriormente, sustentará que a hermenêutica é filosófica. Nesse sentido, texto é evento. E a hermenêutica é facticidade. Não há como separar o elemento semântico do elemento pragmático da obra de Gadamer. Isso seria esquecer a noção de círculo hermenêutico, que rompe com o esquema sujeito-objeto e o papel desempenhado pela antecipação de sentido (sem considerar, ademais, o papel da diferença ontológica – ontologische Differenz). Ao contrário do que afirma Marcelo Neves, Gadamer não subestima a função construtiva do intérprete. Entretanto, esse intérprete não mais possui a plenipotencialidade do sujeito solipsista. Sua hermenêutica é produtiva e não reprodutiva” (STRECK, **Hermenêutica jurídica e(m) crise**, op. cit., p. 402).

¹¹¹¹ Essa fórmula sintética do que vem a ser uma Constituição, nos ensinamentos de Paulo Ferreira da Cunha, “foi introduzida entre nós por Castanheira Neves e depois aplicada em Direito Constitucional por Gomes Canotilho e depois por Marcelo Rebelo de Sousa e outros” (CUNHA, op. cit., p. 95).

politicamente mais relevante. Além disso, a Constituição é a projeção jurídica de uma certa intenção e um certo projeto políticos.¹¹¹² Reduzir a juridicidade à constitucionalidade, nessa perspectiva, equivale a diluir o Direito na Política. Se o Direito estiver identificado inteiramente com a Política, ainda que seja através da legalidade constitucional, perderá a sua autonomia e sua condição de instância de validade e crítica perante a Política e o poder.

O Direito não se impõe e nem se esgota totalmente na lei ou na Constituição.

Todavia, é inegável que o modelo interpretativo que surge dessa mudança paradigmática, comprometido com a concretização dos direitos fundamentais, rompe com os modelos anteriores, abrindo espaço para o resgate histórico das promessas da modernidade. Isso vai implicar na afirmação de um Direito distinto da lei, ou seja, de um Direito que se forma a partir de elementos normativos diferentes da lei. Os princípios e os direitos fundamentais por eles veiculados passaram a ser reconhecidos independentemente da lei ou mesmo apesar dela.

Assim, aquela concepção positivista que tratou com “uma ontologia logicista o ser integral do Direito”,¹¹¹³ concebendo-o como algo “[...] limitado à lei, entendida como vontade do soberano”,¹¹¹⁴ é substituída pela concepção de um Direito para além da lei ou do estrito legalismo.

Ampliam-se, por esse modelo, as possibilidades de judicialização da Política.

Juiz politizado, todavia, não significa necessariamente juiz ativista, ou seja, parcial, apartado da lei e substituto da Política. O juiz-político pode (e deve) continuar sendo imparcial, limitado e vinculado à Constituição, de modo que sua politização é tão-somente expressão, numa sociedade complexa, de um aumento das possibilidades de escolha e decisão, e não de um processo de negação ou recusa da legalidade constitucional. Nesse modelo, a politização dos juízes “é algo inevitável”.¹¹¹⁵

É especialmente no âmbito do Direito Constitucional, mais próximo que todos os demais ramos do Direito das realidades extrajurídicas, que não é viável cogitar-se da interpretação estrita dos textos.

¹¹¹² Sobre a distinção entre o jurídico e o político, relativamente à Constituição, e a pensar aí o “acoplamento estrutural” entre ambos, ver: LUHMANN, **El derecho de la sociedad**, op. cit.

¹¹¹³ VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2010, p. 56.

¹¹¹⁴ ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2001, p. 35.

¹¹¹⁵ CAMPILONGO, op. cit., p. 61.

Segunda: o papel hermenêutico dos direitos fundamentais atua não como estímulo, mas como limite à discricionariedade judicial e ao ativismo dela decorrente.

Com a expansão do elenco dos direitos fundamentais e o fortalecimento da jurisdição constitucional, característicos do constitucionalismo, e da rearticulação institucional dos Estados democráticos a partir da segunda metade do século passado, a distinção entre Direito e Política passou a ser sempre menos evidente, ou mais problemática.

A transição do modelo de Estado liberal para um Estado Democrático de Direito exigirá uma mudança paradigmática no ato de interpretar, o que Streck denomina de “aumento da dimensão hermenêutica do direito”.¹¹¹⁶ No Estado Democrático de Direito, diferentemente do que ocorreu no Estado Social, dá-se a “revalorização do jurídico, como contraponto a plenipotenciariade da razão política que tantas sequelas deixou”.¹¹¹⁷

O eficaz funcionamento e o constante aperfeiçoamento da proteção dos direitos fundamentais passaram a ser uma preocupação central do Estado Democrático e Social de Direito. A expressão Estado de Direito pode ser enfrentada a partir de duas concepções: a primeiro, da ponto de vista formal a que ele denomina concepção centrada no texto legal e, a segunda, do ponto de vista material denominada concepção centrada nos direitos.¹¹¹⁸

Se o juiz assume a concepção formal de Estado de Direito, centrada no texto legal, deve solucionar os casos tentando “descobrir o que está realmente no texto jurídico”.¹¹¹⁹ sendo-lhe proibido decidir “com base em seu próprio julgamento político, pois uma decisão Política não é uma decisão sobre o que está, em qualquer sentido, no texto legal, mas, antes uma decisão sobre o que deveria estar lá”.¹¹²⁰

No entanto, se o juiz adota a concepção de Estado de Direito centrada nos direitos, deverá admitir que o texto legal não é a fonte exclusiva dos direitos. Nesse caso, assinala Dworkin, o juiz:

[...] tentará, num caso controverso, estruturar algum princípio que, para ele, capta, no nível adequado de abstração, os direitos morais das partes que são pertinentes às questões levantadas no caso. Mas

¹¹¹⁶ STRECK, **Verdade e consenso**, op. cit., passim.

¹¹¹⁷ STRECK, *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, op. cit., p. 265.

¹¹¹⁸ DWORKIN, **Uma questão de princípio**, op. cit., p. 06-07.

¹¹¹⁹ *Ibid.*, p. 10.

¹¹²⁰ *Loc. cit.*

ele não pode aplicar tal princípio a menos que este, como princípio, seja compatível com a legislação, no seguinte sentido: o princípio não deve estar em conflito com outros princípios que devem ser pressupostos para justificar a regra que está aplicando ou com qualquer parte considerável das outras regras.¹¹²¹

Também na perspectiva da teoria sistêmica, os direitos fundamentais são vistos como verdadeiros filtros dos demais subsistemas sociais.

Ao tratar da relação estabelecida pela Constituição enquanto acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político como sendo de tensão e complementação, Neves, fazendo referência a Luhmann,¹¹²² afirma:

Estado de direito e direitos fundamentais sem democracia não encontram nenhuma garantia de realização, pois todo modelo de exclusão política põe em xeque os princípios jurídicos da legalidade e da igualdade, inerentes, respectivamente, ao Estado de direito e aos direitos fundamentais. Por seu turno, a democracia sem Estado de direito e direitos fundamentais descaracteriza-se como ditadura da maioria. Essas são as dimensões da complementaridade. De outro lado, o fato de as leis deliberadas democraticamente e aprovadas majoritariamente serem declaradas inconstitucionais, por ofenderem o Estado de Direito e os direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, aponta para a tensão permanente entre política democrática e direito positivo no Estado constitucional.¹¹²³

Assim, os direitos fundamentais da Constituição moderna deixam de ser vistos unicamente como normas jurídicas, passando a atuar como verdadeiros filtros dos demais subsistemas sociais, pela via da comunicação, estabelecendo-se como peças-chaves da autonomia de um Direito que pretende se desenvolver numa sociedade altamente complexa e diferenciada.

Desse modo, os direitos fundamentais respondem à necessidade da racionalidade sistêmica do Direito, baseados nas noções de contingência e complexidade. Se os direitos fundamentais fossem tratados única e exclusivamente como produções normativas, concreção jurídica de valores e/ou ponto de cruzamento entre o direito natural e o direito positivo, estariam aumentando a complexidade e diminuindo a racionalidade sistêmico-jurídica.

¹¹²¹ *Idem*, p. 15.

¹¹²² LUHMANN *apud* NEVES **Transconstitucionalismo**, op. cit., p. 57-58.

¹¹²³ NEVES, **Transconstitucionalismo**, op. cit., 57-58.

Os direitos fundamentais exercem papel substancial na interpretação e na aplicação do Direito, exigindo um modelo interpretativo diferenciado¹¹²⁴ e servindo como elemento de organização e racionalização da Política, mas sem substituí-la.¹¹²⁵

Mais do que rigor interpretativo, os direitos fundamentais exigem pré-compreensão e concretização. A tarefa do intérprete é a construção permanente da Constituição e a sua concretização,¹¹²⁶ mas sem ignorar os fatos concretos da vida. A efetiva incidência da concretização da norma sobre a realidade do fato permite um resgate das contribuições de Gadamer, ou seja, o intérprete não pode compreender o conteúdo da norma de um ponto situado fora da existência histórica.

A judicialização dos direitos fundamentais é fenômeno político decorrente do constitucionalismo dirigente. No contexto brasileiro, ela é um fenômeno que decorre do modelo constitucional que se adotou em 1988, e não propriamente um exercício deliberado da vontade política dos juízes brasileiros, potencializado pela inefetividade das políticas públicas apresentadas pelos poderes Legislativo e Executivo.

A ideia de que o papel hermenêutico dos direitos fundamentais, na contemporaneidade, estimula a discricionariedade judicial e o ativismo judicial dela decorrente, é equivocada.

Constituições podem bloquear a Política. Elas não cumpririam adequadamente o seu papel se não o fizessem. Para dos direitos fundamentais isso é ainda mais evidente. Os direitos fundamentais servem para evitar que a Política prescreva aos indivíduos suas crenças e opiniões, confisque seus bens, ou os impeça de circular livremente. Esse bloqueio, que é autoevidente, não é um fim em si mesmo. Ele deve ser evitado quando a Política é estabelecida conforme objetivos estabelecidos em diretrizes constitucionais. É exatamente por isso que não se pode confundir ativismo com concretização da Constituição e com o dever de preservar a sua força normativa, como também não será ativismo a postura contramajoritária do Poder Judiciário na defesa dos direitos fundamentais. Essa atribuição é um dever da jurisdição constitucional, e não uma opção.

¹¹²⁴ BONAVIDES, **Curso de direito constitucional**, op. cit.

¹¹²⁵ BERCOVICI, op. cit., 38.

¹¹²⁶ “Tarefa da interpretação é encontrar o resultado constitucionalmente “exato” em um procedimento racional e controlável, fundamentar esse resultado racional e controlavelmente e, deste modo, criar certeza jurídica e previsibilidade – não, por exemplo, somente decidir por causa da decisão” (HESSE, **A força normativa da constituição**, op. cit. p. 55).

Terceira: a autocontenção judicial, quando ela não se justifica, também implica uma postura ativista.

Um juiz pode ser ativista mesmo quando pratica o *self-restraint*, sobretudo quando adota uma estrutura argumentativa a partir de elementos externos ao Direito.

O Poder Judiciário, especialmente quando atua na defesa dos direitos fundamentais, cumpre um papel político de ativação e representação da memória coletiva, além de regular o processo de ajuste contínuo da Constituição, tomada como contrato social. Tal ocorre porque a legitimidade de juízes e tribunais não é maior nem menor do que a dos órgãos de representação, ou políticos. Ela advém da Constituição e, por essa razão, é democrática.¹¹²⁷

Se de um lado a banalização do uso dos princípios enfraquece a “força normativa da Constituição”,¹¹²⁸ por outro lado o uso hipossuficiente destes mesmos princípios pode levar à mesma consequência. A denominada “hipossuficiência principiológica” manifesta-se, portanto, como um subproduto do “pamprincipiologismo”.¹¹²⁹

O ativismo é fenômeno em que se manifesta a discricionariedade judicial, isto é, os compromissos democráticos materializados na Constituição e nas leis são substituídos pela subjetividade do julgador.

Essa postura discricionária ocorre quando o juiz substitui o Direito por outra linguagem ou código na formação da decisão judicial. Isso pode ocorrer quando ele assume uma postura criativa em descompasso com a linguagem do Direito, ou quando se autolimita nos casos em que essa linguagem exige uma postura de concretização da Constituição. Chega-se, assim, ao que se pode denominar de paradoxo do ativismo judicial: nos casos em que não se justifica a autocontenção judicial, quanto mais contido for o juiz mais ativista ele será.

Por derradeiro, uma última reflexão: a judicialização da Política não pode ser conduzida exceto por meio da politização dos juízes. A medida que o Poder Judiciário se envolve na canalização das demandas sociais, no debate público e no controle dos atos praticados pelos demais poderes, suas decisões se tornam decisões políticas.

Isso também é autoevidente.

¹¹²⁷ MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 533.

¹¹²⁸ HESSE, **A força normativa da constituição**, op. cit., *passim*.

¹¹²⁹ STRECK, Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio, op. cit., p. 11.

O protagonismo do Poder Judiciário, contudo, não é produto unicamente da própria iniciativa judicial, impulsionada por atores sociais e operadores do direito, mas também resultado da negação e da inação dos demais poderes.

Judicializar a Política é uma decisão política.

Por isso mesmo, é necessário estar atento para uma ameaça concreta que pode emergir no horizonte dessa mudança paradigmática: o advento de uma democracia impolítica.¹¹³⁰

Uma importante pesquisa de opinião pública levada a cabo no Brasil em 2017 revela o fato de que o Congresso Nacional, a Presidência da República e os partidos políticos são alvos de ampla rejeição e desconfiança, expressas em todas as regiões do país, faixas etárias e de renda.¹¹³¹ E o que é ainda mais perturbador: estas instituições políticas se mostraram ainda mais desprestigiadas do que há trinta anos, com o advento da Constituição de 1988 e a redemocratização do país.

A desqualificação (e por vezes a criminalização) da Política eleitoral deslegitima a única instância em que o povo tem alguma possibilidade de intervir no sistema político, em benefício de poderes não eleitos. Essa decisão política pode culminar paradoxalmente na expressão mais radical do impolítico, que Rosanvallon denomina de “populismo”.¹¹³²

Nesse contexto de juízes como centro das atenções, um dos aspectos inevitáveis da judicialização da Política é a politização do sistema judicial. Por um lado, juízes estariam se tornando atores políticos, mas sem terem sido eleitos para isso. Por outro lado, esses mesmos juízes não são responsabilizáveis pelo exercício equivocado da judicatura.

Assim como não se pode admitir a diluição do Direito na Política, a Democracia tomada pelo Direito pode resultar na sua despolitização. Da mesma forma e com a mesma intensidade com que se deve preservar a autonomia do Direito, é necessário fazê-lo também com a Política.

¹¹³⁰ ROSANVALLON, Pierre. **La contre-démocratie**: la politique à l'âge de la défiance. Paris: Éditions du Seuil, 2006.

¹¹³¹ RUEDIGER, Marco Aurélio (Coord.). **O Dilema do brasileiro**: entre a descrença no presente e a esperança no futuro. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2017. Disponível em <http://dapp.fgv.br/wp-content/uploads/2017/10/FGV_DAPP_dilema_2017-10-06_BV_pag-simples_web.pdf>. Acesso em 20 jul. 2018.

¹¹³² Populismo é definido aqui com o sentido de “patologia social”, provocada pela “vampirização total da atividade política pela contra-democracia” (ROSANVALLON, **La contre-démocratie**, op. cit., p. 29).

É fato que o século XX foi generoso para com o Direito. No Estado Democrático de Direito nascido do segundo pós-guerra, o Direito passou a ser transformador e meio de resgate das promessas da modernidade. É necessário preservar a sua autonomia. No entanto, não se pode esquecer a Política. Francis Wolff diz que a “A política é esquecida quando se para de sonhar para começar a dormir”.¹¹³³

Política e Direito mantêm entre si uma relação de complementariedade: há uma legitimação política (democrática) do Direito e uma legitimação jurídica da Política.

A pesquisa que se encerra aqui é o começo de longa trajetória em busca de outros entendimentos para o complexo sistema constitucional brasileiro. Muitas outras preocupações sobre assuntos ventilados na tese permeiam o espírito do pesquisador fortalecendo o dever de retomar e ampliar as investigações.

¹¹³³ WOLFF, Francis. Esquecimento da política ou desejo de outras políticas? In: NOVAES, Adauto (Org.). **O esquecimento da política**. Rio de Janeiro: Agir, 2007, p. 66.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ABBOUD, Georges. **O processo constitucional brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

ABRANCHES, Sergio. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. **Revista de Ciências Sociais**, v. 31, n. 1, Rio de Janeiro, IUPERJ, p. 03-55, 1998.

ACKERMAN, Bruce. **La política del diálogo liberal**. Barcelona: Gedisa, 1999.

_____. **Nós o povo soberano: fundamentos do direito constitucional**. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ADEODATO, João Maurício. A legitimação pelo procedimento juridicamente organizado: notas à teoria de Niklas Luhmann. In: ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2002.

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua**. Tradução de Henrique Burgo. Belo Horizonte: UFMG, 2004.

ALEXY, Robert. Direito Constitucional e Direito Ordinário: Jurisdição Constitucional e Jurisdição Especializada. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **La institucionalización de la justicia**. Tradução de José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Soderó e Pablo Rodríguez. Granada: Comares, 2005.

_____. **Teoria da argumentação jurídica: teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. São Paulo: Landy, 2001.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed., 3ª reimpressão, São Paulo: Malheiros, 2009.

ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro de. **A nobreza togada: as elites jurídicas e a política da justiça no Brasil**. 2010. 329 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Universidade de São Paulo: São Paulo, 2010.

AMIRANTE, Carlo. **Dalla forma stato ala forma mercato**. Torino: Giappichelli, 2008.

ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ARNIO, Aulis. **Derecho, racionalidade y comunicación social: ensayos sobre filosofía del derecho.** México: Fontamara, 1995.

ATIENZA, Manuel. Entrevista a Robert Alexy. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 24, p. 671-687, 2001.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BACHOF, Oto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Tradução de Cardoso da Costa. Coimbra: Atlântida, 1977.

BANDEIRA DE MELLO, Osvaldo Aranha. **A teoria das constituições rígidas.** São Paulo: Prefeitura de São Paulo, 1948.

BARBOSA, Rui. **Obras completas de Rui Barbosa: o direito do Amazonas ao Acre setentrional**, v. XXXVII, tomo V. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1983.

_____. **Escritos e discursos seletos.** Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1995,.

_____. **Obras completas de Rui Barbosa**, v. XXV, Tomo VI. Rio de Janeiro: Mistério da Educação e Saúde, 1953.

_____. Supremo Tribunal Federal: sua competência para dirimir questões políticas, sua preeminência no nosso organismo jurídico-constitucional. **Revista do Supremo Tribunal Federal**, Rio de Janeiro, v. 3, jan./jun. 1915.

BARRETO, Vicente de Paulo; DUARTE, Francisco; SCHWARTZ, Germano (Orgs.). **Direito da sociedade policontextural.** Curitiba: Apris, 2013.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle das leis restritivas de direitos fundamentais.** Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. A ascensão política das Supremas Cortes e do Judiciário. **Consultor Jurídico**, 06 jun. 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-jun-06/luis-roberto-barroso-ascensao-politica-supremas-cortes-judiciario>>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. A ascensão política das supremas cortes e do judiciário. **Consultor Jurídico**, 06 jun. 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-jun-06/luis-roberto-barroso-ascensao-politica-supremas-cortes-judiciario>>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. Ano do STF: judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 22 dez. 2008. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 30 set. 2018.

_____. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **RFD- Revista da Faculdade de Direito**. UERJ, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2007. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, vol. 5, nº 1, 2012, p. 23-32. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>> Acesso em: 30 set. 2018.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 01-42, abr. 2005.

_____. O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. In: GUERRA, Roberta Freitas; SILVA, Fernando Laércio Alves da. NERO, Patrícia Aurélio del. (Coord.). **Neoconstitucionalismo em perspectiva**. Viçosa: UFV, 2014.

_____. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. 2ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Limites e possibilidades da constituição brasileira. 7. ed. Rio do Janeiro: Renovar, 2003.

BASILE, Juliano. Para Presidente do STF, tribunal supre deficiências do Legislativo [entrevista com o Min. Gilmar Ferreira Mendes]. **Valor Econômico**, 2008. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Paulo M. Oliveira. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015.

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 do Senado Federal**. Brasília, a. 51, n. 201, p. 71-95, jan./mar. 2014.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n. 142, abr./jun. 1999.

BERGEL, Jean-Louis. **Teoria geral do direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BERNARDINI, Ilenia. L'Araba Fenice Africana: Considerazione sul never ending coup d'état negli stati dell'Africa sub-sahariana. In **Revista di diritto pubblico italiano, comunitário e comparato. Federalism.it – Focus Africa nº 2/2014**.

BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, mar./abr./maio 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 28 ago. 2018.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 7ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Governo dos homens ou governo das leis, o futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Giancarlo (Org.). **Dicionário de política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992.

BOBBIO, Norberto; PONTARA, Giuliano; VECA, Salvatore (Orgs.) **Crisis de la democracia**. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1985.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Do estado liberal ao estado social**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. Jurisdição Constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). **Revista Estudos Avançados**, nº 51, São Paulo: USP/Instituto de Estudos Avançados, 2004.

_____. **A constituição aberta**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. Brasília: OAB Editora, 2008.

BOUCALT, Carlos Eduardo de Abreu. Hans Kelsen: a recepção da “teoria pura” na América do Sul, Particularmente no Brasil. **Sequência**, Florianópolis, n. 71, p. 95-106, dez. 2015.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRANCO, Paulo Augusto Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 01/DF**, do Tribunal Pleno. Requerente: Presidente da República. Requeridas: Mesa da Câmara Federal e Mesa do Senado Federal. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 16 de junho de 1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=884>>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.451/DF**, do Tribunal Pleno. Requerente: Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão – ABERT. Requerido: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 09 de setembro de 2010. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3938343>>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.498/DF**, do Tribunal Pleno. Requerente: Partido Comunista do Brasil. Requerida: Câmara dos Deputados. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 14 de abril de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4965002>>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 85.060/PR**. Paciente: Divonzir Catenace. Autoridade Coatora: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 12 de setembro de 2009. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2254201>>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 34.193/DF**. Impetrante: Presidente da República. Impetrado: Presidente da Câmara dos

Deputados. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 13 de maio de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4979571>>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. Ato Institucional (1966). **Ato Institucional nº 03:** Fixa datas para as eleições de 1966, dispõe sobre as eleições indiretas e nomeação de Prefeitos das Capitais dos Estados e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-03-66.htm>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. Ato Institucional (1968). **Ato Institucional nº 05:** São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; O Presidente da República poderá decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/atoinst/1960-1969/atoinstitucional-5-13-dezembro-1968-363600-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. **Ato Institucional nº 1º, de 9 abril 1964:** Dispõe sobre a manutenção da Constituição Federal de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as modificações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da revolução Vitoriosa. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/atoinst/1960-1969/atoinstitucional-1-9-abril-1964-364977-publicacaooriginal-1-csr.html>>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. Câmara dos Deputados. **Decisão da Presidência de 02/12/2015:** Acata denúncia apresentada por Hélio Pereira Bicudo, Miguel Reale Júnior, Janaina Conceição Paschoal e outros contra a Presidente da República, Dilma Vana Roussef, atribuindo-lhe a prática de crime de responsabilidade. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/int/dpsn/2015/decisaodapresidencia-57098-2-dezembro-2015-782051-publicacaooriginal-148875-cd-presi.html>>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. Congresso Nacional. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte (Suplemento “B”)**, p. 209. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/redacao.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2016.

_____. Constituição (1824). **Constituição Política do Império de 1824.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35041-25-marco-1824-532540-publicacaooriginal-14770-pl.html>>. Acesso em: 01 set. 2018

_____. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** de 1891. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35081-24-fevereiro-1891-532699-publicacaooriginal-15017-pl.html>>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1930-1939/constituicao-1934-16-julho-1934-365196-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. Constituição (1937). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1937**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1930-1939/constituicao-35093-10-novembro-1937-532849-norma-pl.html>>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. Constituição (1946). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1940-1949/constituicao-1946-18-julho-1946-365199-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1960-1969/constituicao-1967-24-janeiro-1967-365194-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html>. Acesso em: 23 ago. 2018.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**: Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. Emenda Constitucional (1969). **Emenda Constitucional nº 01, de 1969**: Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1960-1969/emendaconstitucional-1-17-outubro-1969-364989-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. **Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998**: Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. **Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950**: Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1079.htm>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. Senado Federal. **Denúncia nº 1/2016**: Denúncia por crime de responsabilidade, em desfavor da Presidente da República, Dilma Vana Rousseff, por suposta abertura de créditos suplementares por decretos presidenciais, sem

autorização do Congresso Nacional (Constituição Federal, art. 85, VI e art. 167, V; e Lei nº 1.079, de 1950, art. 10, item 4 e art. 11, item II); e da contratação ilegal de operações de crédito (Lei nº 1.079, de 1950, art. 11, item 3). Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/125567>>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. Senado Federal. **Parecer da Comissão Especial do Impeachment, de 2016**: Referente à análise de procedência ou improcedência da Denúncia nº 1, de 2016 (DCR nº 1, de 2015, na origem), do Senhor Hélio Bicudo e outros, que trata da denúncia por crime de responsabilidade, em desfavor da Presidente da República, Dilma Vana Rousseff. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2016/08/02/relatorio-do-sen.-antonio-anastasia-referente-a-pronuncia>>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. Senado Federal. **Petição (SF) nº 7, de 2018**. Denúncia com pedido de impeachment em face do Ministro do Supremo Tribunal Federal José Antônio Dias Tofoli, com fundamento no art. 52, inciso II da Constituição Federal, combinado com os arts. 2º; 9º, número 7; 39, número 2; e 41, da Lei nº 1.079/1950. Requerentes: Marco Vinícius Pereira de Carvalho. Requerido: José Antônio Dias Tofoli. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133950>>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. Senado Federal. **Resolução nº 192, de 30 de dezembro de 1992**. Dispõe sobre sanções no Processo de "Impeachment" contra o Presidente da República, Fernando Affonso Collor de Mello, e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf/Resolucoes/2002.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. Senado Federal. **Resolução nº 36, de 31 de agosto de 2016**. Dispõe sobre sanções no Processo de Impeachment contra a Presidente da República, Dilma Vana Rousseff, e dá outras providências. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/125949>>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 592.581/RS**, do Tribunal Pleno. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 01 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2637302>>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 186/DF**, do Tribunal Pleno. Requerente: Democratas – DEM. Arguido: Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília – CEPE. Relator: Min. Gilmar Mendes, Brasília, 06 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000032185&base=basePresidencia>>. Acesso em: 28 ago. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923/DF**, do Tribunal Pleno. Requerente: Partido dos Trabalhadores – PT; Partido Democrático Trabalhista – PDT. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Ayres Britto; Relator para Acórdão: Min. Luiz Fux. Brasília, 17 de dezembro de 2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1739668>>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510/DF**, do Tribunal Pleno. Requerente: Procurador Geral da República. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 28 de maio de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000168856&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF**, do Tribunal Pleno. Requerente: Procurador Geral da República. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 14 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11872>>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.354/DF**, do Tribunal Pleno. Requerente: Partido Social Cristão. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 22 de agosto de 2007. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1626351>>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.048/DF**, do Tribunal Pleno. Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 18 de junho de 2010. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2602344>>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.964/DF**, do Tribunal Pleno. Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB e outros. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Teori Zavascki. Carlos Britto. Brasília, 03 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2560579>>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.874/DF**, do Tribunal Pleno. Requerente: Procuradoria Geral da República. Interessado: Presidente da República. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 15 de março de 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5336271>>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 815/DF**, do Tribunal Pleno. Requerente: Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 10 de maio de 1996. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1553954>>. Acesso em 22. Ago. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal nº 307-DF**, do Tribunal Pleno. Autor: Ministério Público Federal. Réus: Fernando Affonso Collor de Melo e outros. Relator Min. Ilmar Galvão. Brasília, 19 de agosto de 1996. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1565721>>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 378/DF**, do Tribunal Pleno. Requerente: Partido Comunista do Brasil. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 25 de agosto de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4899156>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/DF**, do Tribunal Pleno. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 30 de abril de 2013. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF**, do Tribunal Pleno. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Arguido: União Federal e outros. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 06 de agosto de 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 13 ago. de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 01/RJ**, do Tribunal Pleno. Requerente: Partido Comunista do Brasil – PC do B. Requerido: Prefeito Municipal do Rio de Janeiro. Relator: Min. Neri da Silveira. Brasília, 07 de novembro de 2003. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1804019>>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 388/DF**, do Tribunal Pleno. Requerente: Partido Popular Socialista. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 25 de agosto de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4939089>>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 378/DF**, do Tribunal Pleno. Requerente: Partido Comunista do Brasil. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 15 de dezembro de 2015. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/271139009/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-378-df-distrito-federal-9037714-2420151000000>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Extradicação nº 1.008, da República da Colômbia**. Requerente: Governo da Colômbia. Extraditando: Francisco Antonio Cadena Collazos ou Oliverio Medina ou Camilo Lopez ou Cura Camilo. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 17 de agosto de 2017. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14781410/extradicao-ext-1008-cb-stf>>. Acesso em: 01 set. 2018

_____. Supremo Tribunal Federal. **Extradicação nº 1.085 - República Italiana**. Requerente: Governo da Itália. Extraditando: Cesare Battisti. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 24 de maio de 2016. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14711387/extradicao-ext-1085>>. Acesso em: 01 set. 2018).

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 126.292**, do Tribunal Pleno: Paciente: Márcio Rodrigues Dantas. Autoridade Coatora: Relator do *habeas corpus* nº 313.021, do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 06 de fevereiro de 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 70.363/SP**. Paciente: João Francisco Vanni. Autoridade Coatora: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. Relator: Min. Néri da Silveira, Brasília, 18 de junho de 1991. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1564125>>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 84.078/MG**. Paciente: Omar Coelho Vitor. Autoridade Coatora: Tribunal de justiça do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 26 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 232/RJ**, do Tribunal Pleno. Impetrante Centro de Cultura Professor Luiz Freire. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília: 27 de março de 1992. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1495785>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 670/ES**. Impetrante: Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Estado do Espírito Santo – SINDPOL.

Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Min. Maurício Corrêa; Relator para o Acórdão: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 30 out. 2008. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2018921>>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 20.941/DF**, do Tribunal Pleno. Impetrante: José Ignácio Ferreira e outros. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Aldir Passarinho. Brasília, 31 de agosto de 1992. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1487388>>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 21.623/DF**, do Tribunal Pleno. Impetrante: Fernando Affonso Collor de Melo. Impetrado: Presidente do Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, 01 de fevereiro de 1993. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1553543>>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 22.503/DF**, do Tribunal Pleno. Impetrante: Jandira Feghali e outros. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados e outros. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 06 de junho de 1997. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1637624>>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 32.033**, do Tribunal Pleno. Impetrante: Rodrigo Sobral Rollemberg. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Gilmar Mendes. Relator para o Acórdão: Min. Teori Zavascki. Brasília, 12 de junho de 2013. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4397298>>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 32.326/DF**. Impetrante: Carlos Henrique Focesi Sampaio. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 04 de abril de 2014. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4456613>>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 33.387/DF**, do Tribunal Pleno. Impetrante: Wadih Nemer Damous Filho. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 15 de outubro de 2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4685494>>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 34.070/DF**, do Tribunal Pleno. Impetrante: Partido Popular Socialista. Impetrada: Presidente da República. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 28 de março de 2016. Disponível

em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4948822>>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 34.127/DF**, do Tribunal Pleno. Impetrante: Weverton Rocha Marques Souza. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 14 de abril de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4964984>>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 34.128/DF**, do Tribunal Pleno. Impetrante: Rubens Pereira e Silva Júnior. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 14 de abril de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4964988>>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 34.130/DF**, do Tribunal Pleno. Impetrante: Renato Ferreira Moura Franco. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 14 de abril de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4965045>>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 34.131/DF**, do Tribunal Pleno. Impetrante: Luiz Paulo Teixeira Ferreira. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 14 de abril de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4965062>>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 34.181/DF**, do Tribunal Pleno. Impetrante: Luiz Paulo Teixeira Ferreira. Impetrado: Plenário da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 11 de maio de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4977062>>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 34.371-DF**. Impetrante: Dilma Vana Rousseff. Impetrado: Presidente do Senado Federal. Relator; Min. Teori Zavascki. Brasília, 12 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5043393>>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 34.441/DF**. Impetrante: Dilma Vana Rousseff. Impetrados: Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Teori Zavascki; Relator atual: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 21 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5062276>>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 34.530/DF**, do Tribunal Pleno. Impetrante: Eduardo Nantes Bolsonaro. Impetrada: Mesa Diretora da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 06 de dezembro de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5103492>>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 34.609/DF**, do Tribunal Pleno. Impetrante: Rede Sustentabilidade – Diretório Nacional. Impetrado: Presidente da República. Relator: Min. Celso de Melo. Brasília, 16 de fevereiro de 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5126193>>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.344/ES** do Tribunal Pleno. Requerente: Governador do Estado do Espírito Santo. Requerido: Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 18 de dezembro de 1995. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1624994>>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF**, do Tribunal Pleno. Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB. Arguido: Presidente da República. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 04 de maio de 2004. Disponível em <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+45%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/bu3e9ae>>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 3.034/PB**, do Tribunal Pleno. Reclamante: Estado da Paraíba. Reclamado: Presidente do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 27 de outubro de 2006. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2262353>>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 4.335/AC**, do Tribunal Pleno. Reclamante: Defensoria Pública da União. Reclamado: Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 22 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2381551>>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 148.304/MG**. Recorrente: Pingo de Mel Confecções Ltda e outros. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Relator: Min. Octavio Gallotti. Brasília, 06 de março de 1997. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1536719>>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 590664/RS**. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 01 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2630266>>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Representação nº 1.417/DF**. Representante: Procurador Geral da República. Representado: Congresso Nacional. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 09 de dezembro de 1987. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1563123>>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 46**. A definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento são da competência legislativa privativa da União. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=2368>>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 21.689-DF**, do Tribunal Pleno. Impetrante: Fernando Affonso Collor de Mello. Autoridade Coatora: Senado Federal. Relator Min. Carlos Velloso. Brasília, 01 de fevereiro de 1994. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1563033>>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 21.564/DF**, do Tribunal Pleno. Impetrante: Fernando Affonso Collor de Mello. Impetrado: Luiz Carlos Lopes Madeira. Relator: Min. Octavio Gallotti. Brasília, 25 de setembro de 1992. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1546718>>. Acesso em: 01 set. 2018.

BREST, Paul. The Fundamental rights controversy: the essential contradictions of normative constitutional scholarship. **Yale Law Journal**, v. 90, p. 1063-1109, 1981.

BRITTO, Carlos Ayres. Definição de crimes de responsabilidade do Presidente da República. **Consultor Jurídico**, 01 set. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/ayres-britto-crimesresponsabilidade-presidente>>. Acesso em: 01 set. 2018.

BROSSARD, Paulo. Depois do impeachment. **Correio Brasiliense**, 06 jan. 1993.

BUCHANAN, James McGill. **The limits of liberty**: between anarchy and leviathan. Chicago: The University of Chicago Press, 1975.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BURDEAU, Georges. **Droit constitutionnel et institutions politiques**. 8. ed. Paris: Librairie Juridique Lgdj.fr, 1959.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional**. São Paulo: Atlas, 2009.

CALVERT, Peter. **Revolution and international politics**. Pinter: University of Michigan, 1996.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. O Impeachment e o Golpe. **Blog JOTA**, 15 de. 2015. Disponível em: <<http://jota.info/o-impeachment-e-o-golpe>>. Acesso em: 26 ago. 2018.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Martin Fontes, 2002, p. 91.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: JusPODIVM, 2016.

CAMPOS, Francisco. **O Supremo Tribunal Federal na Constituição de 1937**. In: Direito Constitucional, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O estado adjetivado e a teoria da constituição. Porto Alegre, **Interesse Público**, n. 17, p. 13-24, 2003.

_____. Rever ou romper com a constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional: teoria geral da constituição**, v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. El derecho constitucional como un compromiso permanentemente renovado, entrevista ao Professor Eloy García, **Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario**, Asamblea Regional de Murcia e Universidad de Murcia, n. 10, p. 07-61, 1998.

_____. A principalização da jurisprudência através da Constituição. **Revista de Processo**, nº 98, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

_____. **Direito constitucional e a teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

_____. **Direito Constitucional**. 5. ed. Almedina: Coimbra, 1991.

_____. Metodologia “fuzzy” e “camaleões normativos” na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 100.

_____. Os métodos do achamento político. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**, op. cit., p. 49.

_____. Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo, Revista dos Tribunais, a. 4, n. 15, p. 7-17, abr./jun. 1996.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra : Almedina, 2000

BRUTAU, José Puig. **La jurisprudencia como fuente del derecho**: interpretación creadora y arbitrio judicial. Barcelona: Bosch, 1951.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves, Porto Alegre: Antonio Fabris, 1999.

CARDUCCI, Michele. Il déficit ecologico del pianeta come problema di politica costituzionale. **Revista Jurídica da FURB**, Centro De Ciências Jurídicas da Universidade Regional de Blumenau, Blumenau, v. 20, n. 42, 2016.

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

CASTRO. Marcus Faro de. Política e economia no judiciário: as ações diretas de inconstitucionalidade dos partidos políticos. **Cadernos de ciência Política nº 07**, Brasília, Fundação Universidade de Brasília, maio 1993. Disponível em: <https://www.researchgate.net/profile/Marcus_De_Castro/publication/281494988_Politica_e_Economia_no_Judiciario_As_Acoes_Diretas_de_Inconstitucionalidade_dos_Partidos_Politicos/links/55eb699108ae21d099c5e8be/Politica-e-Economia-no-Judiciario-As-Acoes-Diretas-de-Inconstitucionalidade-dos-Partidos-Politicos.pdf?origin=publication_detail>. Acesso em: 20 ago. 2018.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito, política e filosofia**: contribuição para uma teoria discursiva da constituição no marco do patriotismo constitucional. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2003.

CERAR, Miro. The relationship between law and politics. **Annual Survey of International & Comparative Law**: v. 15, Iss. 1, article 3. 2009. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.ggu.edu/annlsurvey/vol15/iss1/3>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

CERRI, Augusto. **Corso di giustizia costituzionale**. 5. ed. Milano: Giuffrè, 2008.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 1999.

CLAM, Jean. **Questões fundamentais de uma Teoria da Sociedade**. Contingência, Paradoxo, Só-Efetuação. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COELHO, Inocêncio Mártires. O novo Código Civil e a interpretação conforme a constituição. In: MENDES, Gilmar Ferreira et al. (Coord.) **O novo Código Civil**: homenagem ao Professor Miguel Reale. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006

COELHO, Carlos Cardoso. Fenomenologia e hermenêutica: a crítica de Paul Ricoeur à hermenêutica de Martín Heidegger. **Ensaio filosófico**, v. IX, maio 2014. Disponível em: <http://www.ensaiosfilosoficos.com.br/Artigos/Artigo9/Carlos_Coelho.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2018.

COELHO, Inocêncio Mártires. Métodos e princípios da interpretação constitucional: o que são, para que servem, como se aplicam. **XXIV Congresso Brasileiro de Direito Constitucional**. São Paulo, 2004.

COLLOR, Fernando. **Réplica para a história**: uma catarse. Brasília: Senado Federal. Gabinete do Senador Fernando Collor, 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. Direito constitucional: defesa da Constituição. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin, BARROSO, Luís Roberto (Org.) **Doutrinas essenciais Direito Constitucional**, v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo judicial: proposta para uma discussão conceitual. **Revista de Informação Legislativa**: Brasília, A 49, nº 193, jan./mar. 2012.

CONTRERAS, Sergio Gamonal. Procedimiento de tutela y eficacia diagonal de los Derechos Fundamentales. **Revista Laboral Chilena**, nov. 2009. Disponível em: <<https://dokumen.tips/documents/sergio-gamonal-procedimiento-de-tutela-y-eficacia-diagonal-de-los-derechos.html>>. Acesso em: 29 ago. 2018.

COSTA. Alexandre Araújo. **O controle de razoabilidade no direito comparado**. Brasília: Thesaurus, 2008.

COSTA, Pietro. o estado do direito: uma introdução histórica. In: COSTA; Pietro; ZOLO, Danilo Zolo (Org). **O estado de direito**: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

CORSI, Giancarlo. Sociologia da constituição. Tradução de Juliana Neuenschwander. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. n. 39. jan./jun. 2001.

COSTA, Edgard. **Os grandes julgamentos**, v. 1. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1964.

CRETELLA JÚNIOR, José. Natureza jurídica do impeachment. Direito constitucional: Organização dos Poderes da República. *In*: CLÈVE, Clèmerson Merlin, BARROSO, Luiz Roberto (Org.). **Doutrinas essenciais Direito Constitucional**, v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Claudia Rosane (Orgs.). **Direito e argumentação no pensamento de Manuel Atienza**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

CUNHA, Luciana Gross *et. al.* **Relatório ICJBrasil 1º semestre de 2017**, p. 13. Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/relatorio_icj_1sem2017.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2018.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Direito constitucional geral: uma perspectiva luso-brasileira**, v. 3. São Paulo: Método, 2007.

DAHL, Robert. **Democracy and Its Critics**. Yale: Yale University Press, 1991.

DAMASKA, Mirjan R. **Las caras de la justicia y el poder del estado: análisis comparado del Proceso Legal**. Santiago: Editorial Jurídica del Chile, 1986.

DAMASKA, Mirjan R. **I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo**. Tradução de Andrea Giussani (capitoli III, IV e V) e Fabio Rota (capitoli I, II e VI). Bologna: Società editrice il Mulino, 2002.

DE GIORGI, Raffaele; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. Opinião: Estado de coisas inconstitucional. **Estadão**, São Paulo, 19 set. 2015. Disponível em: <<http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,estado-decoisas-inconstitucional,10000000043>>. Acesso em: 24 ago. 2018.

DENTI, Vittorio. **Processo civile e giustizia sociale**. Milão: Edizioni di Comunità, 1971.

DILTHEY, W. **Introduction to the Human Sciences**. Tradução de Michael Neville. New Jersey: Princeton University Press, 1989.

DINIZ, Antonio Carlos de Almeida. **Teoria de legitimidade do direito e do estado: uma abordagem moderna e pós-moderna**. São Paulo: Landy, 2006.

DULCE FARIÑAS, Maria José. **Democracia y pluralismo**: una mirada hacia la emancipación. Madrid: Editorial Dykinson, 2014.

DWORKIN, Ronald. Equality, democracy and Constitution, **Alberta Law Review**, v. 28, n. 2, 20, 1990. Disponível em: <<https://www.albertalawreview.com/index.php/ALR/article/view/1605/1594>>. Acesso em: 28 ago. 2018.

_____. **Freedom's law**: the moral reading of the American constitution. Cambridge: Harvard University, 1996.

_____. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

_____. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

_____. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ECO, Umberto. **Os limites da interpretação**. São Paulo: Perspectiva, 2012.

ELSTER, Jon. **Ulysses and the sirens**: studies in rationality and irrationality. Great Britain: Cambridge University Press, 1979.

ELY, John Hartig. **Democracy and distrust**: a theory of judicial review. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2001.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. Tradução de André Karam Trindade. **Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional**, 2009, p. 95-113. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2018.

_____. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.

_____. **Derechos y garantías**. La ley del más débil, Madri: Trotta, 1999.

_____. Jueces y política. Derechos y Libertades. **Revista del Instituto Bartolomé de las Casas**, a. IV, n. 7, Madrid, Universidad Carlos III, 1999.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes. *In: Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE*. Recife, n. 11, 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça. **Revista de Direito Administrativo**, nº 198, p. 11, p. 1-17, out./dez. 1994. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/46407/46734>>. Acesso em: 01 set. 2018.

FICO, Calos. **Além do golpe: versões e controvérsias sobre 1964 e a Ditadura Militar**. Rio de Janeiro: Record, 2004.

FINK, Bruce. **O Sujeito lacaniano entre a linguagem e o gozo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

FIRMAGE, Edwin B. Removal of the president: resignation and the procedural law of impeachment. **Duke Law Journal**, 1975. Disponível em: <<https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2506&context=dlj>>. Acesso em: 01 set. 2018

FLICKINGER, Hans-Georg. Da experiência da arte à hermenêutica filosófica. *In: ALMEIDA, C.L; FLICKINGER, H.G.; ROHDEN, L. Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

FOUCAULT, Michel. **Defender la sociedad**. Buenos Aires: FCE, 2002.

FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional “versus” a única resposta correta. *In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). Interpretação constitucional*. 1ª edição, 3ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2007.

FREIXO, Adriano de; RODRIGUES, Thiago (Orgs.). **2016: o ano do golpe**. Rio de Janeiro: Oficina Raquel, 2016.

GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em retrospectiva: a virada hermenêutica**, v. II. Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2007.

_____. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2014.

GALLEJA, Eduardo González. **Nelle tenebre di Brumaio**. Quattro secoli di riflessioni politiche sul colpo di stato. Roma: Società Editrice Dante Alighieri, 2011.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião de promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GARCIA MÀYNEZ, Eduardo. **Introducción al Estudio del Derecho**. 53. ed. México: Porrúa, 2002, p. 334

GIACOMOLLI, José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 22.

GIBSON, James L.; CALDEIRA, Gregory A.; BAIRD, Vanessa A. On the legitimacy of national high courts. **The american political science review**, v. 92, n. 2, jul. 1998.

GICQUEL, Jean-Eric. **Droit constitutionnel et institutions politiques**. 31. ed. Paris: L.G.D.J, 2010.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O realismo jurídico de Oliver Wendell Holmes Júnior. **Revista de Informação Legislativa**: Brasília, nº 171, jul./set. 2006.

GOLDFORD, Dennis. **The american constitution and the debate over originalism**. Cambridge University Press: 2005.

GONÇALVES, Marcos Fabiano. **A retórica do “golpe de Estado” no impeachment de Dilma Rousseff**, 2017. Disponível em: <<https://marcusfabiano.wordpress.com/2016/04/17/a-retorica-do-golpe-de-estado-no-impeachment-de-dilma-rousseff/>>. Acesso em: 01 set. 2018.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Os direitos fundamentais atípicos**, Lisboa: Editorial Notícias, 1995.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

_____. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Ensaio e discurso sobre a interpretação-aplicação do Direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GREGÓRIO, Fernando da Silva. Consequências sistêmicas da *soft law* para a evolução do direito internacional e o reforço da regulação global. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 5, p. 01-30, abr./jun. 2016.

GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Del Rey: Belo Horizonte, 2006.

GROFF, Paulo Vargas. Modelos de parlamentarismo; inglês, alemão, francês. **Revista de informação legislativa**, v. 40, n. 160, p. 137-146, out./dez. 2003. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/910>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

GUARNIERI, C. Magistratura e política: il caso italiano. **Rivista Italiana di Scienza Politica**, M, v. 1, p. 3-32, 1996.

GUASTINI, Riccardo. **Estudios sobre la Interpretación Jurídica**. 9. ed. México: Porrús, 2010.

_____. **Otras distinciones**. Tradução de Diego Del Vecchi. Bogotá: Universidad Esternado de Colombia, 2014.

_____. **Teoria e ideologia de la interpretación constitucional**. Madrid: Trotta, 2008, p. 32.

GUELI, V. Colpo di Stato. **Enciclopedia del diritto**. Varese: Giufreé, 1960.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Autopoiése do direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria social sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 71.

GUIMARÃES, Mário. **O juiz a função jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

_____. **La libertad fundamental em el estado constitucional**. Tradução espanhola Carlos Ramos. São Miguel: Pontificia Universidad Catolica del Peru, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **¿Como es posible la legitimidad por via de la legalidad?** In: Revista Doxa n. 5, 1988.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Fatti e norme:** contributi a uma teoria discorsiva del Diritto e dela democrazia. Colana: Laterza, 2013.

_____. **Teoría de la acción comunicativa.** Madrid: Taurus, 1987.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista.** Brasília: UNB, 1984.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito.** Tradução de Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

HARTMANN, Ivo Alberto *et. al.* A influência da TV Justiça no processo decisório do STF. **Revista de estudos empíricos em direito**, v. 4, n. 3, p. 36-56, out. 2017.

HAURIUO, André. **Droit constitutionnel et institutions poliquest.** 3. ed. Paris: Éditions Montchrestian, 1968.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo.** Tradução de Márcia Sá Cavalcanti Schuback. 3. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2008.

HERMANN, Nadja. **Hermenêutica e educação.** Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

_____. **Autocriação e horizonte comum:** ensaios sobre a educação ético-estética. Ijuí: Unijuí, 2010

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição.** Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Safe, 1991.

_____. **Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha.** Porto Alegre: Fabris Editor, 1998.

_____. **Escritos de derecho constitucional.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionais, Constitucionales, 1983, p. 37.

HESSEN, Johannes. **Filosofia dos valores.** Coimbra: Armênio Amado, 1980.

HIRSCHL, Ran. The judicialization of mega-politics and the rise of political courts. **Annual Review of Political Science**, v. 11, Toronto, maio 2008. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1138008>. Acesso em: 20 ago. 2018.

_____. The new constitution and the judicialization of pure politics worldwide, **Fordham Law Review**, v. 75, a. 2, p. 721-754, 2006. Disponível em: <<https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4205&context=flr>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

_____. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the next constitutionalism.** Cambridge: Harvard University Press, 2004.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil.** São Paulo: Nova Cultural, 1999.

ICHELMANN, Frank. **Brennan and democracy.** Princeton: Princeton University Press, 1999.

JUCÁ, Francisco Pedro. Judicialização da política e politização do judiciário. **Ciência Jurídica**, v. 13, n. 85, p. 39-54, jan./fev. 1999.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** Tradução do alemão de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1986.

KEENAN *apud* TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, São Paulo, a. 8, n. 1, p. 37-58, jan./jun. 2012.

KELSEN, Hans. **A democracia.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002;

_____. **Jurisdição constitucional.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Teoria Geral do Direito e do Estado.** Tradução de João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

_____. **Teoria Pura do Direito.** Tradução de João Baptista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

KOMMERS, Donald. **The Constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany.** 2. ed. Durham: Duke University Press, 1997.

KOZICKI, Katya. **Conflito e estabilização: comprometendo radicalmente a aplicação do direito com a democracia nas sociedades contemporâneas.** 2000. 266 p. Tese (Doutorado em Direito). Programa Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Florianópolis, 2000.

KURIN, Gerge Thomas. **The Encyclopedia of Political Science.** Washington: CQPress, 2011.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** Tradução de José Lamago. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999.

LASSALE, Ferdinand. **O que é constituição.** 9. ed. São Paulo: CL EDIJUR, 2014.

LESSA, Pedro. **Do poder judiciário**. Brasília: Conselho Editorial, Supremo Tribunal Federal, 2003.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; NOGUEIRA, Maria Alice Pinheiro. A Mutação (IN) Constitucional do Rito do Impeachment no Senado Federal. **Revista Brasileira de Teoria Constitucional**, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 1147-1169, jul./dez. 2016.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni; STRECK, Lenio Luiz. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Revista Argumenta**, n. 7, p. 45-68, 2007.

LIU, Goodwin; KARLAN Pamela S.; SCHROEDER, Christopher H. **Keeping faith with the Constitution**. New York: Oxford University Press, 2010.

LLORENTE. Francisco Rubio. Tendencias Actuales de la Jurisdicción em Europa. In: LLORENTE, Francisco Rubio; CAMPO, Javier Jiménez. **Estudios sobre Juriscicción Constitucional**. Madri: MacGraw-Hill, 1998.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. Petrópolis: Vozes, 1994.

LOPARIC, Zeljko. Breve nota sobre Heidegger como leitor de Jünger. **Natureza humana**, v. 4, n. 1, São Paulo, 2002.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **A hermenêutica jurídica de Gadamer**. Brasília, a. 37 n. 145, jan./mar. 2000. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/560/r145-12.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 30 set. 2018.

LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. Tradução de Peter Naumann e Vera Jacob de Fradera. **Revista AJURIS**, Porto Alegre, n. 49, a. XVII, jul. 1990.

_____. **El Derecho de la Sociedad**. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

_____. La costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo (Coord.) *et al.* **Il Futuro Della Costituzione**. Torino: Einaudi, 1996.

_____. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria da Conceição. Brasília. UNB, 1980.

_____. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. **Sociologia do Direito**, v. I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. **O conceito de sociedade.** In: NEVES, Clarissa B.; SAMIOS, Eva Machado B. (Org.). **Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas.** Porto Alegre: UFRGS, 1997, p. 43.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito.** São Paulo: Brasiliense, 1999.

MACRAE, Donald Gunn. **As ideias de Weber.** São Paulo, Cultrix/USP, 1975.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MALAPARTE. **La technique du coup d'État.** Grasset: Parigi, 1931.

MANN, Patrice. Coup d'état. In: OUTHWAITE, William (ed.) **The Blackwell Dictionary of Modern Social Thought.** 2. ed. Oxford: Blackwell, 2006.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe.** Tradução de José Cretella Júnior e Agnes Cretella. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARITAIN, Jacques. **Los Gradas del Saber.** Buenos Aires: Ediciones Desclée, de Brouwer, 1947.

MARTINS, Ives Gandra. A responsabilidade dos agentes públicos por atos de lesão à sociedade – inteligência dos §§ 5º e 6º do artigo 37 da CF – improbidade administrativa por culpa ou dolo – disciplina jurídica do “impeachment” presidencial (artigo 85 inciso V da CF) – Parecer. **Direito UNIFACS – Debate Virtual**, Revista Eletrônica, n. 177, mar. 2015. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3506/2506>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

MÁRTIRES COELHO, Inocêncio. Ativismo judicial ou criação judicial do direito? In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. **As novas faces do ativismo judicial.** Salvador: JusPODIVM, 2013.

MARX, Karl. **O 18 brumário e cartas a Kugelmann.** 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1997.

MASINI, Elcie F. Salzano. Enfoque fenomenológico de pesquisa em educação. In: **Metodologia da pesquisa educacional.** São Paulo: Cortez, 1989.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Revista Novos Estudos CEBRAP.** São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2002.

MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à constituição brasileira de 1891.** Brasília: Senado Federal, Ed. Facsimilar, 2005.

MCKENZIE, Richard. **Constitutional economics**: containing the economic powers of the government. Lexington: Lexington Books, 1984.

MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Marco Aurélio. **25 anos de interpretação constitucional: uma história de concretização de direitos fundamentais**. Brasília: STF, 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalComemoracoes/anexo/Ministro_Marco_Aurelio_25_anos_no_STF.pdf>. Acesso em: 30 set. 2018.

_____. Interpretação constitucional e controvérsias tributárias. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade São Judas Tadeu**, n. 1., 1º sem. 2014. Disponível em: <<http://www.usjt.br/revistadireito/>>. Acesso em: 30 set. 2018.

MELO, Milena Petters. Direitos Humanos e Cidadania. *In*: LUNARDI, Giovani; SECCO, Márcio (Org.). **A fundamentação filosófica dos direitos humanos**. Florianópolis: UFSC, 2010.

_____. Neocostituzionalismo e nuevo constitucionalismo in America Latina. **Diritto Comparato ed Europeo**. Torino: Giappichelli, 2012.

MELO, Milena Petters; CARDUCCI, Michele. **Políticas constitucionais e sociedade**: direitos humanos, bioética, produção do conhecimento e diversidades. Curitiba: Prismas, 2016.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. A declaração de nulidade da lei inconstitucional, a interpretação conforme à Constituição e a declaração de constitucionalidade da lei na jurisprudência da Corte Constitucional alemã. **Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, Brasília, v. 1, n. 2, p. 9-39, out./ dez. 1993.

_____. **Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informações Legislativas**, a. 41, n. 162, p. 149-168, abr./jun. 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; MÁRTIRES COELHO, Inocêncio; GONET BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar. decisão de Fux é o “AI-5 do Judiciário”. **O Estado de São Paulo**, 15 de. 2016. Disponível em: <<https://www.estadao.com.br/noticias/geral,para-gilmar-mendes-decisao-de-fux-e-o-ai-5-do-judiciario,10000094690>>. Acesso em: 01 set. 2018.

MICHELMAN, Frank. Law’s Republic. **The Yale Law Journal**, v. 97, n. 08, jul. 1988.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à constituição de 1946**, v. II. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1987.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 com a emenda nº 1, de 1969**, Tomo III, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo II. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 1987.

_____. **Nos dez anos de funcionamento do Tribunal Constitucional**. In: Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

_____. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. **Comentários à constituição de 1934**, v. 1. Rio de Janeiro: Guanabara, 1937.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

MONTORO, André Franco. Filosofia do direito e colonialismo cultural: transplante de institutos jurídicos inadequados à realidade brasileira. **Revista de Informação Legislativa**, a. X, v. 37, p. 3-20, 1973.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**. Tomo II. Coimbra: Coimbra, 2005.

MORENTE, Manoel Garcia. **Fundamento de filosofia**: lições preliminares. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1996.

MORESCO, José Juan. Diritti e giustizia procedurale imperfetta, **Ragion pratica**, n. 10, p. 13-39, 1998.

MOTA, Camilla Veras. Em menos de dois anos, o STF é alvo de 20 pedidos de impeachment. **News Brasil**, 10 out. 2017. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-41505548>>. Acesso em: 01 set. 2018.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NAUDÉ, Gabriel. **Considerazioni politiche sui colpi di Stato**. Milano: Nino Aragano Editore, 2016.

NEVES, António Castanheira. O Direito como Alternativa Humana: Notas de Reflexão sobre o Problema Actual do Direito. In: NEVES, António Castanheira. **Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros**, v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder**, Brasília a. 33 n. 132, p. 321-330. out./dez. 1996.

_____. **Entre hidra e hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 149.

_____. **Entre têmis e leviatã: uma relação difícil**. Ed. Martins Fontes: 2006.

_____. Luhmann, Habermas e o Estado de Direito. **Lua Nova Revista de Cultura e Política**, n. 37, 1996.

_____. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

_____. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito. In: AMARAL, Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago; GRAU, Eros Roberto. (Orgs.). **Direito constitucional: Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. Os Estados no centro e os Estados na periferia. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**. Brasília, v. 52, n. 206, p. 111-136, abr./jun. 2015.

NIGRO, Rachel. A decisão do STF sobre a união homoafetiva: uma versão pragmática da linguagem constitucional. **Direito, estado e sociedade**, n. 41, p. 157-183, jul./dez. 2012.

OLIVEIRA, Fabianna Luci de. O Supremo Tribunal Federal no processo de transição democrática: uma análise de conteúdo dos jornais Folha de S. Paulo e O Estado de S. Paulo. **Rev. Sociol. Polit.** Curitiba, n. 22, p. 101-118, jun. 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n22/n22a09>>. Acesso em: 01 set. 2018.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo. **Reviravolta linguístico pragmática da filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola: 1996.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni *et al.* Os contornos do Impeachment no Estado Democrático de Direito: historicidade e natureza da responsabilização jurídico-política no presidencialismo brasileiro. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, Fundação Konrad Adenaur, a. XXII, Bogotá, 2016. Disponível em: <<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/viewFile/32777/29743>>. Acesso em: 01 ser. 2018.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Decisão judicial e o conceito de princípio: A hermenêutica e a (in)determinação do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz; TASSINARI, Clarissa. Ativismo judicial e judicialização da política: notas para uma necessária diferenciação. In: GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; TOSTES DOS SANTOS, Márcio Gil. (Org.). **Constituição brasileira de 1988: reflexões em comemoração ao seu 25º aniversário**. Curitiba: Juruá, 2014.

OMAGGIO, Vincenzo. L'età della giurisdizione. In: OMAGGIO, Vincenzo. **II Diritto nello Stato Costituzionale**. Torino: Giappichelli, 2011.

ONU. **Declaração de direitos do homem e do cidadão**. 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 30 set. 2018.

OUTHWAITE, William. **The Blackwell Dictionary of Modern Social Thought**. 2. ed. Oxford and Malden: Blackwell, 2006.

PAMPLONA, Danielle Anne. **O processo de decisão de questões políticas pelo Supremo Tribunal Federal: a postura do juiz**. 2006. 239 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.

PARAGUAI. **(Constituição de 1992)**. Constitución de la República de Paraguay, 1992. Disponível <https://www.oas.org/juridico/mla/sp/pry/sp_pry-int-text-const.pdf>. Acesso em: 01 set. 2018.

PASQUINO, Giancarlo. Militarismo. In: **Enciclopedia Treccani. Enciclopedia Italiana**, Appendice V. Roma: Istituto della Enciclopedia italiana, 1993.

PERELMANN, Chain; OLBRECHT-TYTECA, Lucie. **Tratado de argumentação: a nova retórica**. São Paulo: Martin Fontes, 1999.

PÉREZ LIÑÁN *apud* PRADO, Geraldo; TAVARES, Juarez. **Parecer**, 2015. Disponível em: <<http://d2f17dr7ourrh3.cloudfront.net/wp-content/uploads/2015/12/Juarez-Tavarez.pdf>>. Acesso em: 03 set. 2017.

PERLINGEIRO, Ricardo. Impeachment e devido processo legal. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 151-167, jan./abr. 2018. Disponível em <[file:///D:/Users/Usuario/Downloads/document%20\(28\).pdf](file:///D:/Users/Usuario/Downloads/document%20(28).pdf)>. Acesso: em 26 ago. 2018.

PERLINGEIRO, Ricardo; SOMMERMANN, Karl-Peter. **Euro-american model code of administrative jurisdiction**. Niterói: Eduff, 2014.

PINTO, Emerson de Lima. Hermenêutica e direito constitucional: legitimidade e a linguagem na resistência ao golpe institucional parlamentar no Brasil. In: **V Encontro Internacional do Compedi Montevideu-Uruguaí**, Montevideu, 2016. Disponível em: <www.conpedi.org.br/publicações>. Acesso em 26 ago. 2018.

PINTO, Paulo Brossard de Souza. **O impeachment: aspectos da responsabilidade política do Presidente da República**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

PIZETTI; ZAGREBELSKY, Gustavo. **Non manifesta infondatezza e rilevanza nell'instaurazione incidentale del giudizio sulle leggi**. Milano: Giuffrè, 1972.

PLATÃO. **Apologia de Sócrates**. Tradução de Jean de Melville. São Paulo: Martin Claret, 2006.

_____. **República**. Tradução de Maria Helena da Rocha Pereira. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

POLETTI, Ronaldo. **Controle da constitucionalidade das leis**. 2. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1998.

PORTO ALEGRE. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Representação nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS**, da Corte Especial. Interessado: Corregedor Regional da Justiça Federal da 4ª Região. Relator: Des. Rômulo Pizzolatti. Porto Alegre, 22 de setembro de 2016. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/126808638/trf-4-administrativo-29-09-2016-pg-4>>. Acesso em: 01 set. 2018.

POST, Robert C.; SIEGEL, Riva B. Roe Rage: democratic constitutionalism and backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, v. 42, n. 2, p. 373- 433, 2007. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1168&context=fss_p_aprs>. Acesso em: 20 ago. 2018.

PRITCHETT, C. Herman *et al.* A supremacia judicial de Marshall a Burger. *In: Ensaio sobre a Constituição dos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1978.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais**: questões interpretativas e limites de justiciabilidade. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 1ª. ed., 3ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2006.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAWLS, John. **A theory of justice**. Cambridge: Belknap Press, 1999; RAWLS, John. **Liberalismo político**. São Paulo: Ática, 2000.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

REVORIO, Francisco Javier Díaz. **Las sentencias interpretativas del tribunal constitucional**. Valladolid: Lex Nova, 2001.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RICOEUR Paul. **Interpretação e ideologias**. 4. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves; 1990.

_____. **O conflito das interpretações**: ensaios de hermenêutica. Rio de Janeiro: Imago; 1978.

_____. **O Justo 1**: a justiça como regra moral e como instituição. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. **Teoria da interpretação**. Tradução de Artur Morão. Porto: Porto Editora, 1995.

_____. **O justo 2**: justiça e verdade e outros estudos. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RIGAUX, François. **A lei dos juízes**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. Processo de responsabilidade do Presidente da República: renúncia do Presidente após o recebimento da denúncia pelo Senado Federal [...]. *In: OAB. A OAB e o Impeachment*. Brasília: Tipogresso, 1993.

ROCHA, Leonel Severo, MARTINI, Sandra Regina. **Teoria e prática dos sistemas sociais e direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

ROCHA, Leonel Severo, SCHWARTZ, Germano, CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico II. In: ROCHA; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ROCHA, Leonel Severo. **Paradoxos da auto-observação**: percursos da teoria jurídica contemporânea. Curitiba: JM Editora, 1997.

ROCHA, Leonel Severo. Teoria do Direito no século XXI: da semiótica à autopoiese. **Revista Sequência**, n. 62, UFSC, Florianópolis, jul. 2011.

RODRIGUES, Leda Boechat. **Direito e política**: os direitos humanos no Brasil e nos Estados Unidos. Porto Alegre, Coleção Ajuris, 8, 1977.

ROSANVALLON, Pierre. **Legitimidad democrática**: imparcialidad, reflexividad y proximidad. Tradução de Héber Cardoso. Barcelona: Paidós, 2010.

ROUSSEAU, Dominique. O Direito Constitucional contínuo: instituições, garantias de direitos e utopias. Tradução de Anderson Vichinkeski Teixeira e Juliano Alves Lopes. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, set./dez. 2016.

RUEDIGER, Marco Aurélio (Coord.). **O Dilema do brasileiro**: ntre a descrença no presente e a esperança no futuro. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2017. Disponível em <http://dapp.fgv.br/wp-content/uploads/2017/10/FGV_DAPP_dilema_2017-10-06_BV_pag-simples_web.pdf>. Acesso em 20 jul. 2018.

SÁ, Nelson de. Ministro do STF quer uma mulher na Suprema Corte. **Folha de São Paulo**, 18 nov. 1996. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/CelsoMello/Entrevistas/1996_nov_18.pdf>. Acesso em: 01 set. 2018.

SADEK, Maria Tereza. Corpo e alma da magistratura brasileira. **Rev. bras. Ci. Soc.**, São Paulo, v. 13, n. 38, out. 1998. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69091998000300011&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 30 set. 2018.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SAMPFORD, Charles. **Coups d'Etat and law**. 1989. Disponível em <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/ajlph13&div=29&id=&page=>>>. Acesso em: 27 ago. 2018.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003.

SANCHÍS, Prieto Luis. Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones. In: SANCHÍS, Prieto Luis. **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

_____. **Refundación del Estado en América Latina**. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010.

_____. Direito e democracia: a reforma global da justiça. In: PUREZA, José Manuel; FERREIRA, António Casimiro (Orgs.). **A teia global: movimentos sociais e instituições**. Porto: Afrontamento, 2001.

SANTOS, W. G. Raízes da imaginação política brasileira. **Dados** - Revista de Ciências Sociais, a. 7, p. 137-161, 1970.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013.

SARLET, Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARMENTO, Daniel. A dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: Fragmentos de uma Teoria. In: **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**, v. XII, Direitos Fundamentais, p. 297/332. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto. (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

_____. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo. **Leituras complementares de direito constitucional: Teoria da Constituição**. Salvador: JusPodivm, 2009.

SCHAPIRO, Martin. **Who guards the guardians?** Judicial control of administration. Athens: University of Georgia Press, 1988.

SCHIER, Paulo Roberto. **Filtragem constitucional:** construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: SAFE, 1999.

SCHLAICH, Klaus. **El tribunal constitucional federal alemán:** tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

SCHMITT, Carl. **Dottrina dela Costituzione.** Milano: Giufreé, 1984.

_____. **La defensa de la constitución:** estudios acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la constitución. Tradução de Manuel Sanchez Sarto. Madri: Tecnos, 1983.

_____. **O conceito de político.** Petrópolis: Vozes, 1992.

_____. **Romanticismo político.** Milano: Giuffrè, 1981.

_____. **Teoria de la Constitución.** Madri: Alianza, 1982.

SCHWARTZ, Bernard. **A history of the Supreme Court.** New York: Oxford University Press, 1993.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein (Org). **Autopoiese e Constituição:** os limites da hierarquia e as possibilidades da circularidade. Passo Fundo: UPF Editora, 2005.

SCHWARTZ, Herman. A Brief History of Judicial Review. In: SCHEDLER, Andreas; DIAMOND, Larry; PLATTNER, Marc. **European studies seminar:** democratic accountability in the new europe, 1999. Disponível em: <<https://www.princeton.edu/~amoravcs/library/account.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2018.

SCUCCIMARRA, Luca. I labirinti del Colpo di Stato. **Nuova Rivista Storica.** Società Editrice Dante Alighieri, v. 96, n. 3, p. 723-738, 2012.

SELZNICK, Philip; NONET, Philippe. **Direito e sociedade:** a transição ao sistema jurídico responsivo. Tradução de Vera Pereira. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

SERRANO, Pedro Estevam; MEDEIROS, Anderson. Política. Opinião. O impeachment e o papel do STF. **Carta Capital on line,** 01 set. 2016. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/politica/o-impeachment-e-o-papel-do-stf>>. Acesso em: 01 set. 2018.

SFORZA, Widar Cesarini. Prefácio. In: TOSI, Silvano. **Colpo di Stato**. Roma: Gismondi, 1951.

SICHES, Recaséns Luis. **Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho**. 3. ed. México: Porrúa, 1980.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Comentário contextual à constituição**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Da perda do mandato de Presidente da República. **Revista dos tribunais**, v. 925, p. 127-144, nov. 2012.

_____. **O constitucionalismo brasileiro: evolução institucional**. Malheiros: São Paulo, 2011.

_____. **Poder constituinte e poder popular**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. A emenda e o Supremo. **Valor Econômico**, São Paulo, p. A18, 3 maio 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, a. 91, v. 798, p. 23-50, abr. 2002.

SILVEIRA, Alípio. A Suprema Corte na Remodelagem da Democracia Americana. In: **O Poder Judiciário e a Constituição**. Porto Alegre: AGE, 1977.

SOUTO, Cíntia Vieira. A crise política no Paraguai e o Brasil. **Revista Conjuntura Austral**, v. 3, n. 13, ago./set. 2012, p. 7-8).

SOUZA FILHO, Ademar Borges de. **Sentenças aditivas na jurisdição constitucional brasileira**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SOUZA, Jessé. **A radiografia do golpe: entenda como e por que você foi enganado**. Rio de Janeiro: Leya, 2016.

SOUZA, Luiz Henrique Boselli. As sentenças aditivas na jurisdição constitucional. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, v. 3, p. 99-117, 2013. Disponível em: <http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/77>. Acesso em: 29 ago. 2018.

SOUZA, Maria Carmem Castro. **O Crime de responsabilidade na legislação comparada: o impeachment**. Brasília: s.ed., 1992.

SSER, Josef. **Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto**. Tradução de Salvatore Patti e Giuseppe Zaccaria. Camerino: Edizioni Scientifiche Italiane, 1983.

STEIN, Ernildo Jacob. **Aproximações sobre hermenêutica**. Porto Alegre: Edipucrs, 1996.

STEPAN, Alfred; SKACH, Cindy. Constitutional Frameworks and Democratic Consolidation: Parliamentarianism versus Presidentialism. **World Politics**, v. 46, n. 1, 1993.

STERETT, S. Judicial review in Britain. **Comparative Political Studies**, v. 26, n. 4, p. 421-442, jan. 1994.

STERN, Klaus. **Derecho del estado de la republica federal Alemana**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

STONE, A. Judging Socialist Reform. **Comparative Political Studies**, v. 26, n. 4, p. 443-469, jan. 1994.

STRAUSS, David A. **The living Constitution**. New York: Oxford University Press, 2010.

STRECK Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. **RECHTD - Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 1, n. 2, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e (pos)positivismo: por que o ensino jurídico continua de(sin)formando os alunos? In: CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 163-186. p. 169 e 172-173.

_____. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. **Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS** [Constituição, sistemas sociais e hermenêutica], Porto Alegre, 2005.

_____. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? **Revista NEJ Eletrônica**, v. 15, n. 1, p. 158-173, jan./abr. 2010. Disponível em: <www.univali.br/periodicos>. Acesso em: 20 ago. 2018.

_____. Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do sujeito. **Revista Sequência**, n. 54, UFSC, Florianópolis, jul. 2007.

_____. Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 54, p. 29-46, jul. 2007.

_____. **Compreender Direito**: desvelando as obviedades do discurso jurídico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio. Dilemas da crise do direito. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. a. 49, n. 194, abr./jun. 2012.

_____. Ensino jurídico no Brasil. PETRY, Alexandre Torres et al. *In*: **Ensino Jurídico no Brasil**: 190 anos de história e desafios. Porto Alegre: OAB/RS. 2017.

_____. Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo. **ConJur**, 24 out. 2015. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-out24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso em: 24 ago. 2018.

_____. Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013.

_____. Hermenêutica e princípios. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013.

_____. Hermenêutica e solipsismo: ainda e sempre o problema do positivismo. Reflexões sobre teoria da Constituição e do Estado. *In*: SANTO, Davi e PASOLD, Cesar. **Reflexões sobre Teoria da Constituição e do Estado**. Florianópolis: Insular, 2013.

_____. **Hermenêutica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014; STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: decido conforme minha consciência? 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015; STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014; CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006; JORGE NETO, Nagibe de Melo. Das questões políticas e da possibilidade do controle das

Políticas públicas pelo poder judiciário. **Revista ESMAFE**, Recife: TRF 5ª Região, n. 12, p. 127-141, 2007.

_____. Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização de direitos fundamentais-sociais no Brasil. **Novos estudos jurídicos**, v. 8, n. 2, p. 257-301, maio/ago. 2003.

_____. O (pós-)positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) - dois decálogos necessários. **Revista de direitos e garantias fundamentais**, Vitória, n. 7, p. 15-45, jan./jun. 2010.

_____. Os dilemas da representação política: O Estado Constitucional entre a Democracia e o Presidencialismo de Coalizão. **Revista Direito e Sociedade**, n. 44, p. 83-101, jan./jun., 2014.

_____. Uma leitura hermenêutica das características do neoconstitucionalismo. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. n. 10. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2013.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. **Ciência política e teoria geral do estado**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

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 do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi**, n. 7, 2007, p. 45-68. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/72/72>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LIMA, Danilo Pereira. A relação direito e política: uma análise da atuação do Judiciário na história brasileira. **Pensar**, Fortaleza, v. 18, n. 3, p. 737-758, set./dez. 2013.

STRECK, Lenio. Hermenêutica constitucional. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. CAMPILONGO, Celso Fernandes; FREIRE, André Luiz (Coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/18/edicao-1/hermeneutica-constitucional>>. Acesso em: 01 set. 2018.

SUNSTEIN, Cass. **Radicals in robes: why extreme right-wing V Courts are wrong for America**, 2005.

SUNSTEIN, Cass. **Designing democracy**. What constitutions do, New York: Oxford University Press, 2001.

TAMANAHAN, Brian. **Beyond the formalist-realist divide**: the role of politics in judging. Princeton: Princeton University Press, 2010.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TATE, Neal; VALLINDER, Tobjörn. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: University Press, 1995.

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

TEUBNER, Gunther. As múltiplas alienações do direito: sobre a mais-valia social do décimo segundo camelo. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JÚNIOR, Dalmir (Org.). **Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O compromisso do projeto de novo código de processo civil com o processo justo**, Brasília, a. 48, n. 190, abr./jun. 2011.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**: leis e costumes. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

TOSI, Silvano. **Colpo di Stato**. Roma: Gismondi, 1951.

TRIBE, Laurence Henry. **American constitutional law**. 2. ed. New York: The Foundation Press, 1988.

TUSHNET, Mark. **Weak courts, strong rights**: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law. Princeton: Princeton University, 2008.

TV SENADO. **Impeachment**: Sessão extraordinária do Senado Federal, de 31 de agosto de 2016. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=5KzF6JkgyF0>>. Acesso em: 01 set. 2018.

VAZ, Paulo Afonso Brum. O impeachment e o acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico. **Revista de direitos fundamentais e democracia**, v. 21, n. 21, p. 106-135, dez. 2016.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: REVAN, 1999.

_____. **Corpo e alma da magistratura brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. Revolução processual do direito e democracia progressiva. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org). **A democracia e os três poderes**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Brasília: Imprensa Nacional, 1979.

VIEIRA, André Guilherme. Dilma dificilmente reverterá decisão de impeachment, diz Gilmar Mendes [entrevista com o Ministro Gilmar Mendes]. **Valor Econômico**, 2016. Disponível em <<https://www.valor.com.br/politica/4691709/dilma-dificilmente-revertera-decisao-de-impeachment-diz-gilmar-mendes>>. Acesso em: 01 set. 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição e sua reserva de justiça**: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. Supremocracia. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-462, jul./dez. 2008.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2010.

VILLAVERDE, João. A Dilma tem de enfrentar o painelço que lhe cabe [entrevista com o ex-ministro Antônio Delfin Neto]. **Estadão**, 1 ago. 2015. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,a-dilma-tem-de-enfrentar-o-panelaco-que-lhe-cabe,1736464>>. Acesso em: 01 set. 2018.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.

WARAT, Luis Alberto. **A pureza do poder**. Florianópolis: UFSC, 1983.

_____. **Introdução geral ao direito**, v. 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

WEBER, Albrecht. **Las Tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual**. Barcelona: Ariel, 1998.

WEBER, Max. A política como vocação. In: Gerth, Hans & Mills, C. Wright (Orgs.). **Ensaio de sociologia**. Rio de Janeiro, Zahar, 1974.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva, v. 1. Tradução de Régis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4. ed., Brasília: UnB, 1991.

_____. **Os três tipos puros de dominação legítima**. In: COHN, Gabriel (Org.). **Weber**: sociologia, v. 13. São Paulo: Ática, 1979.

WEISSHEIMER, Marco. STF está envolvido no processo do golpe, afirma professor da UnB. Entrevista com Marcelo a Costa Pinto Neves. **Sul21**. Porto Alegre, 29 mai. 2016. Disponível em: <<https://www.sul21.com.br/areazero/2016/05/stf-esta-envolvido-no-processo-do-golpe-afirma-professor-da-unb/>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Tradução de José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1989.

WOLFF, Francis. Esquecimento da política ou desejo de outras políticas? In: NOVAES, Adauto (Org.). **O esquecimento da política**. Rio de Janeiro: Agir, 2007.

ZAGREBBELSKY, Gustavo. **A crucificação e a democracia**. Tradução de Monica Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **El derecho ductil: ley, derecho y justicia**. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Trota, 1995.

_____. **Imparare democrazia**. Torino: Einaudi, 2007.