



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

HÍCARO QUINTELA DE MEDEIROS CLEMENTE

**MONOCRATIZAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL
BRASILEIRA: RACIONALIDADE E REENQUADRAMENTO
DEMOCRÁTICO DO USO DE CAUTELARES NO CONTROLE
ABSTRATO DE NORMAS**

BRASÍLIA

2020

HÍCARO QUINTELA DE MEDEIROS CLEMENTE

**MONOCRATIZAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL
BRASILEIRA: RACIONALIDADE E REENQUADRAMENTO
DEMOCRÁTICO DO USO DE CAUTELARES NO CONTROLE
ABSTRATO DE NORMAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, Estado e Constituição.

Orientador: Professor Doutor Guilherme Scotti Rodrigues.

BRASÍLIA

2020

Hícaro Quintela de Medeiros Clemente

**MONOCRATIZAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL
BRASILEIRA: RACIONALIDADE E REENQUADRAMENTO
DEMOCRÁTICO DO USO DE CAUTELARES NO CONTROLE
ABSTRATO DE NORMAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em
Direito, Estado e Constituição.

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Guilherme Scotti Rodrigues
(Orientador, Presidente)

Professor Doutor Menelick de Carvalho Netto
(Membro interno)

Professor Doutor Paulo Henrique Blair de Oliveira
(Membro externo)

Professor Doutor Argemiro Cardoso Moreira Martins
(Suplente arguidor)

AGRADECIMENTOS

Tenho muito a agradecer pela conclusão deste projeto do mestrado, tão almejado por mim e construtivo para minha formação. Nesses dois anos de pesquisa e de estudo, tive o privilégio de conviver, na academia, com professores e colegas que não só possuem o meu o mais profundo respeito e admiração, mas também o meu agradecimento por me impulsionarem a desenvolver um grande amadurecimento acadêmico e pessoal.

De modo especial, quero agradecer a meus pais, Ronaldo Clemente da Silva e Tasmânia Quintela de Medeiros Silva, meus melhores amigos e minha base, que sempre me apoiam incondicionalmente em qualquer projeto que inicio, assim como me agraciam com seu eterno amor e carinho.

Ao meu irmão, Perseu Quintela de Medeiros Clemente, também presto meus mais sinceros agradecimentos por, desde muito jovem, se mostrar o melhor companheiro que eu poderia ter, sempre me incentivando a perseguir meus sonhos.

Agradeço igualmente ao meu orientador, Professor Dr. Guilherme Scotti, pelas grandes lições, paciência e disponibilidade ao longo desse projeto, bem como por me propiciar uma maravilhosa experiência de prática de docência, a qual espero poder continuar desenvolvendo nos próximos anos.

Sou muito grato à minha amada e colega de mestrado, Juliana Santiago. Meu amor, sem seu constante companheirismo, paciência e suporte eu não teria conseguido finalizar essa importante etapa da minha vida.

Por fim, não menos importante, jamais poderia deixar de agradecer aos grandes amigos e amigas, de Maceió e de Brasília, sempre dispostos a celebrar meus sucessos e a me apoiar nas dificuldades. A amizade verdadeira certamente torna a vida mais prazerosa. Tenho a sorte de poder contar com amigos e amigas tão especiais.

RESUMO

Este trabalho examina a recente tendência à “monocratização” da jurisdição constitucional brasileira, fenômeno esse que vem se desenvolvendo em paralelo à consolidação do protagonismo institucional do Supremo Tribunal Federal (STF), após a redemocratização consagrada pela Constituição de 1988. De modo mais específico, a pesquisa se volta à análise do poder - descentralizadamente atribuído a cada um dos Ministros do STF - de tomar decisões cautelares monocráticas em sede de controle abstrato de constitucionalidade. Indaga-se, sobretudo, qual o papel a ser desempenhado por esse poder jurisdicional no paradigma do Estado Democrático de Direito, que se caracteriza por abrigar, em seu interior, uma complexa tensão constitutiva entre autonomia privada e pública. Adotando-se, como marco teórico, a concepção do direito como integridade e a teoria discursiva do direito e da democracia, elaboradas, respectivamente por Ronald Dworkin e Jürgen Habermas, defende-se que a concessão de medidas cautelares pelos Ministros do STF em controle abstrato, se compreendida em sua melhor luz, tem uma função relevante a exercer na democracia constitucional brasileira, qual seja, a salvaguarda, em situações urgentes, dos direitos fundamentais dos cidadãos integrantes da comunidade de princípios inaugurada pela Constituição de 1988.

Palavras-Chave: Democracia; Constituição; “Monocratização”; Jurisdição Constitucional; Autonomia; Liberdade; Igualdade.

ABSTRACT

This research explores the recent “individualization” phenomenon of the Brazilian constitutional jurisdiction, which has been developed in parallel of the consolidation of the Supreme Federal Court’s (STF) institutional role that, in turn, has occurred after the democratization enshrined by the 1988 Constitution. More specifically, this research analyzes the power given, in a decentralized way, to each one of the STF’s judges to take monocratic precautionary decisions in the abstract constitutional adjudication system. Above all, it is questioned what role this jurisdictional power should play in the paradigm of the Constitutional Democracy, which embraces a complex constitutive tension between private and public autonomy. Adopting, as a theoretical framework, the conception of law as integrity and the discourse theory of law and democracy, elaborated, respectively, by Ronald Dworkin and Jürgen Habermas, it is argued that the granting of precautionary decisions by STF’s judges, if properly interpreted, has a relevant role to play in Brazil’s Constitutional Democracy: safeguarding, in urgent cases, the basic rights of the citizens who belong in the community of principles inaugurated by the 1988 Constitution.

Keywords: Democracy; Constitution; “Individualization”; Constitutional Jurisdiction; Autonomy; Liberty; Equality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. DA “SUPREMOCRACIA” À “MONOCRATIZAÇÃO” DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA	11
1.1. A consolidação do protagonismo institucional do Supremo Tribunal Federal após a redemocratização consagrada pela Constituição de 1988.....	11
1.2. O avanço do protagonismo individual dos ministros do Supremo Tribunal Federal: a “monocratização” da jurisdição constitucional brasileira.....	18
1.3. Contextualização histórica e previsão normativa da concessão de medidas cautelares em controle abstrato.....	24
2. OS PARADOXOS CONSTITUTIVOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A FUNÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	31
2.1. O caráter histórico e paradigmático do conhecimento científico e a reanálise crítica das pretensões totalizadoras da racionalidade moderna.....	31
2.2. Os paradigmas do direito moderno	33
2.3. Uma concepção procedimental do paradigma do Estado Democrático de Direito	39
2.4. O direito como integridade: a interpretação adequada e justificada dos princípios constitucionais	47
2.5. A legitimidade democrática da jurisdição constitucional como um fórum de princípio.....	59
3. A PRÁTICA JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO DEFERIMENTO OU INDEFERIMENTO DE CAUTELARES MONOCRÁTICAS EM CONTROLE ABSTRATO: ENTRE QUESTÕES DE PRINCÍPIO E DE POLÍTICA..	71
3.1. A constitucionalidade da interrupção da gravidez por gestantes de fetos anencefálicos – ADPF 54	71
3.2. O reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar – ADI 4277	75
3.3. As regras de distribuição dos <i>royalties</i> do petróleo - ADI 4917.....	79
3.4. A crise de celeridade do Poder Judiciário brasileiro e tentativa de criação de novos Tribunais Regionais Federais - ADI 5017	82

3.5. A inconstitucionalidade da regulamentação vigente quanto à doação de sangue por homossexuais – ADI 5543	85
3.6. A obstrução do retrocesso do combate ao trabalho escravo - ADPF 489.....	87
3.7. A consagração do direito da liberdade de manifestação e de pensamento nas universidades públicas – ADPF 548	89
CONCLUSÃO	93
REFERÊNCIAS	99

INTRODUÇÃO

O presente trabalho se propõe a realizar uma investigação teórica que possa esclarecer se, ou de qual forma, é possível compatibilizar o deferimento monocrático de medidas cautelares, em sede de controle abstrato de constitucionalidade¹, com um exercício legítimo da jurisdição constitucional no paradigma do Estado Democrático de Direito.

Com esse objetivo, a fim de contextualizar o problema de pesquisa, o capítulo 1 abordará as causas, apontadas pela literatura, que permitiram a consolidação do protagonismo institucional do Supremo Tribunal Federal (STF) no período que se seguiu à redemocratização consagrada pela Constituição de 1988, bem como os fatores que, em paralelo àquele fenômeno, propiciariam um exercício cada vez mais contundente de poderes jurisdicionais por parte de cada um dos Ministros daquela Corte.

Em seguida, no mesmo capítulo, será demarcado, dentre os poderes exercidos individualmente pelos Ministros do STF, os que guardam relação direta com o objeto de pesquisa, qual seja, a alocação descentralizada de poder cautelar em ações de controle abstrato de constitucionalidade.

Delimitado o objeto de pesquisa, passa-se a desenvolver, no capítulo 2, o marco teórico que embasará o restante da investigação. Nesse sentido, serão estudadas a concepção do direito como integridade e a teoria discursiva do direito e da democracia, elaboradas, respectivamente, por Ronald Dworkin e Jürgen Habermas, a fim de elaborar argumentos teóricos consistentes que, ao explicitarem corretamente a complexa função atribuída à jurisdição constitucional no paradigma do Estado Democrático de Direito, possam servir de instrumento de análise do fenômeno da “monocratização” instaurado recentemente no STF.

No capítulo 3, serão expostos alguns casos atuais e qualitativamente importantes da jurisprudência do STF acerca da matéria. Tal exposição de precedentes não busca realizar estudos de caso exaurientes, o que seria incompatível com os limites do presente trabalho, mas apenas ilustrar alguns contornos da prática corriqueira do deferimento, ou indeferimento, de medidas cautelares em controle abstrato.

¹ No presente trabalho, o termo “controle abstrato” de constitucionalidade será utilizado no sentido usual empregado pela doutrina, isto é, apenas para se referir ao controle judicial de constitucionalidade que se operacionaliza por via processual principal, na qual a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade do ato normativo em tese, objeto do controle requerido pela parte legitimada, consubstancia-se no próprio pedido da ação.

Por fim, na Conclusão, com fundamento nas conclusões teóricas desenvolvidas no capítulo 2, devidamente contextualizadas pela abordagem dos casos realizada no capítulo 3, serão definidos, a partir de um raciocínio indutivo, a forma mais bem fundamentada de concessão de medidas cautelares monocráticas, em sede de controle abstrato, e o papel a ser desempenhado por tais medidas na democracia constitucional consagrada pela Constituição de 1988.

1. DA “SUPREMOCRACIA” À “MONOCRATIZAÇÃO” DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

1.1. A consolidação do protagonismo institucional do Supremo Tribunal Federal após a redemocratização consagrada pela Constituição de 1988

Nas últimas décadas, o Supremo Tribunal Federal vem exercendo, na sociedade brasileira, um papel de destaque institucional na resolução de questões político-constitucionais complexas.

Os debates em torno de questões políticas e jurídicas delicadas, cuja resolução costumeiramente atrai grande atenção popular, são cada vez mais retirados da arena política e delegados ao STF, ao qual, de acordo com o arranjo institucional da Constituição Federal (CF), cabe a resolução definitiva sobre o sentido e o alcance dos direitos e normas previstos no texto constitucional de 1988².

Embora tal “ativismo” da jurisdição constitucional em face da política não se trate exclusivamente de um fenômeno brasileiro, sendo observado com contornos similares no movimento constitucionalista que moldou a reestruturação de diversos países europeus após a

² Não se quer afirmar que o pronunciamento jurisdicional do STF, notadamente em sede de controle abstrato de constitucionalidade, tem o condão de impedir qualquer interpretação ou manifestação diversa das demais esferas político-democráticas, formais e informais, da sociedade. De fato, quanto à esfera pública formal, por exemplo, a própria Constituição de 1988, com a redação vigente, muito embora estipule, em seu art. 102, §2º, que as decisões do STF em controle abstrato, em regra, produzirão “*eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal*”, exclui de tal vinculação o Poder Legislativo. Nesse contexto, relevante destacar o recente entendimento exposto pelo STF quanto à matéria. Segundo a Corte, não obstante o Legislativo ter a prerrogativa de, em face de uma decisão do STF com eficácia geral e efeito vinculante, alterar o próprio texto constitucional (e consequentemente o parâmetro de controle), desde que respeitados os limites de alteração previstos no art. 60 da CF, em se tratando de lei ordinária que busque desafiar a interpretação vinculante da Corte, tal legislação padeceria de uma “presunção de inconstitucionalidade. (ADI 5105, Relator Min. Luiz Fux). Observe-se, ainda, a lição de Carvalho Netto (2001, p. 84): “*A comunidade aberta de intérpretes da Constituição, para usar a expressão consagrada por Peter Häberle, é que impede que a Constituição possa ser arbitrariamente considerada como doada a um determinado órgão que, a título de se apresentar como o seu guardião, não guardaria nada mais do que os próprios interesses egoísticos e as visões privadas de seus membros. Os princípios estruturantes do constitucionalismo, resgatados não na concepção jusnaturalista mas na idéia de integridade do Direito, é que podem garantir a exigência de que a Constituição se apresente como algo que pertença intersubjetivamente a todos os cidadãos, pois base dessa comunidade de homens livres e iguais que vivem sob a égide das leis que fizeram para auto-regerem-se em sua vida em comum. Algo que não é passível de ser assenhorado, privatizado, por nenhum dos órgãos estatais, sob pena de se esvair, de se esvaziar, de não ser nada a não ser a face mais visível da própria descrença nas instituições, da anomia*”.

Segunda Guerra Mundial³, bem como ao longo da história institucional da Suprema Corte norte-americana, o avanço da autoridade do STF no Brasil adquire contornos próprios, até mesmo em razão da peculiaridade do arranjo institucional pátrio.

Em célebre artigo sobre o tema, Oscar Vilhena Vieira (2008) cunhou o termo “Supremocracia” para designar a singularidade do ativismo da jurisdição constitucional brasileira, alinha essa que abrangeria dois aspectos, quais sejam, o fortalecimento da autoridade das decisões do STF em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e a expansão do protagonismo da Corte em detrimento dos Poderes Legislativo e Executivo:

A hipótese fundamental deste texto é de que este perceptível processo de expansão da autoridade dos tribunais ao redor do mundo ganhou, no Brasil, contornos ainda mais acentuados. A enorme ambição do texto constitucional de 1988, somada à paulatina concentração de poderes na esfera de jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ocorrida ao longo dos últimos vinte anos, aponta para uma mudança no equilíbrio do sistema de separação de poderes no Brasil. O Supremo, que a partir de 1988 já havia passado a acumular as funções de tribunal constitucional, órgão de cúpula do poder judiciário e foro especializado, no contexto de uma Constituição normativamente ambiciosa, teve o seu papel político ainda mais reforçado pelas emendas de nº. 3/93, e nº. 45/05, bem como pelas leis nº. 9.868/99 e nº. 9.882/99, tornando-se uma instituição singular em termos comparativos, seja com sua própria história, seja com a história de cortes existentes em outras democracias, mesmo as mais proeminentes. Supremocracia é como denomino, de maneira certamente impressionista, esta singularidade do arranjo institucional brasileiro. (...). Em um primeiro sentido, o termo supremocracia refere-se à autoridade do Supremo em relação às demais instâncias do judiciário (...). Em um segundo sentido, o termo supremocracia refere-se à expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes (VIEIRA, 2008, pp. 444-445).

Explorando as possíveis causas do surgimento da “Supremocracia”, Vieira propõe dois fatores principais para a consolidação do protagonismo institucional do STF no período

³ Nesse sentido, leciona Barroso (2017, p. 522) que: “Ao longo da segunda metade do século XX, os países da Europa continental e os que seguem a tradição romano-germânica, de uma maneira geral, assistiram a uma importante mudança de paradigma em relação ao desenho e à teoria constitucionais: a passagem do Estado legislativo de direito para o Estado constitucional de direito. No modelo antigo, a Constituição era compreendida, essencialmente, como um documento político, cujas normas não eram aplicáveis diretamente, ficando na dependência de desenvolvimento pelo legislador ou pelo administrador. Tampouco existia o controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário – ou, onde existia, era tímido e pouco relevante. Nesse ambiente, vigorava a centralidade da lei e a supremacia do parlamento. 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”.

posterior à recente redemocratização: (i) a ambição constitucional da Constituição de 1988 e (ii) a atribuição de competências superlativas, pelo texto constitucional, à Corte.

O autor denomina “ambição constitucional” a ampla regulamentação das relações políticas, sociais, econômicas e jurídicas pela Constituição de 1988, cujo extenso texto não se limita à simples definição da estrutura do Estado e dos direitos fundamentais, mas sim apresenta detalhamento minucioso de uma série de regras e procedimentos legais não necessariamente relacionados a temas tipicamente constitucionais.

A consequência da ambição do texto constitucional de 1988 é uma potencial explosão de litigiosidade, pois, “se tudo é matéria constitucional, o campo de liberdade dado ao corpo político é muito pequeno. Qualquer movimento mais brusco dos administradores ou dos legisladores gera um incidente de inconstitucionalidade, que, por regra, deságua no Supremo” (VIEIRA, 2008, p. 447).

A segunda causa do avanço da “Supremocracia”, segundo Vieira, consistiria no fato de que a Constituição de 1988 atribuiu ao STF uma gama extensa de competências, que podem ser subdivididas em funções jurisdicionais de tribunal constitucional, de foro especializado e de tribunal de última instância:

A Constituição de 1988, mais uma vez preocupada em preservar a sua obra contra os ataques do corpo político, conferiu ao Supremo Tribunal Federal amplos poderes de guardião constitucional. Ao Supremo Tribunal Federal foram atribuídas funções que, na maioria das democracias contemporâneas, estão divididas em pelo menos três tipos de instituições: tribunais constitucionais, foros judiciais especializados (ou simplesmente competências difusas pelo sistema judiciário) e tribunais de recursos de última instância (VIEIRA, 2008, p. 447).

Em relação à competência do STF enquanto tribunal constitucional que aprecia originariamente representações de inconstitucionalidade, seguindo a indicação de Vieira, é de fato inquestionável que a CF/88, em seu art. 103, I a IX, preocupou-se em ampliar significativamente o rol de legitimados para a propositura das ações de controle abstrato de constitucionalidade perante o STF, bem como realizou notável expansão das próprias hipóteses de cabimento de tal controle⁴.

⁴ Com efeito, em adição às ações diretas de impugnação de atos normativos (Ação Direta de Inconstitucionalidade-ADI e a Ação Declaratória de Constitucionalidade-ADC), abriu-se a possibilidade de questionamento da mora legislativa na edição de leis necessárias à proteção de direitos fundamentais, por meio do controle das omissões inconstitucionais do Legislativo (Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão - ADO, em sede de controle abstrato, e mandado de injunção, em sede de controle concreto). A ação declaratória de constitucionalidade (ADC)

No que diz respeito à competência do STF enquanto foro judicial especializado, Vieira assevera que podem ser destacadas as competências originárias atribuídas pela CF/88 ao Supremo, a exemplo do julgamento de crimes praticados por altas autoridades (CF, art. 102, I, “b” e “c”), *habeas corpus* nas hipóteses previstas no art. 102, I, “d” e “i” da CF, mandados de segurança e *habeas data* contra atos de órgãos do alto escalão da República (CF, art. 102, I, “d”), entre outros.

Já em relação à atuação do STF como tribunal de última instância, pode-se encontrar, consoante indicado por Vieira, as competências recursais ordinárias e extraordinárias conferidas à Corte pelo texto constitucional vigente (em seu art. 102, II e III), cujos dispositivos consagram o sistema misto de controle de constitucionalidade no Brasil, isto é, a coexistência no ordenamento jurídico do sistema difuso, de caráter concreto, e concentrado, de perfil de abstrato.

Realizando diagnóstico semelhante no que concerne às causas do avanço da judicialização da política e das relações sociais no Brasil em torno do Supremo, em virtude do desenho institucional vigente e das características do texto da Constituição de 1988, sustenta Barroso (2010) que:

No Brasil, como assinalado, a judicialização decorre, sobretudo, de dois fatores: o modelo de constitucionalização abrangente e analítica adotado; e o sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, que combina a matriz americana – em que todo juiz e tribunal pode pronunciar a invalidade de uma norma no caso concreto – e a matriz européia, que admite ações diretas ajuizáveis perante a corte constitucional. Nesse segundo caso, a validade constitucional de leis e atos normativos é discutida em tese, perante o Supremo Tribunal Federal, fora de uma situação concreta de litígio. Essa fórmula foi maximizada no sistema brasileiro pela admissão de uma variedade de ações diretas e pela previsão constitucional de amplo direito de propositura. Nesse contexto, a judicialização constitui um *fato* inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário. Juízes e tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão. Todavia, o modo como venham a exercer essa competência é que vai determinar a existência ou não de ativismo judicial (BARROSO, 2010, p. 10).

foi originariamente inserida pela Emenda Constitucional (EC) nº 3/93, sendo destinada à declaração da constitucionalidade de leis e atos normativos federais. Nesse primeiro momento, a legitimidade para o ajuizamento da ADC era exclusiva do Presidente da República, da Mesa do Senado Federal, da Mesa da Câmara dos Deputados e do Procurador-Geral da República. Com a reforma do judiciário realizada pela EC 45/2004, equiparou-se a legitimidade ativa da ADC ao rol já previsto para a propositura da ADI, bem como se igualou o objeto do controle entre as duas ações: leis e atos normativos federais ou estaduais. A posterior regulamentação do §2º, do art. 102, da CF, pela Lei nº 9.882/1999, ao definir as possibilidades de ajuizamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), inserindo no controle abstrato de constitucionalidade a possibilidade de impugnação de leis e atos normativos municipais e anteriores à promulgação da CF/88, igualmente se mostrou essencial para a expansão da competência da Corte, a qual passou a poder analisar questões antes não abarcadas pela via excepcional do controle abstrato.

Embora a abrangência do texto constitucional de 1988 possua um papel importante na expansão, ainda que potencial, da litigiosidade em matéria constitucional e, conseqüentemente, da atuação da Corte Constitucional, seria um erro restringir a análise da ascensão do protagonismo do STF a essa característica da Constituição brasileira. Com efeito, o desenvolvimento institucional da Suprema Corte norte-americana, para citar um exemplo notável, demonstra que o protagonismo daquela Corte se desenvolveu acentuadamente, ao longo de sua história, a despeito do caráter conciso e limitado do texto constitucional dos Estados Unidos da América (EUA).

Por essas razões, em complemento àquelas causas do surgimento e da consolidação da “Supremocracia”, fatores “externos” ao sistema jurídico-institucional previsto na Constituição também são apontados pela literatura como determinantes para a consolidação do protagonismo do STF após a redemocratização consagrada pela CF/88.

Nesse contexto, não se pode ignorar que a crise de legitimidade dos órgãos políticos representativos brasileiros perante a opinião pública - sobretudo devido aos elevados índices de casos de corrupção no alto escalão político do país - contribuiu decisivamente para a transferência de prestígio institucional do Parlamento ao Tribunal Constitucional.

De modo semelhante, é central destacar a estratégia de complacência do sistema político quanto à expansão e desenvolvimento da supremacia judicial do STF, visto que, corriqueiramente, atores políticos optam por delegar à Corte a solução de questões controversas antipopulares, evitando-se, assim, o ônus da tomada da decisão.

A propósito, Barroso (2018, p.7) aponta, como uma das causas da expansão da judicialização da vida política e da ascensão dos Tribunais, “uma certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral”, bem como que “atores políticos, muitas vezes, preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade. Com isso, evitam o próprio desgaste na deliberação de temas divisivos, como uniões homoafetivas, aborto ou mesmo descriminalização de drogas leves, como a maconha” (Ibid., p. 7)⁵.

⁵ De modo ainda mais enfático, aduz ARGUELHES (2013, p.7) que as respostas para a compreensão do fenômeno de consolidação do protagonismo da Corte Constitucional “*devem ser procuradas na interação do STF com a política e, mais concretamente, com os políticos. A observação de que ocorre em outros países sugere que não há ‘supremocracia’ que não tenha sido aqui e ali aceita — ou até incentivada — pelos outros dois poderes, ainda que, hoje, seus atuais representantes possam se ver genuinamente frustrados por decisões do tribunal. Não é*

Outro fator essencial ao desenvolvimento do protagonismo da Corte Constitucional brasileira, que dialoga com as causas já mencionadas, consubstancia-se na perspectiva esboçada por ARGUELHES e RIBEIRO (2016), segundo a qual a consolidação da supremacia judicial do STF sobre a política decorreu, em grande medida, do papel desenvolvido pelos próprios Ministros do tribunal, ao criarem, moldarem e/ou expandirem seus poderes de julgamento:

(...) a mudança na presença política do STF – da marginalidade para a centralidade – poderia ser explicada pela combinação dos amplos poderes previstos na Constituição de 1988 com crescentes demandas sociais e institucionais para que o STF de fato use esses poderes. Contudo, desde a promulgação da Constituição, o próprio STF vem contribuindo decisivamente para remarcar as fronteiras de sua atuação junto aos outros poderes. O comportamento dos atores externos ao tribunal e os poderes que lhe foram conferidos pelo texto constitucional são fatores importantes, mas insuficientes para explicar o papel atual do STF na vida nacional. É preciso considerar o quanto interpretações constitucionais, expressas em votos de ministros do STF, foram decisivas para a expansão do poder do tribunal (ARGUELHES; RIBEIRO, 2016, p. 408).

Arguelhes e Ribeiro apresentam, no referido trabalho, importantes exemplos dessa constatação: desde a promulgação da Constituição de 1988, a jurisprudência do STF moldou a amplitude da legitimidade ativa para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (criando as figuras dos “legitimados universais” e “legitimados especiais”) e estabeleceu a competência jurisdicional da Corte para apreciar, em sede de controle prévio, a constitucionalidade das propostas de emenda à Constituição (PEC), pela via excepcional do mandado de segurança, a despeito da ausência de previsão expressa no texto constitucional⁶.

apenas a oposição derrotada que tem incentivos para convidar o STF a dar a última palavra. Em cenários de impasses legislativos, dentro de certas condições, mesmo maiorias eventuais podem ter incentivos para obter, pelos votos dos ministros do Supremo, decisões que não conseguem aprovar pelas vias legislativas. Mais ainda, o STF também pode ser útil aos poderes eleitos ao puxar para si temas que eles não querem tratar devido ao seu alto custo eleitoral.”

⁶ Fenômeno criativo esse nada estranho ao desenvolvimento da própria jurisdição constitucional enquanto mecanismo de supremacia judicial. A título ilustrativo, pode-se argumentar que o próprio surgimento simbólico do “*judicial review*”, na decisão da Suprema Corte dos EUA no caso *Marbury vs. Madison* - 5 U.S. 137 (1803), representou, na época, a criação de uma competência jurisdicional não expressamente prevista na Constituição norte-americana. Nas palavras célebres do então Chief Justice, John Marshall, caberia ao Judiciário declarar a nulidade de quaisquer atos normativos contrários à Constituição: “*So if a law be in opposition to the Constitution, if both the law and the Constitution apply to a particular case, so that the court must either decide that case conformably to the law, disregarding the Constitution, or conformably to the Constitution, disregarding the law, the court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty. If, then, the courts are to regard the Constitution, and the Constitution is superior to any ordinary act of the legislature, the Constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply.*” (HEFFNER; HEFFNER, 2013, pp. 90-91). Convém destacar, em complemento, que tal decisão paradigmática foi prolatada em um contexto histórico específico, no qual John Marshall buscava garantir um papel político relevante para a Suprema Corte e enfrentar a forte oposição do Presidente Thomas Jefferson. Marshall

A análise do desenvolvimento da jurisprudência do STF nos últimos anos, paulatinamente construída pelos seus Ministros, de fato fornece um elemento adicional e indispensável à correta compreensão das causas de consolidação do protagonismo da Corte, pois, apenas com base na interpretação constitucional e na resolução de casos, o tribunal conseguiu “ampliar ou restringir o escopo de sua própria jurisdição, bem como as vias para acessá-la, impedindo que certos casos potenciais sejam levados para o seu julgamento ou facilitando que certos temas ou questões entrem na sua pauta decisória” (ARGUELHES; RIBEIRO, 2016, pp. 427-428).

Ademais, merece igualmente ser destacada a participação dos próprios jurisdicionados no movimento de ascensão institucional do STF. Não se pode ignorar que o Tribunal age após provocação dos agentes sociais que, corriqueiramente, optam por submeter à apreciação judicial questões constitucionais ou políticas importantes, ainda que com substituição dos debates travados nas esferas públicas formais (representativas) e informais.

Desse modo, sem pretensão de encerrar a complexa análise do contexto sócio-político que circunda o tema, pode-se afirmar, com alguma segurança, que a combinação de todos os fatores supramencionados (abrangência do texto constitucional, previsão superlativa de competências, crise de legitimidade dos órgãos representativos, complacência do sistema político, papel desempenhado pelos Ministros do STF e participação dos jurisdicionados) vem permitindo que a Corte Constitucional seja potencialmente acionada para intervir em qualquer questão político-constitucional relevante, seja originariamente, seja por meio recursal. Tal cenário, indubitavelmente, abre espaço para a consolidação do processo de judicialização da política em torno do STF em uma escala sem precedentes na história brasileira.

Os desdobramentos recentes decorrentes do avanço de um novo populismo conservador, que parece colocar em xeque o papel das instituições tradicionais e da própria democracia constitucional, não se mostram, até o momento, suficientes para desqualificar a importância sistêmica dos pronunciamentos do STF.

estrategicamente firmou uma competência inédita da Suprema Corte, qual seja, a de julgar a nulidade de atos legislativos, mas engenhosamente aplica tal prerrogativa ao caso concreto apenas para não reconhecer o direito de Marbury à nomeação como juiz de paz, evitando um confronto direto com Jefferson e, ao mesmo tempo, garantindo o respeito à autoridade da Corte pelo Presidente. Consoante salientam Paixão e Bigliuzzi (2011, p. 160): “A solução adotada por Marshall foi engenhosa: a decisão enunciou, como visto, os postulados da supremacia constitucional e do controle de constitucionalidade, mas não declarou o direito de Marbury de ser nomeado para o cargo de juiz de paz. Em vez disso, Marshall declarou, em seu voto, a inconstitucionalidade da norma federal – a seção 13 do Federal Judiciary Act – que havia estipulado a competência da Suprema Corte para, originariamente, apreciar a ação. (...) A sabedoria da solução prevista por Marshall reside na afirmação dos poderes da Suprema Corte, posteriormente utilizada em casos concretos, sem a eclosão de uma crise institucional (que poderia redundar na desmoralização da Corte).”

Mesmo em face de forte reação popular, as decisões da Corte ainda se apresentam na atualidade como o principal mecanismo, no Brasil, de resolução de questões político-constitucionais sensíveis, sobretudo porque o julgamento do STF é geralmente dotado de ampla eficácia geral e, em certos casos, efeito vinculante, devendo ser destacado, ademais, que inexistem registros relevantes, neste momento histórico, de grandes reações de desobediência formal da sociedade civil e das instâncias majoritárias em face do teor dos pronunciamentos da Corte⁷.

Dessa maneira, sob o arranjo institucional vigente, é possível observar que a “Supremocracia” teorizada por Vieira (2008) na década passada efetivamente se consolidou. O protagonismo institucional do STF é fato marcante na realidade política brasileira contemporânea, não obstante a recente tendência de declínio do prestígio e da imparcialidade da Corte em face da opinião pública⁸.

1.2. O avanço do protagonismo individual dos ministros do Supremo Tribunal Federal: a “monocratização” da jurisdição constitucional brasileira

⁷ Dois exemplos recentes de julgamentos do STF ilustram essa afirmação. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26/DF, julgada em 13/06/2019, o Tribunal reconheceu a mora legislativa do Congresso e equiparou ao crime de racismo, regulamentado pela Lei nº 7.716/ 1989, as condutas homofóbicas e transfóbicas, a despeito da grande repercussão negativa em face de grupos religiosos e políticos que integram a base do governo atual. Do mesmo modo, no julgamento das ações declaratórias de constitucionalidade (ADCs) 43, 44 e 54, o STF, por maioria apertada de votos (6x5), revisitou seus pronunciamentos anteriores e, contrariando fortes manifestações populares e tendências de ampliação da persecução penal, decidiu que era inconstitucional a execução provisória da pena após condenação em 2ª instância, antes do trânsito em julgado da decisão penal condenatória.

⁸ Notável, nesse sentido, a recente onda de ataques públicos, supostamente incentivados por políticos, ao STF, seja diretamente contra seus membros, seja pela divulgação de notícias fraudulentas (*fake news*), o que culminou na abertura, de ofício, de controverso inquérito pela Corte (Inquérito nº 4781), sem a participação do Ministério Público. O Ministro Relator do inquérito, no despacho de abertura, assentou que: “*O objeto deste inquérito é a investigação de notícias fraudulentas (fake news), falsas comunicações de crimes, denúncias caluniosas, ameaças e demais infrações revestidas de animus caluniandi, diffamandi ou injuriandi, que atingem a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros; bem como de seus familiares, quando houver relação com a dignidade dos Ministros, inclusive o vazamento de informações e documentos sigilosos, com o intuito de atribuir e/ou insinuar a prática de atos ilícitos por membros da Suprema Corte, por parte daqueles que tem o dever legal de preservar o sigilo; e a verificação da existência de esquemas de financiamento e divulgação em massa nas redes sociais, com o intuito de lesar ou expor a perigo de lesão a independência do Poder Judiciário e ao Estado de Direito.*” Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/inq4781.pdf> (acesso em 15 de janeiro de 2020)

Em paralelo à consolidação do protagonismo do Supremo Tribunal Federal enquanto órgão de cúpula do Poder Judiciário, o papel jurisdicional, político e processual de cada um dos Ministros da Corte, considerados individualmente, vem adquirindo, nos últimos anos, a necessária atenção por parte da doutrina e dos jurisdicionados.

A partir de uma perspectiva interna à deliberação da Corte, Virgílio Afonso da Silva (2016), em interessante estudo empírico que contou, inclusive, com entrevistas dos próprios Ministros, problematiza a importância do voto do relator como fator de agregação das opiniões dos julgadores, sobretudo em casos de grande relevância, nos quais é comum que cada magistrado leve seu voto pronto para a sessão de julgamento:

No Supremo Tribunal Federal, o papel do ministro relator também não foi ainda objeto de estudo mais detido. A percepção mais difundida é a de que o ministro relator estaria mais para "senhor do processo" do que "apenas um dentre onze", já que é o ministro que mais se ocupa com o caso. Mais do que isso, estatísticas mostram que o relator costuma ser seguido na esmagadora maioria das decisões do STF. (...) apesar dessa clara estatística, pouco se sabe qual é a influência do relator e de seu voto no processo de deliberação nos casos mais polêmicos, que chamam mais a atenção tanto da comunidade jurídica quanto do grande público e da imprensa. Na medida em que nesses casos – ao contrário do que ocorre normalmente – todos os ministros costumam levar seus votos prontos para a sessão de julgamento, é possível supor que o papel e o grau de influência do relator sejam diferentes se comparados com o cenário usual em que os demais ministros chegam à sessão de julgamento com informações muito superficiais sobre o que vai ser julgado (SILVA, 2016, p. 184).

Em complemento à possível redução de importância do voto do Relator em casos controversos, de grande repercussão social, a literatura vem destacando a tendência de fragmentação da Corte também no que diz respeito aos poderes exercidos por cada um dos Ministros do STF, muitas vezes em descompasso com os anseios do colegiado.

Com efeito, a despeito da objetivização dos julgamentos em sede de controle concreto de constitucionalidade e da busca pelo estabelecimento de normas estáveis desvinculadas de casos concretos⁹, a prática institucional do STF demonstra, sobretudo na última década, que os arcabouços normativos procedimentais idealizados para conferir maior

⁹ Pretensão que, fundamentada em uma racionalidade jurídica irrefletida, desconhece seus próprios limites linguísticos e hermenêuticos. Como já destrinchou OLIVEIRA (2011, p.75), a partir das expectativas atribuídas à utilização do instituto da repercussão geral, “*Diante de qualquer repositório das narrativas sobre os sentidos das normas jurídicas não é racional abrigar as pretensões de vinculação das interpretações a serem feitas nas situações futuras. É igualmente irracional pretender uma coerência diacrônica dessas narrativas, ou que a recuperação de seus registros textuais possa trazer um sentido preciso quando ao seu significado passado.*”

segurança ao ordenamento jurídico não conseguem frear um cenário cada vez mais recorrente de projeção individual dos Ministros da Corte, com redução da importância do plenário.

Nesse contexto, ARGUELHES e RIBEIRO (2018), em recente trabalho, fornecem uma visão ampliada e didática sobre os mecanismos que propiciaram o desenvolvimento do protagonismo individual dos Ministros do STF.

Salientam os autores que, à margem do aspecto interno da fundamentação das decisões e das deliberações do colegiado, é possível identificar três mecanismos de atuação dos Tribunais Constitucionais sobre a política: a tomada de decisão propriamente dita, sinalizações públicas de preferências do tribunal (ou de antecipação de entendimentos) e o poder de definição de agenda¹⁰.

Tais poderes dos tribunais poderiam ser alocados, conforme exposto no citado trabalho, de forma colegiada (quando se coloca alguma votação majoritária como condição necessária e suficiente para utilização de algum dos poderes), individual centralizada (“... em torno de funções que apenas um ministro pode ocupar dentro do tribunal de cada vez—por exemplo, decano ou presidente do tribunal ou de uma das turmas – ARGUELHES e RIBEIRO, 2018, p. 19) e individual descentralizada - nos casos em que os mecanismos “... são disponíveis, em princípio, aos ministros pela simples condição de ministros, ainda que, em processos específicos, o exercício desse poder seja exclusivo de um ministro (como é o caso dos poderes do relator do processo)” (*ibid*, p. 19).

Com fundamento nesse esquema de análise, Arguelhes e Ribeiro propõem uma reconstrução da atuação do Supremo, com enfoque na possibilidade de emprego individual dos poderes supracitados pelos magistrados da Corte.

A partir de alguns exemplos qualitativos importantes e atuais, concluem os autores que a alocação dos poderes de decidir, sinalizar preferências e de definir agenda (inclusive a suspensão por tempo indefinido de julgamentos, em razão de pedido de vista) são distribuídos frequentemente, na prática, de forma individual e descentralizada no STF, o que, seguindo a

¹⁰ Explicando cada um desses poderes dos tribunais, afirmam Arguelhes e Ribeiro (2018, pp. 6-8) que: “*Tribunais constitucionais podem ter um impacto legislativo imediato, direto e formal sobre as decisões legislativas, vetando-as totalmente ou invalidando-as parcialmente. Essa possibilidade de atuação direta, porém, abre espaço para efeitos indiretos sobre o comportamento de atores fora do tribunal. A ameaça crível de decisão judicial futura (gerada pelo comportamento passado do tribunal) cria uma espécie de efeito pedagógico e indireto de retroalimentação (feedback) sobre o próprio processo legislativo (...), conforme atores políticos percebem esses incentivos para adaptar sua produção normativa e estratégias de ação levando em conta as preferências do tribunal. (...)*Sinalizações sobre decisões judiciais futuras mudam os custos esperados de determinados cursos de ação, alterando cálculos e comportamentos, por diversos meios formais e informais. A manifestação mais clara e extrema do poder de sinalização seria uma mensagem oficial pública do tribunal, antes que um conflito surja, já antecipando a posição que tomará se e quando provocado. (...). O poder de definir a agenda envolve escolher quando julgar um dado tema ou caso, habilitando ou impedindo decisões judiciais em momentos específicos”.

nomenclatura apresentada por Vieira (2008), propiciaria ascensão e consolidação de uma singular “Ministrocracia” na jurisdição constitucional brasileira:

Diante de seus ministros, portanto, o Supremo não parece tão supremo assim. Mostramos que o stf aloca de maneira individual e descentralizada uma série de poderes individuais de agenda, de sinalização e mesmo de decisão formal. A experiência brasileira recente, envolvendo alguns dos mais importantes conflitos políticos que já chegaram ao stf desde a redemocratização, sugere que o uso de poderes depende muito mais da virtude individual do que de mecanismos institucionais de controle. (...). Por trás do poder do stf sobre outras instituições políticas e judiciais do país, portanto, há uma profunda fragmentação interna com graves implicações externas. Ao longo da última década, consolida-se uma literatura crítica sobre o individualismo nas deliberações e decisões do tribunal. Neste trabalho, nosso foco esteve nos efeitos *para fora* de ações individuais no processo decisório—uma agenda complementar, e não substitutiva, à literatura já existente sobre individualismo nas decisões colegiadas do stf. Ministros individuais, se quiserem, podem moldar resultados na política, especialmente se lhes couber a relatoria do caso. Há pouco que o tribunal pode fazer que, nas condições certas, um ministro individual não possa também conseguir—e, até o momento, parece haver menos ainda que o tribunal coletivo possa fazer quando ministros individuais usurpam da maioria a chance de exercer poder. Se a “supremocracia” tem sido medida em termos de concentração de poder e capacidade de resolver conflitos políticos, é preciso começar a discutir nossa “ministrocracia” nos mesmos termos (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018, pp. 27-30).

Estudos empíricos recentes comprovam o cenário teorizado por Argueles e Ribeiro. Apenas no que diz respeito ao poder de tomada de decisão, referidos estudos demonstram que, na última década, as decisões liminares deferidas monocraticamente por Ministros do STF sofreram aumento exponencial, em processos subjetivos e objetivos.

Segundo dados estatísticos extraídos do projeto “Supremo em números”, de autoria da Fundação Getúlio Vargas (FGV), apenas entre 2002 e 2008, o número de decisões liminares monocráticas mais que triplicou, mantendo um percentual elevado nos anos seguintes, ao passo que o número de decisões colegiadas sofreu grande diminuição (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, III Relatório Supremo em Números, 2014, p. 38)¹¹.

¹¹ O projeto “Supremo em Números”, que conta com a participação de juristas e de matemáticos, realiza, em contraposição à análise qualitativa tradicional, estudos estatísticos e quantitativos que buscam descrever o perfil e os impactos da atuação do STF na sociedade brasileira. Em complemento, importante salientar que estatísticas oficiais do próprio STF permitem observar um percentual elevado de decisões liminares monocráticas em relação ao total de ações de controle abstrato de constitucionalidade na Corte, contabilizadas desde o ano 2000 (*Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/vertexto.asp?servico=estatistica>*).

Não obstante a alta incidência e relevância das liminares em casos que envolvam direitos subjetivos,¹² o novo padrão de “monocratização” da Corte Suprema, consubstanciada no aumento da concessão de medidas cautelares pelo Relator sem o referendo do plenário, encontra na eficácia geral e no efeito vinculante típicos das ações de controle abstrato uma força normativa sem precedentes na história constitucional brasileira.¹³

Surge, assim, um novo perfil de ativismo na jurisdição constitucional brasileira, em que o estabelecimento do sentido cogente da norma em tese é definido por um magistrado singular, responsável por assumir, na prática e sem maior debate democrático, o papel de novo guardião letrado da Constituição e dos sentidos dos direitos fundamentais.

A doutrina, comentando sobre a questão, afirma que “A queda na concentração de decisões colegiadas no controle abstrato tem sido uma constante nos últimos 25 anos. Há quase 20 anos, menos de 60% das decisões de mérito, em média, são tomadas pelo colegiado. Em 2013, foram menos de 30%. As liminares, por sua vez, estão há 5 anos na faixa de 10% de decisões coletivas” (HARTMANN; SILVA FERREIRA, 2015/2016, pp. 268-283).

Como consequência, liminares deferidas monocraticamente em processos objetivos passam a regulamentar, por anos, questões constitucionais controversas, sem a chancela do plenário e sem visibilidade pública, conforme sustenta Barroso (2012):

Devido ao congestionamento da pauta pelo Supremo Tribunal Federal, a suspensão liminar da eficácia da norma impugnada adquire maior significação: seu indeferimento remete a apreciação da matéria para um futuro, que pode ser incerto; e seu deferimento, embora provisório por natureza, ganha, muitas vezes, contornos definitivos, pela prolongada vigência da medida liminar (BARROSO, 2012, p. 205).

Alguns exemplos notáveis de concessão monocrática de medidas cautelares em ações de controle abstrato, que serão objeto de análise mais profunda no capítulo 3, permitem

¹² Com grande destaque para as decisões do STF no âmbito da denominada “Operação Lava-Jato”. A operação adquiriu forte apelo público, em razão da investigação de uma série de políticos que estariam envolvidos em esquemas de corrupção. O STF vem atuando diretamente nas ações de sua competência correlatas à operação, proferindo decisões monocráticas de forte repercussão social e política, como o afastamento e prisão cautelar de parlamentares, homologação de delações premiadas, execução provisória da pena e até mesmo decisões em inquérito contra o Presidente da República. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, AC 4070/DF, AgRg na Petição (PET) 7074, HC 152752, Inquérito 4483/DF).

¹³ Aqui não se quer apontar uma distinção ortodoxa entre os modelos clássicos de controle concreto (o *stare decisis* norte-americano) e abstrato (modelo europeu-Kelseniano), discussão já há muito problematizada pela literatura. Quer-se afirmar, apenas, que os julgamentos do STF em controle abstrato apresentam tratamento legal privilegiado no Brasil quanto a suas repercussões, uma vez que o texto constitucional é expresso em atribuir a eles efeito vinculante e eficácia *erga omnes* em todas as esferas da Administração e perante todas as instâncias do Judiciário (CF, art. 102, §2º).

observar que o uso crescente de liminares, em sede de controle abstrato, cada vez mais produz efeitos concretos na realidade social, econômica e política do país.

Nesse sentido, podem ser citadas: a decisão monocrática que reconheceu o direito das gestantes à interrupção da gravidez de fetos anencefálicos¹⁴; a liminar que vem suspendendo as novas regras de distribuição dos *royalties* do petróleo e gás natural,¹⁵ com grandes impactos financeiros aos Estados e Municípios não-produtores, a liminar que determinou o afastamento do Presidente do Senado, acusada de criar uma crise institucional entre os Poderes e que não foi cumprida pelo Congresso¹⁶ e a decisão monocrática que suspendeu a Portaria nº 1.129/2017 do então Ministério do Trabalho, cujas disposições foram consideradas, pela Ministra Relatora, um retrocesso no combate ao trabalho escravo no Brasil¹⁷.

De outro lado, são frequentes os casos em que pedidos de vista realizados por Ministros do STF interrompem a conclusão do julgamento de casos relevantes, não obstante a existência de maioria já formada no colegiado, sendo notável o seguinte exemplo: em abril de 2014, na ADI 4650¹⁸, que discutia a possibilidade de financiamento empresarial das campanhas políticas, um dos Ministros interrompeu o julgamento, após formação de maioria, ao pedir vista do processo, apenas o devolvendo para análise do plenário em setembro de 2015.

Ademais, a sinalização pública de preferências e/ou antecipação de posicionamento pelos Ministros do STF é, curiosamente, fato constante nos noticiários, de modo que, na iminência da provocação da Corte para decidir casos midiáticos, não raramente alguns dos Ministros fazem declarações que podem ser consideradas sinalizações do entendimento pessoal e/ou do Tribunal.

As várias formas de combinação dos poderes de decidir, sinalizar e de agenda abrem ricas possibilidades de atuação individual dos Ministros do STF em casos políticos-constitucionais relevantes que chegam ao Tribunal, representando indubitavelmente um campo

¹⁴ A liminar, todavia, foi cassada pela maioria do plenário três meses depois, em 20/10/2004, de modo que as gestantes que não puderam realizar a interrupção da gravidez nesse período ficaram impossibilitadas de fazê-lo até o julgamento final em 2012, causando grande insegurança jurídica para milhares de mulheres brasileiras (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADPF 54/DF, decisão monocrática, Relator Ministro Marco Aurélio, Julgamento em 01/07/2004, Publicação no DJ em 02/08/2004).

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADI 4.917 RJ, decisão monocrática, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Julgamento em 18/03/2013, Publicação no DJ em 21/03/2013.

¹⁶ Logo após a resistência política do Congresso em cumprir a liminar, o plenário do STF, por maioria, não referendou a decisão monocrática quanto ao afastamento do senador da presidência do Legislativo, estabilizando provisoriamente o cenário de crise institucional (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADPF 402/DF, decisão monocrática, Relator Ministro Marco Aurélio, Julgamento em 05/12/2016, Publicação em 05/12/2016).

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADPF 489, decisão monocrática, Relatora Ministra Rosa Weber, Julgamento em 24/10/2017.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADI 4650, Relator Ministro Luiz Fux, Julgamento em 17/09/2015.

fértil para o desenvolvimento de estudos investigativos, os quais, todavia, exorbitam o escopo da presente pesquisa.

O fenômeno que será investigado no presente estudo diz respeito ao poder atribuído, de modo descentralizado, a cada um dos magistrados do STF de tomar decisões cautelares monocráticas, em sede de controle abstrato, *ad referendum* do Plenário - excluindo-se da análise, todavia, o controle das omissões inconstitucionais, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), em razão da peculiaridade dessa forma de controle judicial, que demanda, para sua correta compreensão, uma exame profundo a ser realizado por um trabalho específico sobre o tema.

Tal distribuição descentralizada de poder decisório, em torno de cada um dos Ministros do STF, levanta novas questões teóricas acerca da legitimidade da atuação da jurisdição constitucional brasileira no regime democrático consagrado pela Constituição de 1988, as quais consistem no objeto central de investigação do presente trabalho.

Antes, porém, de esboçar o referencial teórico que servirá de instrumento de análise e de problematização da recente “monocratização” da Corte Constitucional, com ênfase no controle abstrato de normas, faz-se necessário expor brevemente a regulamentação legal e regimental da tomada de decisão cautelar em controle abstrato, ora objeto de análise, inclusive sua origem histórica.

1.3. Contextualização histórica e previsão normativa da concessão de medidas cautelares em controle abstrato

O controle abstrato de normas foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Emenda Constitucional (EC) nº 16 de 1965, cujo art. 2º alterava o texto constitucional então vigente para prever “a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República (PGR)”¹⁹.

¹⁹ Ainda que a impugnação direta de inconstitucionalidade de lei no sistema jurídico brasileiro remonte, historicamente, à representação interventiva introduzida pela Constituição de 1934, tal modalidade de ação restringia-se aos casos relativos a controvérsias entre os entes federados. Apenas com a representação de inconstitucionalidade inserida no ordenamento pela EC nº 16 de 1965 se criou a competência do STF para apreciar, em processo objetivo, a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos federais e estaduais, sem vinculação direta com a hipótese de intervenção federal.

A representação de inconstitucionalidade prevista na EC nº 16 de 1965, como se depreende de seu próprio texto, era de iniciativa exclusiva do Procurador-Geral da República, a quem cabia a prerrogativa de dar continuidade ou arquivar as representações a ele encaminhadas por terceiros²⁰.

MENDES e BRANCO (2018), dissertando sobre a controvérsia instaurada na doutrina acerca da discricionariedade de iniciar o processo de controle abstrato de normas, atribuída ao PGR pela EC nº 16 de 1965, retratam que:

Poucas questões suscitaram tantas e tão intensas discussões quanto a da eventual discricionariedade do Procurador-Geral da República para oferecer ou não a representação de inconstitucionalidade ao Supremo Tribunal Federal. Autores de renome, como Pontes de Miranda (Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969, 2. ed., Revista dos Tribunais, t. 4, p. 44), Josaphat Marinho (Inconstitucionalidade de lei – representação ao STF, RDP, 12/150), Caio Mário da Silva Pereira (voto proferido no Conselho Federal da OAB, Arquivos, 118/25), Themístocles Cavalcanti (Arquivamento de representação por inconstitucionalidade da lei, RDP, 16/169) e Aducto Lúcio Cardoso (voto na Rcl. 849, RTJ, 50/347-348), manifestaram-se pela obrigatoriedade de o Procurador-Geral da República submeter a questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, ressaltando-se, univocamente, a impossibilidade de se alçar o chefe do Ministério Público à posição de juiz último da constitucionalidade das leis. Outros, não menos ilustres, como Celso Agrícola Barbi (Evolução do controle de constitucionalidade das leis no Brasil, RDP, 4/40), José Carlos Barbosa Moreira (As partes na ação declaratória de inconstitucionalidade, Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado da Guanabara, 13/67), José Luiz de Anhaia Mello (Os princípios constitucionais e sua proteção, São Paulo, 1966, p. 24), Sérgio Ferraz (Contencioso constitucional, comentário a acórdão, Revista de Direito, 20/218) e Raimundo Faoro (voto no Conselho Federal da OAB, Arquivos, 118/47), reconheceram a faculdade do exercício da ação pelo Procurador-Geral da República (MENDES; BRANCO, 2018, p. 1250).

Todavia, não obstante a existência de relevantes questionamentos, os textos constitucionais de 1967 e 1969 mantiveram a previsão normativa da representação de

²⁰Discorrendo a respeito de um suposto paradoxo da instituição do controle abstrato de normas pelo regime militar, em um período de exceção democrática, problematiza Lênio Streck que: “*Para alguns pode parecer um paradoxo o fato de o regime militar, em 1965, ter introduzido o controle concentrado de constitucionalidade – ou seja, aquilo que duas Constituições anteriores, fruto de processos constituintes, não fizeram, o regime autoritário fez. Para Clèmerson Clève, o paradoxo está ‘no fato da representação genérica de inconstitucionalidade ter sido instituída em nosso país pelo regime militar, especialmente porque esse mecanismo, contrariando a dinâmica de qualquer ditadura, presta-se admiravelmente para a proteção e garantia dos direitos fundamentais’.* Não vejo paradoxo no proceder do regime militar. Ao contrário, a preocupação dos militares era justamente de estabelecer um mecanismo rápido e eficaz para evitar que juízes e tribunais, com pensamento democrático, mediante decisões no controle difuso de constitucionalidade, obstaculizassem ações do establishment. Não se deve esquecer que a Constituição de 1946, quando da aprovação da EC 16/1965, longe estava de seu texto original. Além disso, o próprio regime preparava uma nova Constituição. Desse modo, o controle concentrado, naquele momento, representava um meio para manter o controle do sistema jurídico-judiciário, uma vez que, como se viu logo em seguida, o próprio Supremo Tribunal Federal sofreu pesadas baixas” (STRECK, 2018, cap. 2, item 2.7).

inconstitucionalidade de iniciativa exclusiva do PGR, o que apenas foi superado pela regulamentação da Constituição democrática de 1988.

Quanto ao aspecto específico da concessão de medidas cautelares, a EC nº 7/1977 veiculou formalmente a hipótese legal de cabimento de tais medidas no controle abstrato instituído pela citada EC nº 16/1965. O texto da EC nº 7/1977, que modificou a redação do art. 119, I, do texto de 1969, acrescentando-lhe a alínea “p”, passou a atribuir ao STF a competência para apreciar “o pedido de medida cautelar nas representações oferecidas pelo Procurador-Geral da República”.

Nesse sentido, apresentando uma contextualização do debate em torno do cabimento de medidas cautelares em representação de inconstitucionalidade à época, relatam MENDES e VALE (2012) que:

A possibilidade de provimentos cautelares no âmbito do controle abstrato de normas nunca chegou a enfrentar sérios obstáculos. Inicialmente, o Supremo Tribunal Federal viu-se confrontado com pedido de suspensão provisória de ato normativo no julgamento da Representação n. 94, de 17 de julho de 1947, atinente às disposições parlamentaristas constantes da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul. (...). A Lei n. 2.271, de 1954, que regulamentou o processo da representação interventiva, prevista no art. 8º, parágrafo único, da Constituição de 1946, fixou, em seu art. 4º, a seguinte regra: “*Aplica-se ao Supremo Tribunal Federal o rito do processo do mandado de segurança, de cuja decisão caberão embargos caso não haja unanimidade*”. Essa disposição permitiu que o Supremo Tribunal, ainda que com alguma resistência, passasse a deferir o pedido de liminar, suspendendo a aplicação do ato normativo impugnado, em consonância com a orientação consagrada na Lei do Mandado de Segurança. Na Rp nº 933-RJ, de 5 de junho de 1975, o Supremo Tribunal reafirmou essa orientação, desta feita, em controle abstrato de normas, deferindo pedido de medida cautelar requerido pelo Procurador-Geral da República, nos termos do art. 175 c/c o art. 22, inciso IV, do Regimento Interno. Cuidava-se de pedido de *suspensão de execução* formulado pelo então Procurador-Geral da República Moreira Alves, assim fundamentado: “*Tendo em vista a faculdade contida no art. 175, combinado com o art. 22, inciso IV, do Regimento Interno, e por se cuidar de acesso aos Tribunais e promoções, remoções e permutas na Magistratura, o representante requer, para garantir a eficácia da ulterior decisão da causa, que seja suspensa a execução dos artigos que são objeto da presente representação*” (RTJ 76: 343). (...). A controvérsia sobre a admissibilidade de medidas cautelares em representação de inconstitucionalidade ficou superada com o advento da Emenda nº 7, de 1977, que acrescentou ao elenco das competências originárias do Supremo Tribunal o julgamento do “*pedido de medida cautelar nas representações oferecidas pelo Procurador-Geral da República*” (CF 1967/69, art. 119, I, “p”). A Constituição de 1988 manteve inalterada essa orientação, prevendo, no art. 102, I, “p”, a competência originária do Supremo Tribunal para julgar “*o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade*” (MENDES e VALE, 2012, pp. 2-5).

Como exposto pelos autores, a Constituição cidadã de 1988 previu expressamente, já em seu texto originário, a competência do STF para apreciar e julgar originariamente o pedido

de medida cautelar em ações diretas de inconstitucionalidade, não havendo grandes controvérsias quanto à constitucionalidade em si do deferimento, pelo plenário, de medida de urgência no controle abstrato de normas.

No plano infraconstitucional, a Lei nº 9.868/99, que regulamentou o processo e o método de julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade (ADI) e das ações declaratórias de constitucionalidade (ADC), normatizou a possibilidade de concessão de medida cautelar em ADI no seu art. 10, *caput*, cujo teor dispõe que: “*Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias*”.

Em outras palavras, a competência para o deferimento de cautelar em ADI é em regra atribuída pela legislação ao plenário do STF, que deverá se manifestar pela maioria absoluta dos seus membros, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, salvo hipótese de peculiar urgência, situação na qual o Tribunal poderá deferir a medida cautelar “*sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado*” (Lei nº 9.868/99, art. 10, §3º).

Como se percebe, a Lei nº 9.868/99 não previu formalmente a possibilidade de o Ministro Relator deferir monocraticamente medida cautelar em sede de controle abstrato, pois apenas foi excepcionada a prerrogativa do Presidente de conceder monocraticamente a medida, quando a Corte estiver de recesso²¹ (art. 10, *caput*, da Lei nº 9.868/99).

A legislação prevê ainda, em determinadas hipóteses, a possibilidade de adoção de um rito sumário de processamento da ADI, por meio do qual o pedido de medida cautelar seja apreciado em conjunto com o mérito da ação, realizando-se apenas um único julgamento (art. 12 da Lei nº 9.868/99)²².

²¹ Tal competência atribuída ao Ministro Presidente está prevista no art. 13, VIII, do Regimento Interno do STF (RISTF): *Art. 13. São atribuições do Presidente: viii – decidir questões urgentes nos períodos de recesso ou de férias* (Redação dada pela Emenda Regimental n. 26, de 22 de outubro de 2008).

²² *Art. 12: “Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.”*

Importante destacar, em acréscimo, que os efeitos da decisão que concede a medida cautelar podem ser modulados pelo Tribunal, conforme preconizado pelo art. 11, §1º, daquela lei²³.

Essa última previsão confere bastante força à decisão cautelar eventualmente concedida pelo STF, o qual pode suspender a aplicabilidade da lei ou ato normativo questionado a partir de determinado período no tempo, havendo inclusive a possibilidade de ocorrência de efeitos repristinatórios em virtude da medida de urgência: “§ 2º *A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário*” (art. 11, §2º, da Lei nº 9.868/99).

Quando à medida cautelar em sede de ADC, o legislador, de modo complementar, apenas estipulou que, *verbis*: “*O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo*” (art. 21, *caput*, da Lei nº 9.868/99).

A legitimação conferida a qualquer Ministro Relator para conceder monocraticamente, *ad referendum* do Plenário, medida cautelar apenas foi estatuída pela Lei nº 9.882/99, a qual regulamentou o processamento e julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

Nesse contexto, não obstante essa última legislação dispor, em seu art. 5º, *caput*, que o STF, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir medida cautelar em sede de ADPF, avança na regulamentação legal do instituto para prever que: “*Em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, ad referendum do Tribunal Pleno*” (art. 5º, §1º da Lei nº 9.882/99).

A lei da ADPF, ademais, detalha, em inovação à previsão anterior da Lei nº 9.868/99, os possíveis provimentos cautelares que podem ser concedidos pelo Plenário ou Relator, disciplinando que “*A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada*” (Lei nº 9.882/99, art. 5º, §3º).

²³ Lei nº 9.868/99, art. 11, § 1º: “*A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa*”.

A partir da previsão normativa da Lei nº 9.882/99, que, como visto, conferiu amplos poderes ao Ministro Relator para conceder monocraticamente decisões cautelares, a prática jurisprudencial incorporou essa regulamentação, por interpretação analógica, aos demais processos de controle abstrato, notadamente ADI e ADC, a despeito de ausência de norma específica.

Passou a ser usual, nos pronunciamentos do STF nas ações de controle abstrato, a referência a um poder geral de cautela para legitimar o deferimento monocrático de medidas cautelares, a serem oportunamente referendadas pelo plenário.

O próprio Regimento Interno do STF dispõe, em seu art. 21, V, que cabe ao Relator determinar, em casos de urgência, medidas cautelares “*ad referendum*” do Plenário ou da Turma²⁴.

Mendes e Vale (2012, p. 10), no estudo já citado sobre cautelares em processos objetivos, asseveram que “parece legítimo admitir a concessão da liminar por decisão monocrática do Relator, no exercício do poder geral de cautela. Aqui, poder-se-ia considerar, igualmente, a possibilidade de aplicação analógica do § 1, do art. 5º da Lei n. 9.882 / 99 (...) que permite a decisão cautelar monocrática em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave”.

Digna de nota a alteração regimental recente que, buscando endereçar a problemática do uso crescente de medidas cautelares em sede de controle abstrato, sem o referendo tempestivo do plenário, passou a prever a prerrogativa de o Relator, ao seu critério, submeter a decisão monocrática cautelar ao julgamento em ambiente eletrônico, o que possibilitaria, em tese, rápida ratificação da medida pelo colegiado²⁵.

Uma vez que tal inovação do regimento interno do STF apenas atribuiu uma prerrogativa ao Ministro Relator de submeter a apreciação da medida cautelar ao plenário virtual, sem previsão de algum critério mais objetivo de obrigatoriedade, resta em aberto se a novel previsão regimental produzirá os efeitos desejados na prática.

Delimitado, brevemente, o contexto histórico no qual surge a competência para a concessão de medidas cautelares em controle abstrato de constitucionalidade, bem como a regulamentação normativa vigente, no plano legal e infralegal, acerca da decisão cautelar,

²⁴ Art. 21. São atribuições do Relator: v – determinar, em caso de urgência, as medidas do inciso anterior, *ad referendum do Plenário ou da Turma*.

²⁵ RESOLUÇÃO Nº 642, DE 14 DE JUNHO DE 2019. Art. 1º O ministro relator poderá submeter a julgamento listas de processos em ambiente presencial ou eletrônico. § 1º A critério do relator, poderão ser submetidos a julgamento em ambiente eletrônico, observadas as respectivas competências das Turmas ou do Plenário, os seguintes processos: (...) II – medidas cautelares em ações de controle concentrado; III - referendums de medidas cautelares e de tutelas provisórias.

passa-se agora a desenvolver as premissas teóricas necessárias à correta compreensão do fenômeno da expansão do ativismo individual por parte dos Ministros do STF.

De modo mais específico, será investigado ao longo do trabalho como o exercício cautelar monocrático da jurisdição constitucional brasileira pode ser compatibilizado ou não com os pressupostos de uma interpretação exigente do direito no paradigma do Estado Democrático de Direito, sobretudo a partir da problematização das próprias pretensões de racionalidade e de compatibilização democrática do padrão de “*enforcement*” individual instaurado na prática jurisdicional brasileira, em processos objetivos.

2. OS PARADOXOS CONSTITUTIVOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A FUNÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

2.1. O caráter histórico e paradigmático do conhecimento científico e a reanálise crítica das pretensões totalizadoras da racionalidade moderna

As pretensões da racionalidade humana moderna, notadamente suas ambições totalizadoras, vêm sendo objeto de uma perspectiva crítica por parte da denominada corrente filosófica do pós-modernismo, para alguns, ou da modernidade tardia, para outros.

Independentemente de se considerar tais perspectivas críticas como uma tentativa de dar continuidade ao projeto da modernidade, ou como uma forma de superação do período anterior, fato é que as novas abordagens problematizam e contextualizam as próprias pretensões absolutas da razão humana que se consolidaram na modernidade, em especial pelo conhecimento e método científicos.

A partir do giro hermenêutico e linguístico da filosofia, passa-se a compreender, na atualidade, o caráter histórico, datado, contextualizado e mutável de todo saber humano materializado na linguagem.

As pretensões excessivas atribuídas ao projeto da modernidade ganham uma nova forma de abordagem, capaz de problematizar os próprios fundamentos constitutivos do ideal absoluto moderno, tão peculiarmente disseminado pelo Iluminismo e pela ciência.

Nesse sentido, precisa e instrutiva a lição de Carvalho Netto e Scotti (2012) quanto às características marcantes da transformação paradigmática que inaugura a reflexão da modernidade tardia:

(...) para nós, científico é o saber que se sabe precário, que não se julga absoluto, que sabe ter de expor com plausibilidade a fundamentação de tudo o que afirma. Leis científicas, por definição, são temporárias. Serão refutadas. A refutação só prova que determinadas teses foram científicas enquanto foram críveis, plausíveis para nós. (...). O saber que sabe limitado funda-se no permanente debate público acerca de seus próprios fundamentos e, assim, é precário, contingente e sempre aprimorável. Seus fundamentos são históricos e datados. A nossa racionalidade é, ela própria, um produto humano e como tal porta todas as nossas características. O projeto iluminista era um mito, precisamente por divinizar a racionalidade humana. É preciso realizar o Iluminismo do Iluminismo, para usar os termos de Niklas Luhmann (*Der Aufklärung der Aufklärung*) (...). Somos seres humanos, datados, com o olhar marcado por aquilo

que vivemos. Só podemos ver o que nossa sociedade permite que vejamos, o que a nossa vida concreta em sociedade permite que vejamos. Qualquer luz necessariamente projeta sombras. Se podemos ver muito bem alguns aspectos é porque outros restam ofuscados pelo brilho daqueles que enfocamos em destaque. Toda produção de conhecimento requer redução de complexidade e, nessa medida, produz igualmente desconhecimento (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2012, pp.26-28).

Captando o caráter histórico e linguisticamente compartilhado do saber científico, Thomas Kuhn propõe, em sua famosa obra “A Estrutura das Revoluções Científicas”, que o desenvolvimento da ciência, ao contrário do que é usualmente concebido pela própria comunidade científica, não ocorre a partir de um processo unidirecional de acréscimo de conhecimento, por meio do qual, a cada nova adição, estar-se-ia mais próximo da verdade da natureza.

Para Kuhn, opostamente à referida crença tradicional, o conhecimento científico se desenvolve a partir de grandes rupturas de paradigmas. Segundo o autor, paradigma seria, em sentido amplo, “toda a constelação de crenças, valores, técnicas etc., partilhadas pelos membros de uma comunidade” (KUHN, 2009, p. 220)²⁶.

Descreve Kuhn que a rota da ciência normal, responsável pela resolução de quebra-cabeças e problemas concretos, acaba por detectar anomalias que contrariam os modelos vigentes. Como consequência, a fim de resolver tais deturpações dos modelos científicos tradicionais, a história da ciência demonstra que a resposta da comunidade de cientistas àquelas controvérsias costuma ocorrer por meio de uma “Revolução Científica”, capaz de alterar a própria concepção de mundo dos cientistas encarregados de resolver os novos problemas: “(...) o cientista que abraça um novo paradigma é como o homem que usa lentes inversoras. Defrontado com a mesma constelação de objetos que antes e tendo consciência disso, ele os encontra, não obstante totalmente transformados em muito de seus detalhes” (KUHN, 2009, p. 159).

Em outras palavras, em sentido amplo, seguindo a própria metáfora proposta por Kuhn, a condição paradigmática, que é inescapável e contextual, é uma espécie de óculos que filtra e molda a própria percepção da realidade do observador, sobretudo a partir do pano de

²⁶ Em sentido mais restrito, explica Kuhn que paradigma também pode ser concebido como um elemento específico da constelação de crenças partilhadas pelos membros da comunidade científica, isto é, como “*as soluções concretas de quebra-cabeças que, empregadas como modelos ou exemplos, podem substituir regras explícitas como base para a solução dos restantes quebra-cabeças da ciência normal*” (KUHN, 2009, p. 220). Ao responder seus críticos, Kuhn, no posfácio da obra citada, propõe o uso do termo “matriz disciplinar” para o sentido geral e sociológico de uma constelação de crenças, reservando o termo paradigma ao conceito mais restrito, o qual expressa, como dito, um elemento da constelação de crenças adotadas pela comunidade científica: exemplos compartilhados que integram a formação científica (Ibid., p.228).

fundo linguisticamente compartilhado dos membros da comunidade científica²⁷. Nesse mesmo sentido, leciona CARVALHO NETTO (2001) que:

A comunicação como tal, por meio da linguagem, é muito improvável e, no entanto, ela se dá, nós nos comunicamos graças a esse pano de fundo compartilhado de silêncio que, é claro, é sentido naturalizado. Daí a natureza contrafactual desse pressuposto residir precisamente no paradoxo da linguagem: “nós nos comunicamos porque não nos comunicamos”. São exatamente essas precompreensões que integram o pano de fundo da linguagem que constituem o que Kuhn denomina paradigma. Esse pano de fundo compartilhado de silêncio, na verdade, decorre de uma gramática de práticas sociais que realizamos todos os dias sem nos apercebermos dela e que molda o nosso próprio modo de olhar, a um só tempo, aguça e torna precisa a nossa visão de determinados aspectos, cegando-nos a outros, e isso é parte da nossa condição humana. Para Kuhn, nós não temos como sair de um paradigma, ou melhor, da condição paradigmática, podemos sim trocar de paradigmas, mas, sempre que o advento de novas gramáticas de práticas sociais permitam a troca de paradigma, esse vai ser um filtro, óculos que filtram o nosso olhar, que moldam a forma como vemos a chamada realidade; as normas performáticas decorrentes de nossas vivências sociais concretas condicionam tudo o que vemos e a forma como vemos (CARVALHO NETTO, 2001, p. 74).

Essa perspectiva crítica traçada por Thomas Kuhn, quanto à forma de compreensão da racionalidade humana, em especial o caráter contextual e histórico do saber científico, fornece aparatos conceituais importantes para a compreensão dos paradigmas do direito moderno vivenciados pela sociedade e pelos juristas.

2.2. Os paradigmas do direito moderno

²⁷ Para um maior aprofundamento acerca da definição de paradigma como “óculos conceituais”, que moldam a percepção do mundo, bastante elucidativa é a exposição de Thomas Kuhn em seu texto “As ciências naturais e as ciências humanas”. Ao debater com Charles Taylor sobre a natureza da distinção entre as ciências naturais e as ciências sociais, Kuhn apresenta a seguinte provocação: “*Os céus dos gregos eram irredutivelmente diferentes dos nossos. A natureza da diferença é a mesma que Taylor tão brilhantemente descreve entre as práticas sociais de diferentes culturas. Em ambos os casos, a diferença está arraigada num vocabulário conceitual. Ela não pode, em nenhum deles, ser resolvida por meio de uma descrição num vocabulário de dados brutos, comportamental. E, na ausência de um vocabulário de dados brutos, qualquer tentativa de descrever um conjunto de práticas no vocabulário conceitual, no sistema de significados, usado para expressar o outro pode apenas causar distorção. Isso não significa que não se possa, com suficiente paciência e esforço, descobrir as categorias de uma outra cultura ou de um estágio anterior da nossa própria cultura. Mas indica, sim, que é necessária uma descoberta e que a interpretação hermenêutica - quer pelo antropólogo, quer pelo historiador - é o que promove tal descoberta. Não existe nas ciências naturais, não mais do que nas humanas, um conjunto de categorias que seja neutro, independente de cultura, e no qual a população - seja de objetos, seja de ações-possa ser descrita.*” (KUHN, 2006, p. 270).

A noção do paradigma como um conjunto de crenças compartilhadas por uma comunidade científica pode ser perfeitamente transportada para a percepção científica do direito, visto que, como afirma Habermas (HABERMAS, 1996, p. 388), “experts interpret individual propositions not only in the context of the legal corpus as a whole but also within the horizon of a currently dominant preunderstanding of contemporary society. To this extent, the interpretation of law is also an answer to the perceived challenges of the present social situation”²⁸.

De modo mais específico, os paradigmas que moldaram a forma de compreensão do direito moderno estão intrinsecamente relacionados à forma de efetivação dos direitos fundamentais em determinado contexto social, notadamente a partir da incorporação dos ideais modernos de liberdade e igualdade em textos constitucionais históricos, os quais moldam sistemas políticos concretos.

Habermas (1996), no capítulo 9 de sua obra “Between Facts and Norms”, salienta que os dois paradigmas do direito mais bem sucedidos na modernidade são os modelos histórico-políticos do Estado Liberal e do Estado Social, responsáveis por dimensionar, em diferentes épocas, a tensão moderna entre constitucionalismo e democracia (direitos fundamentais e soberania popular).

No paradigma do Estado Liberal dos séculos XVIII e XIX, a declaração dos direitos constitucionais à igualdade e à liberdade, fundamentada na premissa de uma Constituição formal e universal, repercutiu na criação de uma sociedade econômica em que a autonomia privada ganha proeminência em relação ao direito público, exercido exclusivamente pela Administração.

Ao Estado é dado o poder jurídico de intervir na ordem privada para controlar e punir comportamentos desviantes, capazes de ameaçar o pleno exercício dos direitos individuais dos cidadãos. Nesse sentido, as garantias constitucionais dos indivíduos, com especial proeminência do direito de propriedade e da liberdade contratual, são compreendidas essencialmente como liberdades negativas, pré-políticas, aptas a serem opostas contra qualquer intervenção abusiva do governo.

A propósito, afirma SCOTTI (2008, p.54) que, “sob o pano-de-fundo do Estado Liberal, o papel do Estado e dos direitos fundamentais pode ser resumido à garantia do

²⁸Tradução livre: “Experts interpretam proposições singulares não apenas no contexto do ordenamento jurídico como um todo, mas também dentro do horizonte de uma vigente pré-compreensão da sociedade contemporânea. Nessa medida, a interpretação do direito é também uma resposta aos problemas percebidos da situação social contemporânea”.

indivíduo contra a invasão indevida do Estado em sua esfera de liberdade ‘natural’, tida como pré-política. Verifica-se a preponderância da idéia de autonomia privada, anterior e condicionante do exercício da autonomia pública.”

Ainda que fundada em uma concepção individualista da sociedade, as garantias formais universais de liberdade e igualdade dos cidadãos traziam em si a expectativa normativa de uma justa organização política da sociedade, com fundamento no pressuposto de que a cada um era atribuído, na maior medida legalmente possível, a prerrogativa de condução autônoma dos respectivos projetos de vida, sem a intervenção dos entes da Administração.

A máxima de que cada indivíduo possui ampla liberdade de desenvolver sua autonomia privada nos limites da lei, e desde que respeite a esfera de liberdade do compatriota, possibilitaria supostamente o desenvolvimento de modos de vida espontâneos e plurais, o que, por sua vez, garantiria a justiça social compreendida estritamente no sentido formal da igualdade jurídica:

According to this model, an economic society institutionalized in the form of private law (above all through property rights and contractual freedom) was separated from the sphere of the common good, the state, and left to the spontaneous workings of market mechanisms. This "private-law society" was tailored for the autonomy of legal subjects who, primarily as market participants, would seek and find their happiness by pursuing their own particular interests as rationally as possible. The interpenetration of the principle of legal freedom with the universal right to equality grounded the normative expectation that social justice could be concomitantly established by defining spheres of individual liberty, that is, by guaranteeing a negative legal status connected with a claim to corresponding individual legal protection. For the right of each person to do as she pleases within the framework of laws is legitimate only under the condition that these laws guarantee equal treatment in the sense of substantive legal equality. This seemed to be already guaranteed through the formal universality of legal statutes, that is, through the type of conditional legal program privileged by bourgeois formal law²⁹(HABERMAS, 1996, pp. 401-402).

²⁹ Tradução livre: “Segundo esse modelo, uma sociedade econômica institucionalizada sob a forma do direito privado (sobretudo através dos direitos de propriedade e de liberdade contratual) foi separada da esfera do bem-comum, do Estado, e deixada ao desenvolvimento espontâneo dos mecanismos de mercado. Essa ‘sociedade do direito privado’ foi adaptada para a autonomia dos sujeitos de direitos que, principalmente como participantes do mercado, buscariam e encontrariam sua felicidade ao perseguirem seus próprios interesses particulares, da maneira mais racional possível. A interpenetração do princípio da liberdade com o direito universal à igualdade fundamentou a expectativa normativa de que a justiça social poderia, concomitantemente, ser estabelecida pela definição de esferas de liberdade individual, isto é, pela garantia de um status legal negativo conectado a uma reivindicação por igual proteção da liberdade individual. Pois o direito de cada pessoa fazer o que bem entendesse, no âmbito da legislação, seria legítimo apenas sob a condição de que essas leis garantissem a igualdade de tratamento no sentido de igualdade jurídica. Isso já parecia estar garantido através da universalidade formal dos estatutos legais, ou seja, através do tipo de programa jurídico condicional privilegiado pela lei formal burguesa”.

Entretanto, o paradigma do Estado Liberal ignorou uma premissa central para a pretendida efetividade dos direitos universais à liberdade e à igualdade, qual seja, a possibilidade concreta de os indivíduos usufruírem de tais garantias em uma sociedade marcada pela desigualdade, pelo exercício da cidadania condicionada à propriedade e pela exploração do trabalho humano em níveis alarmantes³⁰.

Nesse sentido, as pretensões universais, exclusivamente formais, da compreensão liberal do direito não conseguiram resistir a avaliações empíricas cada vez mais contundentes, responsáveis por destrinchar as estruturas de desigualdade e de exclusão social que impossibilitavam, na prática, a consolidação de uma comunidade de cidadãos livres e iguais.

Em razão da crise social e de legitimidade do Estado Liberal, dominado pelas elites dos cidadãos proprietários, fez-se necessária uma completa reformulação do sistema de direitos e da constelação de crenças inerentes ao modelo constitucional então vigente, pois, como forma de garantir o princípio jurídico da liberdade formal, era indispensável garantir previamente condições materiais mínimas de igualdade entre os cidadãos, a partir de prestações positivas estatais.

É precisamente nesse contexto que surge e se consolida o paradigma do Estado Social na primeira metade do século XX, responsável por reestruturar a tensão entre as garantias jurídicas privadas e a autonomia pública (assimilada estritamente ao Estado), a fim de dar uma resposta ao cenário de crise instaurado:

(...) the social-contract model of bourgeois formal law soon proved to be vulnerable to empirical criticism. This led to a reformist practice, which, however, was based not on a change in the normative premises but only on a more abstract reading of them. Under the conditions of an organized capitalism dependent on the government's provision of public infrastructure and planning, and with a growing inequality in

³⁰A propósito, expõe Habermas que *“the expectation of social justice—as achievable via the private-legal elaboration of the principle of legal freedom— was thereby implicitly linked with the demarcation of nondiscriminatory conditions for the actual exercise of liberties granted by the legal norms regulating contracts, property, inheritance, and association”* (HABERMAS, 1996, p. 402). Tradução livre: *“A expectativa de justiça social – a ser alcançada pela elaboração jurídica privada do princípio da liberdade - estava, dessa maneira, implicitamente conectada com a estipulação de condições não discriminatórias para o efetivo exercício das liberdades garantidas pelas normas jurídicas que regulamentavam os contratos, a propriedade, a herança e o direito de associação”*.

economic power, assets, and social situations, the objective legal content of subjective private rights—that is, their substantive implications for public law—merely became visible. In such a changed social context, the universal right to equal individual liberties could no longer be guaranteed through the negative status of the legal subject. Rather, it proved necessary, on the one hand, to specify the content of existing norms of private law and, on the other, to introduce a new category of basic rights grounding claims to a more just distribution of social wealth (and a more effective protection from socially produced dangers). From a normative point of view, both the materialization of private law and the new category of social entitlements are justified in a relative sense, namely, in relation to an absolutely justified equal distribution of individual liberties³¹ (HABERMAS 1996, pp. 402-403).

Possibilitou-se, então, o desenvolvimento de uma compreensão material da Constituição, cujos contornos podem ser apreendidos na constatação de que “liberdade e igualdade, como direitos fundamentais, não mais podem ser entendidas em seu sentido exclusivamente formal. Para serem plausíveis requerem, agora, a sua materialização em direitos que constitucional e legalmente protejam (...) o lado mais fraco das várias relações e que viabilizem políticas públicas inclusivas” (CARVALHO NETTO, 2003, p. 149).

Tal mudança de perspectiva da interpretação e da aplicação dos direitos constitucionais propiciada pelo Estado Social não representou uma completa ruptura com o paradigma liberal precedente. Com efeito, ambos os paradigmas social e liberal representam faces diferentes do mesmo problema: a necessidade de se garantir a liberdade fática e jurídica de todos os sujeitos de direito.

Se no paradigma liberal essa pretensão era almejada apenas pela garantia formal da igualdade e liberdade dos cidadãos, no paradigma do Estado Social, considerou-se indispensável que o governo tomasse medidas concretas para possibilitar o cumprimento das

³¹ Tradução livre: “o modelo de contrato social da lei formal burguesa logo se mostrou vulnerável ao criticismo empírico. Isso levou a uma prática reformista, que, no entanto, se baseou não em uma mudança nas premissas normativas, mas apenas em uma leitura mais abstrata dessas premissas. Nas condições de um capitalismo organizado, dependente das provisões públicas de infraestrutura e de planejamento, e com uma crescente desigualdade de poder econômico, bens e de situações sociais, o conteúdo jurídico objetivo dos direitos privados subjetivos - ou seja, suas implicações materiais para o direito público - tão somente se tornou visível. Em tal contexto de mudança social, o direito universal a iguais liberdades individuais não podia mais ser garantido pelo status negativo do sujeito de direito. Pelo contrário, passa a ser necessário, por um lado, especificar o conteúdo das normas existentes de direito privado e, por outro, introduzir uma nova categoria de direitos fundamentais a uma distribuição mais justa da riqueza social (e a uma proteção mais eficaz contra perigos socialmente produzidos). De um ponto de vista normativo, tanto a materialização do direito privado quanto a nova categoria de direitos sociais são justificáveis em um sentido relativo, a saber, em relação a uma distribuição igual de liberdades individuais, absolutamente justificada”.

condições materiais indispensáveis ao exercício das liberdades constitucionais e à efetiva consolidação da igualdade jurídica de todos os membros da comunidade³².

A reorganização do sistema de direitos e a “materialização” do direito privado clássico perpetradas pelo Estado do Bem-Estar Social, ao criar novos direitos coletivos sociais (salário mínimo, jornada de trabalho, proteção das mulheres no mercado de trabalho, acesso ao sistema de saúde e de educação públicos, entre outros) e reformular garantias privadas tradicionais (a exemplo da função social da propriedade e dos contratos), repercutiu na exacerbação de competências e do poder de ingerência do governo sobre a população. O desenvolvimento das prestações positivas estatais, abarcando as mais diversas esferas do mundo da vida, ao buscar garantir condições materiais para o pleno exercício das liberdades constitucionais individuais, acarretou, paradoxalmente, o próprio comprometimento da autonomia privada que deveria ser protegida pela intervenção estatal.

Nesse sentido, as regulamentações do direito público, originadas da burocracia estatal, passaram a suprimir as manifestações legítimas privadas que não se amoldassem ao modelo de governo imposto verticalmente. Aos cidadãos, enquanto clientes da Administração burocrática, cabia a mera observância dos comandos emanados do Estado, sem possibilidade de participação efetiva na elaboração das novas regras pelos técnicos do governo.

A ausência de participação dos destinatários do direito social na definição dos benefícios estatais repercutiu, por sua vez, na promoção de novas desigualdades, ou reforço das pré-existentes, impulsionadas pela intervenção governamental sobre a esfera privada da população. Uma vez que os destinatários das normas protetivas não tinham voz na elaboração das soluções governamentais, a delimitação dos problemas e das formas de intervenção da Administração, ao ficarem a cargo de uma burocracia técnica que apenas refletia as pré-compreensões de mundo vigentes, produziu “classificações falsas”.

³²No que diz respeito à ausência de uma ruptura temática total na passagem do paradigma liberal para o social, leciona Habermas (2018, p. 432): “*No decorrer da dialética entre liberdade jurídica e liberdade fática se mostrou que ambos os paradigmas do direito estão igualmente comprometidos com a imagem produtivista de uma sociedade econômica capitalista e industrial, que deve funcionar de tal maneira que a expectativa de justiça social possa ser cumprida na tentativa de cada um realizar sua própria concepção de vida boa, assegurada pela autonomia privada. Ambos os lados apenas discordam sobre a questão sobre como assegurar a autonomia privada: de modo imediato pelos direitos de liberdade ou pela concessão de direitos a benefícios sociais*”.

Tais classificações, como aponta Habermas (2018, p. 433), “levam a ‘intervenções normalizadoras’ no modo de conduzir a vida que acabam convertendo em nova discriminação o objetivo de compensar os danos, ou seja, a garantia da liberdade se converte em privação da liberdade”.

As importantes lições extraídas do Estado paternalista, responsáveis por suprimir a esfera privada dos cidadãos que deveria ser por eles protegida e garantida, explicitam a necessidade de uma nova reformulação do sistema jurídico-político, capaz de assimilar as deficiências dos paradigmas anteriores³³ e, ao mesmo tempo, fornecer respostas condizentes com a complexidade da sociedade contemporânea, cada vez mais diferenciada. Essa tentativa de superação se deu a partir do surgimento do paradigma do Estado Democrático de Direito, isto é, da democracia constitucional.

2.3. Uma concepção procedimental do paradigma do Estado Democrático de Direito

O foco na autonomia privada, levada às últimas consequências pelo Estado Liberal, e, opostamente, a exacerbação da intervenção governamental, pelo Estado Social, ofuscaram uma relação interna de equiprimordialidade, ou de “co-originariedade”, entre autonomia privada e pública, isto é, entre Constituição e soberania popular democrática.

De fato, a experiência dos paradigmas anteriores nos permite observar, a partir de uma atual visão crítica, que o vínculo entre Constituição e Democracia adquire novos contornos

³³Segundo Habermas (1996, p. 390): “*For legal scholars, an especially disturbing aspect of the newly invoked ‘crisis of the welfare state’ was the ‘insensitivity’ of the growing state bureaucracies to restrictions on their clients’ individual self-determination—a weakness of the social-welfare paradigm that symmetrically corresponds to the ‘social blindness’ of the liberal paradigm.*” Tradução livre: “*Para os juristas, um aspecto especialmente perturbador da recém-invocada ‘crise do Estado de bem-estar social’ foi a ‘insensibilidade’ das crescentes burocracias estatais quanto às restrições à autodeterminação individual de seus clientes - uma fraqueza do paradigma do Estado Social que corresponde simetricamente à ‘cegueira social’ do paradigma do Estado liberal.*”

quando se compreende esses dois conceitos como princípios reciprocamente constitutivos, e não como pressupostos antagônicos³⁴.

Essa intuição é o fio condutor que permite a conceituação do paradigma do Estado Democrático de Direito, na sociedade contemporânea, ao qual se atribuiu a hercúlea tarefa de processar as liberdades subjetivas e os direitos políticos de uma maneira produtiva e complexa. A propósito, Carvalho Netto e Scotti (2012) elucidam que:

A liberdade, tal como a entendemos, requer o respeito às diferenças e assim se assenta, pois supõe o reconhecimento da igualdade de todos, embora diferentes. Esses princípios (igualdade e liberdade), de início formais, reclamaram a sua materialização em um segundo momento. Essa materialização foi buscada, no entanto, ao preço da formalidade. E hoje vivemos um momento em que sabemos que forma e matéria são equiprimordiais, que a materialização, conquanto importante, deve resultar do próprio processo de afirmação dos sujeitos constitucionais e contar com garantias processuais (formais) de participação e de controle por parte dos afetados pelas medidas adotadas em seu nome, e, pelo menos retoricamente, visando o seu bem-estar, sob pena de se institucionalizar o oposto do que se pretendia ou se afirmara pretender (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2012, p. 109).

Nesse contexto, consoante leciona Habermas, a correta compreensão da tensão constitutiva entre autonomia privada, garantida pelos direitos individuais, e autonomia pública, consubstanciada na soberania popular, permite a superação dos antagonismos conceituais endossados pelos paradigmas jurídicos anteriores, notadamente pela adoção, no presente, de um conceito procedimental de democracia.

Segundo expõe o referido autor, em uma sociedade moderna pós-convencional, na qual o fundamento último de legitimidade não reside em um pressuposto metafísico religioso, ético ou moral, apenas podem reivindicar legitimidade “as regulamentações que podem contar com o consentimento de todos os possíveis concernidos enquanto participantes de discursos racionais” (HABERMAS, 2018, p. 428).

³⁴ Elucidando a compreensão de que a democracia constitucional representa um paradoxo estrutural entre duas tradições inconciliáveis, liberalismo e democracia, Chantal Mouffe salienta que: “*What cannot be contestable in a liberal democracy is the idea that it is legitimate to establish limits to popular sovereignty in the name of liberty. Hence its paradoxical nature*” (MOUFFE, 2000, p. 4). Tradução livre: “*O que não pode ser contestado em uma democracia liberal é a ideia de que é legítimo estabelecer limites à soberania popular em nome da liberdade. Daí sua natureza paradoxal.*”

Na medida em que a obtenção de deliberações políticas legítimas demanda o desenvolvimento de discursos racionais, pautados pelos pressupostos da razão comunicativa, “o procedimento democrático precisa, em última instância, se apoiar em um arranjo comunicativo engenhoso: tudo depende das condições sob as quais as formas de comunicação necessárias para a criação legítima do direito podem, por sua vez, ser institucionalizadas em termos jurídicos” (Ibid., p. 428).

Desse modo, prosseguindo no raciocínio, assevera Habermas que a relação constitutiva entre direitos fundamentais e soberania popular reside “na condição de que a exigência para institucionalizar pelo direito uma prática cidadã de uso público das liberdades comunicativas seja cumprida justamente pelos próprios direitos humanos” (Ibid., p. 428).

Por conseguinte, não se pode mais admitir uma simples imposição, como agentes limitadores, dos direitos humanos/fundamentais sobre a legislação política, independentemente da força moral e persuasiva daquelas garantias, pois, na realidade, os direitos humanos, enquanto garantidores do procedimento democrático, é que “tornam possível o exercício da soberania popular” (Ibid., p. 428).

É evidente, conforme alerta Habermas, que esse reenquadramento do problema do aparente paradoxo entre Constituição e Democracia apenas evidencia a faceta pública dos direitos fundamentais, referentes à participação dos cidadãos no procedimento democrático. Entretanto, a proposta de superação do apontado paradoxo estaria fracassada se apenas pudesse se referir ao aspecto de participação política dos direitos constitucionais, pois os direitos individuais clássicos possuem um valor intrínseco, que não pode ser instrumentalizado apenas para fins políticos:

Aqui pensamos na primeira instância no direito fundamental para a maior medida possível de liberdades de ação subjetivas iguais, mas também nos direitos fundamentais que constituem tanto o status de membro do Estado, como a ampla proteção jurídica individual. Esses direitos, que devem garantir em geral a cada um a possibilidade de seguir seus objetivos de vida privados em igualdade de oportunidades, possuem um valor intrínseco ou que, em todo o caso, não se esgota em seu valor instrumental para a formação democrática da vontade (HABERMAS, 2018, pp. 428-429).

A fim de solucionar essa aparente aporia, Habermas desenvolve o seguinte raciocínio: os participantes do procedimento democrático de elaboração da legislação apenas têm voz nessas deliberações enquanto sujeitos de direitos, não sendo possível admitir uma linguagem alternativa de inclusão e de manifestação política, pois “a ideia democrática de autolegislação precisa conseguir sua validade no *medium* do próprio direito” (HABERMAS, 2018, p. 429).

Se tal premissa é válida, prossegue Habermas, e se os pressupostos normativos da comunicação entre os cidadãos devem ser institucionalizados em direitos políticos de participação, é inquestionável que o próprio código do direito precisa estar disponível na dimensão histórico-linguística compartilhada intersubjetivamente pela comunidade. Para se instituir o código do direito, todavia, “é necessário criar o status de pessoas de direito que, na condição de portadores de direitos subjetivos, façam parte de uma associação voluntária de parceiros do direito e, conforme o caso, reivindicuem efetivamente suas pretensões jurídicas. Não há direito algum sem a autonomia privada das pessoas de direito em geral (HABERMAS, 2018, p. 430)”.

Assim, finalizando a explicação da intuição de equiprimordialidade entre autonomia privada e pública, sustenta Habermas que:

(...) sem os direitos fundamentais que asseguram a autonomia privada dos cidadãos também não haveria o *medium* para institucionalizar juridicamente aquelas condições sob as quais os cidadãos, em seu papel de cidadãos políticos, pudessem fazer um uso da autonomia pública. Nesse sentido, a autonomia privada e a autonomia pública se pressupõem mutuamente, sem que os direitos humanos possam reivindicar um primado sobre a soberania popular, ou vice-versa (HABERMAS, 2018, p. 430).

A solução ao paradoxo entre constitucionalismo e democracia proposta pela teoria discursiva do direito e da democracia de Habermas pressupõe, como afirmado, uma conexão lógica e normativa entre direitos fundamentais individuais e soberania popular, em um contexto no qual se busca a elaboração racional e discursiva de proposições normativas.

Ademais, na proposta apresentada por Habermas para ressignificar o suposto paradoxo dos fundamentos da democracia constitucional, pode-se conceber a intuição de “co-originariedade” ou equiprimordialidade entre os direitos constitucionais e a soberania popular igualmente por meio de uma relação de implicação material entre autonomia privada e pública. Segundo Habermas, os influxos espontâneos do mundo da vida, assegurados pela autonomia privada, possibilitam aos cidadãos exercerem sua autonomia pública. Todavia, os cidadãos da comunidade só podem usufruir de suas liberdades individuais se, enquanto participantes do procedimento político-democrático, fizerem um uso adequado de sua autonomia política para realizar deliberações racionais que protejam, por sua vez, a esfera íntima dos indivíduos:

A intuição de “co-originariedade” também pode ser expressa de outra maneira, a saber, como uma relação complementar entre a autonomia privada e pública. Ambos os conceitos são interdependentes, uma vez que se encontram numa relação de implicação material. Para fazerem um uso adequado de sua autonomia pública, garantida através de direitos políticos, os cidadãos têm que ser suficientemente independentes na configuração de sua vida privada, assegurada simetricamente. Porém, os “cidadãos da sociedade” (Gesellschaftsbürger), só podem gozar simetricamente sua autonomia privada, se, enquanto cidadãos do Estado (Staatsbürger), fizerem uso adequado de sua autonomia política – uma vez que as liberdades de ação subjetivas, igualmente distribuídas, têm para eles o “mesmo valor” (HABERMAS, 2003, p.155).

A inserção das garantias do constitucionalismo no próprio âmago da compreensão de soberania popular torna possível a conclusão de que a autonomia política, indispensável ao autogoverno democrático, não pode ser exercida de qualquer modo, como uma espécie de “carta em branco” para o gozo irrestrito da liberdade política, ainda que supostamente amparada na boa intenção dos cidadãos³⁵.

³⁵ A propósito, esclarece Habermas que: *“a idéia segundo a qual os destinatários do direito têm que se entender, ao mesmo tempo, como os seus autores, não coloca nas mãos dos cidadãos unidos de uma comunidade democrática uma carta de alforria voluntarista, para que eles possam tomar qualquer decisão arbitrária, pois a garantia jurídica segundo a qual é permitido, no quadro das leis, fazer ou omitir o que se queira é o núcleo da autonomia privada, não da pública. Na base dessa liberdade de arbítrio, atribui-se aos cidadãos a autonomia no sentido de uma formação racional da vontade – mesmo que ela não possa ser exigida legalmente. Eles devem ligar a sua vontade àquelas leis que eles se dão a si mesmos em consequência de uma vontade comum, obtida através de um discurso, pois a idéia da autolegislação, quando bem entendida, estabelece um nexo interno entre razão e vontade, uma vez que a liberdade de todos passa a depender da consideração simétrica da liberdade individual de cada um, que pode tomar posição dizendo ‘sim’ ou ‘não’. E, sob esta condição, só encontram assentimento racional as leis que são do interesse simétrico de cada um”* (HABERMAS, 2003, pp. 155-156).

Com efeito, de modo oposto a tal concepção de prevalência ética da comunidade política deliberativa, o concebido paradoxo entre direitos fundamentais e autonomia política se dissolve precisamente no fato de que a comunidade instituída pela Constituição, para exercer de modo legítimo sua prerrogativa de autogoverno, deve levar adiante o projeto de direitos fundamentais previstos no ato fundador, isto é, deve desenvolver um processo de perene aprendizado, suscetível a erros, que implica na atualização do sentido das garantias constitucionais, a partir de bases discursivas racionais:

Uma constituição que é democrática, não somente de acordo com seu conteúdo, mas também de acordo com a fonte de sua legitimação, constitui um projeto capaz de formar tradições com um início marcado na história. Todas as gerações posteriores enfrentarão a tarefa de atualizar a substância normativa inesgotável do sistema de direitos estatuído no documento da constituição. Na linha dessa compreensão dinâmica da constituição, a legislação em vigor continua a interpretar e a escrever o sistema de direitos, adaptando-o às circunstâncias atuais (e nesta medida, apaga a diferença entre normas constitucionais e simples leis). É verdade que essa continuação falível do evento fundador só pode escapar do círculo da autoconstituição discursiva de uma comunidade, se esse processo, que não é imune a interrupções e a recaídas históricas, puder ser interpretado, a longo prazo, como um processo de aprendizagem que se corrige a si mesmo (HABERMAS, 2003, p. 165).

No paradigma do Estado Democrático de Direito, ao invés de conceber a comunidade instituída pela Constituição, legitimamente promulgada, apenas como um mero conjunto de indivíduos autônomos, que buscam irresponsavelmente suas liberdades em prejuízo da coletividade, ou simplesmente como uma coletividade de clientes do Estado, devemos compreendê-la de um modo mais complexo, como uma comunidade de princípios, responsável por desenvolver, em sua melhor luz, o pressuposto inerente à democracia constitucional: o de igualdade na diferença, ou, em outras palavras, o de atribuição de igual dignidade aos projetos de vida autônomos dos indivíduos.

Tal projeto é, indiscutivelmente, incompatível com a simples persecução da vontade da maioria, incapaz de internalizar a real potencialidade inclusiva da democracia constitucional.

Nesse sentido, Ronald Dworkin defende enfaticamente que o objetivo da democracia, devidamente compreendido, é totalmente diverso do sentido endossado pela premissa majoritária, representando um regime político no qual “as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e o mesmo respeito” (DWORKIN, 2019, p. 26).

É bem verdade que Dworkin busca apresentar uma concepção mais substancial de democracia, quando comparada ao modelo procedimental e discursivo idealizado por Habermas. Não obstante tais diferenças de abordagem, as duas perspectivas não se mostram conflituosas, mas na realidade são complementares e permitem, em seu conjunto, uma conceituação mais aprofundada do paradigma da democracia constitucional.

Como já explicitado acima, Habermas justamente assevera que a legitimidade do procedimento democrático reside na institucionalização, pelo direito, das garantias de participação política dos cidadãos, as quais, por sua vez, pressupõem, para seu legítimo desenvolvimento, a igual proteção da autonomia privada dos indivíduos encarregados de desenvolver os discursos racionais deliberativos. Tal proteção das liberdades jurídicas públicas e privadas se comunica, indubitavelmente, com a exigência de atribuição aos cidadãos de igual consideração e respeito, idealizada por Dworkin como requisito de validade da democracia constitucional.

A propósito, igualmente esclarecedor é o argumento de Dworkin explicitado em seu debate com Richard Posner, acerca do equívoco da compreensão que busca distinguir os “direitos enumerados” dos “direitos não-enumerados” da Constituição. Segundo Dworkin, algumas previsões da declaração de direitos (“*Bill of Rights*”) são concretas, outras possuem um grau médio de abstração e há também dispositivos constitucionais que “estão formulados numa terminologia maximamente abstrata de moralidade política” (DWORKIN, 2019, p. 116).

Em determinados contextos, pode parecer que tais preceitos abstratos de moralidade política, a exemplo da igualdade de proteção perante a lei e do devido processo legal, tratam

apenas do procedimento legítimo, sem qualquer limitação quanto ao tipo de leis que o Estado pode aprovar e impor sobre a população. Todavia, consoante bem delimita Dworkin:

(...) a história do direito rejeitou essa interpretação estreita; e, quando entendemos que os dispositivos constitucionais não são somente procedimentais, mas também substantivos, ficamos pasmos com a sua amplitude. Isso porque, nesse caso, a Declaração de Direitos não obriga o Estado a nada menos que tratar com a mesma consideração e o mesmo respeito todos os indivíduos sujeitos ao seu domínio, e a não infringir as liberdades mais básicas dos cidadãos, que, segundo um grande jurista, são as liberdades essenciais para a própria ideia de liberdade ordenada (DWORKIN, 2019, p. 116).

Nesse contexto, a previsão dos direitos constitucionais procedimentais e substantivos não apenas é plenamente compatível com uma concepção complexa da democracia, apropriada para uma sociedade moderna pós-convencional, mas também indispensável à correta compreensão dos paradoxos constitutivos inerentes à democracia constitucional.

Conclusiva é a lição de Carvalho Netto (2009) que, abordando a impossibilidade democrática do constitucionalismo autoritário e a inviabilidade constitucional da democracia totalitária, explica que no paradigma do Estado Democrático de Direito:

(...) não mais podemos opor como domínios antitéticos a idéia de “Constituição” à de “democracia” ou “soberania popular”, pois o constitucionalismo só é efetivamente constitucional se institucionaliza a democracia, o pluralismo, a cidadania de todos, se não o fizer é despotismo, autoritarismo; bem como a democracia só é democrática se impõe limites constitucionais à vontade popular, à vontade da maioria, se assim não for estaremos diante de uma ditadura, do despotismo, do autoritarismo (CARVALHO NETTO, 2009, fl. 407).

É com fundamento em toda essa complexa conceituação do paradigma da democracia constitucional, expressamente consagrado na Constituição brasileira de 1988³⁶, que

³⁶ O artigo 1º, caput, e seus incisos preveem expressamente que “*A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.*”

a reflexão quanto ao enquadramento racional e democrático da prerrogativa de conceder medidas cautelares deve ser desenvolvida.

O caráter racional adequado dos discursos de aplicação do direito, compatível com a complexa estruturação do paradigma constitucional vigente, apenas pode ser devidamente elucidado a partir de uma interpretação exigente do direito, que seja consciente do caráter contingente e mutável das proposições jurídicas.

Ademais, a possível compatibilidade democrática da prática objeto da presente pesquisa também passa pela análise do papel a ser desempenhado pela jurisdição constitucional em um Estado Democrático de Direito, pautado pelo amplo consenso racional deliberativo.

Tais indagações quanto à teoria do direito exigida pela democracia constitucional, bem como quanto à função da jurisdição constitucional no paradigma político-constitucional vigente, serão analisadas nos tópicos seguintes.

2.4. O direito como integridade: a interpretação adequada e justificada dos princípios constitucionais

No paradigma do Estado Democrático de Direito, no qual, como visto, os direitos fundamentais guardam íntima relação com a própria efetivação da soberania popular, é indiscutivelmente necessário analisar e problematizar a forma pela qual os operadores do direito formulam proposições jurídicas, sobretudo o modo correto de julgamento por parte dos juízes encarregados de aplicar a norma ao caso concreto.

Tal perspectiva ganha ainda mais destaque nas organizações sócio-políticas que, a exemplo da brasileira instituída pela Constituição de 1988, atribuem a uma Corte Constitucional o poder-dever de, nos processos submetidos a sua jurisdição constitucional, definir provisoriamente o sentido e alcance dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Nesse contexto, Ronald Dworkin propõe que enfrentemos a complexidade do fenômeno jurídico de aplicação com a profundidade adequada à riqueza dos debates acerca do que é o direito observada na prática forense³⁷, sem rejeitar, ademais, as contribuições da hermenêutica filosófica.

Com esse objetivo, explica o referido autor que deve ser abandonada a visão tradicional, bastante difundida, desenvolvida pelo positivismo jurídico, de que o direito se resume “a uma simples questão de fato”, isto é, que o direito nada mais seria do que “aquilo que as instituições jurídicas, como as legislaturas, as câmeras municipais e os tribunais, decidiram no passado” (DWORKIN, 2007, p 10).

Para essa concepção limitada das proposições jurídicas, “as questões relativas ao direito sempre podem ser respondidas mediante o exame dos arquivos que guardam os registros das decisões institucionais” (Ibid., p. 10), ainda que a pesquisa dos fundamentos jurídicos adotados no passado demande uma formação técnica especial dos juristas. Segundo Dworkin, na perspectiva limitada admitida pelo positivismo, entre os que possuem a formação jurídica adequada não pode haver controvérsia:

(...) quanto ao direito assegurar ou não a indenização por danos ocasionados por companheiros de trabalho, por exemplo, a menos que algum deles tenha cometido um erro empírico a propósito daquilo que, na verdade, foi decidido no passado. Em outras palavras, o direito existe como simples fato, o que o direito é não depende, de modo algum, daquilo que ele deveria ser (DWORKIN, 2007, p. 10).

³⁷Esse modo de análise das proposições jurídicas, indubitavelmente, apenas lança luz sobre aspectos internos do fenômeno de aplicação, sem uma abordagem direta sobre como o contexto social e histórico “determina” o conteúdo do direito nos diferentes sistemas jurídicos. A despeito da suposta limitação da perspectiva “interna”, defende Dworkin que “*As duas perspectivas sobre o direito, a externa e a interna são essenciais, e cada uma delas deve incorporar ou levar em conta a outra. O ponto de vista do participante inclui o do historiador quando algum pleito jurídico apóia-se numa questão de fato histórico: quando, por exemplo, a questão de saber se a segregação é ou não ilegal volta-se para os motivos dos políticos que escreveram a Constituição ou daqueles que segregaram as escolas. A perspectiva do historiador inclui a do participante de modo mais abrangente, pois o historiador não pode compreender o direito como prática social argumentativa, nem mesmo o suficiente para rejeitá-lo como enganador, enquanto não tiver a compreensão de um participante, enquanto não dispuser de sua própria opinião sobre o que se considera boa ou má argumentação no âmbito dessa prática. Precisamos de uma teoria social do direito, mas exatamente por essa razão ela deve fazer parte da doutrina jurídica. Portanto, serão perversas as teorias que, em nome de questões supostamente mais amplas de história e sociedade, ignorarem a estrutura do argumento jurídico*” (DWORKIN, 2007, p. 18).

A abordagem da divergência no direito como uma mera questão empírica parece equiparar a riqueza dos debates realizados nos casos judiciais a, por exemplo, uma simples demonstração de uma equação matemática, na qual, para a correta compreensão dos participantes, faz-se necessário a explicação passo a passo dos fundamentos do cálculo que, ao final, se devidamente compreendidos, não podem gerar divergência quanto ao resultado, a menos que alguém tenha realizado um equívoco empírico no desenvolvimento do cálculo aritmético.

A essa pré-compreensão bastante restrita, Dworkin contrapõe que a prática corrente de advogados e juízes não corrobora com as premissas defendidas pela teoria do direito “como simples questão de fato”. Não raras vezes, os operadores de direito estão de acordo quanto à legislação aplicável e aos precedentes referentes ao caso (não havendo se falar, assim, em “erro empírico”), mas divergem “sobre a questão de se o *corpus* do direito escrito e as decisões judiciais esgotam ou não os fundamentos pertinentes do direito” (DWORKIN, 2007, p. 8). Em outras palavras, Dworkin demonstra que, muito além da simples divergência empírica, observa-se, na prática, uma verdadeira divergência teórica sobre o direito.

A divergência teórica observada nos discursos de aplicação do direito não significa um debate referente ao que o direito “deveria ser”, ao aperfeiçoamento da norma, que só ocorre nos casos nos quais não há um consenso empírico sobre o que foi previamente aceito como solução válida para o caso concreto, ou nos casos em que a norma previamente reconhecida como válida não é aplicada porque o intérprete a reputa injusta.

Contrariando tal versão distorcida, utilizando-se didaticamente de casos famosos da jurisprudência norte-americana e britânica, Dworkin propõe que a riqueza das proposições jurídicas em casos controversos, ao evidenciarem o caráter eminentemente interpretativo dos fundamentos do direito, demonstram que os participantes do discurso jurídico não estão debatendo sobre o que o direito deveria ser, ou formas de aperfeiçoar a justiça da regra, mas sim sobre o que o direito, devidamente interpretado, apresenta como solução correta do caso concreto (DWORKIN, 2007, pp. 19-38).

Ademais, a divergência teórica, para Dworkin, não representa um fenômeno marginal da interpretação jurídica, mas sim uma característica essencial do direito, que, a despeito de sua importância na prática, permanecia, no auge do positivismo jurídico, sem um tratamento teórico adequado (DWORKIN, 2007, pp. 45-52).

É com base nessa premissa que Dworkin desenvolve uma teoria da interpretação mais profunda, capaz de abranger não apenas a complexidade das proposições jurídicas utilizadas corriqueiramente na prática forense, mas também de inserir a moralidade política, derivada de uma comunidade de princípios legítima, no âmago dos discursos de aplicação do direito.

Nesse contexto, Dworkin afirma que a interpretação do direito, que é um exemplo de prática social, se relaciona intrinsecamente com a interpretação artística, pois “ambas pretendem interpretar algo criado pelas pessoas como uma entidade distinta delas, e não o que as pessoas dizem, como na interpretação da conversação, ou fatos não criados pelas pessoas, como no caso da interpretação científica” (DWORKIN, 2007, p. 61).

A interpretação artística e de práticas sociais, além de possuírem essa característica em comum, são apresentadas pelo referido autor como interpretações criativas construtivas, as quais buscam impor um propósito ao objeto interpretado, com o escopo de mostrá-lo em sua melhor luz.

Referido caráter teleológico da interpretação criativa construtiva não significa, todavia, uma liberdade ampla do intérprete para atribuir, sem quaisquer amarras, um propósito livre ao objeto da interpretação. Com efeito, Dworkin assevera expressamente que a interpretação construtiva pressupõe a contextualização histórica e hermenêutica da prática argumentativa desempenhada pelos intérpretes³⁸. Essa pressuposição é justamente o que possibilita a existência de limites argumentativos e racionais à interpretação criativa construtiva:

³⁸ Hans-Georg Gadamer, ao criticar o descrédito dos preconceitos na compreensão endossado pelo Iluminismo, afirma que o papel do preconceito não é negativo na interpretação do mundo, como nos faz pensar a razão metódica, mas fundamental na própria estruturação do pensamento: “os preconceitos de um indivíduo, muito mais que seus juízos, constituem a realidade histórica de seu ser” (GADAMER, 2005, p. 368).

Não nego o que é óbvio, isto é, que os intérpretes pensam no âmbito de uma tradição interpretativa da qual não podem escapar totalmente. A situação interpretativa não é um ponto de Arquimedes, nem isso está sugerido na ideia de que a interpretação procura dar ao que é interpretado a melhor imagem possível. Recorro mais uma vez a Gadamer, que acerta em cheio ao apresentar a interpretação como algo que reconhece as imposições da história ao mesmo tempo que luta contra elas (DWORKIN, 2007, pp. 74-75).

Como se percebe, a interpretação construtiva do direito demanda uma postura crítica do intérprete em relação a sua própria imersão histórico-hermenêutica, isto é, parte-se das imposições da história interpretativa compartilhada intersubjetivamente, dos precedentes argumentativos, para mostrá-los em sua melhor imagem possível no caso concreto³⁹.

Dworkin se utiliza desses pressupostos da interpretação construtiva para desenvolver sua teoria da integridade no direito, cujo teor representa “a melhor interpretação construtiva de nossas práticas jurídicas distintas e, particularmente, do modo como nossos juízes decidem os casos difíceis nos tribunais” (DWORKIN, 2007, pp. 260-261).

A integridade, por se caracterizar como uma interpretação criativa construtiva da prática social do direito, pressupõe, como dito, uma postura reflexiva interna das argumentações jurídicas, que se volta tanto para o passado, quanto para o futuro. A dinâmica interpretativa do círculo hermenêutico do saber é, por conseguinte, expressamente assimilada pela integridade do direito:

O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam

³⁹Nesse sentido, lecionam Carvalho Netto e Scotti (2012, pp.78-79) que “*Os propósitos que estão em jogo na interpretação criativa construtiva das obras de arte e das práticas sociais, como o direito, são fundamentalmente os do intérprete, não os do autor. Atribui-se um propósito a um objeto ou a uma prática, tornando-o o melhor possível em face de seu contexto temático. O que não quer dizer que o objeto não imponha limites à interpretação; a própria natureza intersubjetiva, paradigmática da interpretação vai exigir condições de plausibilidade para qualquer interpretação, especialmente em face de uma história interpretativa minimamente compartilhada. Sua validação é portanto, ao final, discursiva na verificação de racionalidade. (...) Dworkin retoma assim o debate sobre hermenêutica travado entre Gadamer e Habermas para identificar, nas críticas desse, o aspecto construtivo da interpretação, verificado na suposição da possibilidade de que os autores do objeto a ser interpretado poderiam também aprender com os intérpretes sobre o próprio objeto em questão, em contraposição à postura de Gadamer, de subordinação do intérprete ao autor; para Habermas haveria uma via de mão dupla na interpretação.*”

tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento (DWORKIN, 2007, p. 272).

De modo mais concreto, Dworkin sustenta que a interpretação do direito pelos juízes pode ser equiparada à elaboração de um romance em cadeia, cujos capítulos são produzidos sucessivamente, por meio de uma autoria coletiva. Cada intérprete (coautor), ao receber os capítulos previamente escritos do romance, deve interpretá-los de modo construtivo, a fim de identificar as estruturas fundamentais do texto anterior e acrescentar-lhe, ao final, seu próprio capítulo, cujo conteúdo, em sua visão, representa uma continuação coerente da história⁴⁰.

A tarefa atribuída ao romancista, deve pressupor que o esforço coletivo busca a criação de único romance, da melhor forma possível, e não um projeto no qual cada autor possa acrescentar narrativas de maneira descompromissada com o texto escrito, o que, em última análise, levaria ao desenvolvimento de histórias incompatíveis entre si:

Cada romancista pretende criar um só romance a partir do material que recebeu, daquilo que ele próprio lhe acrescentou e (até onde lhe seja possível controlar esse aspecto do projeto) daquilo que seus sucessores vão querer ou ser capazes de acrescentar. Deve tentar criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor, e não, como na verdade é o caso, como produto de muitas mãos diferentes. Isso exige uma avaliação geral de sua parte, ou uma série de avaliações gerais à medida que ele escreve e reescreve (DWORKIN, 2007, pp. 276-277).

A reescrita essencial à continuidade do projeto interpretativo, por essas razões, ao buscar elaborar uma única histórica coerente, supõe, como condição de validade da interpretação sucessiva desenvolvida pelo coautor, duas dimensões complementares: a de adequação e a de justificação.

⁴⁰Sustenta Dworkin (2007, p. 276) que: “*Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade.*”

A dimensão de adequação significa que qualquer interpretação desenvolvida pelo coautor não pode ser validamente invocada como continuação da prática argumentativa caso não se amolde racionalmente à narrativa escrita anteriormente, por mais que lhe pareça a mais robusta possível.

No direito, essa exigência de adequação implica o reconhecimento de que as interpretações dos juízes devem respeitar o limiar argumentativo estabelecido pelos precedentes, sendo-lhes vedado criar novas soluções das controvérsias judiciais que destoem completamente da histórica jurídica compartilhada intersubjetivamente, apenas porque tal interpretação se amolda melhor a suas convicções pessoais.

É evidente que diferentes juízes irão estabelecer o limiar argumentativo de modo diverso. Todavia, se é admitida a exigência da integridade de coerência interpretativa, os juízes e os demais aplicadores do direito, caso busquem interpretar de boa-fé o direito vigente, devem admitir que a história política da comunidade, algumas vezes, irá impor limites argumentativos a suas convicções políticas e morais:

As convicções sobre a adequação vão estabelecer a exigência de um limiar aproximado a que a interpretação de alguma parte do direito deve atender para tornar-se acessível. Qualquer teoria plausível desqualificaria uma interpretação de nosso próprio direito que negasse abertamente a competência ou a supremacia legislativa, ou que proclamasse um princípio geral de direito privado que exigisse que os ricos compartilhassem sua riqueza com os pobres. Esse limiar eliminará as interpretações que, de outro modo, alguns juízes prefeririam, de tal modo que os fatos brutos da história jurídica limitarão o papel que podem desempenhar, em suas decisões, as convicções pessoais de um juiz em questões de justiça. Diferentes juízes vão estabelecer esse limiar de maneira diversa. Mas quem quer que aceite o direito como integridade deve admitir que a verdadeira história política de sua comunidade irá às vezes restringir suas convicções políticas em seu juízo interpretativo geral. Se não o fizer – se seu limiar de adequação derivar totalmente de suas concepções de justiça e a elas for ajustável, de tal modo que essas concepções ofereçam automaticamente uma interpretação aceitável-, não poderá dizer de boa-fé que está interpretando a prática jurídica (DWORKIN, 2007, pp. 305-306).

A dimensão de adequação, por vezes, não é suficiente para conduzir o intérprete à solução mais bem fundamentada da controvérsia sob sua análise. Sobretudo em casos difíceis,

a análise preliminar dos limites de adequação da interpretação geralmente admitirá mais de uma solução plausível.

Nesses casos, consoante leciona Dworkin (2007, p. 306), o juiz “deve fazer uma escolha entre as interpretações aceitáveis, perguntando-se qual delas apresenta em sua melhor luz, do ponto de vista da moral política, a estrutura das instituições e decisões da comunidade – suas normas públicas como um todo. Suas próprias convicções morais e políticas estão agora diretamente engajadas”.

Em outras palavras, a etapa da justificação demanda que o juiz busque identificar os princípios estruturantes da prática constitucional da comunidade para definir, a partir de suas convicções morais e políticas, qual interpretação representa a solução mais bem fundamentada da controvérsia.

Nesse ponto da interpretação que aceita a integridade, pelo fato de os princípios jurídicos positivados frequentemente utilizarem uma linguagem abstrata, Dworkin defende que é exigido do aplicador do direito uma leitura moral da prática constitucional, que insere a moralidade política no núcleo da interpretação do direito constitucional: “a leitura moral propõe que todos nós - juízes, advogados, e cidadãos – interpretemos e apliquemos esses dispositivos abstratos considerando que eles fazem referência a princípios morais de decência e justiça. (...) A leitura moral, assim, insere a moralidade política no próprio âmago do direito constitucional” (DWORKIN, 2019, p. 2).

É importante salientar que a divisão metodológica entre as duas dimensões da integridade não significa, para Dworkin, uma diferença entre uma etapa que exige o emprego das convicções políticas e outra na qual apenas se requer uma interpretação mais objetiva de adequação.

Na realidade, trata-se de duas etapas complementares, nas quais as pré-compreensões do intérprete, derivadas de sua inserção hermenêutica e histórica, são empregadas a todo momento⁴¹. Outrossim, não se pode ignorar que as questões de adequação

⁴¹Nesse contexto, esclarece Dworkin (2007, p. 282) que a distinção entre as duas dimensões da integridade “*não se trata de um contraste entre os aspectos da interpretação que dependem das convicções (...) do intérprete e aqueles que independem. E não é um contraste entre os aspectos que podem ser polêmicos e aqueles que não podem ser. (...) Os dois tipos principais de convicções que estão ao alcance de todo intérprete sobre a*

retornam na fase da justificação, pois “mesmo quando uma interpretação sobrevive à exigência preliminar, qualquer inadequação irá voltar-se contra ela” (DWORKIN, 2007, p. 306).

Em acréscimo, cumpre ressaltar que a necessidade de justificação pela leitura moral não significa um recurso a razões abstratas e atemporais de moralidade política. Com efeito, Dworkin pressupõe que a interpretação capaz de mostrar, em sua melhor luz, os princípios estruturantes da Constituição desenvolve-se no seio de uma comunidade de princípios, da qual o juiz é participante.

Essa comunidade, a qual Dworkin assevera ser a que melhor descreve os fundamentos da democracia constitucional contemporânea, representa uma verdadeira comunidade associativa e fraterna de cidadãos.

A verdadeira comunidade princípios não apenas se diferencia de uma mera associação de fato decorrente de circunstâncias históricas e geográficas⁴², como também reivindica de seus cidadãos mais que uma simples obediência às regras tomadas por decisões e soluções conciliatórias prévias, fruto da busca individualista de sucesso, sem um compromisso orgânico com o bem-estar geral⁴³.

De fato, a comunidade de princípios demanda um comprometimento coletivo mais profundo com os princípios estruturantes da sociedade, podendo ser conceituada como um agrupamento político que pressupõe a existência de obrigações associativas especiais, de um

interpretação que se adapta melhor ou pior a um texto, e sobre qual das duas torna o romance substancialmente melhor – são inerentes a seu sistema geral de crenças e atitudes; nenhum tipo é independente desse sistema de alguma maneira que o outro não o seja.”

⁴²Dworkin classifica essa comunidade como simples associação de fato. Para o autor, esse modelo supõe “*que os membros de uma comunidade tratam sua associação apenas como um acidente de fato da história e da geografia, entre outras coisas, e, portanto, como uma comunidade associativa que nada tem de verdadeira*” (DWORKIN, 2007, p. 252).

⁴³Conforme expõe Dworkin, esse modelo de comunidade “*das regras*” pressupõe que “*os membros de uma comunidade política aceitam o compromisso geral de obedecer a regras estabelecidas de um certo modo que é específico dessa comunidade. Imaginemos pessoas voltadas para os seus próprios interesses, mas extremamente honestas, que competem em um jogo, ou que constituem as partes de um acordo comercial limitado e provisório. Elas obedecem às regras que aceitaram ou negociaram como uma questão de obrigação, e não de mera estratégia, mas admitem que o conteúdo dessas regras esgota sua obrigação. Não consideram que as regras foram negociadas com base em um compromisso comum com princípios subjacentes que são, eles próprios, uma fonte de novas obrigações; pensam, ao contrário, que essas regras representam um acordo entre interesses ou pontos de vista antagônicos. Se as regras são o produto de uma negociação especial, como no caso do contrato, cada parte tentou ceder o menos possível para obter o máximo possível em retorno, e seria portanto injusto, e não apenas equivocado, que cada uma delas afirmasse que o acordo abrange tudo que não explicitamente acordado*” (DWORKIN, 2007, pp. 253-254).

cidadão para com o outro, abrangentes e igualitárias, isto é, capazes de atribuir a cada projeto de vida individual a mesma dignidade⁴⁴:

O terceiro modelo de comunidade é o modelo do princípio. Concorde com o modelo das regras que a comunidade política exige uma compreensão compartilhada, mas assume um ponto de vista mais generoso e abrangente da natureza de tal compreensão. Insiste em que as pessoas são membros de uma comunidade política genuína apenas quando aceitam que seus destinos estão fortemente ligados da seguinte maneira: aceitam que são governadas por princípios comuns, e não apenas por regras criadas por um acordo político. Para tais pessoas, a política tem uma natureza diferente. É uma arena de debates sobre quais princípios a comunidade deve adotar como sistema, que concepção deve ter de justiça, equidade e justo processo legal e não a imagem diferente, apropriada a outros modelos, na qual cada pessoa tenta fazer valer suas convicções no mais vasto território de poder ou de regras possível. Os membros de uma sociedade de princípio admitem que seus direitos e deveres políticos não se esgotam nas decisões particulares tomadas por suas instituições políticas, mas dependem, em termos mais gerais, do sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam (DWORKIN, 2007, pp. 254-255).

É nesse contexto de significados e pressupostos compartilhados intersubjetivamente na comunidade de princípios que o intérprete, ao empregar a leitura moral, deve buscar demonstrar criativamente a interpretação que representa a solução adequada do direito postulado em determinado caso.

Trata-se, sem dúvidas, de uma tarefa extremamente complexa e que requer um esforço imenso do aplicador do direito, para que se possa extrair da história constitucional os princípios jurídicos que melhor representam os compromissos assumidos pelos cidadãos no ato fundador. Não por outra razão, Dworkin (2007, p. 287) atribui tal tarefa, metaforicamente, a um “juiz Hércules”, de capacidade e paciência sobre-humanas, cujo modelo fornece um tipo ideal de intérprete que assume os postulados do direito como integridade⁴⁵.

⁴⁴A propósito, acrescentam Carvalho Netto e Scotti (2012, pp. 62-63), que “os membros da comunidade de princípio se reconhecem reciprocamente como livres e iguais, há um respeito pela diferença do outro que não se confunde com a emoção moral, o altruísmo ou o amor. As obrigações recíprocas dessa comunidade decorrem dessa natureza especial que lhe é constitutiva. Não se obedece a essas normas como realização de uma justiça global, universal, no exemplo dado por Dworkin. Tais obrigações nascem justamente desse senso de pertencimento a uma comunidade que compartilha os mesmos princípios.”

⁴⁵ Quanto a uma esperada objeção de que o juiz Hércules não pode servir de modelo, pois representa um mito, sem correspondência com a prática desenvolvida por juízes reais, Dworkin esclarece que “Hércules nos é útil exatamente porque é mais reflexivo e autoconsciente do que qualquer outro juiz verdadeiro precisa ou, dada a urgência do trabalho, precisaria ser. Sabemos que os juízes reais decidem a maioria dos casos de maneira bem

A interpretação que seja, a um só tempo, adequada e justificada, que traduza o real significado do compromisso constitucional, fornecerá, na perspectiva argumentativa dos participantes do discurso jurídico, “a decisão correta” para o caso, no sentido de que a interpretação jurídica alcançada pelo intérprete se mostra legítima. É nesse sentido bastante restrito da prática jurídica que Dworkin propõe a existência de “decisões corretas” dos casos difíceis, proposta essa frequentemente mal compreendida pelos seus leitores⁴⁶.

A despeito da tentativa de alguns críticos de atribuir a Dworkin a intenção de comprovar a existência de “decisões verdadeiras”, em algum sentido metafísico transcendental, a resposta correta a ser alcançada pelo juiz Hércules, mencionada pelo autor, apenas busca evidenciar que alguns argumentos jurídicos podem ser mais bem fundamentos que outros e, por conseguinte, representar, ao menos potencialmente, o que o direito, devidamente interpretado, significa no caso concreto:

Minha tese sobre as respostas corretas nos casos difíceis é, como afirmi, uma afirmação jurídica muito fraca e trivial. É uma afirmação feita no âmbito da prática jurídica e não em algum nível filosófico supostamente infável, externo. Pergunto se, no sentido comum em que os juristas poderiam dizer isso, seria sensato, correto ou certo afirmar, acerca de algum caso difícil, que o direito, devidamente interpretado, fica do lado do demandante (ou do réu). Respondo que, sim, algumas afirmações desse tipo são sensatas, corretas ou certas a propósito de alguns casos difíceis (Na verdade, digo que alguma afirmação desse tipo é especialmente ou geralmente sensata nos casos difíceis. Mas podemos ignorar essa afirmação mais ambiciosa nesta discussão sobre o tipo de afirmação que estou fazendo) (DWORKIN, 2010, pp. 60-61).

Muito diferentemente do que a busca de alguma definição metafísica de verdade, a decisão adequada e justa de um caso concreto, se devidamente compreendida, representa sobretudo uma postura de interpretação exigida do jurista encarregado da tarefa hercúlea de

menos metódica, mas Hércules nos mostra a estrutura oculta de suas sentenças, deixando-as assim abertas ao estudo e à crítica” (DWORKIN, 2007, p. 316).

⁴⁶ Conforme assinala Dworkin, “*Uma proposição de Direito, como a proposição de que o contrato de Tom é válido, é verdadeira se a melhor justificativa que se pode fornecer para o conjunto de proposições de Direito tidas como estabelecidas fornece um argumento melhor a favor dessa proposição que a favor da proposição contrária, de que o contrato de Tom não é válido, mas é falsa se essa justificativa fornece um argumento melhor a favor dessa proposição contrária*” (DWORKIN, 2019b, p. 211).

resolver os casos difíceis⁴⁷, pois não lhe é permitido recorrer a um simples decisionismo para resolver a controvérsia, como outrora foi admitido pelo positivismo. Nessa mesma direção, sustentam MARTINS e FERRI (2006) que:

Caso concordemos com o ponto-de-vista de duas ou mais decisões possíveis e legítimas para uma questão controversa como é a questão do aborto, devemos aceitar antecipadamente como legítimas quaisquer decisões de um juiz ou corte, seja ela no sentido da constitucionalidade ou não da prática do aborto. Ou seja, ao admitir a teoria das diversas respostas possíveis, estamos em realidade admitindo a proposta positivista da discricionariedade judicial uma vez que o julgador pode decidir o que bem entende sobre temas importantes e de graves conseqüências sociais, tais como a prática do aborto, a união civil homossexual ou a reserva de cotas para negros nas universidades públicas. O ponto-de-vista da integridade dá a questão um novo contorno, pois o julgador deve argumentar porque uma opção é melhor que a outra. (...). Este ônus argumentativo é o que torna a proposta de Dworkin mais apropriada à legitimação da decisão judicial no contexto do Estado Democrático de Direito, pois é intransigente com o decisionismo à medida em que não deixa margem a escolhas arbitrárias e injustificadas. E é por isso que Dworkin atribui, ironicamente, esta imensa tarefa ao juiz Hércules, um semi-deus capaz de executar coisas extraordinárias. Em síntese, a idéia de uma única decisão mais adequada a um caso deve ser entendida como condição contrafactual de legitimidade já que exclui a possibilidade de arbítrio, ao invés de entendê-la enquanto afirmação categórica sobre a impossibilidade de existirem dúvidas interpretativas sobre uma questão (MARTINS; FERRI, 2006, p. 283).

A riqueza conceitual do direito como integridade não apenas explica, satisfatoriamente, os contornos da divergência teórica acerca do que é o direito no caso concreto, facilmente observada na prática de juízes e advogados, mas também possibilita que os discursos de aplicação do direito, ao assumirem uma perspectiva reflexiva interna quanto aos próprios argumentos jurídicos empregados no processo, forneçam um ideal complexo de interpretação e de coerência a ser observado pelos juízes.

Dessa maneira, as exigências de segurança jurídica e de aceitabilidade racional dos pronunciamentos judiciais, pressupostos na interpretação construtiva endossada pelo direito

⁴⁷ Precisa, nesse ponto, a lição de Carvalho Netto e Scotti (2012, p.61) de que a busca da solução correta pode ser compreendida como a “*postura a ser assumida pelo aplicador em face das questões aparentemente não reguladas apresentadas pelos hard cases, de densificação dos sentidos abstratos em face de um compartilhamento existente, embora sempre passível de ser problematizado e polemizado, do sentido vivencial dos princípios jurídicos, presente naquela determinada comunidade de princípios, tanto na assimilação prática dos direitos pela sociedade em seu cotidiano, em suas lutas, reivindicações por posições interpretativas e em seu aprendizado histórico, quanto na reafirmação institucional do sentido dessa história pelos órgãos oficiais*”.

como integridade, mostram-se como parâmetros de análise dos discursos jurídicos de aplicação indispensáveis à correta compreensão da racionalidade do exercício da jurisdição constitucional, no cenário complexo da moderna democracia constitucional.

2.5. A legitimidade democrática da jurisdição constitucional como um fórum de princípio

Os pressupostos da leitura moral dos direitos fundamentais consagrados na Constituição, ao demandarem a tomada de posição em face de questões controversas de moralidade política, são potencialmente objeto de intensa divergência teórica no direito e no âmbito da esfera pública formal e informal⁴⁸. Por conseguinte, nos sistemas de governo que adotem tais previsões constitucionais, faz-se necessário decidir “quem terá a autoridade suprema para compreendê-los e interpretá-los” (DWORKIN, 2019, p. 2).

Hans Kelsen, em seu célebre artigo intitulado “Quem deve ser o guardião da constituição?”, defende que o poder da jurisdição constitucional de anular atos inconstitucionais do Legislativo é indispensável para a garantia da força deontológica da Constituição:

Uma constituição em que falte a garantia da anulabilidade dos atos inconstitucionais não é plenamente obrigatória, no sentido técnico. Muito embora não se tenha em geral consciência disso, porque uma teoria jurídica dominada pela política não permite tomar tal consciência, uma Constituição em que os atos inconstitucionais, e em particular as leis inconstitucionais também permanecem válidos – na medida em que sua inconstitucionalidade não permite que sejam anulados – equivale mais ou menos, do ponto de vista propriamente jurídico, a um anseio sem força obrigatória. Toda lei, todo regulamento, e mesmo todo ato jurídico geral produzido pelos indivíduos, tem uma força jurídica superior à de tal Constituição, à qual no entanto são subordinados e da qual todos eles deduzem sua validade. O direito positivo zela para que possa ser anulado todo ato – excetuada a Constituição- que esteja em contradição com a norma superior (KELSEN, 2003, p. 179).

⁴⁸Dworkin ressalta que a leitura moral, em si mesma, não representa nenhum programa revolucionário na aplicação do direito ao caso concreto: “(...) a leitura moral não é revolucionária na prática. Em seu trabalho cotidiano, advogados e juízes instintivamente partem do princípio de que a Constituição expressa exigências morais abstratas que só podem ser aplicadas aos casos concretos através de juízos morais específicos” (DWORKIN, 2019, p. 4).

Em complemento a essa observação dogmática, Kelsen também aponta, naquele trabalho, que o controle judicial de constitucionalidade se mostra indispensável não só à proteção das minorias ilegitimamente subjugadas pelo processo político legislativo majoritário⁴⁹, mas também à garantia da imparcialidade dos julgamentos dos casos constitucionais, nos quais há, geralmente, potencial contraposição de interesses entre a Administração e o Legislativo: “Uma vez que justamente nos casos mais importantes de violação constitucional Parlamento e governo são partes litigantes, é recomendável convocar para a decisão da controvérsia uma terceira instância que esteja fora desse antagonismo” (KELSEN, 2003, p. 275).

Os desdobramentos históricos posteriores ao clássico estudo de Kelsen evidenciam uma ampla adoção, pelas democracias ocidentais, do modelo de revisão judicial dos atos legislativos⁵⁰. Não obstante tal tendência histórica, persiste na teoria constitucional um relevante questionamento quanto à compatibilidade democrática do controle judicial de constitucionalidade.

Na medida em que, como pressupõe o direito como integridade, a resolução dos casos difíceis submetidos à jurisdição constitucional exige que os magistrados elaborem, a partir de suas próprias convicções morais políticas, a decisão que melhor traduza os princípios constitucionais aplicáveis ao caso, e sendo a moralidade política empregada nesses julgamentos objeto de relevante controvérsia no seio da comunidade, os críticos de tal perspectiva alegam que a atuação do Tribunal Constitucional nesses moldes substitui, ilegitimamente, o procedimento democrático de tomada de decisões político-morais pelos próprios cidadãos.

Em outras palavras, para cada intervenção da jurisdição constitucional que anula, restringe ou modifica, a partir de argumentos morais e constitucionais controversos, atos do legislativo, corresponderia, para aquela abordagem teórica, um abalo do autogoverno do povo.

Retorna-se, assim, à clássica contraposição entre Democracia e Constituição, dessa vez sob a roupagem de uma grande disputa teórica acerca de qual é a função legítima da Corte Constitucional no paradigma do Estado Democrático de Direito.

John Ely, em sua influente obra “Democracia e Desconfiança”, busca uma solução da questão por meio de uma concepção procedimental da jurisdição constitucional. Ely

⁴⁹Segundo Kelsen, “*A simples ameaça do pedido ao tribunal constitucional pode ser, nas mãos da minoria, um instrumento capaz de impedir que a maioria viole seus interesses constitucionalmente protegidos, e de se opor à ditadura da maioria, não menos perigosa para a paz social que a da minoria*” (KELSEN, 2003, p. 182).

⁵⁰Jeremy Waldron aponta, sob uma perspectiva crítica, que “*Por muito tempo vista como uma peculiaridade estadunidense, a constitucionalização de direitos básicos aliada à prática do judicial review tende a ser compreendida como um modelo global de democratização*” (WALDRON, 2009, p. 243).

argumenta que os direitos fundamentais previstos na Constituição representam, se bem compreendidos, garantias procedimentais, não “substanciais”:

(...) nossa Constituição sempre teve o grande objetivo substancial de preservar a liberdade. Não fosse assim, não valeria a pena lutar por ela. Mas a questão que interessa à nossa investigação é como buscaram alcançar tal meta. As principais respostas a essa pergunta, como vimos, são dadas por um conjunto bastante amplo de proteções procedimentais e por um esquema ainda mais elaborado que visa assegurar que, ao se fazerem escolhas substantivas, o processo de decisão estará aberto a todos, em condições de relativa igualdade, e os responsáveis pelas decisões cumprirão o dever de levar em consideração os interesses de todos os que serão afetados por suas deliberações (ELY, 2010, p. 133).

Como consequência, a Corte Constitucional deve se abster, na perspectiva do referido autor, de tomar decisões “substantivas” referentes ao conteúdo dos direitos fundamentais, apenas podendo realizar o controle de legalidade do procedimento político democrático, esse sim legitimamente encarregado de definir a substância das garantias fundamentais: “o controle judicial de constitucionalidade deve ocupar-se basicamente de eliminar as obstruções ao processo democrático” (ELY, 2010, p. 156).

De modo semelhante, Frank Michelman, partindo de sua concepção republicana da democracia, de forte impregnação ética e centrada na participação cívica dos membros da comunidade, sustenta que o Tribunal Constitucional deve apenas garantir as condições adequadas para o legítimo desenvolvimento do processo de criação do direito:

If republican constitutional possibility depends on the genesis of law in the people's on-going normative contention, it follows that constitutional adjudicators serve that possibility by assisting in the maintenance of jurisgenerative popular engagement. Republican constitutional jurisprudence will to that extent be of the type that Laurence Tribe calls (and criticizes as) “process-based” recalling Ely's well-known and controversial justification of judicial review as “representation reinforcing” (MICHELMAN, 1988. p. 1525)⁵¹.

⁵¹ Tradução livre: “Se a possibilidade de um constitucionalismo republicano depende da gênese do direito em um contexto de perene desacordo entre os membros da sociedade, segue-se que os juízes constitucionais servem a essa possibilidade ao auxiliarem a manutenção da participação popular no processo ‘jusgenerativo’. A jurisprudência constitucional republicana, nessa medida, será do tipo que Laurence Tribe descreve (e critica) como procedimental, lembrando a conhecida e controversa justificação do controle judicial de constitucionalidade de Ely, para quem tal jurisdição funciona como um ‘reforço de representação’.”

A abordagem endossada pela tradição republicana norte-americana, ao focar sua atenção apenas nos aspectos procedimentais de participação política dos cidadãos, mostra-se falha enquanto explicação plausível de uma legítima democracia constitucional, pois negligencia a principal riqueza conceitual desse paradigma: a tensão constitutiva entre autonomia privada e pública.

Conforme leciona Habermas, uma concepção procedimental da legitimidade dos discursos políticos de formação do direito não pode ser realizada em abstrato, sem uma adequada teoria da democracia⁵², teoria essa que, no paradigma do Estado Democrático de Direito, pressupõe, como visto acima, um caráter intrinsecamente constitutivo e de implicação material entre liberdade e igualdade, forma e substância, autonomia privada e pública.

Nesse sentido, além de ser problemática a separação entre questões “materiais” e “procedimentais” concernentes à interpretação dos direitos fundamentais⁵³, a proteção de garantias “substanciais” da Constituição pelo Tribunal Constitucional não pode ser compreendida como, necessariamente, uma intervenção que gera prejuízo democrático.

A partir do momento em que se afasta a concepção de autogoverno democrático da noção de um governo de maioria, isto é, ao se compreender a democracia constitucional como um regime que pressupõe a igual consideração e respeito entre os concidadãos e que abarca, em seu interior, uma relação produtiva de tensão entre autonomia privada e pública, não restam dúvidas de que a anulação de atos legislativos flagrantemente contrários a esses pressupostos pode ser democraticamente legítima.

Dworkin esclarece, a propósito, que, uma vez compreendido corretamente o conceito de democracia constitucional, observa-se que a democracia é um regime sujeito a “condições democráticas”, diretamente relacionadas à defesa do princípio da integridade de

⁵²Apontando as deficiências da concepção esboçada por John Ely, afirma Habermas (1996, p. 266) que: “*The central concept of a procedural justice of political opinion- and will-formation calls for a theory of democracy, something that Ely leaves in the background*” Tradução livre: “*O conceito primordial de uma justiça procedimental da formação política da opinião e da vontade demanda uma teoria da democracia, algo que Ely deixa em segundo plano*”.

⁵³A partir do exemplo da justiça racial, abordado também por John Ely, Dworkin ressalta que “*A legislação racialmente discriminatória é injusta, em nossas circunstâncias, porque não há nenhuma justificativa livre de preconceito ou, de qualquer modo, porque não nos podemos convencer de que algum órgão político que aprova tal legislação esteja valendo-se de uma justificativa livre de preconceito. Penso que esse segundo argumento é fundamentado e proporciona uma base adequada (ainda que não necessariamente exclusiva) para a revisão judicial. Além disso, em certo sentido, é uma justificativa-processo ou justificativa - ‘Caroline Products’ para essa revisão. Sustenta que os direitos criados pelas cláusulas de devido processo legal e igualdade perante a lei da Constituição incluem direitos a que a legislação não seja aprovada por certas razões, não direitos a que a legislação não seja aprovada com certas consequências. Essa é a teoria de que o próprio Ely se vale (apesar de muitas coisas que diz). Mas seria um erro supor (como faz Ely) que os juízes poderiam escolher ou aplicar essa teoria da revisão judicial sem deparar com questões que são, segundo qualquer descrição, questões substantivas de moralidade política*” (DWORKIN, 2019b, pp. 94-95).

igual consideração e respeito, cujas exigências, se violadas pelas instituições majoritárias, tornam legítima a intervenção da Corte Constitucional. Em tais casos, não se poderia afirmar qualquer prejuízo democrático decorrente da anulação de um ato político majoritário que, na realidade, infringiu os valores inerentes ao regime democrático e constitucional:

A democracia é um governo sujeito às condições -podemos chamá-las de condições "democráticas" - de igualdade de status para todos os cidadãos. Quando as instituições majoritárias garantem e respeitam as condições democráticas, os veredictos dessas instituições, por esse motivo mesmo, devem ser aceitos por todos. Mas quando não o fazem, ou quando essa garantia e esse respeito mostram-se deficientes, não se pode fazer objeção alguma, em nome da democracia, a outros procedimentos que garantam e respeitem as condições democráticas (DWORKIN, 2019, pp. 26-27).

Com fundamento nessa elaboração mais complexa do Estado Democrático de Direito, a preocupação da doutrina quanto à possibilidade de atuações cada vez mais paternalistas da Corte Constitucional, em prejuízo do autogoverno democrático, é redimensionada.

Não se trata de atribuir ao Tribunal Constitucional o poder de defesa dos direitos fundamentais em uma espécie de regência, que perduraria enquanto o povo não reivindicasse seu direito ao autogoverno, sobretudo em “momentos constitucionais” decisivos. Diversamente de tal compressão, defendida, por exemplo, por Bruce Ackerman⁵⁴, o paradigma da democracia constitucional, quando não limitado a momentos excepcionais, exige a proteção

⁵⁴Ackerman expõe que: “*One form of political action-I shall call it constitutional politics-is characterized by Publian appeals to the common good, ‘ratified by a mobilized mass of American citizens’ expressing their assent through extraordinary institutional forms. Although constitutional politics is the highest kind of politics, it should be permitted to dominate the nation's life only during rare periods of heightened political consciousness. During the long periods between these constitutional moments, a second form of activity-I shall call it normal politics-prevails. Here, factions try to manipulate the constitutional forms of political life to pursue their own narrow interests*” (ACKERMAN, 1984, p.1022). E continua o autor: “*Rather than trying to immobilize the People, the Supreme Court's task is to prevent the abuse of the People's name in normal politics. The Court's job is to force our elected representatives in Washington to engage in the special kind of mass mobilization required for a constitutional amendment if they hope to overrule the earlier achievements of the American Revolution*” (Ibid., p. 1030). Tradução livre: “*Uma forma de ação política – que chamarei de política constitucional - é caracterizada pelos apelos de Publian ao bem comum, ‘endossados por uma massa mobilizada de cidadãos americanos’, expressando seu consentimento por meio de formas institucionais extraordinárias. Embora a política constitucional seja o tipo mais alto de política, apenas se deve permitir que ela domine a vida da nação durante raros períodos de maior consciência política. Durante os longos períodos entre esses momentos constitucionais, prevalece uma segunda forma de atividade – que chamarei de política comum. Aqui, as facções tentam manipular as formas constitucionais da vida política para perseguir seus próprios interesses. (...). Ao invés de tentar imobilizar o Povo, a tarefa da Suprema Corte é impedir o abuso em nome do Povo na política comum. O trabalho da Suprema Core é forçar nossos representantes em Washington a se engajarem no tipo especial de mobilização em massa necessária para a aprovação de uma emenda constitucional, se eles pretendem anular as conquistas anteriores da Revolução Americana.*”

cotidiana dos direitos subjetivos e políticos dos membros da comunidade, visto que tais garantias possuem uma relação de interdependência inafastável.

Dessa maneira, conforme salienta Habermas, a Corte Constitucional não atua como regente de um povo “adormecido”, mas, no máximo, como um “tutor” que, por seu discurso especializado de aplicação do direito, possibilita a defesa intransigente dos direitos “substanciais” e “procedimentais” indispensáveis à autocompreensão democrática e constitucional da comunidade política:

If one understands the constitution as an interpretation and elaboration of a system of rights in which private and public autonomy are internally related (and must be simultaneously enhanced), then a rather bold constitutional adjudication is even required in cases that concern the implementation of democratic procedure and the deliberative form of political opinion- and will-formation. To be sure, we have to free the concept of deliberative politics from overly strenuous connotations that would put the constitutional court under permanent pressure to act. The court may not assume the role of a regent who takes the place of an underage successor to the throne. Under the critical gaze of a robust legal public sphere—a citizenry that has grown to become a "community of constitutional interpreters"—the constitutional court can at best play the role of a tutor. There is no need to idealize this role, as self-assured constitutional scholars have done, unless one is seeking a trustee for an idealistically depicted political process⁵⁵ (HABERMAS, 1996, pp. 279-280).

É evidente que a garantia dos direitos fundamentais, individuais e políticos, ou, para usar os termos de Dworkin, a preservação das “condições democráticas”, está sujeita a um amplo desacordo racional na sociedade⁵⁶ e a retrocessos⁵⁷.

⁵⁵ Tradução livre: “Quando se compreende a Constituição como uma interpretação e elaboração de um sistema de direitos no qual autonomia pública e privada estão intrinsecamente relacionadas (e devem ser simultaneamente aprimoradas), faz-se até mesmo necessário, então, um incisivo controle judicial de constitucionalidade nos casos relativos à implementação do procedimento democrático e à forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade. Certamente, temos que livrar o conceito de política deliberativa das conotações excessivas que poderiam colocar a Corte Constitucional sob permanente pressão. A Corte não deve assumir o papel de um regente que toma o lugar do sucessor do trono menor de idade. Sob o olhar crítico de uma robusta esfera pública jurídica – de uma cidadania que se transformou em uma ‘comunidade dos intérpretes da Constituição’ – o Tribunal Constitucional pode, no melhor cenário, assumir o papel de um tutor. Não é necessário idealizar esse papel, como alguns estudiosos fizeram, a menos que se esteja buscando um fiel depositário para um processo político idealizado.”

⁵⁶ Como reconhece Dworkin, “É claro que pode haver desacordo quanto a saber quais são, na realidade, as condições democráticas, e quanto a saber se uma determinada norma as ofende ou não. Mas, de acordo com a concepção constitucional, não teria cabimento levantar-se objeções, sob a alegação de que tal prática seria antidemocrática, a que a decisão final acerca dessas questões fosse reservada a um tribunal; isso não teria cabimento porque essa objeção parte do princípio de que as leis em questão respeitam as condições democráticas, e é exatamente esse o assunto que está em questão” (DWORKIN, 2019^a, p. 27).

⁵⁷ Mark Tushnet (2009), analisando experiência norte-americana do *judicial review* a partir de uma perspectiva cética, salienta que “A real experiência dos Estados Unidos com o *judicial review* em nome de direitos humanos fundamentais é, assim, significativamente mais curta e mais ambígua do que se poderia imaginar. (...). O cientista político Robert Dahl, escrevendo em 1957, ofereceu a generalização de que as decisões da Suprema Corte

Não obstante a inevitabilidade do desacordo moral em sociedades complexas, quando a decisão do Tribunal Constitucional for correta, por impor a observância das condições democráticas, seguindo as lições extraídas da história constitucional, ela não será “antidemocrática de modo algum, mas, pelo contrário, faz prevalecer a democracia” (DWORKIN, 2019, p. 50).

Embora Dworkin reconheça, por outro lado, que “a democracia de fato fica prejudicada quando um tribunal dotado de autoridade toma a decisão errada a respeito das exigências das condições democráticas” (Ibid., p. 50), o autor explica que tal erro de percurso não é mais nefasto do que seria se uma legislatura majoritária tivesse adotado a mesma decisão⁵⁸, pois, em ambos os casos, o que explicita o prejuízo democrático é inobservância da interpretação adequada dos direitos fundamentais, não o órgão prolator da decisão.

Com efeito, se devidamente compreendida a tensão produtiva que se opera no interior da democracia constitucional, como bem apontam Dworkin e Habermas, a jurisdição constitucional não se apresenta, *per se*, como uma obstrução da democracia, mas, ao contrário, pode contribuir decisivamente para sua consolidação.

Todavia, essa constatação não significa que o controle judicial de constitucionalidade atribuído a uma Corte Constitucional, enquanto arranjo administrativo de Estado, e a exigência da supremacia judicial na interpretação da Constituição sejam uma

raramente estavam fora de sintonia, durante um período extenso, em relação às políticas apoiadas pela coalizão governante, considerando-se um período similarmente extenso. O argumento de Dahl deve ser modificado em alguns detalhes para lidar com os avanços ocorridos nesses 50 anos, mas o impulso principal desse argumento permanece válido. Se, em algum ponto, alguém observar uma lacuna entre a posição da Suprema Corte e aquela do resto da elite política do país, em cinco ou dez anos essa lacuna terá sido reduzida, normalmente por mudanças na posição da Corte. Ou, como tenho colocado, decisões da Suprema Corte são basicamente ‘ruído quase zero’. Às vezes, as decisões da Suprema Corte ficam de certo modo à direita das decisões do público (ou daquelas da elite política), às vezes, estão um tanto à esquerda, mas ao longo do tempo, a posição da Corte acompanha, na média, o que está acontecendo alhures no sistema político” (TUSHNET, 2009, pp. 227-230).

⁵⁸ Contrariando tal perspectiva, Jeremy Waldron argumenta que, a despeito de a efetivação da democracia constitucional ser a métrica necessária para a correta compreensão do papel da jurisdicional constitucional, o argumento de Dworkin, ao potencialmente negar grande importância ao debate institucional nos casos resolvidos de modo correto pelo tribunal, desconsidera que há uma importante perda democrática quando questões sensíveis não são solucionadas pelo povo e seus representantes. Waldron apresenta o seguinte caso hipotético para justificar sua assertiva: “Suponha que no Reino Unido haja uma discussão a respeito do mérito democrático da representatividade proporcional (RP) e que, em um momento de fúria nacional devido a incapacidade dos políticos eleitos para resolver esta questão, a Rainha tenha decidido anunciar que a partir daquele momento o sistema eleitoral seria organizado com base em um sistema de ‘voto único transferível’. Suponha também, para que o argumento fique claro, que a decisão da Rainha tenha sido a decisão correta. (...). É claro que há uma diferença a se acrescentar: estamos imaginando a Rainha intervindo através de uma forma de ruptura inconstitucional. O sistema do judicial review, presumidamente, não tem esse caráter. (...) De qualquer modo, a discussão a respeito da inconstitucionalidade é questão diversa da discussão a respeito do caráter democrático das decisões, embora muitas vezes esta estabeleça a fundamentação daquela. Se alguém questionasse, no nosso exemplo hipotético, o porquê de a decisão da Rainha ter sido uma irregularidade importante e não apenas uma irregularidade trivial, responderíamos que foi uma irregularidade importante por ter comprometido a democracia, por ela ter tomado uma decisão que deveria ter sido tomada pelo povo ou por seus representantes” (WALDRON 2009, pp. 256-257).

verdade histórica, essencial e indispensável em qualquer organização sócio-política que incorpore os pressupostos da democracia.

A esse respeito, digna de nota a crítica de Waldron quanto à perspectiva teórica que busca demonstrar a prática da revisão judicial dos atos legislativos como corolário do regime democrático. Afirma Waldron que, em uma sociedade na qual seja aceita a defesa de direitos fundamentais e das minorias (ou seja, leve-se em consideração questões de princípio nos debates públicos), mas haja um forte dissenso sobre o que significa respeitar tais direitos, a jurisdição constitucional não se mostra como requisito indispensável à legitimidade democrática do regime político de tal comunidade, sendo que os juristas devem enfrentar, nesse cenário, um pesado ônus argumentativo para defender, sobre bases de legitimidade política, a atuação primordial dos tribunais em desfavor do autogoverno do povo:

I have not sought to show that the practice of judicial review of legislation is inappropriate in all circumstances. Instead I have tried to show why rights-based judicial review is inappropriate for reasonably democratic societies whose main problem is not that their legislative institutions are dysfunctional but that their members disagree about rights. Disagreement about rights is not unreasonable, and people can disagree about rights while still taking rights seriously. In these circumstances, they need to adopt procedures for resolving their disagreements that respect the voices and opinions of the persons - in their millions- whose rights are at stake in these disagreements and treat them as equals in the process. At the same time, they must ensure that these procedures address, in a responsible and deliberative fashion, the tough and complex issues that rights-disagreements raise. Ordinary legislative procedures can do this, I have argued, and an additional layer of final review by courts adds little to the process except a rather insulting form of disenfranchisement and a legalistic obfuscation of the moral issues at stake in our disagreements about rights. Maybe there are circumstances -peculiar pathologies, dysfunctional legislative institutions, corrupt political cultures, legacies of racism and other forms of endemic prejudice-in which these costs of obfuscation and disenfranchisement are worth bearing for the time being. But defenders of judicial review ought to start making their claims for the practice frankly on that basis - and make it with a degree of humility and shame in regard to the circumstances that elicit it-rather than preaching it abroad as the epitome of respect for rights and as a normal and normatively desirable element of modern constitutional democracy (WALDRON, 2006, p. 1406)⁵⁹.

⁵⁹ Tradução livre: “Não tentei demonstrar que a prática do controle de constitucionalidade da legislação é inadequada em todas as circunstâncias. Em vez disso, tentei demonstrar por que o controle de constitucionalidade baseado em direitos é inadequada para sociedades razoavelmente democráticas, cujo principal problema não é que suas instituições legislativas sejam disfuncionais, mas que seus membros discordam acerca do direito. Discordâncias sobre direitos não são irracionais, e as pessoas podem discordar sobre direitos ao mesmo tempo em que levam os direitos a sério. Nessas circunstâncias, para resolver suas divergências, eles precisam adotar procedimentos que respeitem as vozes e opiniões das milhares de pessoas envolvidas, cujos direitos estão em jogo nessas discordâncias, e tratá-las como iguais no processo. Ao mesmo tempo, os membros da sociedade devem garantir que esses procedimentos abordem, de maneira responsável e deliberativa, as questões difíceis e complexas levantadas pelas divergências acerca de direitos. Eu argumentei que procedimentos legislativos ordinários podem fazer isso e que uma etapa adicional de revisão pelas cortes adiciona pouco ao processo, exceto pelo acréscimo de uma forma um tanto ofensiva de privação e de ofuscação legalista das questões morais que estão em jogo em nossas desacordos sobre direitos. Talvez haja circunstâncias, patologias peculiares, a exemplo

Ainda que Waldron assuma uma posição mais enfática de rejeição da própria legitimidade democrática da jurisdição constitucional, o que, como dito acima, não se sustenta no contexto de uma teoria da democracia constitucional devidamente compreendida, a intuição do autor, referente à possibilidade de arranjos políticos igualmente legítimos em sociedades nas quais, a despeito da relevante controvérsia moral, o respeito geral aos direitos fundamentais não seja negado nos debates políticos, é importante para se negar qualquer tendência de se criar uma verdade histórica acerca controle judicial de constitucionalidade. Com efeito, como reconhece Dworkin:

Um sem-número de fatores, que variam de um lugar para outro vão determinar se esse argumento será justificado para essa ou aquela comunidade política particular. Entre eles incluem-se a estabilidade do estado de direito, a independência do Judiciário e a qualidade da Constituição que os juízes são chamados a defender. O controle judicial de constitucionalidade talvez seja menos necessário em países onde maioria estável tem o costume histórico de proteger a legitimidade do governo, identificando respeitando corretamente os direitos dos indivíduos e das minorias. Infelizmente, a história revela poucos países desse tipo, mesmo entre as democracias consolidadas. As recentes reações tanto dos Estados Unidos quanto do Reino Unido às ameaças terroristas mostram o quanto essas duas culturas políticas bastante diferentes foram capazes de perder sua coragem e sua honra nessa situação. Nada pode nos garantir de antemão que o controle judicial de constitucionalidade vai ou não vai tornar mais legítima e democrática uma comunidade majoritária (DWORKIN, 2018, pp. 609-610).

Entretanto, ainda que não se possa defender peremptoriamente um vínculo ontológico entre democracia e controle judicial de constitucionalidade (este último corriqueiramente atrelado ao desenvolvimento de uma supremacia judicial em prejuízo das esferas políticas representativas), é evidente que há uma diferença importante entre a indagação acerca de qual é o melhor arranjo institucional a ser adotado na fundação da comunidade e qual

de instituições legislativas disfuncionais, culturas políticas corruptas, legados de racismo e outras formas de preconceito endêmico, nas quais esses riscos de ofuscação e privação de direitos valham a pena. Mas, se é assim, os defensores da jurisdição constitucional devem começar a defender a prática com franqueza, nesses termos - e fazê-lo com um certo grau de humildade e vergonha em relação às circunstâncias que a provocam - em vez de pregá-la, no exterior, como o epítome do respeito pelos direitos e como um elemento normal e normativamente desejável da democracia constitucional moderna.”

deve ser a melhor interpretação de uma estrutura governamental já instalada na prática constitucional⁶⁰.

Dito de outro modo, quando se parte de um arranjo institucional já consagrado pela história constitucional, sem prejuízo do debate sempre presente de aprimoramento das instituições democráticas, mostra-se essencial buscar explicitar uma interpretação que demonstre a forma correta de exercício dos poderes governamentais em vigor, entre os quais, a jurisdição constitucional.

Por sua vez, para que o discurso jurídico de aplicação seja racionalmente adequado e possa reivindicar autoridade no paradigma democrático contemporâneo é indispensável que seja pressuposto, no exercício da jurisdição constitucional, uma lógica de argumentos calcada em princípios, não em objetivos políticos, sob pena de se criar uma compreensão metodológica do papel dos tribunais que dificilmente se amoldaria a um discurso coerente de aplicação exigente do direito em uma sociedade pós-convencional, marcada pelo dissenso fundamentado.

Seguindo a distinção proposta por Dworkin, denomina-se política “aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade” (DWORKIN, 2010, p. 36), ao passo que princípio representa um padrão “que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (Ibid., p. 36).

Assim, enquanto “os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo, (...) os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo” (DWORKIN, 2010, p. 129).

A abertura da interpretação dos direitos constitucionais à moralidade política, pressuposta na leitura moral do direito como integridade, ao incrementar a complexidade do discurso de aplicação, não deve respaldar uma completa desestruturação dos fundamentos jurídicos pela adoção de uma lógica própria dos argumentos políticos:

Se queremos a revisão judicial – se não queremos anular *Marbury contra Madison* – devemos então aceitar que o Supremo Tribunal deve tomar decisões políticas importantes. A questão é que motivos, nas suas mãos, são bons motivos. Minha visão

⁶⁰ Precisa a constatação de Dworkin a esse respeito: “A situação é muito diferente quando não estamos fundando uma nova prática constitucional, mas sim interpretando uma prática estabelecida. Nesse caso, a autoridade já foi distribuída pela história e os detalhes da responsabilidade institucional dependem de uma interpretação e não de uma criação a partir do nada” (DWORKIN, 2019^a, p. 53).

é que o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política - decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral -, e que deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais (DWORKIN, 2019b, p. 101).

De modo semelhante, leciona Habermas que há uma relevante distinção entre as estratégias argumentativas que se realizam no interior do processo político legislativo e o horizonte interpretativo do direito utilizado pelos tribunais no exercício da jurisdição constitucional:

The fact that the constitutional court, just like the political legislator, is bound to "procedural guidelines present in the constitution" does not imply that the judiciary competes with the legislature on an equal level. The legitimating reasons available from the constitution are given to the constitutional court in advance from the perspective of the application of law—and not from the perspective of a legislation that elaborates and develops the system of rights in the pursuit of policies. The court reopens the package of reasons that legitimated legislative decisions so that it might mobilize them for a coherent ruling on the individual case in agreement with existing principles of law; it may not, however, use these reasons in an implicitly legislative manner that directly elaborates and develops the system of rights (HABERMAS, 1996, p.262)⁶¹.

Diversamente do papel atribuído à jurisdição constitucional pelas teorias pragmáticas, cuja projeção do futuro possibilita perigosamente uma apropriação pelo aplicador do direito de argumentos tipicamente políticos, ou por uma jurisprudência assentada em valores⁶², o maior trunfo do controle judicial de constitucionalidade, como sugere Dworkin, é possibilitar que questões relevantes de moralidade política sejam tratadas, em algum momento, como questões de justiça, em fóruns de princípio:

⁶¹ Tradução livre: “*O fato de o tribunal constitucional, assim como o legislador político, estar vinculado a normas constitucionais processuais não significa que o judiciário se equipara ao legislador. Os argumentos legitimadores previstos na Constituição são fornecidos antecipadamente ao tribunal constitucional na perspectiva da aplicação da lei - e não da perspectiva de uma legislação que elabora e desenvolve o sistema de direitos na medida em que persegue objetivos políticos. O tribunal reabre o conjunto de razões que legitimaram as decisões legislativas, a fim de mobilizá-las para uma decisão coerente sobre o caso individual, de acordo com os princípios legais existentes; entretanto, não pode usar essas razões de maneira implicitamente legislativa, de modo a elaborar e desenvolver diretamente o sistema de direitos*”.

⁶² Para crítica da compreensão dos princípios constitucionais como simples valores fundamentais, ver Habermas (1996, pp. 253-261): “*Norms versus Values: Methodological Errors in the Self-Understanding of the Constitutional Court*”.

A revisão judicial é uma característica distintiva de nossa vida política, invejada e cada vez mais copiada em outros lugares. É uma característica penetrante porque obriga o debate político a incluir o argumento acerca do princípio, não apenas quando um caso vai ao Tribunal, mas muito antes e muito depois. Esse debate não é necessariamente muito profundo nem é sempre muito vigoroso. É, não obstante, valioso. Nas últimas décadas, os norte-americanos debateram a moralidade da segregação racial e chegaram a um grau de consenso, no nível do princípio, que antes se julgava impossível. Esse debate não teria tido o caráter que teve, não fosse o fato e o simbolismo das decisões do Tribunal. (...). Temos uma instituição que leva algumas questões do campo de batalha da política de poder para o fórum do princípio. Ela oferece a promessa de que os conflitos mais profundos, mais fundamentais entre o indivíduo e a sociedade irão, algum dia, em algum lugar, tornar-se finalmente questões de justiça. Não chamo isso de religião nem de profecia. Chamo isso de Direito (DWORKIN, 2019b, pp. 102-103).

É com esse enfoque que se deve buscar, respeitada a abrangência do objeto de pesquisa, uma interpretação adequada, racional e democrática do poder cautelar em ações de controle abstrato, atribuído pela Constituição de 1988 ao Supremo Tribunal Federal. O risco de uma deturpação da coerência e racionalidade do sistema jurídico por meio do exercício cautelar e monocrático do controle abstrato de constitucionalidade é alto o suficiente para justificar o estabelecimento de parâmetros exigentes de interpretação constitucional, notadamente em face do comprometimento do aspecto deliberativo do STF, documentado pela doutrina, e do avanço da denominada tendência a uma “Ministrocracia”.

3. A PRÁTICA JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO DEFERIMENTO OU INDEFERIMENTO DE CAUTELARES MONOCRÁTICAS EM CONTROLE ABSTRATO: ENTRE QUESTÕES DE PRINCÍPIO E DE POLÍTICA

Neste capítulo serão abordados alguns casos recentes e qualitativamente importantes da jurisprudência do STF em sede de cautelares monocráticas em controle abstrato, a fim de enfatizar alguns contornos importantes dessa prática jurisdicional.

Em observância ao escopo da presente pesquisa, deve-se frisar que a escolha dos casos se limitou àqueles em que decisões monocráticas cautelares foram deferidas ou indeferidas (ainda que indiretamente neste último caso) liminarmente pelos Ministros do STF, não abrangendo, assim, precedentes derivados do controle concreto (inclusive Recurso Extraordinário) e processos nos quais a decisão cautelar, em controle abstrato, foi prolatada diretamente pelo plenário da Corte.

Os casos selecionados, sem qualquer pretensão de exaustividade, foram reputados qualitativamente importantes, para os fins deste trabalho, por se referirem: (i) a direitos fundamentais individuais ou coletivos, (ii) a princípios estruturantes do pacto federativo ou (iii) a controvérsias de fortes preocupações pragmáticas, sobretudo orçamentárias/econômicas.

A breve explanação dos precedentes selecionados, ademais, não busca realizar estudos de caso exaurientes, o que, dada a riqueza da matéria de fundo dos processos infracitados, seria incompatível com os limites do presente trabalho.

Feitas essas considerações metodológicas, passa-se a examinar brevemente alguns casos recentes da jurisprudência do STF, em ordem cronológica de ajuizamento da demanda.

3.1. A constitucionalidade da interrupção da gravidez por gestantes de fetos anencefálicos – ADPF 54

A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde ajuizou, em 17/06/2004, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), requerendo a declaração da inconstitucionalidade da interpretação que enquadrava a interrupção da gravidez dos fetos

anencefálicos (para usar o termo consagrado no precedente) na conduta criminosa tipificada nos artigos 124 a 127, do Código Penal⁶³.

Alegava-se na ação, em breve síntese, que, considerando todas as circunstâncias que envolvem a gestação de fetos anencefálicos, sobretudo a certeza e a inevitabilidade da morte (intrauterina em grande parte dos casos), inclusive com potenciais riscos à gestante, a criminalização então vigente acarretava a imposição de um sofrimento desproporcional à mãe, bem como violava o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF⁶⁴), da autonomia de vontade (art. 5º, *caput* e inciso II⁶⁵), do direito à saúde (art. 196 da CF⁶⁶) e a segurança jurídica das relações sociais em que atuam os profissionais de saúde.

Argumentou-se que, além da evidência do direito constitucional postulado, haveria nítido *periculum in mora* em virtude da multiplicidade de processos que tramitavam no país acerca da questão e das graves consequências sociais geradas pela lei penal vigente, cujo teor afetaria, em especial, gestantes de baixa renda, que dependiam da saúde pública para realizar o procedimento médico de antecipação do parto.

Por essas razões, requereu-se a concessão de medida cautelar para suspender o andamento dos processos judiciais sobre o tema em todo o território nacional e reconhecer, em caráter liminar, o direito fundamental das gestantes de se submeter ao procedimento médico de antecipação do parto (conjugado com o direito do profissional da saúde de realizar tal procedimento), desde que devidamente comprovada a anencefalia.

⁶³ **Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento**

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos. Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência

Forma qualificada

Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

⁶⁴ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana.

⁶⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

⁶⁶ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Em decisão monocrática proferida em 01/07/2004, o Ministro Relator admitiu o processamento da ação, reconheceu a insegurança jurídica instaurada na sociedade, em razão de provimentos judiciais contraditórios, bem como dissertou sobre dimensão adquirida pelo princípio da dignidade da pessoa humana no caso concreto:

Em questão está a dimensão humana que obstaculiza a possibilidade de se coisificar uma pessoa, usando-a como objeto. Conforme ressaltado na inicial, os valores em discussão revestem-se de importância única. A um só tempo, cuida-se do direito à saúde, do direito à liberdade em seu sentido maior, do direito à preservação da autonomia da vontade, da legalidade e, acima de tudo, da dignidade da pessoa humana. O determinismo biológico faz com que a mulher seja a portadora de uma nova vida, sobressaindo o sentimento maternal. São nove meses de acompanhamento, minuto a minuto, de avanços, predominando o amor. A alteração física, estética, é suplantada pela alegria de ter em seu interior a sublime gestação. As percepções se aguçam, elevando a sensibilidade. Este o quadro de uma gestação normal, que direciona a desfecho feliz, ao nascimento da criança. Pois bem, a natureza, entrementes, reserva surpresas, às vezes desagradáveis. Diante de uma deformação irreversível do feto, há de se lançar mão dos avanços médicos tecnológicos, postos à disposição da humanidade não para simples inserção, no dia-a-dia, de sentimentos mórbidos, mas, justamente, para fazê-los cessar. No caso da anencefalia, a ciência médica atua com margem de certeza igual a 100%. Dados mercedores da maior confiança evidenciam que fetos anencefálicos morrem no período intra-uterino em mais de 50% dos casos. Quando se chega ao final da gestação, a sobrevivência é diminuta, não ultrapassando período que possa ser tido como razoável, sendo nenhuma a chance de afastarem-se, na sobrevivência, os efeitos da deficiência. Então, manter-se a gestação resulta em impor à mulher, à respectiva família, danos à integridade moral e psicológica, além dos riscos físicos reconhecidos no âmbito da medicina. Como registrado na inicial, a gestante convive diuturnamente com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto, dentro de si, que nunca poderá se tornar um ser vivo. Se assim é- e ninguém ousa contestar -, trata-se de situação concreta que foge à glosa própria ao aborto – que conflita com a dignidade humana, a legalidade, a liberdade e a autonomia de vontade. A saúde, no sentido admitido pela Organização Mundial de Saúde, fica solapada, envolvidos os aspectos físico, mental e social. Daí cumprir o afastamento do quadro, aguardando-se o desfecho, o julgamento de fundo da própria arguição de descumprimento de preceito fundamental, no que idas e vindas do processo acabam por projetar no tempo esdrúxula situação (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADPF 54/DF, decisão monocrática, Relator Ministro Marco Aurélio, Julgamento em 01/07/2004, Publicação no DJ em 02/08/2004, p. 6).

Com fundamento nessas premissas, diante da relevância do direito pleiteado e do risco da manutenção do quadro de insegurança jurídica, o Ministro Relator concedeu a medida cautelar requerida na inicial da ação, para determinar “não só o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgados, como também o reconhecimento do direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto” (BRASIL. Supremo Tribunal

Federal, ADPF 54/DF, decisão monocrática, Relator Ministro Marco Aurélio, Julgamento em 01/07/2004, Publicação no DJ em 02/08/2004, p. 7).

Não obstante a argumentação empregada na decisão possa, sem dúvida, ser criticada em diversos pontos, a exemplo da tentativa retórica de distinguir o caso dos fetos anencefálicos do aborto e da ausência de abertura de prazo para manifestação das autoridades pertinentes, é inegável que, a partir de uma interpretação focada nos princípios constitucionais do direito da gestante, o Relator interveio no processo político para sustar aquilo que, na sua interpretação, representava uma deturpação da ordem constitucional vigente.

A decisão monocrática, entretanto, foi parcialmente cassada, pela maioria do plenário, alguns meses depois (mais precisamente em 20/10/2004), restabelecendo-se, assim, a vedação da antecipação terapêutica do parto do feto anencefálico. Apenas se manteve a decisão monocrática no ponto referente ao sobrestamento dos processos em todo o país⁶⁷.

Como resultado, as gestantes que não puderam realizar a interrupção da gravidez no período em que se encontrava válida a decisão cautelar, ficaram repentinamente impossibilitadas de fazer o pertinente procedimento médico, causando grande insegurança jurídica e notável injustiça para milhares de mulheres brasileiras, sobretudo para as gestantes de baixa renda.

No julgamento final do processo, realizado apenas em abril de 2012, o plenário do STF, por maioria de votos, julgou procedente a ADPF para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de fetos anencefálicos se enquadrava na conduta criminosa tipificada no Código Penal⁶⁸.

Trata-se de um dos casos mais emblemáticos da história constitucional brasileira recente, não apenas pela centralidade do direito fundamental objeto de discussão, mas também pelo fato de que a concessão e a posterior revogação da medida cautelar produziram um cenário inusitado de patente quebra de expectativas normativas.

Ainda que a segurança jurídica seja, como regra, desejável, não se pode ignorar que a previsão legal da concessão de medida cautelar, *ad referendum* do Plenário, potencialmente implicará cenários de reviravoltas como o que ocorreu nesse processo. Todavia, se é aceito que a jurisdição constitucional, exercida monocraticamente ou por um órgão colegiado, deve realizar uma leitura exaustiva do direito vigente, a fim de fundamentar a interpretação correta

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADPF 54/DF, tribunal pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, Julgamento em 20/10/2004, Publicação no DJ em 28/10/2004.

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADPF 54/DF, tribunal pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, Julgamento em 12/04/2012, Publicação no DJ em 30/04/2013.

dos direitos fundamentais, possíveis erros de interpretação ou de reversão de julgamentos, em face da controvérsia da matéria, são esperados.

O risco de uma interpretação equivocada, injusta, é sempre presente, mas trata-se de um aspecto inerente do exercício da jurisdição constitucional. Uma revisão equivocada de um precedente correto, isto é, de um precedente que demonstre, do ponto de vista argumentativo, a interpretação de um direito fundamental em sua melhor luz, ou a prolação de uma decisão equivocada sobre uma questão nova representarão um erro institucional e jurídico, com prejuízo democrático, independentemente do fato de tal erro ter sido realizado por decisão monocrática, ou por um julgamento do colegiado.

3.2. O reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar – ADI 4277

A Procuradoria-Geral da República (PGR) ingressou com ação direta de inconstitucionalidade (ADI), alegando, em resumo, que a negativa de reconhecimento da união civil homoafetiva como entidade familiar violava, por transparecer a ausência de igual consideração e respeito do Estado em face de homossexuais, o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), da vedação à discriminação (art. 3º, IV, da CF⁶⁹), da igualdade e da liberdade (art. 5º, *caput*, CF) e da segurança jurídica.

Requeriu-se, na inicial daquele processo, a realização de interpretação conforme do art. 1723 do Código Civil⁷⁰, cujo teor gramatical limita o reconhecimento da união estável, como entidade familiar, à união entre homem e mulher, bem como uma interpretação sistemática do art. 226, §3º, da CF⁷¹.

Acrescentou-se na peça, ademais, que, ao lado dos relevantes fundamentos de direito, haveria *periculum in mora*, na medida em que a manutenção da ausência de reconhecimento da união homoafetiva postergaria os graves prejuízos materiais e morais cotidianamente vivenciados pelas pessoas afetadas pelas previsões normativas impugnadas.

⁶⁹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...). IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁷⁰ Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

⁷¹ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...). § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Com esses fundamentos, postulou-se a concessão de medida cautelar para i) declarar a obrigatoriedade do reconhecimento, como entidade familiar, da união entre pessoas do mesmo sexo, caso atendidos os mesmos requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher; (ii) declarar que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis heterossexuais devem ser estendidos aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Em 23/07/2009, o Ministro Presidente, ao despachar durante o regime de plantão, além de determinar a emenda da inicial, por ausência de objeto delimitado, considerou que inexistia urgência no caso para deferir a cautelar, pois o tema versado na ação também era objeto de discussão na ADPF nº 132, pendente de julgamento.

Em seguida, adotou-se o rito do art. 12 da Lei nº 9.868/99⁷², a fim de, após a manifestação das autoridades elencadas no dispositivo legal, converter a apreciação da medida cautelar em julgamento definitivo do mérito.

Os autos passaram a tramitar conjuntamente com a ADPF 132, previamente ajuizada na Corte.

Cumprе ressaltar que a referida ADPF 132, ajuizada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, em 27/02/2008, também continha pedido cautelar, só que com escopo mais restrito: requeria a validade das decisões internas da administração carioca que reconheciam a validade da união homoafetiva e a suspensão dos processos que tramitavam na justiça estadual. Quanto ao pedido final, em complemento aos requerimentos mencionados, postulava-se a interpretação conforme da legislação estadual consubstanciada no Decreto-Lei 220/75 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro).

O plenário do STF analisou, em definitivo, a controvérsia em maio de 2011, aproximadamente dois anos após a rejeição da medida cautelar. Ao analisar o mérito da questão das duas ações, o plenário do STF, por unanimidade, em decisão histórica, reconheceu a união estável homoafetiva como entidade familiar com fundamento em interpretação conforme do art. 1723 do Código Civil, bem como em interpretação sistemática do art. 226, §3º da CF. A ementa do acórdão resume bem os fundamentos da decisão:

⁷² Art. 12. *Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.*

1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE

ESTABELECEM RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 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. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. 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-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. 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 segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADI 4277, tribunal pleno, Relator Ministro Ayres Britto, Julgamento em 05/05/2011, publicação no DJ em 14-10-2011).

Nesse precedente, observa-se que a decisão final do caso, amplamente celebrada na doutrina constitucional como a decisão correta, que sem dúvidas representou um importante marco inicial, do ponto de vista jurisprudencial, para a superação da indefensável discriminação histórica sofrida por homossexuais, apenas ocorreu anos após a rejeição da cautelar, a qual poderia ter, desde logo, imposto uma paralisação das práticas discriminatórias fundamentadas em uma interpretação literal do ordenamento jurídico.

Com efeito, a despeito de a aplicação do art. 12 da Lei nº 9.868/99 autorizar a pressuposição de que a cautelar se transformaria em julgamento do mérito (sendo que o

Ministro Presidente não havia reputado existir grave perigo iminente), a adoção do rito abreviado do art. 12 tende a ofuscar uma negativa indireta da cautelar, sem possibilidade de impugnação pelas partes, visto que não se trata processualmente de indeferimento. Conforme explica a doutrina, a invocação do art. 12 reiteradamente protela, às vezes por anos, a análise do que deveria ser tratado como urgente, funcionando, na prática forense, como um filtro silencioso de indeferimento:

O rito sumário é uma opção de trâmite para os processos do controle concentrado. Quando há um pedido de liminar no processo e a natureza do objeto exige uma decisão com grande urgência, o relator pode decidir “pular” a liminar e levar o processo diretamente para o julgamento de mérito. Na teoria, aceleraria o julgamento da ação. Só que o rito sumário não é tão sumário assim, como mostra o III Relatório do projeto Supremo em Números. Nas ADIs, dura em média 2,6 anos. Ou seja, na prática, adotar o rito sumário não torna o controle abstrato mais rápido – apenas exclui a tomada de decisão imediata sobre a liminar. A decisão monocrática de adotar o rito acaba tendo o mesmo efeito de negar a liminar: fica tudo como está até a decisão de mérito pelo Plenário. A diferença é que uma decisão individual negando a liminar em ADI ou ADPF exige uma explicação fundamentada do relator em cada caso, que pode ser eventualmente discutida junto ao Plenário. A decisão de adotar o rito sumário, porém, é sempre individual, e permite ao relator não conceder a liminar naquele momento de maneira burocrática: basta uma referência genérica ao artigo 12. Na prática, portanto, o artigo 12 se tornou um filtro silencioso, não-declarado, pelo qual decisões do Plenário sobre liminares podem ser substituídas por uma simples e não-fundamentada decisão individual (HARTMANN; SILVA FERREIRA, 2015/2016, pp. 2276-277).

3.3. As regras de distribuição dos *royalties* do petróleo - ADI 4917

O caso em comento trata de ADI ajuizada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, em 15/03/2013, com pedido de medida cautelar, requerendo a declaração de inconstitucionalidade das regras de distribuição de *royalties* devidos pela exploração de petróleo, constantes da Lei Federal nº 12.734/2012.

O requerente alegou, em síntese, que o pagamento aos estados produtores de *royalties* e de participações especiais advindos da exploração de petróleo, além de ser assegurado pela Constituição Federal de 1988 (art. 20, §1º)⁷³, seria também uma compensação

⁷³ Art. 20. São bens da União: (...). § 1º É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração. (redação vigente à época da propositura da ação).

pelo impacto ambiental e pela demanda de serviço público característicos da exploração de petróleo.

Também se alegou que a Lei federal nº 12.734/2012 direcionava os recursos provenientes dos *royalties* e das participações especiais advindos da exploração de petróleo a Estados e Municípios não-produtores desse recurso natural, o que ocasionaria o enriquecimento desses entes federativos às custas dos entes produtores.

Argumentando a iminência de enorme prejuízo orçamentário ao estado do Rio de Janeiro, na ordem de bilhões de reais, requereu a medida cautelar para que fosse suspensa a eficácia da lei impugnada, até a deliberação final do plenário.

A Ministra Relatora, em 18/03/2013, acolheu o requerimento e decidiu liminarmente pela suspensão das regras de *royalties* e participações especiais previstos pela Lei nº 12.734/2012, afirmando haver “qualificada urgência” que justificava o deferimento da medida cautelar requerida. Segundo a Relatora:

A extraordinária urgência demandada para o exame da cautelar, na espécie em foco, é realçada pelo Autor na petição apresentada, na qual faz constar valores vultosos e imprescindíveis para o prosseguimento dos serviços públicos essenciais estaduais e dos Municípios situados no Estado do Rio de Janeiro, e que seriam desidratados com a aplicação imediata do novo regramento. Estados e Municípios planejaram e orçaram seus desempenhos segundo as normas antes vigentes, sem a alteração advinda com a promulgação das normas inicialmente vetadas. (...). A demonstração pelo Autor desta ação das sérias consequências financeiras e sociais produzidas pelas novas normas obriga o exame e a conclusão imediata sobre o requerimento de suspensão dos efeitos das regras impugnadas, ainda em sede e de natureza acauteladora e precária, como próprio destas medidas. Os gravames apontados pelo Autor são comprovados pela formulação dos novos cálculos para os pagamentos mensais a serem efetuados se se mantiver o quadro atual. (...). Anoto, ainda, que a pouca ortodoxia da apreciação monocrática, pelo Relator, da cautelar requerida em ação direta de inconstitucionalidade deve-se, exclusivamente, à excepcionalidade da situação e aos riscos decorrentes do aguardo da providência pela instância natural deste Supremo Tribunal, qual seja, o seu Plenário, até a sessão em que o processo vier a ser apregoadado para apreciação, ainda que em regime de prioridade e urgência, porque os cálculos e pagamentos dos valores segundo as regras legais referentes aos *royalties* e das participações das entidades federadas nos recursos em questão são feitos mensalmente (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADI 4.917, decisão monocrática, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Julgamento em 18/03/2013, Publicação no DJ em 21/03/2013, pp. 8-10).

Outrossim, invocando o princípio do pacto federativo e fazendo uma longa digressão quanto às regras constitucionais concernentes à matéria, enfatizou a Ministra Relatora que a nova legislação teria sido aprovada apenas por necessidades políticas imediatas, sem correspondência com o regramento constitucional:

O § 1º do art. 20 da Constituição brasileira compõe-se com outras normas que delinham o modelo federativo adotado, garantindo-se a autonomia das entidades federadas, dotadas de competências próprias e recursos correspondentes às atribuições que lhes são definidas. A autonomia das entidades federadas é o sinal federativo constitucionalmente fixado. Sem autonomia não há federação. E a autonomia é espaço próprio de competências sob favoráveis condições jurídicas, políticas e financeiras garantidas para o desempenho dos serviços públicos atribuídos a cada qual das entidades. O debate legislativo, a impor novo modelo definidor de critérios para a fixação e distribuição de recursos referentes à participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural ou de compensação financeira por essa exploração, parece ter tido como causa a fragilidade e a necessidade financeira das entidades federadas, Estados, Distrito Federal e Municípios. No afã de obter mais recursos, os parlamentares encaminharam-se para solução que é de sua competência (formulação da lei mencionada no § 1º do art. 20 da Constituição), alterando o modelo de distribuição dos recursos ali previstos para destinar pagamentos a outras pessoas federadas que não apenas aquelas até agora aquinhoadas. Legislar é direito-dever do Congresso Nacional. Mas também é seu dever-direito ater-se aos comandos constitucionais (Ibid., pp. 13-14).

Posteriormente, em 28/11/2013, a Ministra Relatora determinou a aplicação do rito do art. 12 da Lei nº 9.868/99, a fim de que a apreciação da cautelar deferida pelo plenário fosse convertida em julgamento definitivo de mérito.

Até o momento de elaboração deste trabalho, todavia, o processo não havia sido levado ao julgamento do plenário. Como resultado, após mais de seis anos, continua plenamente vigente o comando de suspensão das novas de distribuição dos *royalties* do petróleo, constante da decisão cautelar, com grandes impactos financeiros aos Estados e Municípios não-produtores.

A despeito da argumentação jurídica explicitada pela decisão cautelar, referente a uma suposta irregularidade constitucional do conteúdo das novas regras de distribuição dos *royalties* do petróleo, não restam dúvidas de que o maior fundamento adotado naquela decisão se revestiu de forte preocupação econômica/financeira, com notável substituição das ponderações realizadas pelo Legislativo quanto a essas mesmas questões pragmáticas.

Cumprе ressaltar que a legislação combatida nesse processo foi aprovada após conturbado processo político, o qual inclusive contou com a intervenção marcante de ativismo monocrático de Ministros do STF, a exemplo da decisão liminar responsável por determinar, após o veto parcial da Presidente ao projeto legislativo, que o Congresso Nacional deveria

observar uma ordem cronológica de apreciação dos vetos presidenciais, o que impediria a derrubada do veto presidencial em questão⁷⁴.

3.4. A crise de celeridade do Poder Judiciário brasileiro e tentativa de criação de novos Tribunais Regionais Federais - ADI 5017

O caso em epígrafe versa sobre a ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Associação Nacional dos Procuradores Federais -ANPAF, em 17/07/2013, questionando a validade da Emenda Constitucional (EC) nº 73 de 2013, cujo teor versava sobre a criação dos Tribunais Regionais Federais (TRFs) da 6ª, 7ª, 8ª e 9ª Regiões.

Segundo o texto da emenda impugnada, o TRF da 6ª Região, com sede em Curitiba, teria jurisdição sobre os estados do Paraná, Santa Catarina e do Mato Grosso do Sul; o TRF da 7ª Região, com sede em Belo Horizonte, teria jurisdição sobre o estado de Minas Gerais; o TRF da 8ª região, com sede em Salvador, teria jurisdição sobre os estados da Bahia e de Sergipe e o TRF da 9ª região, com sede em Manaus, teria jurisdição sobre os estados do Amazonas, do Acre, de Rondônia e de Roraima. Após a promulgação da Emenda nº 73 de 2013, os novos tribunais deveriam ser instalados em seis meses.

A parte requerente, ANPAF, alegou que a criação de quatro novos tribunais regionais federais afetaria a carreira dos procuradores federais, pois a União seria obrigada a realocá-los para atender às novas demandas. Para a associação, isso iria desorganizar a estruturação dessa carreira federal. De acordo com a requerente, os advogados públicos não atenderiam ao seu dever constitucional caso tal desorganização na carreira viesse a ser concretizada.

Dentre outros argumentos, foi alegado (i) que haveria vício de iniciativa legislativa na EC nº 73, pois a criação de novos tribunais deveria ser proposta pelo Supremo Tribunal Federal ou por outro Tribunal Superior (art. 96, II, “c” e “d”, da CF⁷⁵); (ii) que não havia dotação

⁷⁴ A liminar foi cassada pelo plenário meses depois (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, MS 31.816/DF, Relator para o acórdão Ministro Luiz Fux, Julgamento em 27/02/2013, Publicação no DJ em 13/05/2013).

⁷⁵ Art. 96. *Compete privativamente: (...). II - ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169: (...) c) a criação ou extinção dos tribunais inferiores; d) a alteração da organização e da divisão judiciárias.*

orçamentária suficiente para a criação dos novos tribunais (violação do art. 169 da CF⁷⁶); (iii) que a criação dos novos órgãos seria insuficiente para resolver a questão da demora na prestação jurisdicional observada nos Tribunais Regionais Federais já existentes; (iv) que ocorreu violação do princípio da separação dos poderes (art. 2º, *caput*, da CF⁷⁷) e das regras constitucionais atinentes às funções essenciais da justiça (capítulo IV, da CF).

Requeriu-se, por fim, a concessão de medida cautelar, visto que, eventual demora da prestação jurisdicional acarretaria o comprometimento de enormes gastos financeiros, necessários para se cumprir o comando normativo supostamente inconstitucional.

Em sede de decisão monocrática, prolatada durante regime de plantão, o Ministro no exercício da presidência reconheceu que a criação de novos tribunais possuiria um potencial inequívoco de consolidação de situações jurídicas que dificilmente seriam revertidas, caso não fosse concedida a medida liminar naquele momento – mesmo que, tardiamente, fosse julgada inconstitucional a emenda.

Foi acatado, também, o argumento de que a União não teria dotação orçamentária suficiente para lidar com todas as consequências da criação de quatro novos tribunais, até mesmo porque, segundo o relator, a União possuiria demandas mais relevantes do que a criação dos novos Tribunais Regionais Federais: “É muito provável que a União esteja às voltas com carências e demandas tão ou mais relevantes do que a criação de quatro novos tribunais. Apesar de suas obrigações constitucionais e legais, a União não terá recursos indispensáveis para cumprir seu papel para com os administrados” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADI 5017, decisão monocrática, Relatora Ministro Luiz Fux, Julgamento em 18/07/2013, p. 11).

A decisão também se fundamentou no argumento de que a criação de novos Tribunais não prestigiaria a magistratura, afirmando-se que, pelo contrário, a fragmentação da Justiça Federal colaboraria, em verdade, para o desgaste do Poder Judiciário:

Ademais, a fragmentação da Justiça Federal é deletéria para uma Justiça que se entende nacional. Por conjectura, a redução da competência territorial tende a tornar o órgão jurisdicional mais propenso às investidas de interesses paroquiais. Cabe aqui reforçar o que me é perceptível: não se prestigia a Magistratura com a criação de tribunais; prestigia-se a Magistratura pela valorização e pela formação do magistrado, especialmente aqueles que estão distantes da estrutural ideal para que esses servidores públicos possam atuar com equilíbrio e sem prejuízo à vida pessoal (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADI 5017, decisão monocrática, Relatora Ministro Luiz Fux, Julgamento em 18/07/2013, p. 11).

⁷⁶ Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

⁷⁷ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Em complemento, considerou-se que a iniciativa para proposta que visasse a criação de novos Tribunais Regionais Federais deveria partir do Poder Judiciário, não do Legislativo, visto que a Constituição Federal confere autonomia a cada poder para organizar estrutura própria, invocando-se as disposições do art. 96, inciso II e alíneas, as quais conferem aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça o poder de iniciativa para “criação e extinção de Tribunais”:

O equilíbrio entre os Poderes depende do grau de autonomia que cada um deles tem para planejar sua estrutura, recrutar seus próprios servidores elaborar seus planos institucionais e contar com recursos para não sofrer pressões indiretas dos demais entes que compõem a cúpula do Estado. A Constituição de 1988 (art. 96, II, a, b, c e d) manifestamente quis romper com o passado de dependência do Poder (sic) Judiciário em relação aos poderes políticos, ao conferir aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça o poder de iniciativa quanto à “criação ou a extinção de tribunais” (art. 96, II, c da Constituição). Este é um aspecto crucial da independência do Judiciário em nosso país. (...). Como se vê, a recalibração do equilíbrio entre os Poderes é corriqueira, própria da complexidade das relações institucionais, e não indica a existência prévia de tensões ou de oposições insuperáveis. Contudo, no controle jurisdicional, é imprescindível apontar o risco que correm as instituições em caso de precedente que autorize hipoteticamente um Poder a modificar unilateralmente a estrutura ou a competência de outro Poder. Sem o Judiciário, o Legislativo e o Executivo independentes, é mera questão de tempo a ocorrência de algo que não se deseja: a supressão das competências de cada órgão formador da vontade do Estado (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADI 5017, decisão monocrática, Relatora Ministro Luiz Fux, Julgamento em 18/07/2013, pp. 14-17).

Por considerar que a suspensão temporária dos efeitos da eficácia da EC nº 73 de 2013 seria plenamente reversível, já que a medida cautelar estaria sujeita a referendo do plenário, foi concedida a medida cautelar postulada na inicial da ação. Todavia, no momento de conclusão deste trabalho, a medida liminar, após mais de seis anos, ainda não havia sido apreciada pelo plenário do STF.

Acrescente-se que, muito embora tal liminar ainda esteja em vigor, a criação do Tribunal Regional Federal da 6ª Região, com sede em Belo Horizonte e jurisdição sobre o estado de Minas Gerais, está atualmente em curso. Isso porque o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Conselho da Justiça Federal (CJF) aprovaram, no ano de 2019, anteprojeto de Lei

para a criação desse tribunal. Tal projeto estaria de acordo com a previsão de iniciativa do Poder Judiciário para a criação de novos tribunais, defendida pela liminar em referência⁷⁸.

Ainda que o argumento procedimental de iniciativa legislativa seja bastante relevante, quando considerado sob uma ótica de interpretação exigente do princípio da separação dos poderes, a retórica argumentativa empregada na decisão cautelar se baseou principalmente no suposto risco de irreversibilidade da medida, na ausência de benefícios concretos à celeridade da justiça e nos impactos financeiros decorrentes da criação dos novos tribunais federais.

Não é razoável pressupor que tais argumentos pragmáticos não tenham sido, ao menos potencialmente, objeto de apreciação pelo Congresso Nacional ao longo da tramitação do projeto de emenda constitucional, de maneira que, como a validação da decisão se apoia, substancialmente, nesse tipo de fundamento, pode-se cogitar de uma indevida substituição do Legislador por um único juiz constitucional.

Ademais, esse processo, que, no momento de conclusão desta pesquisa, ainda se encontrava pendente de julgamento definitivo, possui uma peculiaridade marcante: por meio de uma decisão monocrática, um único Ministro do STF suspendeu a execução de uma emenda constitucional, aprovada após o rigoroso processo legislativo previsto no art. 60 da Constituição.

3.5. A inconstitucionalidade da regulamentação vigente quanto à doação de sangue por homossexuais – ADI 5543

Trata-se de ADPF ajuizada pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), em 07/06/2016, alegando a inconstitucionalidade do art. 64, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde e do art. 25, XXX, alínea “d”, da Resolução RDC n. 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, cujas disposições, supostamente lastreadas em razões de saúde pública,

⁷⁸ A propósito, observe-se o projeto de lei n. 5919 de 2019, disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2228978>.

consideram inaptos para doação de sangue homens homossexuais, pelo período de doze meses, contados desde a última relação sexual⁷⁹.

O autor sustentou a inconstitucionalidade de tais disposições pelo fato de que representam ilegal tratamento discriminatório, em virtude de orientação sexual, violam o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), o direito à igualdade (art. 5º, *caput*, da CF), o princípio da proporcionalidade, o objetivo da república de promover o bem-estar de todos sem discriminações (art. 3º, IV), bem como desconsideram a enorme carência dos bancos de sangue do país, que seriam ainda mais lesados pela exclusão de doadores autodeclarados homossexuais.

Requeru-se a concessão de medida cautelar para que, considerando a presença dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* (este último inclusive pela atual carência dos bancos de sangue no país), fosse suspensa a eficácia dos dispositivos normativos impugnados.

O Ministro Relator, a despeito de reconhecer a relevância da questão de princípio de fundo, não concedeu a medida cautelar requerida, invocando o art. 12 da Lei nº 9.868/99, a fim de determinar que os autos observassem o rito abreviado de apreciação do mérito:

Tendo em vista a relevância da matéria debatida nos presentes autos e sua importância para a ordem social e segurança jurídica, adoto o rito positivado no artigo 12 da Lei nº 9.868/1999, a fim de possibilitar ao Supremo Tribunal Federal a análise definitiva da questão. Anoto, desde logo e por oportuno, que aqui se está diante de regulamentação que toca direto ao núcleo mais íntimo do que se pode considerar a dignidade da pessoa humana, fundamento maior de nossa República e do Estado Constitucional que ela vivifica. Não me afigura correto ou salutar que se coadune com um modo de agir que evidencie constante apequenar desse princípio maior, tolhendo parcela da população de sua intrínseca humanidade ao negar-lhe a possibilidade de exercício de empatia e da alteridade como elementos constitutivos da própria personalidade. Sob qualquer ângulo que se olhe para a questão, o correr do tempo mostra-se como um inexorável inimigo. Quer para quem luta por vivificar e vivenciar a promessa constitucional da igualdade, quer por quem luta viver e tanto precisa do olhar solidário do outro. Muito sangue tem sido derramado em nosso país em nome de preconceitos que não se sustentam, a impor a célere e definitiva análise da questão por esta Suprema Corte. Desse modo, requisitem-se as informações no prazo de 10 (dez) dias e, após, colham-se as manifestações do Advogado-Geral da União e do

⁷⁹ Portaria N. 158/2016 – Ministério da Saúde. Art. 64. *Considerar-se-á inapto temporário por 12 (doze) meses o candidato que tenha sido exposto a qualquer uma das situações abaixo: [...] IV - homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes.*

RDC N. 34/2014 – ANVISA Art. 25. *O serviço de hemoterapia deve cumprir os parâmetros para seleção de doadores estabelecidos pelo Ministério da Saúde, em legislação vigente, visando tanto à proteção do doador quanto a do receptor, bem como para a qualidade dos produtos, baseados nos seguintes requisitos: [...] XXX - os contatos sexuais que envolvam riscos de contrair infecções transmissíveis pelo sangue devem ser avaliados e os candidatos nestas condições devem ser considerados inaptos temporariamente por um período de 12 (doze) meses após a prática sexual de risco, incluindo-se: [...] d) indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo e/ou as parceiras sexuais destes.*

Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de 05 (cinco) dias (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADI 5543, decisão monocrática, Relatora Ministro EDSON FACHIN, Julgamento em 08/06/2016, publicação no DJ em 10/06/2016, pp. 6-7).

Como resultado, perpetuou-se, em razão do não deferimento imediato da medida cautelar, a vedação à doação de sangue por homossexuais, nas condições previstas nos atos normativos impugnados.

Utilizou-se o filtro silencioso de indeferimento da cautelar e de postergação da análise consubstanciada na aplicação do supracitado art. 12 da Lei nº 9.868/99.

Apenas em outubro de 2017, pouco mais de um ano após a adoção do rito abreviado, o processo foi pautado para julgamento pelo plenário. Em 19/10/2017, o Ministro Relator proferiu seu voto, julgando totalmente procedente a ADPF e declarando a inconstitucionalidade dos dispositivos combatidos na exordial.

Entretanto, o julgamento definitivo pelo colegiado se alongou no tempo, em decorrência de pedido de vista elaborado por um dos Ministros e do calendário de julgamentos da Corte. Apenas em 09/05/2020, o julgamento do processo, por meio virtual, foi finalizado. A maioria dos Ministros do STF acompanhou o relator, julgando procedente os pedidos deduzidos na ADPF, por meio de acórdão cujo teor, no momento da conclusão deste trabalho, encontrava-se pendente de publicação.

3.6. A obstrução do retrocesso do combate ao trabalho escravo - ADPF 489

Cuida-se de ADPF ajuizada em 20/10/2017 pelo partido político Rede Sustentabilidade. A requerente pretendia a declaração de inconstitucionalidade da Portaria do Ministério do Trabalho de nº 1.129 de 2017, argumentando que tal Portaria contrariava frontalmente a política de combate ao trabalho escravo.

De modo específico, a parte alegou que a portaria restringia, de forma indevida, o conceito de “redução à condição análoga a escravo” (previsto no art. 149 do Código Penal), criava injustificáveis embaraços burocráticos para a atuação fiscalizadora dos auditores do trabalho, concedia anistia a empregadores já condenados por decisão irrecurável e eliminava requisitos básicos para a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC).

Segundo o requerente, a portaria violaria os preceitos fundamentais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), os objetivos fundamentais da República (art. 3º, incisos I, III e IV, CF⁸⁰), os direitos fundamentais à liberdade e à igualdade (art. 5º, *caput*, CF), a garantia de não ser objeto de tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III, CF⁸¹), o direito ao trabalho (art. 6º, da CF⁸²), os princípios da proibição do retrocesso social e da proporcionalidade, entre outros.

Por fim, foi requerida a concessão de medida cautelar para que fosse suspensa a eficácia da Portaria nº 1.129/2017 do Ministério do Trabalho, até o julgamento definitivo do processo.

A Ministra Relatora considerou estarem presentes os requisitos para concessão de medida cautelar, bem como reputou ser evidente a incompatibilidade entre, por um lado, a portaria combatida na ADPF e, por outro, os preceitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal e os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil:

Como revela a evolução do direito internacional sobre o tema, a “escravidão moderna” é mais sutil e o cerceamento da liberdade pode decorrer de diversos constrangimentos econômicos e não necessariamente físicos. O ato de privar alguém de sua liberdade e de sua dignidade, tratando-o como coisa e não como pessoa humana, é repudiado pela ordem constitucional, quer se faça mediante coação, quer pela violação intensa e persistente de seus direitos básicos, inclusive do direito ao trabalho digno. A violação do direito ao trabalho digno, com impacto na capacidade da vítima de realizar escolhas segundo a sua livre determinação, também significa “reduzir alguém a condição análoga à de escravo”. (...) Observo que o art. 5º, § 1º, da Carta Política veda sejam as normas definidoras de direitos fundamentais interpretadas como meras declarações políticas ou programas de ação, ou ainda como “normas de eficácia limitada ou diferida”. Tenho, pois, que, levadas a sério, não pode ser atribuída, às normas constitucionais definidoras de princípios basilares da ordem jurídica (arts. 1º, III, e 37, *caput*), objetivos fundamentais do Estado (art. 3º, I, III e IV) e direitos fundamentais (arts. 5º, III e XXXIII, e 6º), exegese que lhes retire a densidade normativa. O Estado brasileiro tem o dever – imposto tanto pela Constituição da República quanto por tratados internacionais de que signatário – de manter política pública eficiente de combate à redução de trabalhadores à condição análoga à de escravo. (...) Tenho por suficientemente evidenciado, pois, pelo menos em juízo preliminar, que o art. 1º da Portaria do Ministério do Trabalho nº 1.129/2017, ao restringir indevidamente o conceito de “redução à condição análoga a escravo”, vulnera princípios basilares da Constituição, sonega proteção adequada e suficiente a direitos fundamentais nela assegurados e promove desalinhamento em relação a compromissos internacionais de caráter supralegal assumidos pelo Brasil e que moldaram o conteúdo desses direitos.

⁸⁰ Art. 3º *Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; (...). III - erradicar a pobreza e a 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.*

⁸¹ Art. 5º (...). III - *ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.*

⁸² Art. 6º *São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.*

Por fim, a relação de dependência orgânica verificada entre os dispositivos que compõe a Portaria impugnada recomenda, nesta sede cautelar, a suspensão do ato normativo em sua integralidade. Presente, à luz do exposto, o *fumus boni juris*, tenho por satisfeito também o requisito do *periculum in mora* à evidência de elevado risco, caso produza efeitos o ato normativo impugnado, de comprometimento dos resultados alcançados durante anos de desenvolvimento de políticas públicas de combate à odiosa prática de sujeitar trabalhadores à condição análoga à de escravo. A Portaria do Ministério do Trabalho nº 1.129/2017 tem como provável efeito prático a ampliação do lapso temporal durante o qual ainda persistirá aberta no Brasil a chaga do trabalho escravo (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADPF 489, decisão monocrática, Relatora Ministra Rosa Weber, Julgamento em 24/10/2017, pp 8-19).

Assim, pode-se constatar que a Ministra Relatora, a partir de uma interpretação focada em levar a sério os direitos fundamentais dos trabalhadores, bem como adotando uma perspectiva de autoaplicação das garantias constitucionais, corretamente suspendeu os efeitos da portaria editada pelo Ministério do Trabalho que, consoante bem demonstrado na decisão, ilegalmente criava embaraços ao pleno desenvolvimento da política nacional de combate ao trabalho escravo.

Após a publicação da decisão monocrática que deferiu a medida liminar, o Ministério do Trabalho publicou nova Portaria regulando inteiramente a matéria, revogando a Portaria impugnada – motivo pelo qual a Procuradoria-Geral da República opinou pela extinção do processo sem resolução de mérito, por perda superveniente de objeto.

A decisão cautelar proferida, de modo célere, pela Ministra Relatora não apenas impediu, por argumentos sólidos, a consumação de uma grande deturpação do direito social dos trabalhadores, como também contribuiu para que a própria Administração corrigisse o equívoco normativo realizado, em um episódio de relevante aprendizado/comunicação institucional.

Em 09/03/2020, em razão da perda superveniente do objeto da ação pela alteração da Portaria impugnada, a Ministra Relatora julgou prejudicado o pedido deduzido na ADPF, extinguindo o processo sem resolução do mérito. O processo transitou em julgado em 02/04/2020.

3.7. A consagração do direito da liberdade de manifestação e de pensamento nas universidades públicas – ADPF 548

No calor das eleições gerais de 2018, marcadas pela forte polarização política e pela radicalização de discursos políticos conservadores, a Procuradoria-Geral da República ajuizou a ADPF em epígrafe visando à sustação de decisões prolatadas por juízes eleitorais, ao redor do país, as quais, supostamente ancoradas na legislação eleitoral (art. 37 da Lei n. 9.504/1997⁸³), determinaram a realização de busca e apreensão, com o apoio da força policial, de materiais de campanha eleitoral em universidades públicas e nas suas dependências, vedaram a realização de aulas relacionadas à matéria eleitoral, bem como proibiram a realização de manifestações públicas, nas universidades, em apoio a algum dos presidencialistas.

A PGR argumentou que os atos judiciais atacados infringiam os preceitos fundamentais da livre manifestação de pensamento (5º, IV e IX, da CF⁸⁴), da liberdade de reunião (5º, XVI, da CF⁸⁵), bem como os princípios que regem a educação (art. 206 da CF⁸⁶) e a autonomia universitária (art. 207 da CF⁸⁷), entre outros.

Com base nesses argumentos, a PGR postulou a concessão de medida cautelar para suspender todo e qualquer ato, no território nacional, que autorizasse o ingresso de agentes públicos nas universidades, a interrupção de aulas ou debates, o recolhimento de materiais e documentos relacionados à eleição e a coleta irregular de depoimentos de alunos e professores.

A Ministra Relatora acatou os argumentos apresentados pela PGR e proferiu, apenas um dia após o ajuizamento da ação, decisão cautelar, *ad referendum* do plenário, para suspender os atos judiciais e administrativos de autoridades públicas que, ilegalmente, buscassem coagir a liberdade de expressão nas universidades, nos seguintes termos:

⁸³ Lei n. 9.504/1997. Art. 37. *Nos bens cujo uso dependa de cessão ou permissão do poder público, ou que a ele pertençam, e nos bens de uso comum, inclusive postes de iluminação pública, sinalização de tráfego, viadutos, passarelas, pontes, paradas de ônibus e outros equipamentos urbanos, é vedada a veiculação de propaganda de qualquer natureza, inclusive pichação, inscrição a tinta e exposição de placas, estandartes, faixas, cavaletes, bonecos e assemelhados.*

⁸⁴ Art. 5º (...). IV - *é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;* (...). IX - *é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.*

⁸⁵ Art. 5º (...). XVI - *todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente.*

⁸⁶ Art. 206. *O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; V - valorização dos profissionais do ensino, garantido, na forma da lei, plano de carreira para o magistério público, com piso salarial profissional e ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, assegurado regime jurídico único para todas as instituições mantidas pela União; VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei; VII - garantia de padrão de qualidade. VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal.*

⁸⁷ Art. 207. *As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.*

O processo eleitoral, no Estado democrático, fundamenta-se nos princípios da liberdade de manifestação do pensamento, da liberdade de informação e de ensino e aprendizagem, da liberdade de escolhas políticas, em perfeita compatibilidade com elas se tendo o princípio, também constitucionalmente adotado, da autonomia universitária. Por eles se garante a liberdade de escolha política sem o que não se tem processo eleitoral plural, como inerente à democracia a ser construída e garantida e no qual comparece a eleição como instrumento imprescindível à sua dinâmica. Sem liberdade de manifestação, a escolha é inexistente. O que é para ser opção, transforma-se em simulacro de alternativa. O processo eleitoral transforma-se em enquadramento eleitoral, próprio das ditaduras. Por isso, toda interpretação de norma jurídica que colida com qualquer daqueles princípios, ou, o que é pior e mais grave, que restrinja ou impeça a manifestação da liberdade é inconstitucional, inválida, irrita. Todo ato particular ou estatal que limite, fora dos princípios fundamentais constitucionalmente estabelecidos, a liberdade de ser e de manifestação da forma de pensar e viver o que se é, não vale juridicamente, devendo ser impedido, desfeito ou retirado do universo das práticas aceitas ou aceitáveis. Em qualquer espaço no qual se imponham algemas à liberdade de manifestação há nulidade a ser desfeita. Quando esta imposição emana de ato do Estado (no caso do Estado-juiz ou de atividade administrativa policial) mais afrontoso é por ser ele o responsável por assegurar o pleno exercício das liberdades, responsável juridicamente por impedir sejam elas indevidamente tolhidas. (...). Os atos questionados na presente arguição de descumprimento de preceito fundamental desatendem os princípios constitucionais assecuratórios da liberdade de manifestação do pensamento e desobedecem as garantias inerentes à autonomia universitária. (...). (...) em face da urgência qualificada comprovada no caso, dos riscos advindos da manutenção dos atos indicados na peça inicial da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental e que poderiam se multiplicar em face da ausência de manifestação judicial a eles contrária, defiro a medida cautelar para, ad referendum do Plenário deste Supremo Tribunal Federal, suspender os efeitos de atos judiciais ou administrativos, emanado de autoridade pública que possibilite, determine ou promova o ingresso de agentes públicos em universidades públicas e privadas, o recolhimento de documentos, a interrupção de aulas, debates ou manifestações de docentes e discentes universitários, a atividade disciplinar docente e discente e a coleta irregular de depoimentos desses cidadãos pela prática de manifestação livre de ideias e divulgação do pensamento nos ambientes universitários ou em equipamentos sob a administração de universidades públicas e privadas e serventes a seus fins e desempenhos (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADPF 548, decisão monocrática, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Julgamento em 30/10/2018, publicado no DJ em 31/10/2018, pp. 8-15).

Como se observa, a medida cautelar deferida se fundamentou em uma análise eminentemente principiológica dos direitos dos cidadãos tidos por violados, consignando, ainda, que a legislação eleitoral, devidamente interpretada, não limitava a liberdade de expressão, mas apenas buscava liminar práticas abusivas capazes de influenciar negativamente as eleições: *“volta-se a norma contra práticas abusivas e comprometedoras da livre manifestação das ideias, o que não é o mesmo nem próximo sequer do exercício das liberdades individuais e públicas. O uso de formas lícitas de divulgação de ideias, a exposição de opiniões, ideias, ideologias ou o desempenho de atividades de docência é exercício da liberdade, garantia da integridade individual digna e livre, não excesso individual ou voluntarismo sem respaldo fundamentado em lei”* (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADPF 548, decisão

monocrática, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Julgamento em 30/10/2018, publicado no DJ em 31/10/2018, p. 12).

A decisão cautelar, concedida em momento decisivo das eleições presidenciais, foi rapidamente referendada pelo plenário do STF, em 31/10/2018, por votação unânime.

Trata-se de um exemplo bastante significativo da utilização correta do poder monocrático da medida cautelar, isto é, da sustação, em um contexto de notável urgência manifestada pelo comprometimento do processo democrático, de atos flagrantemente atentatórios à liberdade de expressão e à autonomia universitária consagradas no texto constitucional.

No momento de conclusão do presente trabalho, o julgamento definitivo do processo se encontrava pendente.

CONCLUSÃO

No início deste trabalho, observou-se que, para a correta compreensão do fenômeno da “monocratização” da jurisdição constitucional brasileira, em especial na faceta do aumento exponencial de decisões cautelares monocráticas em sede de controle abstrato, seria necessário retomar a reflexão que inaugura a modernidade tardia: a crítica das pretensões totalizadoras da razão humana.

A partir dessa perspectiva crítica, aliada ao reconhecimento do caráter paradigmático de todo conhecimento humano, enfatizou-se que também o conhecimento jurídico é produto de um paradigma compartilhado intersubjetivamente na sociedade.

Em uma breve digressão, seguindo os ensinamentos de Habermas, apontou-se que o paradigma contemporâneo do Estado Democrático de Direito pressupõe uma assimilação crítica dos paradigmas anteriores, do Estado Liberal e do Estado Social, a fim de internalizar, de um modo produtivo, a tensão entre autonomia privada e pública, entre Constituição e Democracia.

Em seguida, buscou-se delinear que o conceito do direito como integridade, desenvolvido por Ronald Dworkin, fornece respostas indispensáveis para uma compreensão do direito condizente com a riqueza dos seus discursos de aplicação, sobretudo em casos difíceis, em que há um aparente choque de direitos fundamentais consagrados no texto constitucional.

Acolhendo-se as premissas da interpretação exigente do direito como integridade, questionou-se a legitimidade da jurisdição constitucional no paradigma do Estado Democrático de Direito. Como resposta a esse questionamento, foi defendido que a democracia constitucional devidamente compreendida, ao se pautar pela consagração de direitos fundamentais, substantivos e procedimentais, bem como pela atribuição de igual consideração e respeito aos seus cidadãos, não é afetada, em seu núcleo, quando a Corte Constitucional intervém na defesa das próprias condições democráticas, ou seja, dos pressupostos que tornam possível o desenvolvimento da democracia.

Concluiu-se que, embora o controle judicial de constitucionalidade, em especial quando acompanhando do fenômeno da supremacia judicial, não seja uma verdade histórica, um corolário indispensável à democracia contemporânea, possui uma função importante a desempenhar nos arranjos institucionais que a consagram. Assim, para além do debate acerca de qual seria o arranjo institucional mais democrático, faz-se necessário demonstrar como as

competências vigentes do Tribunal Constitucional podem ser interpretadas da melhor maneira possível.

É com base nesses fundamentos que se deve buscar desenvolver uma compreensão adequada quanto às potencialidades democráticas do uso do poder cautelar atribuído aos Ministros do STF pela legislação vigente, em sede de controle abstrato.

Consoante aludido no final do capítulo 2, para que o discurso jurídico de aplicação seja coerente, racionalmente adequado e possa reivindicar autoridade no paradigma da democracia constitucional, é indispensável, como aduz Ronald Dworkin, que o exercício da jurisdição constitucional seja realizado na perspectiva de um “fórum de princípio”.

Em outras palavras, as decisões cautelares monocráticas, em sede de controle abstrato, precisam adotar uma lógica de argumentação calcada em princípios jurídico-constitucionais, que confira direitos fundamentais aos indivíduos e à coletividade através de uma interpretação exigente, autorreflexiva, de um juiz inserido historicamente nos contornos paradigmáticos de uma comunidade de princípios, não uma lógica calcada em objetivos políticos que busque promover, retoricamente, o bem estar-geral da comunidade, em prejuízo das prerrogativas do Poder Legislativo e do Poder Executivo.

Do contrário, caso seja aceito que os Ministros do STF, ao concederem liminarmente medidas cautelares em controle abstrato, adotem uma autocompreensão metodológica diversa, alicerçada em maximização de valores ou de políticas públicas, dificilmente poder-se-ia justificar a legitimidade e a aceitabilidade dos pronunciamentos judiciais assim realizados, no contexto da sociedade moderna, plural e pós-convencional.

Nos casos examinados, a título exemplificativo, no capítulo 3, pôde-se constatar, em primeiro lugar, que os Ministros do STF, em alguns dos casos, empregaram argumentos eminentemente políticos, no sentido da busca de algum ideal coletivo, notadamente de feição econômica/orçamentária, como ocorreu no precedente referente à suspensão das novas regras de distribuição dos *royalties* do petróleo (ADI 4917) e no caso concernente à obstrução da criação de novos Tribunais Regionais Federais, previamente aprovada por Emenda Constitucional (ADI 5017).

É evidente que a dimensão pragmática está inexoravelmente inserida na interpretação constitucional dos direitos e deveres dos cidadãos. A própria amplitude normativa da Constituição de 1988, que engloba direitos individuais, coletivos, difusos, princípios estruturantes da república e objetivos fundamentais, sem dúvidas exige que os Ministros, ao se depararem com requerimentos de medidas cautelares dotados de urgência, analisem as

circunstâncias que estão envolvidas na controvérsia e na possível decisão liminar. Como bem salienta Dworkin, é óbvio que:

(...) os juízes não precisam optar entre avaliar as consequências desse modo pessoal e ignorá-las por completo. Ninguém imagina que os juízes possam ou devam decidir os casos “por meio de um algoritmo que pretenda fazê-los chegar, ao longo de um processo lógico ou formal de outra natureza, a Uma Decisão Correta, utilizando apenas os materiais canônicos da tomada de decisões judiciais como o texto legal ou constitucional e decisões judiciais anteriores”. Essa representação da decisão judicial é, e sempre foi, de uma inconsistência flagrante (DWORKIN, 2010^a, p. 148).

Todavia, ainda que não haja dúvidas quanto à necessidade de os juízes levarem em consideração as consequências de sua decisão, não se pode ignorar que, sob a perspectiva da interpretação do direito como integridade, adotada neste trabalho, “eles só podem fazê-lo na medida em que forem guiados por princípios inseridos no direito como um todo, princípios que ajudem a decidir quais consequências são pertinentes e como se deve avaliá-las, e não por suas preferências pessoais ou políticas” (DWORKIN, 2010^a, p. 148). É precisamente dessa maneira que as relevantes consequências que permeiam a adoção de cautelares em controle abstrato devem ser abordadas.

Em segundo lugar, verificou-se que os Ministros do STF, em algumas hipóteses, mesmo reconhecendo a relevância constitucional da matéria de fundo, optaram por adotar o filtro silencioso do art. 12 da Lei nº 9.868/99, indeferindo, por meio indireto, a concessão da cautelar, sem possibilidade de recurso pelas partes. Com isso se posterga, geralmente por anos, sem maiores justificativas sólidas, a potencial inconstitucionalidade suportada pelas pessoas afetadas pelos atos normativos e/ou prática jurisprudencial impugnados.

Os casos examinados que versaram sobre o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar (ADI 4277) e sobre a inconstitucionalidade da regulamentação vigente quanto à doação de sangue por homossexuais (ADI 5543), nos quais houve a adoção do filtro do art. 12 nos moldes mencionados, fornecem um bom exemplo do que pode ser uma autocompreensão metodológica equivocada do rito célere, previsto em lei, de conversão do julgamento da cautelar em apreciação definitiva do mérito.

Nesse ponto, convém destacar que, no paradigma do Estado Democrático de Direito, o qual pressupõe uma simbiose de liberdade e igualdade contextualizada no seio de uma comunidade de princípios, qualquer lesão aos direitos fundamentais, ou sua postergação injustificada, representa um dano latente aos pressupostos democráticos que deveriam ser

resguardados pelo controle de constitucionalidade. A compreensão do *periculum in mora*, em sede de controle abstrato, deve se pautar nessa constatação, uma vez que se ataca, em tese, o próprio conteúdo de atos normativos e decisões judiciais os quais, alegadamente, estariam violando os princípios estruturantes da democracia brasileira. Em outras palavras, a reparação tardia da inconstitucionalidade pode comprometer a própria legitimidade do Judiciário brasileiro:

Em um Estado Democrático de Direito, qualquer lesão provocada à Constituição e às garantias democráticas constitui-se em dano irreparável, em dano irreversível, e deve ser rechaçada, independentemente do momento processual. Qualquer lesão às condições existenciais do Estado Democrático de Direito e o não reconhecimento da lesão pelo Poder Judiciário ocasionam efetiva perda de legitimidade ao próprio exercício do poder público, esta sim irreparável (CATTONI DE OLIVEIRA et al., 2018, p. 51).

Por fim, em terceiro lugar, examinou-se alguns precedentes nos quais se concedeu medidas cautelares por argumentos mais sólidos, que transpareceram a dimensão de princípio envolvida na controvérsia. Esses casos ilustram bem as potencialidades democráticas do uso de medidas cautelares em controle abstrato de normas, podendo-se mencionar o reconhecimento cautelar da constitucionalidade da interrupção da gravidez por gestantes de fetos anencefálicos (ADPF 54), ratificada posteriormente pela decisão definitiva do plenário - após uma prévia cassação da liminar, a defesa dos direitos dos trabalhadores em face do retrocesso no combate ao trabalho escravo (ADPF 489) e a afirmação do direito de liberdade de manifestação e de pensamento nas universidades públicas (ADPF 548), em um momento conturbado do processo político (liminar essa que foi rapidamente ratificada pelo plenário do STF).

Não se pretende argumentar neste trabalho, devido aos próprios limites do objeto de análise, que as decisões nesses últimos precedentes foram corretas, no sentido de terem demonstrado, em sua melhor luz, a partir de uma interpretação adequada e justificada do direito vigente, os princípios constitucionais envolvidos naqueles processos. Apenas se busca justificar que a concessão de medidas cautelares em tais cenários, nos quais o aplicador do direito desenvolve uma construção sólida da argumentação jurídica calcada em princípios, capaz de demonstrar o grave comprometimento da ordem constitucional pelo ato impugnado, representa um bom exemplo ilustrativo da potencialidade democrática e da correção normativa da concessão de medidas cautelares, em sede de controle abstrato.

Entretanto, convém ressaltar que, inclusive nos casos citados como exemplos de potencial aplicação correta dos postulados do discurso jurídico calcado em princípios, não se costuma observar, na prática jurisprudencial do STF, uma deferência dos Ministros às exigências do princípio do contraditório, no modo especial com o qual aparece nos processos objetivos. A propósito, a própria legislação prevê a possibilidade de oitiva prévia, em prazos curtos, das autoridades ou dos órgãos dos quais emanou o ato normativo impugnado, bem como a possibilidade de manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República⁸⁸.

Considerando o peso de uma decisão cautelar em controle abstrato, notadamente o potencial de criar aparentes crises institucionais entre os Poderes constituídos, é relevante acentuar a necessidade de que o Ministro Relator, mesmo em face da urgência da questão, busque conhecer o maior número possível de informações e de argumentos acerca da matéria, até mesmo porque, consoante descrito no Capítulo 2, o paradigma jurídico vigente rejeita a noção de uma pretensão totalizadora da razão individual.

O aumento da complexidade dos fundamentos da decisão a ser tomada, em especial pela abertura ao dissenso e pelo respeito ao contraditório, pode contribuir decisivamente para que seja formulada uma interpretação adequada e correta da controvérsia, no sentido exigente do direito como integridade, capaz de postular legitimamente sua aceitabilidade racional pela comunidade.

Finalizando, assim como ocorre com a jurisdição constitucional como um todo, é evidente que tomada da decisão correta pelo Ministro Relator, isto é, da decisão mais bem fundamentada, que seja coerente com a história constitucional, é parte indispensável do processo de reconhecimento da legitimidade democrática da concessão de medidas cautelares.

Uma interpretação equivocada e injusta pelo Tribunal Constitucional, ou por algum dos seus Ministros, produzirá um notável prejuízo democrático para a sociedade, o qual, na perspectiva adotada neste trabalho, não seria amenizado pela circunstância de o erro ter derivado de uma decisão do plenário do STF (órgão cuja colegialidade é inclusive fonte de recorrentes críticas, em virtude da ausência de coesão, em diversos casos, dos votos dos Ministros que integram o acórdão final).

⁸⁸ O artigo 10, *caput*, da Lei nº 9.868/99, dispõe que a concessão de medida cautelar, por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, ocorrerá, como regra, “*após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias*”. O §1º, do mesmo artigo, acrescenta que “*O relator, julgando indispensável, ouvirá o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, no prazo de três dias*”. De modo mais direto, prevê o §2º, do art. 5º, da Lei nº 9.882/99, que “*O relator poderá ouvir os órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado-Geral da União ou o Procurador-Geral da República, no prazo comum de cinco dias*”.

A possibilidade de erro é inerente a qualquer instituição humana, mas o projeto da Constituição cidadã de 1988 pressupõe, em casos de equívocos, um processo necessário de aprendizado histórico, que se corrige a si mesmo, para usar os termos de Habermas⁸⁹.

Como se percebe, busca-se, com a presente abordagem, um tanto otimista, realizar um reenquadramento, uma reconciliação, da prática corrente de concessão de medidas cautelares, em controle abstrato, com os pressupostos da democracia e de um discurso racional e coerente do direito, demonstrando-se, assim, o referido poder cautelar em sua melhor luz.

Parafraseando Dworkin⁹⁰, a busca de um final feliz faz parte da natureza da interpretação constitucional de uma prática jurídica instaurada, sob pena de se buscar deliberadamente uma narrativa infeliz de nossa comunidade. A Constituição de 1988 é a vela do barco da sociedade brasileira contemporânea e temos que ser fiéis à coragem da convicção que enche tal vela: a convicção de que todos nós podemos ser cidadãos de uma sólida e rica comunidade de princípios. A concessão de cautelares em controle abstrato, se bem compreendida e empregada, tem uma função a desempenhar nesse projeto.

⁸⁹ O ato fundador da comunidade de princípios “*abre a possibilidade de um processo ulterior de tentativas que a si mesmo se corrige e que permite explorar cada vez melhor as fontes do sistema dos direitos*” (HABERMAS, 2003, p. 167).

⁹⁰ “*A busca de finais felizes faz parte da natureza da interpretação jurídica em si, e especialmente da interpretação constitucional. A única alternativa seria a busca de um final infeliz, pois, uma vez rejeitado o originalismo em sua forma pura, já não existe uma precisão neutra. (...). A Constituição é a vela moral do barco norte-americano e temos de nos ater à coragem da convicção que enche essa vela: a convicção de que todos nós podemos ser cidadãos de uma república moral. Trata-se de uma fé nobre, e só o otimismo pode fazê-la valer*” (DWORKIN, 2019^a, p. 59).

REFERÊNCIAS

BILIOGRAFIA:

ACKERMAN, Bruce A. **The Storrs Lectures: Discovering the Constitution**. Yale Law Journal, v. 93, n. 6, p. 1013–1072, 1984.

ARGUELHES, Diego Werneck. **O Supremo na política: a construção da supremacia judicial no Brasil**. Lua Nova, n. 88, p. 141–184, 2013. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/4107/2867>>.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. **Criatura e/ou Criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988**. Revista Direito GV, v. 12, n. 2, p. 405–440, ago. 2016.

_____. **Ministocracia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro [Ministrocracy: The Individual Supreme Court in Brazilian Democracy]**. Novos estudos CEBRAP, v. 37, p. 13–32, 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002018000100013&nrm=iso>.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. Revista Jurídica da Presidência, v. 12, n. 96, p. 05, 2010.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **A Razão Sem Voto: a Função Representativa E Majoritária Das Cortes Constitucionais**. Rei - Revista Estudos Institucionais, v. 2, n. 2, p. 517, 2017.

_____. **Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The roles of constitutional tribunals in contemporary democracies**. Revista Direito e Práxis, v. 9, n. 4, p. 2171–2228, 2018.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado: para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das Leis no Brasil**. Um pequeno exercício de Teoria da Constituição. Fórum Administrativo, Belo Horizonte, v. 1, p. 11–20, 2001.

_____. **A Hermenêutica Constitucional e os desafios postos aos Direitos Fundamentais**. In: José Adécio Leite Sampaio (Org.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. pp. 141-163.

_____. **A impossibilidade democrática do constitucionalismo autoritário e a inviabilidade constitucional da democracia totalitária**. In: Constituição e Processo. a resposta do constitucionalismo à banalização do terror. Coord. Marcelo Andrade Cattoni Oliveira e Felipe Daniel Amorim Machado. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras**. 1a reimp. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade et al. **Controle Jurisdicional do Devido Processo Legislativo: história e teoria constitucional brasileira**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2018.

DAHL, Robert. **Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker**. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/emlj6&div=20&id=&page=>>>

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, **III Relatório Supremo em Números**, 2014. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/12055>.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **A justiça de toga.** Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010a.

_____. **Levando os direitos a sério.** Tradução de Nelson Boeira. 3a ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010b.

_____. **A Raposa e o Porco-Espinho: Justiça e Valor.** Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. 1a ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018.

_____. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana.** Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. 2a Ed. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019a.

_____. **Uma questão de princípio.** Tradução de Luís Carlos Borges. 3a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019b.

ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade.** Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I.** Tradução de Flávio Paulo Meurer. 7a ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy.** Tradução de William Rehg. Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 1996.

_____. **Era das transições.** Tradução de Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **A inclusão do outro: estudos de teoria política.** Tradução de Denilson Luís Werle. São Paulo: Editora Unespe, 2018.

HARTMANN, Ivar Alberto Martins; SILVA FERREIRA, Livia da. **Ao Relator, Tudo: O Impacto do Aumento do Poder do Ministro Relator no Supremo.** In: Rev. Opinião jurídica, Fortaleza, ano 13, 2015/2016, p.268-283

HEFFNER, Richard D.; HEFFNER, Alexander. **A documentary history of the United States**. New York: Signet, 2013.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Introdução e revisão técnica Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KUHN, Thomas. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2009.

_____. **As ciências naturais e as ciências humanas**. In: O caminho desde a estrutura: ensaios filosóficos. São Paulo: UNESP, 2006.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; FERRI, Caroline. **O problema da discricionariedade em face da decisão judicial com base em princípios: a contribuição de Ronald Dworkin**. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 11, p. 265–286, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino. **Questões atuais sobre as medidas cautelares no controle abstrato de constitucionalidade**. In: *Observatório da Jurisdição Constitucional*, ano 5, 2011/2012, p.10.

MICHELMAN, Frank. **Law's Republic**. *Yale Law Journal*, v. 97, n. 8, p. 1493–1538, 1988.

MOUFFE, Chantal. **The Democratic Paradox**. New York: Verso, 2000.

OLIVEIRA, Paulo Henrique Blair. **Jurisdição, Racionalidade e a Construção do Sentido dos Direitos Fundamentais: riscos e possibilidades no uso da repercussão geral dos recursos extraordinários**. 198 f. 2011. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Brasília: 2011.

PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1ª reimpressão, 2011.

SCOTTI, Guilherme. **A afirmação da justiça como a tese da única decisão correta: o enfrentamento da questão do caráter estruturalmente indeterminado do direito moderno**. 2008. 116f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Brasília: 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. **“Um Voto Qualquer”? O Papel Do Ministro Relator Na Deliberação No Supremo Tribunal Federal**. *Rei - Revista Estudos Institucionais*, v. 1, n. 1, p. 180, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. [S.l.: s.n.]. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788530979492>>, 2018.

TUSHNET, MARK. **Ceticismo sobre o judicial review: uma perspectiva dos Estados Unidos**. In: Antônio Carlos; Moreira, Luiz. (organizadores). **LIMITES DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. *Revista Direito GV*, v. 4, n. 2, p. 441–463, 2008.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

_____. **The Core of the Case Against Judicial Review**. 115 *Yale L.J.* (2006). Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol115/iss6/3>.

_____. **O Judicial Review e as Condições da Democracia**. In: ALPINO BIGONHA, Antônio Carlos (org.); Moreira, Luiz. (org.). **LIMITES DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.256 a 257).

JURISPRUDÊNCIA:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADPF 54, decisão monocrática, Relator Ministro Marco Aurélio, Julgamento em 01/07/2004, Publicação no DJ em 02/08/2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADPF 54, tribunal pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, Julgamento em 12/04/2012, Publicação no DJ em 30/04/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADPF 186, decisão monocrática, Ministro Presidente, julgamento em 31/07/2009, publicação no DJ em 07/08/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADPF 186, tribunal pleno, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Julgamento em 26/04/2012, publicação no DJ em 20/10/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADI 4277, decisão monocrática, Ministro Presidente, Julgamento em 23/07/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADI 4277, tribunal pleno, Relator Ministro Ayres Britto, Julgamento em 05/05/2011, publicação no DJ em 14-10-2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADI 4917, decisão monocrática, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Julgamento em 18/03/2013, Publicação no DJ em 21/03/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADI 5017, decisão monocrática, Relator Ministro Luiz Fux, Julgamento em 18/07/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADI 5543, decisão monocrática, Relator Ministro Edson Fachin, Julgamento em 08/06/2016, publicação no DJ em 10/06/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADPF 489, decisão monocrática, Relatora Ministra Rosa Weber, Julgamento em 24/10/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADPF 548, decisão monocrática, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Julgamento em 30/10/2018, publicado no DJ em 31/10/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADPF 548, tribunal pleno, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Julgamento em 31/10/2018.

LEGISLAÇÃO:

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11.11.1999.

BRASIL. Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 6.12.1999.

BRASIL. Constituição (1946). Emenda constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965. Altera dispositivos constitucionais referentes ao Poder Judiciário. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 6.12.1965

BRASIL. Constituição (1969). Emenda constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977. Incorpora ao texto da Constituição Federal disposições relativas ao Poder Judiciário. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13.4.1977.