

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

STÉFANO CUNHA ARAUJO

**A TESE DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DA RESOLUÇÃO SUSPENSIVA
DO SENADO FEDERAL E O PROCESSO DE SUFOCAMENTO DO
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO NO BRASIL, APÓS A
EMENDA CONSTITUCIONAL N° 45/2004**

BRASÍLIA

2011

STÉFANO CUNHA ARAUJO

**A TESE DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DA RESOLUÇÃO SUSPENSIVA
DO SENADO FEDERAL E O PROCESSO DE SUFOCAMENTO DO
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO NO BRASIL, APÓS A
EMENDA CONSTITUCIONAL N° 45/2004**

Dissertação de Mestrado entregue ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília – UnB como requisito essencial à obtenção do grau de Mestre em Direito, Estado e Constituição.

Orientador: Prof. Dr. Argemiro Cardoso
Moreira Martins

BRASÍLIA

2011

STÉFANO CUNHA ARAÚJO

**A TESE DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DA RESOLUÇÃO SUSPENSIVA
DO SENADO FEDERAL E O PROCESSO DE SUFOCAMENTO DO
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO NO BRASIL, APÓS A
EMENDA CONSTITUCIONAL N° 45/2004**

Dissertação de Mestrado entregue ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília – UnB como requisito essencial à obtenção do grau de Mestre em Direito, Estado e Constituição.

Aprovada em: / /

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Argemiro Cardoso Moreira Martins (Orientador)
Universidade de Brasília - UnB

Prof. Dr. Menelick de Carvalho Netto (Membro)
Universidade de Brasília - UnB

Prof. Dr. Leonardo Augusto de Andrade Barbosa (Membro Externo)
Câmara dos Deputados – Doutor pela Universidade de Brasília – UnB

Prof. Dr. Cristiano Paixão (Suplente)
Universidade de Brasília - UnB

A Deus pelos dons da vida e da saúde, indispensáveis a qualquer atividade do engenho humano. A minha noiva Jainara Martins Nunes pelo companheirismo e amor incondicional dispensados a mim em todos os momentos, sobretudo nos difíceis. Ao meu tio Marcello Henriques Bolognani, por ter me acolhido tão generosamente em sua casa no meu primeiro ano de mestrado em Brasília. Aos meus pais, Alaor e Rose, pelas orações, conselhos e incentivo; enfim, pela presença constante ainda que em pensamento, por telefone ou qualquer outro meio eletrônico. Aos meus colegas de Tribunal Superior do Trabalho, que apesar de me conhecerem já ao final da longa caminhada do mestrado, souberam me compreender e me incentivar na conclusão da presente dissertação. A todas as forças sensíveis e ocultas do Universo, pelo empuxo anímico tão valioso nos momentos de crise e desânimo.

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer a todos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília – UnB por me acolherem com respeito e afeto nesses dois anos de vínculo institucional. Fiz muitos amigos, tanto entre os colegas de Mestrado e Doutorado, quanto no corpo docente e de técnicos do quadro administrativo da Faculdade de Direito. Deixo aqui um abraço especial aos professores Alexandre Bernardino Costa, Argemiro Cardoso Moreira Martins, Cláudia Rosane Roesler, George Galindo, Gilmar Ferreira Mendes, Luís Roberto Barroso, Marcus Faro de Castro, Menelick de Carvalho Netto, Miroslav Milovic e à servidora Helena da secretaria da Pós-Graduação, com os quais tive um contato mais imediato nas disciplinas de Mestrado e nas dependências da FA. Agradeço ainda aos servidores da biblioteca do Supremo Tribunal Federal, do Senado Federal, da Universidade de Brasília e do Tribunal Superior do Trabalho, em especial ao Gilberto e à Renyr desta última, que não mediram esforços para me ajudar a conseguir o material necessário ao desenvolvimento da presente dissertação. Por fim, agradeço imensamente a Deus pela graça de mais uma etapa concluída com esforço, trabalho e aprendizagem.

RESUMO

Analisa-se a tese de mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal e a transposição dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade do controle concentrado para o controle difuso. Rejeita-se a referida tese por se reconhecer no controle difuso um legítimo instrumento de democratização do controle de constitucionalidade. Analisa-se, ainda, inovações processuais constitucionais que visam à diminuição da demanda judicial no Supremo Tribunal Federal e que ampliam os poderes deste órgão por meio de um esquema de aproveitamento das decisões judiciais em larga escala, por meio da união de recursos paradigmáticos e da edição de súmulas vinculantes. Sugere-se a rejeição destes novos institutos processuais com vistas à preservação do devido processo legal e do direito de acesso à justiça, em um sentido forte.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade. Resolução suspensiva do Senado.

Mutação constitucional. Devido processo legal. Direito de acesso à justiça.

ABSTRACT

The master's dissertation is about the thesis of Brazilian constitutional meaning change on article 52, X, and the resultant incorporation of concentrated constitutional adjudication decision effects into judicial review ones. Here is taken a critical stand about that thesis, supported on Brazilian traditional judicial review features, such as a democratic way to develop constitutional adjudication. This essay still analyses some due process of law innovations, that goals to reduce the cases on Supremo Tribunal Federal (the Brazilian Supreme Court), by putting the Senate's suspensive law act out of constitutional adjudication, and by turning all the court's decisions into standard decisions, what amplify its power in a large way, and constructs here an under obligating decisions skeleton – a different kind of stare decisis. The dissertation recommends the rejection of those innovations in order to ensure the due process of law, as a dialectical procedure – case by case –, and the fairness judicial treatment right, on strong meaning.

Keywords: Constitutional adjudication. Senate's suspensive law act. Constitutional meaning change. Due process of law. Fairness judicial treatment.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 NOÇÕES PRELIMINARES SOBRE O PROBLEMA	12
2.1 A tese de mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal e os problemas de legitimidade que ela enfrenta	12
3 A AUSÊNCIA DE FINALIDADE DA RESOLUÇÃO SUSPENSIVA DO SENADO FEDERAL COMO ELEMENTO AUTORIZATIVO DE SUA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL	18
3.1 A limitação da finalidade da resolução suspensiva do Senado Federal diante do atual sistema de controle de constitucionalidade	18
3.2 A resolução suspensiva no contexto dos processos constituintes brasileiros ..	23
4 A TESE DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 52, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL SOB A PERSPECTIVA DE UMA EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E JURISPRUDENCIAL	42
4.1 A relação entre evoluções legislativas e jurisprudenciais havidas no ordenamento e a suposta mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal	42
4.2 A regulamentação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e o surgimento da Ação Declaratória de Constitucionalidade como supostos da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal	46
4.3 A previsão de controle de constitucionalidade no âmbito das ações coletivas e algumas inovações legislativas da década de 1990 como argumentos que reforçam a tese de mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal	50
4.4 A tese de mutação constitucional do art. 52, X da Constituição Federal em face de inovações jurisprudenciais havidas no contexto da Constituição de 1988	58
5 O DEVIDO PROCESSO LEGAL, O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA E O DEVER CONSTITUCIONAL DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS EM RELAÇÃO AO IDEAL DE CELERIDADE IMPOSTO PELA EMENDA CONSTITUCIONAL N° 45/04	70
5.1 Acesso à justiça e devido processo legal em face do ideal de celeridade imposto pela Emenda Constitucional n° 45/04	70
5.2 O direito de acesso à justiça e o devido processo legal em um sentido forte.....	71

5.3 A noção de devido processo legal que viabiliza o adequado acesso à justiça...	81
5.4 Decisão fundamentada e devido processo legal: um convite ao discurso de aplicação da teoria argumentativa de Klaus Günther	87
6 AS RECENTES INOVAÇÕES PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS DO ORDENAMENTO BRASILEIRO E A TENSÃO GERADA ENTRE O DIREITO A UMA “RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO” E O DIREITO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL E AO ACESSO À JUSTIÇA	93
6.1 Repercussão geral, paralisação de processos e decisões por amostragem	93
6.2 A súmula vinculante e os potenciais perigos que a sua aplicação representa ao devido processo legal e ao direito de acesso à justiça	102
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS	112
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	120

1 INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem como objetivo específico analisar a tese de mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal, levantada nos autos da Reclamação Constitucional nº 4335/AC pelo então relator Ministro Gilmar Mendes. Dessa análise específica, insurge-se o objetivo mais amplo e geral do estudo, que é a defesa de uma concepção de controle de constitucionalidade e de processo constitucional mais coerente com o ordenamento brasileiro da atualidade, centrado em princípios, e não em regras. Segundo esta concepção, a interpretação das normas jurídicas necessariamente deve transitar pelas nuances do caso concreto. Desta maneira, rejeita-se a noção positivista de norma jurídica e de interpretação judicial e, no mesmo sentido, demonstra-se a incompatibilidade de uma transposição dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade do controle concentrado para o controle difuso, bem como da adoção de medidas aceleradoras do processo que passem pela redução da importância do contraditório no regular desenvolvimento do devido processo legal. Isso porque, a natureza essencialmente interpretativa do direito, bem como sua dimensão fática de concretização, são mais adequadamente compreendidas e exercitadas por meio de um controle concreto das normas, desenvolvido no curso de um devido processo legal centrado na idéia de permanente contraditório.

O desenvolvimento das idéias se dará da seguinte maneira.

Primeiramente, uma exposição sucinta do caso em estudo e da problemática que ele veicula são trazidos a título de noções preliminares. Em seguida, um capítulo é destinado à análise detida da tese de mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal, sob o viés dos argumentos de inutilidade do referido instituto, que dariam a ele uma conotação de despropósito constitucional que legitimaria a sua subtração do controle difuso. No capítulo posterior, a análise continua voltada para a tese de mutação constitucional, só que na perspectiva de enfrentamento dos argumentos pontuais de evolução legislativa e jurisprudencial levantados por Gilmar Mendes para justificar a mudança de sentido do art. 52, X, da Constituição Federal.

Neste ponto da dissertação, serão essenciais à crítica desenvolvida tanto a noção de direito como integridade, presente em Ronald Dworkin, bem como a teoria estruturante da norma, de Friedrich Müller, as quais darão o contorno teórico da idéia de direito e de norma jurídica que nutrem a análise e a rejeição da tese de mutação constitucional da Resolução Suspensiva do Senado Federal.

Feita essa análise geral e enfrentamento dos argumentos utilizados para a defesa da referida tese de mutação constitucional, encerra-se a primeira parte da dissertação. Na segunda parte, o objetivo é ampliar a análise para abrigar uma crítica ao “novo” princípio de celeridade processual imposto pela Emenda Constitucional nº 45/04, que parece querer justificar um sopro de concentração de poder decisório nas mãos do Supremo Tribunal Federal, por meio de mecanismos processuais de contenção das demandas judiciais, uniformização jurisprudencial e aproveitamento obrigatório de precedentes vinculantes desta Corte Superior. Essa crítica parece pertinente, na medida em que o esforço argumentativo da primeira parte da dissertação é exatamente no sentido de rejeitar a transposição dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade do controle concentrado para o controle difuso, colocando-se em relevo o retrocesso constitucional que essa modificação paradigmática representará para o ordenamento brasileiro.

Tentar-se-á demonstrar porque estes mecanismos processuais inovadores, a pretexto de darem vazão a esse novo princípio de celeridade, representam um duro golpe a direitos constitucionais consagrados, como o devido processo legal e o direito de acesso à justiça. Relacionar-se-á, então, a rejeição desses mecanismos a razões de teoria e prática constitucionais que também recomendam a rejeição da transposição dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade do controle concentrado para o difuso.

Para dar cumprimento a esta tarefa, no penúltimo capítulo será elaborada uma concepção sobre o devido processo legal e sobre o direito de acesso à justiça que, por um lado, reforça a natureza essencialmente dialética do processo, e, por outro, estabelece uma relação direta entre o direito de acesso à justiça e o caso concreto. Essa noção servirá de base para a crítica que se irá fazer, no último capítulo da dissertação, em relação aos mecanismos de contenção das demandas judiciais e disseminação acrítica do conteúdo dos precedentes judiciais, de forma vinculante.

Tentar-se-á traçar uma relação direta entre a aplicação de tais mecanismos e a efetiva lesão a direitos constitucionais como o contraditório (inerente à concepção de devido processo legal trabalhada nesta dissertação) e o próprio direito de acesso à justiça. Isso porque, a importância do caso concreto e do contraditório produzido pelas partes é relegado a um segundo plano na interpretação constitucional. Com isso, é retirada do jurisdicionado uma parcela importante de participação no evento constitutivo dos seus direitos, que representa a possibilidade, por meio de um contraditório, de influenciar a análise interpretativa do magistrado e interferir na produção da

conseqüente norma de decisão do caso concreto – já que a análise detida desse caso deixa de ser um referencial necessário para o intérprete do direito.

Nesta parte da dissertação – sem o abandono das teorias de Dworkin e de Müller – aparece com destaque a teoria processual de Elio Fazzalari sobre a natureza dialética do processo (enquanto um procedimento em contraditório); a teoria desconstrutivista de Derrida em sua relação com o direito (da forma como essa relação foi estabelecida em seu livro *Força de lei*); e, por fim, a teoria argumentativa de Klaus Günther, sobretudo as idéias de discurso de aplicação e de justificação.

Terminada a tarefa de analisar as questões acima, será feita um breve resumo dos problemas trabalhados no curso da presente dissertação, a título de considerações finais, o que tem a função de justificar a trajetória percorrida, bem como evidenciar a adequada noção de direito e de norma jurídica que devem ser nutridas em um Estado Democrático de Direito na atualidade. E essa noção recomenda, em consequência, a valorização do controle difuso e concreto de constitucionalidade, bem como o fortalecimento do devido processo legal (em uma estrutura dialética) e do direito de acesso à justiça (consubstanciado em uma justiça do caso concreto, e não em um direito ao simples acesso aos órgãos de justiça).

Em suma, defender-se-á que a tese de mutação constitucional levantada por Gilmar Mendes representa um indesejável retrocesso constitucional, assim como a promoção de uma celeridade processual ao custo da quebra do devido processo legal e do direito de acesso à justiça.

2 NOÇÕES PRELIMINARES SOBRE O PROBLEMA

2.1 A tese de mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal e os problemas de legitimidade que ela enfrenta

A tese de mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal¹ foi levantada a partir do voto proferido pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, então relator, nos autos da Reclamação Constitucional n° 4.335/AC².

Sobre essa mesma matéria, o citado ministro posicionou-se em artigo denominado “O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional”.³ Esse artigo traz todos os argumentos utilizados para a defesa da tese de mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal, os quais serão analisados a seguir, de uma maneira geral.

Partindo da premissa de que os processos informais de mudança da Constituição são uma realidade e que o Supremo Tribunal Federal possui legitimidade para exercer essa atividade por meio de sua prática constitucional, Gilmar Mendes empreendeu um esforço argumentativo para justificar uma suposta mutação constitucional no art. 52, X, da Constituição Federal. A partir dessa mudança, o papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade difuso passaria a ser, então, apenas o de dar publicidade às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Com o novo entendimento, as decisões em controle difuso passariam a ser dotadas de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, invariavelmente, a partir da publicação da decisão do Supremo Tribunal Federal, vinculando a atuação dos demais magistrados e tribunais de instâncias inferiores, bem como a administração pública em geral, razão pela qual, inclusive, caberia o ajuizamento de Reclamação Constitucional em caso de afronta às decisões de inconstitucionalidade proferidas incidentalmente pelo Supremo Tribunal Federal.

¹ O art. 52 da Constituição Federal dispõe sobre as competências privativas do Senado Federal e, em seu inciso X, declara o seguinte: “X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.”

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Liminar. *Reclamação Constitucional n° 4.335*. Rel. Min. Gilmar Mendes, julgada em 21 de agosto de 2006, Diário de Justiça de 25 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl+4335%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 11 de fevereiro de 2011.

³ MENDES, Gilmar Ferreira. *O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional*. In: **Revista de Informação Legislativa**. 2004. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/953>. Acesso em: 20 de agosto de 2008.

Com fundamento nessa tese, o ministro Gilmar Mendes conheceu da Reclamação Constitucional nº 4.335/AC, por entender que um juiz de execuções penais da comarca de Rio Branco, no Acre, afrontou a autoridade vinculante do julgado proferido por aquela Corte nos autos do Habeas Corpus nº 82.959/SP, que declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei de Crimes Hediondos), o qual dispunha sobre o Regime Disciplinar Diferenciado aos condenados por crimes hediondos, vedando-lhes a possibilidade de progressão de regime na execução da pena.

Ocorre que a decisão à qual o ministro se reportou foi proferida em via difusa de controle de constitucionalidade, em um *habeas corpus*, razão pela qual, até que o Senado Federal suspendesse a execução do dispositivo de lei, este deveria vigor normalmente no ordenamento, já que a eficácia das decisões de controle de constitucionalidade proferidas incidentalmente possuem historicamente no ordenamento brasileiro abrangência *inter partes*, e não vinculam os demais órgãos do Poder Judiciário ou da administração pública, senão após a edição de uma resolução suspensiva pelo Senado Federal.

Modificando esse entendimento, Gilmar Mendes levantou nesses autos a tese de que os julgados do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade possuem, independentemente da espécie de controle (se difuso ou concentrado), eficácia *erga omnes* e vinculam as demais instâncias do Poder Judiciário e da administração pública em geral. Para ele, “não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa.”⁴

Segundo o referido autor, “é possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico”⁵, ou seja, uma mudança no sentido do art. 52, X, da Constituição Federal teria sido operada por uma suposta seqüência de reformas legislativas e evoluções jurisprudenciais, resultando na mudança de entendimento acerca dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade proferidas no âmbito do controle difuso.

Para defender essa idéia, Gilmar Mendes elaborou um raciocínio sobre as origens e a natureza jurídica do art. 52, X, da Constituição Federal, trazendo à tona o

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional*. In: **Revista de Informação Legislativa**. 2004. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/953>. Acesso em: 20 de agosto de 2008. p. 165.

⁵ *Ibid.* p. 165.

debate doutrinário que a entrada em vigor desse dispositivo, desde a Constituição de 1946⁶, suscitou no cenário jurídico nacional, dividindo a doutrina em duas correntes, uma que entendia imprescindível a Resolução do Senado para a extensão dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle difuso⁷ e reconhecia efeitos *ex nunc* ao referido ato do Senado, na medida em que a Resolução Suspensiva era entendida como uma espécie de “revogação” da lei inconstitucional⁸; e a outra, que defendia que o ato do Senado seria dotado de eficácia *ex tunc*⁹, já que a própria decisão de inconstitucionalidade tratou de declarar nula a lei, não sendo possível falar de revogação de um ato nulo *ab initio*, ou seja, inexistente. Alguns autores iam além, como Lúcio Bittencourt, que admitia ser o ato do Senado Federal vinculado ao fato de existir decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso, ou seja, para o autor “o ato do Senado[...] não é optativo, mas deve ser baixado sempre que se verificar a hipótese prevista na Constituição: decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.”¹⁰

Em decorrência disso, Bittencourt acreditava ser o ato do Senado Federal apenas uma forma de “tornar pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos.”¹¹ Ou seja, Bittencourt reduziu a natureza da Resolução Suspensiva aos frágeis termos de um simples ato de publicidade da decisão do Supremo

⁶ Isso porque, o referido dispositivo foi inserido no ordenamento jurídico nacional com a Constituição de 1934, mas, dada a sua rápida substituição pela Constituição do Estado Novo, em 1937, a qual não previa o referido dispositivo, a suspensão do Senado só voltou a figurar no ordenamento jurídico nacional em 1946, quando foi novamente inserido na Constituição daquele período. (Cf. BARBI, Celso Agrícola. *Evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil*. In: **Revista de Direito Público**. n. 48. São Paulo: RDP, 1968. p. 39.)

⁷ Entre eles, pode-se destacar Alfredo Buzaid (Cf. BUZOID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958. p. 88-90.), Themístocles Brandão Cavalcanti (Cf. CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do controle da constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 164), Celso Ribeiro Bastos (Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 344.) e José Afonso da Silva (Cf. SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 53-54.).

⁸ Segundo Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, “o Senado Federal apenas cassa a lei, que deixa de obrigar, e, assim, perde a sua executividade porque, dessa data em diante, a revoga simplesmente. (MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A teoria das constituições rígidas*. 2. ed. São Paulo: J. Bushatsky, 1980. p. 211.)

⁹ Gilmar Mendes perfilha-se a essa corrente no artigo aqui analisado. Ele cita como seu defensor Lúcio Bittencourt, o que se confirma abaixo, nas notas de rodapé n. 10 e 11, onde o referido autor expressa o posicionamento segundo o qual a resolução suspensiva é apenas um ato de publicidade das decisões do Supremo Tribunal Federal, as quais, de *per si*, possuem, para ele, eficácia geral. Quem também concorda com a teoria dos efeitos *ex tunc* da resolução suspensiva é Clèmerson Merlin Clève (Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. pp. 123-124.).

¹⁰ BITTENCOURT, Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. p. 145.

¹¹ *Ibid.* p. 145.

Tribunal Federal¹², a qual já possuía de antemão eficácia geral em controle de constitucionalidade difuso.¹³

Corroborando essa tese, e seguindo em sua linha de raciocínio, Gilmar Mendes defende ainda que, à época de sua criação, a suspensão operada pelo Senado Federal revelava-se inserida em um contexto que a justificava, sob uma “concepção de

¹² Segundo Lúcio Bittencourt: “Se o Senado não agir, nem por isso ficará afetada a eficácia da decisão, a qual continuará a produzir todos os seus efeitos regulares, que, de fato, independem da colaboração de qualquer dos outros poderes.” (BITTENCOURT, Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. p. 145)

¹³ Contudo, esta concepção não vingou no constitucionalismo brasileiro, sendo a Resolução Suspensiva do Senado Federal consagradamente um ato político indispensável à generalização dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade incidentais do Supremo Tribunal Federal – ato este vinculado apenas quanto ao seu conteúdo, que é limitado aos termos da decisão do Supremo Tribunal Federal, mas não em relação à oportunidade de sua edição, que se dá em termos discricionários (Cf. MELLO, op. cit. 1980. p. 209; em sentido contrário Cf. CAVALCANTI, op. cit. 1966, p.164.), seguindo um procedimento legislativo ordinário, que se inicia com um projeto de resolução (de autoria da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania – nos termos dos artigos 101, III; 386, III e 388 do Regimento Interno do Senado Federal), sendo submetido à apreciação e votação na comissão, com a conseqüente aprovação ou rejeição da proposta por meio de decisão terminativa da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, nos termos do art. 91, II do Regimento Interno do Senado Federal. É importante frisar que parece acertada a idéia de que ao Senado Federal é resguardada a possibilidade de rejeitar a edição da resolução suspensiva, não estando obrigado a aprová-la, até porque, se assim não fosse e o Senado Federal pretendesse não aprovar uma resolução qualquer, ele poderia se utilizar de sua discricionariedade na edição do ato para, em inércia proposital, chegar ao mesmo resultado prático de uma rejeição dessa resolução. Contudo, não só o caráter discricionário da resolução suspensiva foi motivo de dissenso doutrinário. A natureza dos efeitos dessa resolução foi e é, ainda hoje, motivo de discordância na doutrina – mas o fato é que, a natureza discricionária e o trâmite legislativo da Resolução Suspensiva parecem sugerir que ela é um ato legislativo autônomo (mesmo que seu conteúdo seja vinculado aos termos da decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal). Desta maneira, ela deve, de fato, produzir efeitos a partir de sua edição e para frente, não podendo atacar situações jurídicas constituídas no passado – tal qual recomenda as idéias gerais de irretroatividade da lei no tempo, ou proibição de lei *ex post facto*. Fora isso, é importante frisar que a Resolução Suspensiva do Senado Federal não retira a lei suspensa do ordenamento, tal qual uma decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado – ou seja, é possível ao Supremo Tribunal Federal, mesmo após a edição de resolução suspensiva, julgar uma ação direta de inconstitucionalidade que eventualmente estivesse pendente sobre essa lei, já que a resolução suspensiva não acarreta a perda do objeto da ação direta e pode, ela mesma (a resolução), ser objeto de ação direta. Em uma situação como essas, a lei volta a produzir efeitos no ordenamento, não sendo, portanto, a Resolução Suspensiva do Senado Federal uma retirada definitiva desta lei do ordenamento. Por isso, parece mais adequado o entendimento segundo o qual esta resolução produz efeitos *ex nunc*, com o condão de evitar a proliferação dos efeitos de lei declarada inconstitucional em sede de controle difuso, e não a capacidade de anular todas as situações geradas no interstício entre a entrada em vigor da lei e sua suspensão pelo Senado Federal. Isso porque, como essa suspensão é operada a critério discricionário, podem se passar vários anos até que o Senado Federal tome providências e aprove a resolução, e, caso se defira efeito *ex tunc* a ela, isso geraria a ruptura drástica de várias situações jurídicas constituídas entre o início da vigência da lei e a sua suspensão por resolução, sem contar com o caso acima citado, em que decisão diversa seja tomada em sede de controle concentrado, o que ampliaria sobremaneira o efeito devastador dessa resolução no ordenamento, desconstituindo, por meio da resolução, e reconstituindo, por meio da decisão em ação direta, todas as situações jurídicas afetadas – um verdadeiro caos jurídico. Não parece ser um quadro muito animador para este instituto, que seria, ao invés de um instrumento pacificador de questões constitucionais, um verdadeiro celeiro de novas e infundáveis controvérsias judiciais. Por isso, parece que os efeitos prospectivos (*ex nunc*) são mais adequados à resolução suspensiva.

Separação dos Poderes – hoje necessária e inevitavelmente ultrapassada”¹⁴ e que a vigência de tal dispositivo na Constituição Federal, atualmente, não tem justificativa alguma, senão razões de índole exclusivamente históricas.

Isso porque, se o Supremo Tribunal Federal pode suspender a eficácia de lei em controle abstrato por meio de simples medida liminar, não faz sentido que, tendo se pronunciado em definitivo acerca da inconstitucionalidade de uma lei em controle difuso, essa decisão precise ter seus efeitos estendidos por uma resolução do Senado Federal.

Gilmar Mendes argumenta ainda que a suspensão do Senado Federal não assegura eficácia geral às decisões que, ao invés de declarar a inconstitucionalidade de lei, fixam uma interpretação constitucional adequada, ou mesmo nos casos de interpretação conforme a Constituição. Além desses casos, o referido autor cita mais quatro outras situações em que a suspensão do Senado não opera qualquer efeito, quais sejam: a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, a rejeição da arguição de inconstitucionalidade, a fixação de interpretação constitucional por meio do provimento de recurso e a declaração de não recepção de norma anterior à Constituição.

Fora isso, Gilmar Mendes observa que a adoção da modulação de efeitos na declaração de inconstitucionalidade incidental também debilita a intervenção do Senado Federal. Ao lado desses argumentos, pode-se destacar ainda as observações que o referido autor fez em relação à evolução jurisprudencial e legislativa que o ordenamento jurídico brasileiro sofreu ao longo da vigência da atual Constituição, as quais permitiriam inferir, segundo ele, uma ênfase no controle concentrado, tornando-se mais constante as decisões com eficácia geral.

Os argumentos do autor em relação a essa evolução legislativa e jurisprudencial são, sucintamente, os seguintes: relativização da interpretação do art. 97 da Constituição Federal; ampliação do controle abstrato com a criação da Ação Direta de Constitucionalidade; a criação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental; as inovações da Lei n° 8.038/90, com a possibilidade de se negar seguimento a recurso extraordinário ou especial quando contrários às súmulas do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente; introdução, no art. 557 do Código de Processo Civil, do § 1º-A, por meio da Lei n°

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional*. In: **Revista de Informação Legislativa**. 2004. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/953>. Acesso em: 20 de agosto de 2008. p. 155.

9.756/98 – que dá ao relator de recurso a possibilidade de dar-lhe ou negar-lhe provimento monocraticamente, caso a decisão do órgão *a quo* esteja em desacordo ou em concordância, respectivamente, com Súmula dos Tribunais Superiores –; a figura da transcendência dos motivos determinantes em relação aos julgamentos de leis municipais; e, ainda, os efeitos das decisões proferidas em ações coletivas.

Para melhor organização do raciocínio, separar-se-á a crítica que se pretende fazer aos argumentos que Gilmar Mendes lança mão em sua defesa da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal em dois capítulos. O primeiro voltar-se-á aos argumentos de natureza teleológica da tese de mutação constitucional, aqueles que defendem ausência de finalidade na manutenção da Resolução Suspensiva do Senado Federal. Já o segundo concentrar-se-á na crítica a uma suposta evolução legislativa e jurisprudencial que, para Gilmar Mendes, evidenciam uma intenção do legislador e uma tendência do Poder Judiciário em ampliar os efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle difuso, e justificam a referida mutação constitucional.

3 A AUSÊNCIA DE FINALIDADE DA RESOLUÇÃO SUSPENSIVA DO SENADO FEDERAL COMO ELEMENTO AUTORIZATIVO DE SUA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

3.1 A limitação da finalidade da resolução suspensiva do Senado Federal diante do atual sistema de controle de constitucionalidade

Uma suposta limitação da finalidade do dispositivo contido no art. 52, X, da Constituição Federal teria tornado, segundo Gilmar Mendes, injustificável a defesa do papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade difuso. Para ele, o grau de sofisticação do controle de constitucionalidade atual tornou a suspensão operada pelo Senado Federal inoperante em uma série de modalidades de decisões de inconstitucionalidade, como aquelas que declaram a inconstitucionalidade sem redução de texto, ou apenas firmam uma interpretação conforme à Constituição, enfim, decisões que não têm como objetivo a retirada das normas do ordenamento.

Dessa limitada utilidade do instituto decorreria, para o autor, a sua obsolescência, o que demandaria uma reinterpretação que lhe retirasse o sentido atribuído pela história político-constitucional brasileira, destinando-o então à simples função de ato de publicidade das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle difuso.

Em que pese a tese de desuso ou despropósito do instituto da resolução suspensiva, é importante indagar se a suposta ausência de finalidade do referido dispositivo constitucional – se fosse admitida como verdadeira – seria um motivo suficiente para que o Supremo Tribunal Federal agisse dessa maneira. Ou, em outras palavras, na interpretação judicial da Constituição, argumentos políticos que se voltem para a finalidade ou utilidade de uma determinada decisão política do passado são bastantes em si mesmos para legitimar a modificação do sentido histórico-institucional de práticas constitucionais arraigadas no ordenamento?

Para responder a essa pergunta, recorrer-se-á a alguns fundamentos teóricos lançados por Ronald Dworkin, o qual, em análise sobre a discussão que envolve o caráter político das decisões dos juízes, traz significativas contribuições para o presente debate. Partindo da premissa de que Direito e Política não são a mesma coisa, Dworkin revela que os argumentos políticos, apesar de nutrirem as decisões dos juízes, não pode

limitá-las aos seus termos, pois existe uma diferença interna entre diferentes tipos de argumentação política.

Os argumentos políticos podem ser de dois tipos, a saber: argumentos de procedimento político e argumentos de princípio político (estes últimos entendidos como princípios jurídicos consagrados no ordenamento por decisões políticas do passado). Os primeiros são argumentos que têm como fundamento a finalidade ou o objetivo de determinada decisão política, geralmente revelando alguma concepção do bem-estar geral ou finalidade pública. Já os argumentos de princípio político são aqueles que têm como fundamento os princípios jurídicos existentes em uma dada comunidade, os quais asseguram os direitos que os cidadãos possuem frente o Estado e demais atores sociais.

Segundo o autor norte-americano, a visão correta “é a de que juízes baseiam ou devem basear seus julgamentos de casos controvertidos em argumentos de princípio político [jurídico], mas não em argumentos de procedimento político¹⁵”. A reflexão que esse autor traz à tona é de grande valia para rejeitar a idéia de que os juízes possuam legitimidade para proferir decisões políticas do primeiro tipo, vale dizer, decisões políticas que não se baseiem em princípios jurídicos, e que, por isso, não estejam relacionadas aos direitos que os cidadãos possuem em uma comunidade. Em outras palavras, o discurso de Dworkin nega que as decisões dos juízes devam se basear exclusivamente em argumentos políticos procedimentais, ou de caráter finalístico.

Essas decisões procedimentais compõem um campo político que não é reservado ao Poder Judiciário enquanto aplicador do direito, que é o campo da discricionariedade política. Esse campo é reservado ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo, mas não ao Poder Judiciário, pelo menos enquanto órgão de aplicação do direito e solução de conflitos judiciais¹⁶. Os juízes podem até se valer, como em verdade se valem, de argumentos políticos no momento de decidir casos concretos, mas estes argumentos não se confundem com opiniões políticas particulares do magistrado, e sim concepções políticas vigentes em sua comunidade. Por isso, aliás, Dworkin ressalta que, por mais que um juiz norte-americano seja marxista, não poderá defender em seus

¹⁵ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 6. Ver também DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 128 e segs.

¹⁶ É claro que há atribuições políticas do primeiro tipo para o Poder Judiciário quando, por exemplo, planeja e executa sua política judiciária, na qual há espaço para decisões políticas como investimento em material, pessoal, ampliação das circunscrições judiciárias, reajuste de subsídios, etc.; mas tudo isso está atrelado à gestão do referido poder, e não a sua atuação como órgão de aplicação do direito e solução de conflitos.

juízos ideais socialistas de convivência, já que estes contrariam toda a experiência política do povo norte-americano.

Algum crítico certamente notará que há outras situações em que o Poder Judiciário imiscui-se em função política discricionária, como quando intervém no campo discricionário das políticas públicas, determinando a implementação de medidas que contrariam o programa de ação governamental previamente estabelecido, contingenciando recursos orçamentários destinados por lei a outras finalidades.

Nesses casos, contudo, é necessário perceber que, por um lado, quando o Poder Judiciário profere decisões nesse sentido, ele deve fazê-lo com base nos direitos que reconhece que um determinado cidadão (ou cidadãos em conjunto) possui frente o Estado¹⁷; e, por outro, deve-se atentar para o fato de que a própria discricionariedade política, segundo o ideal de integridade inculcado na teoria de Dworkin, impõe uma análise de legitimidade das medidas políticas do presente com base em um princípio jurídico-político de igual consideração e respeito que deve ser observado durante o processo de elaboração e execução das políticas governamentais.

Por isso, essa suposta imissão do Poder Judiciário no campo da discricionariedade política de outros Poderes é na verdade uma função inerente ao sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) que a Teoria da Separação dos Poderes encarnou no modelo federalista norte-americano (que foi incorporado ao constitucionalismo brasileiro). Ou seja, é legítima a atuação de um Poder para conter arbitrariedades de outro Poder, mantendo-se o equilíbrio institucional. Nesse caso específico levantando, de controle de políticas públicas, a suposta imissão do Poder Judiciário tem como fundamento a preservação dos direitos que os cidadãos possuem frente o Estado, e não a avocação da discricionariedade política do Poder Executivo por parte do Poder Judiciário. Se todos os juízes agem ou não com essa cautela e dentro desses limites nos casos concretos é outra questão, que não invalida a perspectiva teórica aqui afirmada¹⁸.

¹⁷ Ou seja, no caso hipotético de um cidadão que requer em juízo uma determinada terapia médica não incluída na lista de prioridades do programa de saúde governamental, a decisão que eventualmente conceda esse direito deve ser tomada com base em argumentos de princípio jurídico-político, e não meramente em argumentos de procedimento político. Não é o juiz criando uma nova política pública genérica no programa de ações governamentais, mas o juiz assegurando em um caso concreto, com base na análise de suas peculiaridades, a fruição de um direito individual que o magistrado reconheceu assistir aquele cidadão na situação concreta posta em juízo.

¹⁸ Isso porque a intenção do presente discurso é exatamente negar que os juízes devam, ou possam, justificar suas decisões a partir de escolhas subjetivas de valores políticos, e, em contrapartida, afirmar que eles devem, antes de mais nada, reconhecer (e não criar) e dar aplicabilidade às normas constitucionais decorrentes dos princípios jurídicos encontrados na experiência política de sua

Diante destes argumentos, percebe-se porque as decisões políticas dos juízes devem se basear em argumentos de princípio jurídico-político, e não em argumentos de procedimento político, como razões de finalidade, ou de utilitarismo¹⁹, as quais não são suficientes para legitimar decisões judiciais em um ambiente em que se adote a concepção do direito como integridade, centrada em princípios (que são normas jurídicas, vale dizer, e não meros axiomas ou valores).

E é dessa normatividade agora atribuída aos princípios, que são verdadeiramente o centro de sentido do ordenamento, e não meros instrumentos de colmatação de lacunas como pensavam os positivistas²⁰, que decorre a constante necessidade de uma argumentação racional dos juízes na aplicação do direito nos casos concretos; uma argumentação que revele a adequação da interpretação dada às normas jurídicas, com base nos princípios vigentes aqui e agora na comunidade. Essa racionalização das decisões judiciais é a tarefa que o direito como integridade impõe aos magistrados, como forma de garantir a única e verdadeira justiça tangível pelo homem, que é a justiça das situações concretas.

Nesse contexto, a argumentação racional do conteúdo principiológico que as regras devem assumir no caso concreto será a nota de legitimidade das sentenças proferidas pelos juízes, posto que só poderá ser considerada bem sucedida a proposta interpretativa de um magistrado se ela demonstrar-se apta a incorporar-se à história institucional daquela comunidade, dando a melhor justificativa dos direitos que os cidadãos possuem e, desse modo, preservando a integridade do referido ordenamento.

Ou seja, a tarefa do magistrado (não só dele, mas de qualquer um que adote a integridade como um pressuposto para a legitimidade do direito) ao interpretar o direito deixa de ser a busca de uma teoria semântica que explique os direitos a partir exclusivamente dos textos jurídicos colocados a sua disposição, passando a ser a tarefa de dar a interpretação que revele a correta aplicação das regras e princípios jurídicos

comunidade. E isso demanda uma postura completamente diferenciada e mais coerente por parte dos juízes, posto que eles, segundo essa concepção de direito, terão sempre a obrigação de fundamentar racionalmente o direito que declaram que as partes possuem nos casos concretos por eles solucionados, relacionando esses direitos não só às regras vigentes no ordenamento, mas, sobretudo, aos princípios que regem a comunidade política na qual estão inseridos.

¹⁹ A expressão utilitarismo é utilizada aqui como uma variante do pragmatismo jurídico, que, segundo Dworkin, é uma concepção cética do direito, pois acredita “que os juízes tomam e devem tomar quaisquer decisões que lhes pareçam melhores para o futuro da comunidade, ignorando qualquer forma de coerência com o passado como algo que tenha valor por si mesmo.” (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.119.)

²⁰ Isso, na experiência brasileira, tem talvez sua marca mais significativa na Lei de Introdução ao Código Civil, que trata os “princípios gerais de direito” como métodos de integração do sistema jurídico, tendo, portanto, uma relevância secundária na concepção positivista daquela época.

existentes no ordenamento, dadas as singularidades relevantes do caso concreto²¹. Fora isso, essa proposta interpretativa deve representar o melhor resultado possível no que tange a sua adequação à prática política corrente daquela comunidade. Nessas bases de fundamentação, o direito como integridade rejeita a tese de que as decisões judiciais que envolvam casos difíceis – casos em que não há consenso sobre o conteúdo dos direitos das partes em conflito – possam ser meras escolhas subjetivas de valores, fundadas em uma suposta discricionariedade judicial, sempre arbitrária e casuísta (o chamado decisionismo judicial).

Essa exposição da tarefa encarregada aos magistrados (e a todo intérprete do direito) pelo direito como integridade serve aqui para demonstrar porque os argumentos de procedimento político são, segundo essa concepção, insuficientes para justificar as decisões tomadas pelos juízes. Desse modo, pode-se dizer que, apesar de relevantes do ponto de vista meramente político, os argumentos de limitação da finalidade da resolução suspensiva, ou mesmo de sua discreta utilização pelo Senado Federal, não servem para justificar e demonstrar a adequação da nova interpretação dada por Gilmar Mendes ao art. 52, X, da Constituição Federal.

Isso porque, ao que tudo indica, o Supremo Tribunal Federal, enquanto legítimo intérprete da Constituição, só está autorizado a modificá-la com base em um processo de concretização do seu conteúdo, e não sob qualquer pretexto e por meio de qualquer argumento. Nesse sentido, as decisões políticas tomadas pela comunidade no passado e no presente devem influenciar a postura narrativa do intérprete ao apreender e dar continuidade ao desenvolvimento da cadeia do direito, tudo a serviço do ideal de integridade constitucional que todo governo regido por princípios deve perseguir.

A resolução do Senado Federal, de fato, não têm sido utilizada de uma forma privilegiada em nosso ordenamento²², mas isso não retira de si a legitimidade da

²¹ Friedrich Müller, ao introduzir sua teoria estruturante do direito, explica essa superação do paradigma positivista, nos seguintes termos: “O direito não se apóia somente na norma verbal, nem pode ser conquistado a partir dela e com o auxílio do processo puramente lógico, assim como da subsunção obtida pela via da conclusão silogística. [...] Para o processo da concretização, a norma aparece diferenciada de acordo com o âmbito normativo e com a idéia normativa fundamental do programa normativo. Principalmente no direito constitucional os pontos de vista da concretização devem frequentemente ser deduzidos do texto normativo apenas em pequena escala. A aplicação, de modo decisivo, vai além do texto normativo; não vai, porém, além da norma, cuja normatividade concreta deve justamente ser salientada apenas para o caso particular.” (MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 196. et. seq.)

²² A última controvérsia que ganhou repercussão no debate jurídico nacional e que girou em torno de uma Resolução Suspensiva do Senado Federal foi a referente à instituição de tributo na modalidade “taxa” para o serviço de iluminação pública. Naquela ocasião, o Senado Federal editou uma resolução suspendendo a execução de uma lei do Município de Niterói-RJ (que instituíra “taxa de iluminação

prerrogativa atribuída àquele órgão legislativo, sobretudo se se recorrer ao argumento histórico, que acabou sendo relegado a segundo plano por Gilmar Mendes em sua análise, o que parece deixar transparecer uma idéia bastante contestável que se reproduz largamente na doutrina constitucional brasileira, que é uma suposta aproximação existente entre a resolução suspensiva e o controle concentrado, como se a primeira fosse uma aspiração dos constituintes ao controle concentrado.

Contudo, nas linhas gerais abaixo, tentar-se-á desconstruir esse argumento, demonstrando que a resolução do Senado Federal e o controle concentrado de constitucionalidade nunca foram sinônimos na retórica constitucional brasileira, pelo menos em se tratando do seu processo constituinte.

3.2 A resolução suspensiva no contexto dos processos constituintes brasileiros

Já em 1933, na Assembléia Constituinte que veio a dar origem à Constituição de 1934, o deputado Nilo Alvarenga levantou a questão do controle de constitucionalidade concentrado e abstrato das normas, ocasião em que, expondo os elementos gerais da teoria de Hans Kelsen, o referido constituinte propôs a criação de um tribunal constitucional, nos moldes da teoria do professor de Viena.

Eis os argumentos de Nilo Alvarenga na seção de 23 de dezembro de 1933 da Assembléia Constituinte:

Senhor Presidente, de nada valeriam todas essas belas conquistas da humanidade de hoje, sem uma garantia para assegurar a sua efetividade, sem uma sanção para tornar real o seu exercício de fato e de direito. Esta sanção só pode ser dada pela jurisdição constitucional. [...]Hans Kelsen^o. o insigne criador da teoria da hierarquia das regras de direito, assim se expressa: uma Constituição, a que falte a garantia de anulabilidade dos atos inconstitucionais, não é plenamente obrigatória no sentido técnico. Equivale, pouco mais ou menos, sob o ponto de vista propriamente jurídico, a um voto sem força obrigatória. Linhas adiante, o conspícuo professor vienense ainda afirma: uma Constituição, cujos dispositivos concernentes à legislação podem ser violados, sem que resulte daí a anulação das leis inconstitucionais, tem, em face dos graus inferiores da ordem estática, o mesmo caráter

pública”), declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso. Aqui, vale frisar que, apesar de grandes questões constitucionais não estarem sendo veiculadas por meio da resoluções suspensivas, isso não significa que ela não esteja em pleno funcionamento. Muito pelo contrário, há resoluções suspensivas recentes, como se poderá perceber nas notas de rodapé nº 72 e 120, o que demonstra que é uma competência do Senado Federal em pleno uso, reforçando a fragilidade do argumento proposto por Gilmar Mendes.

obrigatório que o Direito Internacional em frente ao Direito Interno. Quer dizer: tem força obrigatória puramente platônica.²³

Percebe-se, em uma primeira observação, que a recente (para a época) teoria da jurisdição constitucional de Kelsen²⁴ já era conhecida pelos constituintes de 1933, sendo estranho atribuir qualquer vinculação entre a criação de um instituto como a resolução suspensiva do Senado e a suposta intenção de se criar no ordenamento brasileiro o controle concentrado²⁵, já que uma proposta direta para sua criação foi feita pelo deputado Nilo Alvarenga, mas não foi levada adiante pela assembléia, conforme atesta a versão final da Constituição de 1934, que prestigiou o controle difuso herdado da Constituição de 1891.

Aliás, conforme se poderá perceber no trecho abaixo citado, a discussão acerca da importação do modelo kelseneano ou da continuidade do modelo difuso foi diretamente veiculada entre os constituintes da época:

O Sr. NILO ALVARENGA – [...] As decisões das Cortes de justiça ordinária, de justiça comum, não vão além das partes litigantes. A lei, anulada em favor dos que litigam, continua em pleno vigor, em plena efetividade para os demais membros da coletividade. Aponto Sr. Presidente, como prova dessa minha asserção, um exemplo ocorrente aqui, no Distrito Federal. É o da lei do calçamento. Essa lei tem sido julgada nula por vários acórdãos e decisões das Cortes de justiça do Distrito Federal, e, no entanto, continua a vigorar para os demais membros da coletividade e de uma maneira muito simples: a Prefeitura lança todos os contribuintes, impõem-lhes multa, mas não efetua a cobrança judicial das taxas resultantes dessa lei. No dia, porém, em que o proprietário morre ou pretende alienar o seu imóvel, A Prefeitura do Distrito Federal não aceita o pagamento do imposto de transmissão *causa mortis* ou *inter vivos* sem o prévio pagamento da taxa de calçamento. [...] Isto demonstra a imprestabilidade do sistema de controle constitucional das leis, tanto pelo regime americano, como pelo regime brasileiro, quando é confiado à justiça comum. [...] *É preciso, pois, confiar a jurisdição constitucional a tribunais que tenham a faculdade de decretar a*

²³ BRASIL. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte de 1933*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1933. p. 713.

²⁴ Essa teoria foi publicada como artigo científico pela primeira vez em 1928, sob o título “*La garantie jurisdictionelle de la Constitution*” (A garantia jurisdicional da Constituição), na revista francesa “*Revue de Droit Public et Science Politique*” (Revista de Direito Público e Ciência Política).

²⁵ Essa idéia parece estar contida em Capelletti, nas entrelinhas do seu argumento, quando defende a ausência do *stare decisis* como fator decisivo para o fracasso da *judicial review* em alguns países de *civil law*. Segundo ele, nos países de *civil law* em que o controle difuso se desenvolveu relativamente bem, como na Suíça, foi necessário criar mecanismos de extensão dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade. E esses mecanismos, para Capelletti, deixam o controle difuso “a meio caminho entre o difuso e o concentrado”, como se a extensão de efeitos da decisão de inconstitucionalidade revelasse uma aspiração ao controle concentrado (Cf. CAPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1992. p. 77 e segs.). Bom, no Brasil essa retórica não parece ser verdadeira, posto que o controle concentrado foi expressamente rejeitado pelo movimento constituinte de 1933 – uma proposta de criação de um Tribunal Constitucional não vingou entre os constituintes –, momento em que a Resolução Suspensiva do Senado Federal foi criada no ordenamento.

nulidade das leis e dos atos inconstitucionais erga omnes, que tenham a faculdade de derrogar, inteiramente, absolutamente, as leis julgadas inconstitucionais e os atos do Poder Público resultante dessas leis. [...]O tribunal, com jurisdição constitucional, representa como que uma delegação dos demais poderes. [...]De acordo com as emendas por mim apresentadas, e que estou, no momento, defendendo, esse tribunal será composto de nove membros: dois indicados pelo Supremo Tribunal Federal, o mais elevado órgão do Poder Judiciário do país, dois Pelo Poder Legislativo, isto é, pela Assembléia Nacional, dois outros pelo Presidente da República e os três restantes[...] designados pelo Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros. Os Juízes, ou Ministros dessa Suprema Corte de Justiça, não terão a inamovibilidade, nem a vitaliciedade dos demais magistrados; terão o exercício de suas funções restrito ao prazo de três anos apenas; serão em número igual, como delegados dos demais poderes constituídos, de modo que – repito – não representará que se lhes sobreponha.(GRIFO NOSSO)

O Sr. AGAMENON MAGALHÃES – A Constituição Espanhola cria um tribunal como esse – o Tribunal de Garantias Constitucionais.

O Sr. NILO ALVARENGA – Exatamente. É dessa natureza o tribunal cuja criação proponho, para acabar com os inconvenientes do judiciarismo, da ditadura do Judiciário ou da sua supremacia sobre os demais poderes.

O Sr. AGAMENON MAGALHÃES – é um freio.

O Sr. NILO ALVARENGA – Perfeitamente...

O Sr. CUNHA MELO – Acho a idéia de V. Ex. muito interessante e original... Todavia, o que melhor copiamos, o que melhor trasladamos da legislação americana para aqui foi, precisamente isto: a supremacia do Poder Judiciário para interpretar as leis e julgar da constitucionalidade ou inconstitucionalidade delas.²⁶ Apesar de concordar, em parte, com V. Ex., não desejo abandonar aquilo que de melhor temos na Constituição de 1891.

O Sr. NILO ALVARENGA – Mas V. Ex. sabe perfeitamente que, o controle completo da constitucionalidade das leis não pode ser confiado à justiça comum, porque a esta somente cabe a função de julgar, como acabo de expor, as questões entre partes, e decidindo em espécie; não tem a faculdade de decretar a nulidade das leis *erga omnes*...

O Sr. CUNHA MELO – A questão de constitucionalidade ou inconstitucionalidade das leis surge, entretanto, na discussão de casos concretos.

O Sr. NILO ALVARENGA – Acabo de citar o caso da lei do calçamento, na Prefeitura do Distrito Federal, que é típico e está aos olhos de todos nós... Como essa, há dezenas de leis, vigorando no Brasil inteiro, quando os tribunais sobre elas já se pronunciaram, porque a este apenas compete julgar os casos em espécie e não *erga omnes*.²⁷

Observa-se aqui uma transposição da teoria de jurisdição constitucional de Kelsen na proposta de Nilo Alvarenga, bem como a defesa de Cunha Melo do modelo difuso herdado da Constituição de 1891. Não há, contudo, nenhum indício de que a criação da resolução suspensiva na Constituição 1934 tenha sido um esforço do constituinte para trazer para o ordenamento brasileiro o controle abstrato de normas elaborado por Kelsen^o Ao contrário disso, o surgimento da Resolução Suspensiva do

²⁶ Essa concepção política revela-se ainda hoje no ordenamento brasileiro. Não por outra razão, a Constituição Federal de 1988 adota as chamadas cláusulas pétreas, cuja finalidade principal é direcionar ao Poder Judiciário a última palavra em termos de controle de constitucionalidade.

²⁷ BRASIL. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte de 1933*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1933. p. 714 et. seq.

Senado é uma sinalização dos constituintes para o fortalecimento do controle difuso, na medida em que, mesmo suavizando o poder do Supremo Tribunal Federal, por meio da inclusão do Senado Federal na dinâmica do controle difuso, a criação da resolução suspensiva visava acabar com uma das deficiências identificadas pelos constituintes no controle difuso brasileiro, que era a manutenção dos efeitos de leis declaradas inconstitucionais, já que o Senado Federal passaria a ter a capacidade de suspender a eficácia dos atos normativos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal quando julgasse essa medida conveniente para o ordenamento.

Ou seja, mesmo não dotando as decisões de inconstitucionalidade incidentais de eficácia geral, os constituintes fortaleceram seu conteúdo, na medida em que a Resolução Suspensiva do Senado Federal ficava adstrita aos termos da decisão do Supremo Tribunal Federal, como adiante ficou pacificado na doutrina e jurisprudência nacionais. Como se pode perceber, a idéia dos constituintes era fortalecer o controle difuso, e não substituí-lo. De uma só vez, pretendeu-se evitar a postergação dos efeitos de leis julgadas inconstitucionais incidentalmente, mas sem agigantar sobremaneira o poder delegado ao Judiciário, mantendo-se o equilíbrio no arranjo institucional da República brasileira.

Contudo, não foi na vigência da Constituição de 1934 que este instituto teve papel relevante na estrutura de garantia constitucional, haja vista que precocemente aquela Constituição foi substituída por outra, em 1937, quando teve início o regime político do Estado Novo.

Somente em 1945, durante as discussões da assembléia constituinte, o tema da resolução suspensiva voltou à pauta constitucional, colocado por emendas apresentadas pelos deputados Atílio Viváqua e Fernando de Sousa. A finalidade do instituto era a mesma de 1934, conforme observado por Fernando de Sousa:

O Sr. FERREIRA DE SOUSA – [...] Trata-se de restauração de disposição da Constituição de 34, disposição grandemente justa e que atendeu à economia nos litígios judiciais. Se o poder judiciário, examinando a matéria em particular, declara a inconstitucionalidade de uma lei ou de um regulamento, **se o Poder Judiciário persiste nessa declaração** ou se essa inconstitucionalidade é evidente, não é justo que cada cidadão, para fazer valer seu direito, suporte as delongas de uma demanda judiciária até o final.²⁸

²⁸ BRASIL. *Anais da comissão da constituição*. v. 2. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1948. pp. 158-159.

Observe-se, de pronto, que Ferreira de Sousa deixa transparecer em seu discurso que a persistência da jurisprudência é um dado relevante no manuseio da resolução suspensiva, que seria um meio de proporcionar uma economia de litígios nos casos de evidente inconstitucionalidade ou de decisões de inconstitucionalidade reiteradas do Poder Judiciário. Essa preocupação do constituinte pode sugerir alguns caminhos diferentes para a melhor interpretação desse dispositivo. Por persistência o constituinte poderia entender uma reiteração da declaração judicial de inconstitucionalidade pela via recursal – em diferentes órgãos do Judiciário –, mas a respeito de um mesmo caso concreto; ou poderia indicar a persistência de um entendimento jurisprudencial por parte do Supremo Tribunal Federal na declaração de inconstitucionalidade de uma lei em diferentes casos concretos.

Note que o fato de se almejar com o instituto a economia de litígios não torna a primeira alternativa auto-evidente, haja vista que essa economia judicial tem como objetivo evitar que todos os cidadãos tenham de ingressar em juízo para reaver um direito usurpado por lei declarada inconstitucional, e não evitar que qualquer cidadão tenha que fazê-lo. Aliás, a não obrigatoriedade de edição da resolução pelo Senado Federal, que goza de discricionariedade política para julgar a conveniência de sua expedição, conforme assentado na jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal²⁹, bem como o efeito temporal “*ex nunc*”³⁰ dessa resolução, tornam bastante atraente a segunda tese interpretativa, já que não sendo obrigatória, imediata e retroativa a suspensão da lei declarada inconstitucional, não se pode dizer que o melhor entendimento do termo “persistência” nesse contexto seja aquele ligado às fases recursais de um mesmo caso concreto, mas sim à própria reincidência do entendimento constitucional em diferentes casos concretos.

Aliás, essa tese ganha certa força se se examinar a seguinte passagem dos Anais da Comissão da Constituição de 1946, na qual o Deputado Ferreira de Sousa, proferindo voto de rejeição à emenda substitutiva que modificava o termo “Poder Judiciário” por “Supremo Tribunal Federal” – no dispositivo que tratava da resolução suspensiva –, defende seu ponto de vista com o seguinte argumento:

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n° 16.512/DF*. Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, julgado em 25 de maio de 1966, Diário de Justiça de 31 de agosto de 1966. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=MS+16512&base=baseAcordaos>. Acesso em: 11 de fevereiro de 2011.

³⁰ Vide os fundamentos de concordância da presente dissertação com a tese de efeitos *ex nunc* da resolução suspensiva na nota de rodapé n° 13.

O Sr. NEREU RAMOS, PRESIDENTE – [...]A segunda emenda do Sr. Costa Neto manda substituir a expressão “Poder Judiciário” pela “Supremo Tribunal Federal”.

O Sr. FERREIRA DE SOUSA – [...]estou em divergência com sua emenda, pelos seguintes fundamentos. Sabemos que a inconstitucionalidade, ou melhor, que nem todos os casos submetidos à apreciação do Poder Judiciário vão ao Supremo Tribunal Federal. [...] a maioria dos casos morre na justiça local, e vem ao Supremo Tribunal Federal, em regra, somente quando a União é parte, como recurso extraordinário.

O Sr. COSTA NETO – V. Ex.^a está enganado. O recurso extraordinário poderá vir nos casos em que existe divergência na decisão proferida pelo Tribunal Estadual.

O Sr. FERREIRA DE SOUSA – Vou sintetizar meu pensamento. Quero, apenas, dizer que *não interpretei o dispositivo*, e foi nesse sentido a justificação por mim anteriormente feita, *como obrigando o Senado a suspender uma lei ou regulamento ou ato, pelo simples fato de uma decretação de inconstitucionalidade. Disse que isso pressupõe a repetição da decisão de inconstitucionalidade* tão clara, *que convença o próprio Senado da sua existência*. As leis se interpretam com inteligência. Digo a V. Ex.^a, com sinceridade, que *não admito que a decretação de inconstitucionalidade por um juiz leve o Senado de República, somente por esse fato, a suspender a lei como consequência do julgado. O Senado não age automaticamente*, no caso, mas examinando e verificando as razões da própria inconstitucionalidade. Essas as razões pelas quais acho que as objeções apresentadas não procedem.³¹ (GRIFOS NOSSOS)

Nesta passagem, fica claro que Ferreira de Sousa acredita, de fato, em uma análise de fundo da decisão de inconstitucionalidade pelo Senado Federal como pressuposto para a edição de uma resolução suspensiva – discricionariamente, segundo ele. Não é à toa que ele fala em “repetição da decisão de inconstitucionalidade” e, logo em seguida, “que convença o próprio Senado Federal da sua existência”. Sendo assim, bastante atraente é a segunda tese interpretativa acima apresentada, na medida em que, não sendo obrigatória a edição da resolução suspensiva, bem como sendo necessária a concordância do próprio Senado Federal com seu teor para que produza a resolução, é muito razoável que, neste contexto, este órgão parlamentar possa se utilizar da sua discricionariedade para esperar a consolidação de uma jurisprudência firme sobre determinadas questões constitucionais, para então vir a editar uma resolução suspensiva.

Contudo, uma objeção bem clara pode ser oposta a esse sentido. Pode-se afirmar que o art. 64 da Constituição de 1946, em sua proposta textual, não dá margem a esse entendimento, por declarar que “incumbe ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.” Ou seja, as expressões “incumbe” e

³¹ BRASIL. *Anais da comissão da constituição*. v. 2. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1948. pp. 161-162.

“por decisão definitiva” excluiriam de per si a necessidade de decisões reiteradas do Supremo Tribunal Federal para a atuação do Senado Federal.

De fato, atendo-se exclusivamente ao texto proposto pelo artigo, não há necessidade de várias decisões para que o Senado Federal suspenda a execução de lei declarada inconstitucional, apenas que haja decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal a esse respeito. Em que pese essa observação, vale lembrar que uma interpretação é considerada mais bem sucedida do que outra quando, diferentemente de transcrever *ipse literis* as palavras separadamente em um contexto, dá a elas o devido sentido que o contexto de sua aplicação lhes recomenda³². Ora, o fato de ser possível entender com o art. 64 que o Senado pode suspender a execução de uma lei, desde que haja uma decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal sobre a sua inconstitucionalidade, não significa que essa seja a sua única interpretação, nem que seja a mais adequada.

É possível, dentro de um contexto de aplicação das normas constitucionais, que as duas interpretações sejam adequadas, revelando-se correta, então, a interpretação que melhor justifique como um todo a comunidade de princípios presentes na Constituição. É possível que um intérprete entenda que a primeira interpretação é a mais adequada porque revela sob sua melhor ótica o princípio de segurança jurídica insculpido na Constituição. Para ele, a segurança jurídica impõe que a todos seja dado o mesmo resultado em litígios fundados em questões de inconstitucionalidade surgidas em face de leis e dispositivos constitucionais semelhantes.

Não obstante, um intérprete pode fundar seu entendimento sobre segurança jurídica nesse caso em outro sentido, acreditando que a sua melhor interpretação recomenda não a igualdade de resultados, mas a garantia de uma decisão judicial fundamentada, como prescreve o art. 93, IX, da atual Constituição brasileira. Nesse caso, a segunda interpretação parece mais adequada, já que a não suspensão imediata dos atos normativos declarados inconstitucionais pode gerar para o jurisdicionado a possibilidade de inverter ou mesmo influenciar na manutenção da declaração de inconstitucionalidade. Ou seja, uma decisão pontual do Supremo Tribunal Federal sobre

³² Por isso que, no âmbito da teoria metódica estruturante de Fredrich Müller, a aplicação do direito passa a ser uma tarefa de concretização e não de interpretação das leis, na medida em que não se extrai do texto de lei o sentido das normas, mas se constrói esse sentido a partir de um corte temporal e fático. E esse sentido só poderá ser considerado plenamente válido no âmbito de sua concretização, vale dizer, em face das nuances fáticas em que se deu a concretização da norma. Qualquer aplicação futura da norma deverá levar em conta o novo conjunto fático de sua concretização, já que o direito não é algo dado, mas construído por meio da concretização sucessiva das normas jurídicas.

a inconstitucionalidade de uma lei pode não levar em consideração razões de fato e de direito que influenciariam na percepção final sobre essa questão de inconstitucionalidade. Nesse caso, o conhecimento de novos casos seria benéfico para a formação de uma jurisprudência constitucional firme sobre a questão constitucional em análise.

Segundo esta interpretação, a idéia de persistência da jurisprudência como requisito de manuseio da resolução suspensiva parece se adequar melhor ao princípio de segurança jurídica por ele identificado no ordenamento, que se dá em termos de estabilização das expectativas dos indivíduos (por meio da garantia de decisões judiciais que enfrentem todas as nuances fáticas relevantes levantadas no caso concreto) e não na previsibilidade do conteúdo das normas e das conseqüentes decisões judiciais.

Para o adepto da segunda via interpretativa, não é necessário o prévio conhecimento do sentido das normas jurídicas para que o ordenamento ostente segurança jurídica. Este atributo é assegurado pela garantia de uma decisão judicial fundamentada e sensível aos fatos e argumentos produzidos em contraditório pelas partes de um processo judicial.

Contudo, de fato, pode-se dizer que as duas interpretações são hipoteticamente possíveis, já que não se pode, sem exagero, depreender do art. 64 da Constituição de 1946 que ele impede o Senado Federal de esperar a formação de vários julgados sobre a inconstitucionalidade de uma mesma lei para então firmar sua convicção sobre a conveniência de suspender essa lei. Até porque o fato de a edição desta resolução suspensiva não ser obrigatória, mas discricionária, inviabiliza esse entendimento.

Diante desta dupla possibilidade, a tarefa do intérprete – por exemplo, os ministros do Supremo Tribunal Federal – é justificar por meio de um discurso de aplicação dessa norma que sentido que é melhor adequável ao ordenamento, levando em conta os princípios vigentes aqui e agora.

Percebe-se que as diferentes interpretações possíveis desse dispositivo não se excluem em abstrato, só sendo razoável chegar a uma conclusão sobre a correta aceção da norma em aplicação concreta, após um juízo racional, que leve em consideração não apenas o histórico legislativo, mas todos os fatos relevantes do caso concreto, os precedentes judiciais e os princípios insertos em dada comunidade.

Essas colocações são de grande valia para a crítica que se pretende fazer aqui ao entendimento que Gilmar Mendes propõe para o art. 52, X, da atual Constituição.

A proposta interpretativa de Mendes para a evolução do controle de constitucionalidade no Brasil não parece ser a mais adequada se se desenhar o processo histórico de formação e desenvolvimento do controle de constitucionalidade no Brasil. Ele surge em 1891, inspirado no modelo norte-americano trazido ao país por influência de Rui Barbosa, que enfatizou a nova competência delegada ao então recém criado Supremo Tribunal Federal³³, que veio substituir o antigo Supremo Tribunal de Justiça do Império. Competência essa que consistia em julgar a validade das leis em face da Constituição.

Uma vez consolidada a experiência do controle difuso no Brasil, em 1934 surge um modelo alternativo de controle concreto e concentrado, com a incorporação da representação de inconstitucionalidade interventiva ao ordenamento, ação destinada a declarar a constitucionalidade de lei federal que decretava intervenção nos Estados, sendo o pronunciamento judicial de constitucionalidade do Supremo um requisito formal para sua aplicação. Em 1937 essa representação desaparece, retornando em 1946 com o mesmo nome, mas agora com uma finalidade distinta, qual seja, a de declarar a inconstitucionalidade de lei estadual que ferisse princípios sensíveis da Constituição. Note-se que é uma ação de controle concreto, apesar de ser de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal. Ou seja, o controle concentrado nasce no Brasil a partir de uma ação de controle concreto, e não abstrato. Apenas em 1965, a partir da emenda constitucional nº 16, o Brasil passou a admitir controle abstrato de normas, por meio da representação de inconstitucionalidade genérica, ação cuja propositura estava restrita à figura do Procurador-Geral da República.

Neste ponto fica clara a presença do controle concreto em todas as fases de evolução do controle de constitucionalidade brasileiro, o que não se dá por acaso. Já na Assembléia Constituinte de 1933 há entre alguns constituintes uma noção bem clara de que as questões de inconstitucionalidade de uma lei se tornam evidentes no âmbito da concretização da norma, e não em face da linguagem constitucional abstrata. Em um trecho de um debate da constituinte de 1933, anteriormente citado³⁴ e abaixo resumidamente repetido, isso fica bastante evidente:

³³ Cf. BARBOSA, Rui. *Atos inconstitucionais*. 2. ed. Campinas: Russel Editores, 2004.

³⁴ Vide nota de rodapé nº 27.

O Sr. NILO ALVARENGA – [...] As decisões das Cortes de justiça ordinária, de justiça comum, não vão além das partes litigantes. A lei, anulada em favor dos que litigam, continua em pleno vigor, em plena efetividade para os demais membros da coletividade. [...]É preciso, pois, confiar a jurisdição constitucional a tribunais que tenham a faculdade de decretar a nulidade das leis e dos atos inconstitucionais erga omnes, que tenham a faculdade de derrogar, inteiramente, absolutamente, as leis julgadas inconstitucionais e os atos do Poder Público resultante dessas leis.

O Sr. AGAMENON MAGALHÃES – A Constituição Espanhola cria um tribunal como esse – o Tribunal de Garantias Constitucionais.

O Sr. NILO ALVARENGA – Exatamente. É dessa natureza o tribunal cuja criação proponho, para acabar com os inconvenientes do judiciarismo, da ditadura do Judiciário ou da sua supremacia sobre os demais poderes.

O Sr. AGAMENON MAGALHÃES – é um freio.

O Sr. NILO ALVARENGA – Perfeitamente...

O Sr. CUNHA MELO – Acho a idéia de V. Ex. muito interessante e original... Todavia, o que melhor copiamos, o que melhor trasladamos da legislação americana para aqui foi, precisamente isto: a supremacia do Poder Judiciário para interpretar as leis e julgar da constitucionalidade ou inconstitucionalidade delas. Apesar de concordar, em parte, com V. Ex., não desejo abandonar aquilo que de melhor temos na Constituição de 1891.

O Sr. NILO ALVARENGA – Mas V. Ex. sabe perfeitamente que, o controle completo da constitucionalidade das leis não pode ser confiado à justiça comum, porque a esta somente cabe a função de julgar, como acabo de expor, as questões entre partes, e decidindo em espécie; não tem a faculdade de decretar a nulidade das leis erga omnes...

O Sr. CUNHA MELO – A questão de constitucionalidade ou inconstitucionalidade das leis surge, entretanto, na discussão de casos concretos.³⁵

Essa questão de objetivação do controle de constitucionalidade sempre foi debatida no processo constituinte brasileiro (originário ou derivado), não por preferência do legislador por decisões com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, mas por razões outras como a crescente demanda processual nos tribunais superiores. O próprio Moreira Alves, ao fazer referência à criação do controle abstrato de normas em nosso ordenamento, deixou transparecer que sua implantação tinha por finalidade diminuir a carga de processos em tramitação no Supremo Tribunal Federal. Isso fica claro na seguinte passagem, na qual o autor explica os motivos de o legislador não incluir as normas municipais como objeto de controle abstrato pelo Supremo Tribunal Federal:

“Como a finalidade desse controle concentrado, que se introduzia ao lado do controle difuso, era a de diminuir a carga de processos recebidos pelo Supremo Tribunal Federal, não se estendeu essa representação de constitucionalidade aos atos normativos municipais, dado que em face do grande número de municípios o remédio que se criava poderia piorar o mal que se pretendia minorar. Os atos normativos municipais continuariam

³⁵ BRASIL. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte de 1933*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1933. p. 714 et, seq.

submetidos apenas ao controle de constitucionalidade difuso em face da Constituição Federal.³⁶

A idéia de julgar em abstrato a constitucionalidade das leis era uma forma de reduzir o esforço repetitivo do Supremo Tribunal Federal, dando às decisões abstratas eficácia geral, vale dizer, tornando desnecessário que todas as pessoas afetadas por leis inconstitucionais ingressassem em juízo para fazer cessar sua aplicação. Neste ponto, parece que a idéia de que o controle concentrado seja um antídoto contra o controle difuso, ou mesmo, que o torne inoperante, está longe do substrato fático no qual se insere os acontecimentos constitucionais. Se isso fosse verdade, o controle concentrado teria abrigado entre os atos normativos de sua apreciação os próprios atos normativos municipais, esvaziando o conteúdo de apreciação constitucional dos demais juízes. Mas não o fez, uma vez que a finalidade da criação do controle abstrato não era substituir o controle difuso, mas diminuir a incidência de processos no Supremo Tribunal Federal, o que não seria possível caso ações diretas sobre leis municipais fossem objeto de análise deste tribunal.

Outra evidência disso pode-se colher na própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que assentou alguns dos aspectos mais relevantes do controle abstrato, sem com isso aniquilar o controle difuso. Moreira Alves faz alusão a esses aspectos, nos seguintes termos:

[...]admitiu-se a concessão de medida liminar para suspender a eficácia extinta do ato normativo impugnado (o que posteriormente foi confirmado por emenda constitucional); afirmou-se o caráter objetivo desse processo, não se admitiu a desistência da representação proposta; entendeu-se que não dava ela margem a reclamação por parte de terceiros, nem era suscetível de ser rescindida por ação rescisória; se houvesse quatro votos vencidos quando de seu julgamento, caberia embargos infringentes; sua eficácia erga omnes decorria do trânsito em julgado, independentemente de comunicação ao Senado para suspensão da eficácia da norma declarada inconstitucional; tanto para a declaração de inconstitucionalidade do ato normativo atacado quanto para sua declaração de constitucionalidade era necessária a maioria absoluta dos juízes da Corte.³⁷

Essas características encarnadas pelo controle abstrato brasileiro por meio de evolução jurisprudencial, intercaladas por reformas constitucionais, deram os contornos mais significativos desse modelo de controle de constitucionalidade em nossa experiência constitucional. Contudo, nada indica que essas características sejam um

³⁶ ALVES, José Carlos Moreira. *O controle de constitucionalidade no Brasil*. In: **Revista da Procuradoria-Geral da República**. n. 9, jul/dez. 1997. p. 128.

³⁷ *Ibid.* p. 128.

indício de uma tentativa de transposição dos elementos do controle abstrato para o controle difuso, nem tampouco significa que essa transposição seja recomendada a bem da coerência constitucional, uma vez que, desde o surgimento do controle abstrato, este vem coabitando o ordenamento jurídico nacional com o controle difuso e concreto.

Portanto, a adoção de alguns mecanismos processuais de contenção do número de causas levadas a julgamento no Supremo Tribunal Federal, como aqueles enumerados por Gilmar Mendes, em nada fundamentam sua conclusão sobre a mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal. Até porque, o efeito perverso das medidas até aqui adotadas para conter a proliferação de processos no Supremo Tribunal Federal, que é a utilização de outros mecanismos processuais em substituição ao recurso extraordinário, demonstram que a estratégia do legislador não surtiu o efeito desejado. Isso porque, a proliferação de *habeas corpus*, reclamações constitucionais, etc. revelam que o problema não está na amplitude do controle difuso ou na ausência de eficácia geral de suas decisões, mas na fragilidade dos fundamentos da interpretação constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal, bem como no questionável pressuposto de que com a criação de mecanismos processuais é possível reduzir as demandas judiciais.

Ou seja, não é dificultando o recurso extraordinário que se conseguirá enxugar o número de processos no Supremo Tribunal Federal, assim como não será por meio da adoção de efeito vinculante e eficácia geral nas decisões de controle difuso que se irá impedir que questões constitucionais de menor ou maior relevância cheguem ao Supremo Tribunal Federal pela via difusa. Mecanismos de contenção, como a repercussão geral só podem ser benéficos a esse esforço de uniformização das decisões da justiça brasileira se não representarem uma barreira entre o Supremo Tribunal Federal e as questões controversas de direito constitucional que permeiam nosso ordenamento.

Um crivo qualitativo é possível, desde que os casos concretos analisados reflitam questões verdadeiramente paradigmáticas da sociedade naquele momento³⁸, bem como os precedentes decorrentes das decisões proferidas nesses casos tangenciem apenas o campo fático que foi objeto de apreciação por parte do Supremo Tribunal

³⁸ E essas questões, ao que tudo indica, nascem do debate travado na esfera pública, e não de uma seletividade do Poder Judiciário, razão pela qual um mecanismo de rejeição preliminar dos recursos extraordinários por negativa de relevância da questão jurídica parece dar ao Supremo Tribunal Federal um poder que deveria, por questão de legitimidade, ser dado à sociedade civil organizada. Ou seja, ao Poder Judiciário não é dado escolher as causas e as questões que irá resolver entre aquelas levadas a seu conhecimento.

Federal. Ou seja, não é possível criar precedentes que ostentem a qualidade de panacéia jurídica, já que a dupla contingência que se impõe às sociedades contemporâneas (a limitação quanto ao tempo e ao conhecimento) torna impossível o emprego de conteúdos normativos gerais e previsíveis, cuja aplicação resulte sempre no mesmo efeito, tal qual uma relação silogística pura, de subsunção dos fatos ao conteúdo predeterminado das normas/precedentes.

Por isso, a idéia de amarrar as possibilidades interpretativas das normas por meio de súmulas vinculantes é tão contraproducente para o ordenamento quanto o intuito de transpor para o controle de constitucionalidade difuso características como a eficácia geral e o efeito vinculante, na medida em que os falsos consensos jurídico-interpretativos forçados pela aceitação de precedentes vinculantes não irão conseguir diminuir ou acabar com os conflitos sociais que giram em torno dos interesses multidirecionais e das infinitas possibilidades fáticas que tangenciam a normatividade do direito.

A adoção de uma metódica consciente dessa impotência – de tornar o direito algo “dado” – é essencial para dar à interpretação judicial o caráter que verdadeiramente lhe incumbe o Estado Democrático de Direito, que é o de produzir o significado das normas vigentes a partir de sua interação com as situações concretas em um dado espaço e tempo³⁹. Essa metódica rejeita, portanto, a idéia de interpretação como pura e simples elucidação de um conteúdo preteritamente explicitado no texto da norma, válido até aqui e para além.

A teoria estruturante de Müller parece trazer à tona com clareza essa barreira que o positivismo não consegue transpor e cuja transposição é fundamental em um Estado Democrático de Direito. Os métodos de trabalho do direito constitucional devem seguir essa dinâmica imposta pelo Estado Democrático de Direito. Ou seja, a norma não se encontra nos textos de lei, mas na interação dinâmica e continuada dos programas normativos e dos fatos da vida em um recorte temporal, gerando-se normatividade vinculada ao caso concreto em suas singularidades pontuais, e não conceitos jurídicos gerais, abstratos, definitivos e homogêneos.

Por isso, em termos de uma metódica estruturante é inconcebível imaginar uma interpretação abstrata das normas, já que, abstratamente não existe norma, segundo o conceito elaborado por Müller, na medida em que norma e texto de lei não se

³⁹ Cf. MÜLLER, Fredrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 23 et. seq.

confundem, sendo a norma fruto de uma interação entre o programa da norma, seu âmbito e o conjunto fático de sua concretização. Na passagem a seguir, Müller explicita esse entendimento:

Até hoje não se compreende sob “métodos” do direito constitucional os modos efetivos de trabalho da concretização da norma constitucional no sentido abrangente, mas apenas as regras técnicas da metódica da interpretação de textos de normas, transmitidas pela tradição. A metódica é tida por metódica da interpretação de textos de linguagem. Mas como a norma é mais do que um enunciado de linguagem que está no papel, a sua “aplicação” não pode esgotar-se somente na interpretação, na interpretação de um texto. Muito pelo contrário, trata-se da concretização, referida ao caso, dos dados fornecidos pelo programa da norma, pelo âmbito da norma e pelas peculiaridades do conjunto de fatos.⁴⁰

Ou seja, nada é abstrato, já que qualquer norma em sua concretização sofre a influência das situações concretas que o intérprete cogita durante a formação do seu sentido. Sejam fatos de uma situação real, sejam fatos de uma situação hipotética, um conjunto fático sempre estará subjacente na análise do intérprete. Nesse sentido, Müller esclarece:

A partir do conjunto de fatos do caso – não importando se ele deve ser decidido concretamente ou se ele apenas é imaginado – destacam-se como essenciais ao caso aqueles elementos que cabem no âmbito da norma e são apreendidos pelo programa da norma. Programa da norma e âmbito da norma são, por sua vez, interpretados no mesmo processo da formação das hipóteses sobre a norma com vistas ao caso concreto e, no decurso desse processo, não raramente modificadas, clarificadas e aperfeiçoadas.⁴¹

Vê-se, portanto, que, seguindo a linha teórica de Müller, é completamente inconcebível uma metódica de trabalho do direito constitucional que, dentro das balizas do positivismo legalista, crie um ambiente auto-referencial de interpretação do direito, que negue o viés fático da concretização e normatividade jurídica. Somente negando que a interpretação constitucional parte de uma combinação entre fatos, programa da norma e âmbito da norma é possível aceitar a chamada objetivação do controle de constitucionalidade difuso, com a conseqüente adoção de eficácia geral e efeito vinculante na declaração de inconstitucionalidade incidental.

Isso porque, ao identificar os elementos de uma metódica estruturante no processo de concretização do direito, é impossível defender a idéia de que a interpretação de qualquer norma do ordenamento jurídico se dê em termos de uma

⁴⁰ MÜLLER, Fredrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 26.

⁴¹ *Ibid.* p. 26.

análise abstrata de conceitos jurídicos pré-determinados. E se não há conceitos pré-determinados, nem tampouco análise abstrata de lei, prejudicados estão também os conceitos de eficácia geral e efeito vinculante no controle de constitucionalidade. Isso porque a norma é um recorte no qual, excluído o conjunto fático de sua concretização, exclui-se também o seu sentido e a sua normatividade, que só poderá voltar a ter validade dentro de um novo contexto fático que se lhe adéque.

O mesmo ocorre, por conseqüência lógica, com o controle de constitucionalidade, já que a análise de validade de uma norma em face da Constituição necessariamente depende do sentido que é dado a essa norma e à própria Constituição. Sentidos esses que só serão validamente aferidos no conjunto fático subjacente à concretização da questão constitucional em análise.

Portanto, a rejeição à tese de mutação constitucional levantada por Gilmar Mendes fundamenta-se basicamente em dois argumentos, um de ordem fática e outro de ordem teórica. Faticamente, conforme salientado em linhas gerais acima, a leitura de Gilmar Mendes dos acontecimentos legislativos remotos e recentes que culminaram com uma reforma processual civil que privilegiou os precedentes judiciais, não revela uma intenção legislativa de mudar o controle de constitucionalidade, tornando-o exclusivamente abstrato por meio da aplicação da teoria de transcendência dos motivos determinantes das decisões do Supremo Tribunal Federal ao controle difuso, e gerando, com isso, também para essas decisões eficácia *erga omnes*.

Em segundo lugar, é teoricamente inviável a referida mudança, já que a própria idéia de controle abstrato de normas é bastante questionável do ponto de vista de uma metódica estruturante, que utiliza métodos de concretização do direito que fogem à metódica interpretativa tradicional, já que reconhece elementos outros que não o texto de lei a influenciar o sentido das normas jurídicas, sendo sua compreensão necessariamente resultado de um corte fático e temporal, e não de uma leitura simples do texto legislativo. Isso, como se pode perceber, é completamente incompatível com a suposta interpretação abstrata das normas constitucionais.

Por essa razão, a mutação constitucional defendida por Gilmar Mendes, ao contrário de representar uma salutar evolução do controle de constitucionalidade brasileiro, revela-se um retrocesso rumo a um novo normologismo positivista, mais sofisticado, mas igualmente incapaz de dar respostas à altura da complexidade fática das relações entre indivíduos de uma sociedade contemporânea. Nesta versão normologista, a previsibilidade do conteúdo jurídico das normas e do seu campo de aplicação dá-se

por meio da vinculação dos juízes a precedentes judiciais, e não apenas pela vinculação do conteúdo da norma a uma semântica pré-determinada pelo texto.

Mas, no fim das contas, essa nova versão do normologismo é tão inconclusiva a respeito do conteúdo dos direitos quanto a antiga, já que ignora a relevância inevitável que o conjunto fático dos casos concretos singulares possui, tentando fazer com que a decisão dos casos concretos se dê por meio de uma interpretação semântica do direito tomada no passado, enquanto que a metódica estruturante sugere uma concretização do direito a partir do caso concreto, no presente.

Tendo em vista esses argumentos, parece que tornar abstrato o controle difuso, ou seja, dotá-lo de características como a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante, é um retrocesso constitucional que culmina com o aprisionamento da interpretação constitucional às balizas dos métodos de interpretação positivistas, cujo ponto de partida é um direito dado, com regras definidas a partir de uma semântica pré-determinada pelo texto de lei. Isso, hoje, é bastante questionável, sobretudo ao se incorporar a idéia de um ordenamento centrado em princípios, cujo manuseio não se dá de forma satisfatória por meio dos métodos de interpretação tradicionais das regras jurídicas.

A manutenção e o fortalecimento do controle difuso/concreto é, portanto, uma via evolutiva mais interessante para o ordenamento brasileiro. Esse fortalecimento do controle difuso deve ser seguido de um fortalecimento do próprio processo constitucional, com ênfase no contraditório, que é o princípio processual constitucional que assegura aos jurisdicionados uma participação efetiva no processo de concretização dos seus direitos. Essa participação, ao que tudo indica, é uma exigência do Estado Democrático de Direito para resguardar a legitimidade das decisões judiciais. Fora isso, essa participação popular (enquanto partes num processo) é de extrema relevância no processo de formação do sentido das normas jurídicas, já que possibilita ao magistrado o conhecimento mais apurado do campo fático de concretização da norma, o que inevitavelmente influenciará na decisão final que irá concretizar a norma.

Por isso, se se adotar a concepção do direito como integridade, centrada em princípios, na qual a interpretação correta das normas a respeito de questões constitucionais controversas só é possível a partir da análise de casos concretos, a suposta mutação constitucional sugerida por Gilmar Mendes parece inviável. Isso porque, como foi dito, o direito só pode ser “concretamente” apreendido, a partir dos seus destinatários e das relações observadas em sua interação. Sendo assim, a própria

idéia de que alguma fiscalização constitucional possa se dar em um plano abstrato, que não leve em consideração as singularidades das situações concretas vividas na sociedade, parece negar a própria realidade do direito, que só se torna palpável a partir de sua experimentação concreta no mundo.

Talvez por isso, o próprio controle concentrado surge primordialmente por meio de uma ação de controle concreto – a representação interventiva⁴², já que os próprios constituintes de 1933 reconheciam o fato de que questões de inconstitucionalidade surgem da experimentação concreta das normas, conforme bem lembrado pelo deputado Cunha Melo⁴³.

Adotando-se essa visão histórica sobre o controle concentrado, não é adequado defender que o seu surgimento e/ou evolução no ordenamento tenha como conseqüência lógica a modificação do controle difuso, dotando-lhe de características do controle abstrato, como a eficácia *erga omnes*, seja porque o próprio controle concentrado nasce no Brasil por meio de uma ação de controle concreto, seja porque após a incorporação do controle abstrato de normas no ordenamento brasileiro, o controle difuso permaneceu intacto e a resolução suspensiva do Senado manteve o mesmo sentido adotado em toda sua história institucional.

Não é plausível, portanto, que se imponha uma ruptura drástica com toda a dinâmica constitucional que envolve esse instituto e, conseqüentemente, o próprio controle difuso, em nome de uma suposta inutilidade da resolução em determinados casos, como na declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, ou na adoção da teoria da transcendência dos motivos determinantes no julgamento de leis municipais, entre outros.

Isso porque, ao que parece, a correta apreensão do valor dessas técnicas constitucionais está na valorização dos precedentes, como repositórios acessíveis do entendimento dos tribunais sobre questões constitucionais controversas, e não no aprisionamento do direito ao conteúdo abstrato desses precedentes. É inegável, inclusive

⁴² Há quem defenda, como Moreira Alves, que o real surgimento do controle concentrado se deu com a previsão do controle abstrato de normas, a partir da Emenda Constitucional n. 16 de 1965. Contudo, aqui se defende que o verdadeiro embrião do controle concentrado é a representação interventiva de 1934 e 1946, já que pela primeira vez cria-se no ordenamento brasileiro uma ação constitucional de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, cuja finalidade também exclusiva era a de controle de constitucionalidade em um conflito federativo. (Cf. ALVES, José Carlos Moreira. *O controle de constitucionalidade no Brasil*. In: **Revista da Procuradoria-Geral da República**. n. 9, jul/dez. 1997. p. 127.)

⁴³ O trecho de um debate da constituinte de 1933 em que essa idéia é externada pelo deputado Cunha Melo encontra-se transcrito nas notas de referência n° 26 e 34.

na teoria de Dworkin⁴⁴, que os precedentes possuem um papel de destaque em toda interpretação constitucional que pretende dar coerência ao ordenamento em conjunto e revelar sob sua melhor luz os direitos que as pessoas têm com base na comunidade de princípios vigentes aqui e agora.

Contudo, a vinculação automática e irreflexiva que se pretende dar a esses precedentes acaba com a possibilidade de análise do direito das pessoas a partir do caso concreto e de suas peculiaridades, posto que a proposta positivista de aplicação do direito – forjada na subsunção do fato à norma – é substituída por outra proposta igualmente positivista – de subsunção dos casos concretos aos precedentes judiciais –, como se fosse possível aplicar uma mesma solução a uma gama variável de situações concretas sem alijar as partes envolvidas de sua garantia primordial de um *due process of law* (devido processo legal).

Aqui, também, o próprio direito de acesso à justiça parece ser confundido com um direito a um pronunciamento judicial qualquer (contanto que seja célere), quando na verdade parece mais adequado afirmá-lo enquanto um direito ao pronunciamento judicial correto, ou seja, um pronunciamento que seja fruto de uma análise detida e fundamentada do caso concreto das partes, com enfrentamento de todas as nuances e singularidades relevantes, sobretudo os argumentos utilizados para a defesa dos diferentes pontos de vista em litígio.

Nessa seara de entendimento, a interpretação dada ao art. 52, X, da Constituição Federal parece ser injustificável e improdutiva para o controle de constitucionalidade brasileiro, tanto porque ignora os precedentes históricos desse instituto em nossa prática constitucional contínua, quanto porque recoloca a questão da interpretação constitucional e do controle de constitucionalidade em termos de um paradigma positivista que deve ser superado por um ordenamento que se pressupõe centrado em princípios e não em regras.

Com essas considerações, encerra-se a primeira parte da análise, voltada para os argumentos de finalidade levantados por Mendes em sua defesa de mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal. Adiante, tratar-se-á detidamente dos demais argumentos levantados por ele, que dão conta de uma suposta evolução legislativa e jurisprudencial que recomendariam a adoção de uma nova interpretação para o referido dispositivo constitucional.

⁴⁴ Por exemplo, quando o autor expõe o método utilizado por Hércules para decidir casos difíceis. (Cf. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 453 et. seq.)

4 A TESE DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 52, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL SOB A PERSPECTIVA DE UMA EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E JURISPRUDENCIAL

4.1 A relação entre evoluções legislativas e jurisprudenciais havidas no ordenamento e a suposta mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal

A perspectiva de análise levantada por Gilmar Mendes em seu artigo, e corroborada em seu voto na Reclamação Constitucional nº 4335/AC, dá conta de mudanças legislativas e jurisprudenciais ocorridas no atual contexto constitucional, as quais teriam dado ênfase cada vez maior ao controle de constitucionalidade concentrado, tornando gradativamente mais constante a existência de decisões de inconstitucionalidade com eficácia geral no ordenamento brasileiro.

Com base nesta premissa, o autor concluiu que seria legítimo e necessário reinterpretar o art. 52, X, da Constituição Federal para lhe atribuir o caráter de mero ato publicador das decisões do Supremo Tribunal Federal, igualando-se os efeitos das decisões de inconstitucionalidade proferidas em sede de controle difuso àqueles das decisões tomadas no âmbito do controle concentrado.

Um primeiro ponto que precisa ser analisado, diz respeito à própria idéia de que mudanças na lei possam representar mudanças na Constituição. Aceitar essa premissa, ao que parece, é mitigar o conceito teórico de supremacia constitucional, relativizando, inclusive, a noção de Constituição rígida que o constitucionalismo brasileiro adota historicamente. Por essa razão, não é isenta de problemas a aceitação da idéia de que leis ordinárias possam gerar a modificação de dispositivos constitucionais. Neste ponto o autor acaba sugerindo de forma indireta uma fusão entre política constituinte e política ordinária, o que não parece revelar a melhor ótica dos princípios jurídicos de nossa comunidade, que consagra processos legislativos distintos para a elaboração de leis e de emendas à Constituição.

Fora isso, tentar justificar a interpretação inovadora do art. 52, X, a partir de uma análise da intenção do legislador na criação de determinadas leis também não é a leitura mais adequada que se pode fazer dos princípios e regras contidos na Constituição, posto que uma interpretação judicial bem fundada não consiste no retorno ao passado legislativo para se descobrir o que os legisladores pretendiam que

acontecesse com as normas jurídicas que criaram, mas o que eles pretenderam dizer com as palavras que utilizaram em seus dispositivos, o que é uma questão bem diferente, como observa Ronald Dworkin:

Por isso, sem dúvida, a história é um fato preponderante. Mas só o é num sentido particular. Consultamos a história para saber o que eles [legisladores] pretendiam dizer, e não quais outras intenções eles tinham, o que é uma questão bem diferente. Não temos necessidade de saber, por exemplo, o que eles previam ou queriam que acontecesse em decorrência de terem dito o que disseram; nesse sentido, o objetivo deles não faz parte do nosso estudo.⁴⁵

Ou seja, a história é relevante para a interpretação porque desvenda o sentido original que as palavras utilizadas pelos legisladores do passado possuíam no contexto dos dispositivos votados por eles. A interpretação desses dispositivos, contudo, não se restringe aos termos de significação inicial pretendidos pelos legisladores, sobretudo porque é cediça a impossibilidade de um texto legislativo alcançar o patamar de perfeição que lhe permita prever e normatizar de forma absoluta todas as situações fáticas possíveis em uma sociedade complexa. A pergunta sobre quais direitos as pessoas têm em uma comunidade não deve ser, portanto, direcionada aos textos legislativos, mas aos princípios jurídicos vigentes na sociedade.

Por isso, no momento em que surge uma questão constitucional controversa em um caso concreto, e que não é possível atribuir de imediato uma previsão legal correlata, é a partir da leitura dos princípios constitucionais do ordenamento, em sua interação com o material jurídico existente (legislação, precedentes judiciais, etc.), que se poderá chegar à resposta correta para aquela situação singular, onde todas as complexidades relevantes deverão ser enfrentadas a partir de um juízo racional de adequação e justeza à moralidade política da comunidade. O sentido das normas é auferido caso a caso, por meio de uma postura argumentativa adotada pelo intérprete.

Neste ponto, surge uma importante consequência. O sentido de uma norma nunca é exclusivamente o sentido literal de suas palavras, havendo sempre interferências dos princípios vigentes na sociedade durante a dinâmica instalada entre ela e as peculiaridades existentes nas situações concretas de sua aplicação. Não se quer dizer com isso que a interpretação de uma norma nunca coincida com o sentido usual das palavras utilizadas em seu texto. O que se está afirmando é que quando isso acontece não se dá porque a norma está restrita a uma suposta constrição lingüística,

⁴⁵ DWORCKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. 2006. p.15.

mas porque, na situação concreta de sua aplicação, a leitura mais adequada é exatamente aquela que as palavras lidas em seu contexto sugerem, e não qualquer outra leitura mais sofisticada.

Mas, nesse caso, como o próprio Dworkin reconhece:

Quando não houver dúvida, a lei é clara, não porque Hércules tenha alguma forma, fora de seu método geral, de distinguir entre os usos claro e obscuro de uma palavra, mas porque o método que ele sempre utiliza é de tão fácil aplicação que se aplica por si próprio.⁴⁶

Neste ponto da análise, parece necessário trazer à tona novamente o falso pressuposto que representa a pretensão de dar total previsibilidade ao conteúdo das normas do ordenamento jurídico, tal qual o positivismo tentou fazer a partir de sua concepção de Estado de Direito centrada no livro de regras⁴⁷. A história vem comprovando que sociedades complexas como as contemporâneas encontram-se diante de uma dupla contingência inarredável, que são os limites de tempo e de conhecimento, e que, por isso, as regras de direito não têm como ostentar a segurança jurídica que a teoria semântica pretendeu-lhes outorgar durante o positivismo.

Em interessante reflexão sobre o tema, Klaus Günther propõe uma teoria argumentativa do direito que assegure a validade das normas a partir de discursos de justificação, em sua elaboração, e discursos de aplicação, em sua interpretação nos casos concretos. Günther abandona o ideal de segurança jurídica do positivismo, que se fundamenta em uma teoria semântica das normas jurídicas. Ao invés disso, o autor trabalha com a idéia de “estabilização das expectativas”, que se dá não em termos de estabilização do sentido da norma, mas da estabilização do comportamento dos

⁴⁶ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 422.

⁴⁷ Cf. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 11 et. seq. Ver, ainda, a referência clássica deste autor sobre o tema, qual seja, o capítulo “*The model of rules*” do livro *Taking Rights Seriously*. Ao fazer a distinção entre princípios e regras, Dworkin ressalta a idéia de que as regras aplicam-se segundo uma dinâmica de “tudo ou nada”, enquanto que os princípios possuem deferentes graus de importância e influência para a resolução de um caso concreto. Desta maneira, a não aplicação direta de um princípio em um caso concreto no qual ele hipoteticamente deveria ser aplicado não significa a sua retirada do ordenamento, nem tampouco revela que esse princípio é inoperante por completo naquele caso. Na verdade, as singularidades do caso podem recomendar a sua inaplicabilidade em concreto – ou revelar que ele tem um peso menor na solução daquele caso –, em relação a outros princípios igualmente válidos no ordenamento. Isso porque, como bem colocado por Dworkin: “Principles have a dimension that rules do not – the dimension of weight or importance. When principles intersect, one who must resolve the conflict has to take into account the relative weight of each. (...) Rules do not have this dimension. We can speak rules as being *functionally* important or unimportant.” (DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1999. pp. 26-27.)

indivíduos, os quais, ao identificarem e reconhecerem a legitimidade das decisões judiciais sobre questões controversas de direito, sobretudo em função do processo de argumentação racional dos tribunais, conseguem projetar suas condutas e firmar relações inter individuais.⁴⁸

Ou seja, enquanto a idéia de segurança jurídica pregada pelo positivismo baseia-se no fato de os tribunais decidirem sempre no mesmo sentido, a estabilização das expectativas tem como fundamento os procedimentos argumentativos utilizados pelos tribunais para decidir⁴⁹, que geram uma sensação de segurança para os jurisdicionados em outro nível, mais consciente, o da legitimidade das decisões judiciais, e não o da previsibilidade do conteúdo das normas.

É, portanto, por meio de discursos de justificação, na elaboração das normas, e de aplicação, na sua interpretação em face dos casos concretos, que se consegue gerar essa estabilização das expectativas, que não garante resultados específicos aos destinatários da norma, mas condições gerais de igual consideração e respeito em sua elaboração e aplicação, o que é uma promessa honesta e possível para o direito contemporâneo, ao contrário daquela feita pelo positivismo.

Analisando o direito sob essa perspectiva (centrada em princípios), fica difícil aceitar a idéia de mutação constitucional, haja vista que ela parece ser mais adequada a uma concepção positivista do direito, centrada em regras. Isso porque a idéia de mutação tem como premissa básica a pretensão semântica de se identificar todos os possíveis sentidos e alcances que o enunciado normativo de uma regra podem possuir. Só assim, é possível entender uma interpretação posterior dessa regra – que lhe dê uma nova função em face de eventos não previstos pelo legislador – como mutação constitucional.

Contudo, uma concepção de direito centrada em princípios, por não assumir essa postura ontológica que a teoria semântica do positivismo recomenda, não vê nenhuma mutação constitucional quando há interpretações posteriores do material jurídico já interpretado anteriormente. Aliás, é da própria essência da concepção do direito centrada em princípios a intangibilidade do sentido das normas (se abstratamente consideradas), posto que elas só ganham sentido real quando concretamente refletidas,

⁴⁸ Cf. GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness: application discourses in morality and law*. Translated by John Farrel. New York: State University of New York Press, 1993. p. 255 et. seq.

⁴⁹ Rompe-se, portanto, com a idéia de previsibilidade, já que o conteúdo das normas jurídicas não pode mais ser apreendido em termos de semântica textual, dada a natureza complexa das relações sociais regidas pelo ordenamento.

por meio de um esforço racional de argumentação do intérprete. Desse modo, não há modificação de sentido, mas atribuição de sentido às normas, que não são auto-aplicáveis ou auto-enunciativas, já que tangenciam infundáveis situações concretas que podem surgir em uma sociedade complexa regida pela dupla contingência de tempo e de conhecimento.

Diante dessas colocações, é possível defender a idéia de que não há “modificação” da constituição por meio de sua interpretação evolutiva; ou seja, rejeita-se a idéia de que a interpretação evolutiva de uma constituição possa ser considerada sinônimo de um processo informal de reforma à Constituição. O que há na verdade é a aplicação de um documento jurídico que, vazado em uma linguagem política, depende de interpretação para a apreensão do seu sentido, o qual, ainda assim, só será completamente válido na situação concreta de sua aplicação⁵⁰. Diante dessas considerações, percebe-se que, no próprio campo teórico, é possível fazer uma forte objeção à tese de mutação constitucional defendida por Mendes.

Adiante, então, tentar-se-á demonstrar que essa mesma objeção é possível em uma análise voltada diretamente aos argumentos levantados por Mendes.

4.2 A regulamentação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e o surgimento da Ação Declaratória de Constitucionalidade como supostos da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal

O primeiro argumento que se pretende enfrentar nesta análise é aquele segundo o qual o referido autor defende que a regulamentação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, por meio da Lei nº 9.882/99, é um exemplo fático da adoção de eficácia geral em controle de constitucionalidade concreto, o que seria mais um indício da suposta transformação do sistema jurídico brasileiro.

Para Gilmar Mendes, como a referida lei criou no ordenamento uma chamada arguição incidental, isso teria evidenciado uma intenção do legislador em trasladar o controle concreto de normas para o abstrato, dotando as decisões do Supremo Tribunal Federal de eficácia *erga omnes* também no controle difuso.

⁵⁰ Por isso, parece um erro concordar com a teoria de que os precedentes possam ser considerados auto-aplicáveis a todas as situações concretas posteriores, em nome de uma suposta segurança jurídica, já que, para garantir o único tipo de segurança possível – a racionalidade da decisão –, deverão sofrer um esforço argumentativo em sua aplicação no presente, que revele a sua adequação, já que foi isso que, no passado, dotou de legitimidade a proposta interpretativa contida em seu bojo.

Primeiramente, há que se colocar em discussão a própria lei de regência dessa ação constitucional, que ampliou significativamente as competências constitucionais do Supremo Tribunal Federal, o que parece ferir a Constituição, do mesmo modo como John Marshall em 1803 reconheceu que a lei judiciária federal norte-americana que ampliava as competências da Suprema Corte feria as competências originais estabelecidas naquela Constituição.

Ou seja, a Constituição enquanto documento político que funda as instituições, limitando as formas de aquisição e exercício do poder por meio do estabelecimento das competências dos diferentes órgãos, não pode ser modificada por meio de uma legislação ordinária que crie novas competências, ampliando assim os poderes de determinadas instituições. Isso fere a noção de pré-compromisso constitucional decorrente da supremacia da Constituição⁵¹, haja vista que se procedimentos diferenciados e mais lentos para mudança da Constituição são inseridos no ordenamento – tendo como objetivo tornar mais dificultosa e menos suscetível às paixões políticas a modificação da Constituição⁵² – ao se permitir que leis ordinárias façam as vezes de normas constitucionais, rompe-se com os mecanismos de pré-compromisso constitucional, fazendo-se uma fusão entre política constituinte e ordinária, conforme salientado alhures.

É importante lembrar que, nos primórdios da consolidação do controle difuso pela Suprema Corte Americana, foi exatamente ao declarar inconstitucional uma lei ordinária que ampliava suas competências, que John Marshall afirmou com clareza a função de guardião da Constituição norte-americana àquela Corte, por meio do controle de constitucionalidade⁵³.

Logo, há fortes razões imersas na teoria constitucional incorporada pelo direito brasileiro para rejeitar a legitimidade de uma legislação como essa, que pretende ampliar as competências do Supremo Tribunal Federal sem o processo adequado de emenda estabelecido na Constituição⁵⁴. Há, inclusive, uma Ação Direta de

⁵¹ Cf. MADISON, James. *O federalista n.10*. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY John. **O federalista**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 2. ed. Campinas: Russel, 2005. pp. 77-83.

⁵²Cf. ELSTER, Jon. *Ulisses liberto: estudos sobre a racionalidade, pré-compromisso e restrições*. São Paulo: UNESP, 2009. p. 168 et. seq.

⁵³ Nessa ocasião, Marshall defendeu a supremacia constitucional e o pacto federativo original, rejeitando a competência judicial adicionada à Suprema Corte por meio de uma lei ordinária. Em sua declaração de inconstitucionalidade da referida lei, o *Chief Justice* reconheceu ser a Constituição norte-americana o legítimo repositório das competências deferidas pelo povo norte-americano àquela Corte.

⁵⁴Apesar de a Constituição Federal prever em seu art. 102, §1º, a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar a arguição de descumprimento de preceito fundamental, a forma como essa ação foi supostamente regulamentada, por meio da Lei n. 9.882/99, estendeu em muitos sentidos as competências

Inconstitucionalidade (ADI n° 2.231) que questiona a constitucionalidade da lei de regência da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental. Esta ação encontra-se parada no Supremo Tribunal Federal, mas em despacho liminar o seu relator parece sugerir um vício de inconstitucionalidade, relacionado à chamada argüição incidental. O Ministro Relator Néri da Silveira suspendeu, em parte, o inciso I do parágrafo único do art. 1° da Lei n° 9.882/99, “para excluir, de sua aplicação, controvérsia constitucional concretamente já posta em juízo...até final julgamento da ação direta.”⁵⁵.

Essa liminar não significa um pré-julgamento do Supremo Tribunal Federal, é bem verdade, mas diante desse posicionamento inicial do relator, é possível dizer que o argumento de Gilmar Mendes de que as inovações trazidas pela Lei Federal n° 9.882/99 dão margem a uma mudança nos efeitos das decisões em sede de controle concreto se enfraquece, na medida em que é difícil fundamentar qualquer mutação constitucional a partir de competências criadas para o Supremo Tribunal Federal por meio de uma lei ordinária, ainda mais em face de evidente inconstitucionalidade desta.

No mesmo caminho parece trilhar o argumento de Mendes segundo o qual o ingresso da Ação Declaratória de Constitucionalidade no ordenamento brasileiro é um indício de que se tenha preferido as decisões com eficácia geral no ordenamento às decisões com eficácia *inter partes*. Na verdade, a própria motivação para o surgimento desta ação constitucional foi uma conveniência política – e não o intuito de generalizar a eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal –, conforme descreve Moreira Alves:

Dois foram os motivos para a criação desse novo instrumento para o controle de constitucionalidade dos atos normativos federais. O primeiro foi o de que o Supremo Tribunal Federal exigia que, na ação direta de inconstitucionalidade, o autor sustentasse fundamentadamente a inconstitucionalidade do ato normativo impugnado, sob pena de inépcia inicial. Ora, por vezes o legitimado ativo[...]tinha interesse em submeter a

previamente estabelecidas pela Constituição àquela Corte, criando inéditas formas de controle de constitucionalidade, por meio de lei ordinária, como a declaração de inconstitucionalidade de normas anteriores ao parâmetro constitucional e de normas municipais. Além disso, essa legislação atribuiu ao Supremo Tribunal Federal uma competência completamente nova, e que sempre lhe foi negada na prática constitucional brasileira, que é a competência para julgar questões constitucionais levantadas em controle difuso por meio de uma intervenção direta, sem o expediente do recurso extraordinário. Por esse motivo, aliás, o Ministro Relator da ADI n. 2.231, Néri da Silveira, em seu voto, suspendeu liminarmente o referido dispositivo (inciso I do parágrafo único do art. 1° da Lei n. 9.882/99).

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Liminar. *Ação direta de inconstitucionalidade n° 2.231*. Rel. Min. Néri da Silveira, julgado em 5 de dezembro de 2001. Diário de Justiça de 17 de dezembro de 2001. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=218&dataPublicacaoDj=17/12/2001&incidente=3702941&codCapitulo=2&numMateria=39&codMateria=3>. Acesso em: 9 de fevereiro de 2011.

questão ao Supremo Tribunal Federal, sustentando a constitucionalidade, sem se dispor a simular uma arguição de inconstitucionalidade. O segundo foi o de que a decisão de inconstitucionalidade obtida com a procedência da ação direta de inconstitucionalidade só tem eficácia erga omnes, **não tendo, portanto, também eficácia vinculante** para o Poder Judiciário nem para o Poder Executivo.⁵⁶

Ou seja, a entrada da Ação Declaratória de Constitucionalidade no ordenamento não revela uma marcha de generalização da eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal, mas uma tentativa de introduzir o efeito vinculante em nossa dinâmica constitucional, o que é algo completamente diferente. Efeito vinculante, vale lembrar, direciona-se aos órgãos estatais, como as instâncias inferiores do Poder Judiciário e a administração pública em geral, enquanto que a chamada eficácia geral repercute diretamente entre os destinatários da norma, tendo como efeito a anulação e conseqüente retirada da norma do ordenamento (no caso do Brasil, em regra, com efeitos retroativos absolutos, ou *ex tunc*).

Na verdade, há outros indícios que apontam que a entrada em vigor da Emenda Constitucional n° 3/93 (que criou a ação declaratória de constitucionalidade) no ordenamento brasileiro tenha sido uma ação do governo federal no intuito de evitar a ineficácia social de determinadas leis editadas durante a implantação do plano real, as quais vinham sendo severamente questionadas judicialmente. Esses indícios ficam ainda mais evidentes ao se recordar que o objeto da Ação Direta de Constitucionalidade restringe-se à legislação federal. Mas isso não tem grande relevância para a questão aqui levantada, já que a intenção ou as motivações inconfessáveis dos legisladores para editar determinadas leis não é objeto de preocupação de um intérprete concentrado na garantia de integridade do ordenamento, que se dá em outro plano, e parte do que disseram os legisladores, e não de quaisquer outras intenções que possuíam.

Entretanto, ainda assim, a constatação de fatores políticos externos como esses servem para reforçar a tese de que o terreno da intenção dos legisladores é obscuro e escorregadio, não servindo de base sólida para nenhuma teoria bem fundada sobre o direito. Por isso que se torna tão fácil levantar objeções a quaisquer discursos que tentem tirar conclusões sobre a vontade do legislador, porque inúmeras circunstâncias de fato podem ser levantadas, colocando abaixo as pretensões do autor do discurso, ou, pelo menos, colocando-as em dúvida. Por essa razão é tão importante abandonar as

⁵⁶ALVES, José Carlos Moreira. *O controle de constitucionalidade no Brasil*. In: **Revista da Procuradoria-Geral da República**. n. 9, jul/dez. 1997. p. 131.

visões historicistas⁵⁷ do direito, e adotar uma concepção centrada em princípios, que prestigia a argumentação racional em lugar da investigação histórico-textual.

Bom, mas seguindo na crítica que se estava fazendo, o fato é que a introdução do efeito vinculante no controle concentrado não diz nada a respeito da predileção do legislador pela eficácia geral das decisões de inconstitucionalidade. Some-se a isso o fato de que a própria relevância que uma predileção como essa poderia ter no ordenamento é bastante restrita, pois, como foi dito logo acima, uma interpretação judicial deve preocupar-se com o que o legislador disse, e não com suas demais intenções.

Por fim, pode-se dizer que a própria emenda constitucional que inseriu no ordenamento brasileiro a Ação Declaratória de Constitucionalidade é de legitimidade duvidosa, posto que representa uma verdadeira contradição lógica interna ao sistema jurídico, ainda mais se se levar em consideração a natureza ambivalente das decisões de inconstitucionalidade. Fora isso, o despropósito dessa ação constitucional em nosso ordenamento é tamanho, que seu repertório no Supremo Tribunal Federal é ínfimo, o que coloca sob suspeita a suposta influência tão decisiva que ela poderia ter no controle de constitucionalidade brasileiro, a ponto de servir de fundamento legítimo para forçar um rompimento paradigmático do controle difuso, como este proposto por Gilmar Mendes.

Outro argumento baseado na esfera das previsões constitucionais diz respeito à previsão de ações coletivas como as ações civis públicas e ações populares, que para Gilmar Mendes dão reforço à tese de mutação, conforme se demonstrará no tópico seguinte.

4.3 A previsão de controle de constitucionalidade no âmbito das ações coletivas e algumas inovações legislativas da década de 1990 como argumentos que reforçam a tese de mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal

⁵⁷ Para essa concepção a certeza sobre o conteúdo dos direitos é mais importante do que a própria natureza de suas determinações. Por isso os historicistas, conforme observado por Dworkin, ligam sua interpretação constitucional a uma suposta intenção concreta dos fundadores, de tal modo que “exigem que tratem essas intenções como se esgotassem totalmente a Constituição. Mas isso equivale a negar que a Constituição expressa princípios, pois não se pode considerar que estes parem onde também param o tempo, a imaginação e os interesses de algum governante histórico. A Constituição leva os direitos a sério; já o mesmo não se pode dizer do historicismo.” (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 441)

Para Gilmar Mendes, por apontarem uma suposta predileção do legislador pelas decisões com eficácia geral, a previsão de ações coletivas na Constituição de 1988, bem como a dinâmica de exercício do controle de constitucionalidade nessas ações, representam argumentos a favor da tese de mutação constitucional por ele levantada. Fora isso, algumas inovações legislativas e jurisprudenciais ocorridas durante a década de 1990 e início do século XXI também evidenciam essa marcha de concentração do controle de constitucionalidade.

Primeiramente, pode-se alegar, uma vez mais, que a intenção dos legisladores é um terreno completamente infértil para a interpretação constitucional – porque não é apreensível, senão arbitrariamente. Fora isso, o argumento do autor, talvez por essa limitação intransponível na tarefa de apreender a intenção do legislador, incorre em petição de princípio, porque pressupõe em seu discurso a conclusão que deveria ser nutrida por seus argumentos. Enfim, não há provas da evidência relatada, já que inúmeras outras evidências podem ser direcionadas em sentido contrário, sem que com isso seja provado nada, senão vejamos.

A previsão das ações coletivas na atual Constituição deu-se na versão original aprovada pelos constituintes, assim como a própria previsão da resolução suspensiva do Senado. Sendo assim, não há como argumentar que o constituinte tinha a intenção de retirar a resolução suspensiva do ordenamento, ou esvaziar o seu sentido, se no mesmo momento em que previu as ações coletivas, também previu a competência do Senado para suspender leis declaradas inconstitucionais, sendo ambos dispositivos concomitantemente inseridos na Constituição, por meio de seu processo constituinte originário.

Além disso, outro ponto de análise serve para firmar objeção a esse entendimento. As decisões proferidas no âmbito das ações coletivas, como se sabe, restringem-se aos indivíduos representados por elas, inclusive territorialmente, não se estendendo a todos os indivíduos⁵⁸. No caso de direitos coletivos, por exemplo, a decisão só gerará efeitos para aqueles que estejam ligados por meio de uma relação jurídica base, e no âmbito territorial em que se deu o ajuizamento da ação coletiva. Por

⁵⁸ Isso ficou patente após a conversão em lei da Medida Provisória n. 1.570-5, de 21 de agosto de 1997, que modificou a redação do art. 16 da Lei n. 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública). Com a nova redação do citado dispositivo, a extensão dos efeitos da coisa julgada nas decisões em ação civil pública passaram a se identificar com os limites territoriais da substituição processual operada pelo Ministério Público. Por isso, apenas os destinatários de direito individual homogêneo tangenciados pelo território em que se deu a substituição processual podem se valer da referida decisão sem necessidade de um novo processo de conhecimento.

isso, por exemplo, uma Ação Civil Pública do Estado de Mato Grosso irá gerar efeitos diretamente para os cidadãos daquele estado que se encontrem sob o pálio da relação jurídica de base que fundamenta aquela ação, bem como aos réus subjetivamente identificados na ação (em caso de obrigação de fazer e não fazer, por exemplo), mas não irá gerar efeitos para todos os cidadãos daquele estado, e muito menos de todo o país. Somente no âmbito de representação daquela coletividade é possível a fruição dos efeitos dessa decisão.⁵⁹

Como se pôde perceber, inúmeras objeções sempre são possíveis quando algum intérprete do direito tenta fundar a sua proposta interpretativa em termos de uma intenção legislativa.

Avançando-se um pouco mais na análise, e com base nas conclusões acima, pode-se dizer que também é questionável a visão de que alterações na legislação ordinária processual, bem como na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sugiram uma profunda mudança no sistema jurídico como um todo, revelando a necessidade de uma reinterpretação do art. 52, X, para lhe dar caráter de simples ato de publicidade das decisões do Supremo Tribunal Federal. Nessa parte do argumento, a defesa de Gilmar Mendes baseia-se em duas premissas principais, as quais, para ele, evidenciam uma marcha legislativa cuja intenção seria dotar de eficácia geral as decisões do Supremo Tribunal Federal.

A primeira delas é o advento da Lei nº 8.038/90, que cria a possibilidade de o relator em recurso extraordinário e em recurso especial negar seguimento a esses recursos, quando contrastarem com súmula dos respectivos Tribunais Superiores. A segunda seria representada pela inclusão do §1º-A ao art. 557 do Código de Processo Civil, por meio da Lei nº 9.756/98, que cria a possibilidade de o relator dar provimento a recurso cuja decisão recorrida esteja em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal.

Essa proposta interpretativa oferecida por Gilmar Mendes para os acontecimentos legislativos acima é questionável, já que as reformas processuais de que

⁵⁹ Ou seja, como a decisão é incidental e a referida ação civil pública representa incontáveis indivíduos, mas ligados entre si por uma relação jurídica base, não é extensível a todos os demais indivíduos que, por exemplo, não se encontram dentro da esfera abrangida pela dita relação jurídica de base, os quais não serão afetados por essa decisão. O contrário acontece com uma declaração de inconstitucionalidade em controle concentrado, na medida em que a decisão de inconstitucionalidade representa uma declaração de nulidade da lei, retirando-a do ordenamento com efeitos retroativos absolutos, o que não acontece com a decisão incidente em ação civil pública, na medida em que a norma continua em vigência no ordenamento, pelo menos até que o Senado Federal venha suspender sua eficácia ou o Congresso Nacional a revogue.

se tem notícia em nosso ordenamento buscam uma racionalização do processo a fim de dar maior celeridade na prestação jurisdicional, e não ampliar sobremaneira os poderes do Supremo Tribunal Federal e a autoridade dos seus julgados, até porque isso, como foi dito anteriormente, representaria um aprisionamento da Constituição, o que seria maléfico ao desenvolvimento em cadeia do direito brasileiro.

Trazer para o Brasil um modelo de jurisprudência constitucional como aquele existente no direito alemão, fundado exclusivamente nas decisões do Tribunal Constitucional Federal, seria um retrocesso constitucional, posto que a experiência do controle difuso, realizado nos casos concretos, dá maiores possibilidades de reinterpretação dos dispositivos constitucionais, na medida em que a riqueza fática dos casos concretos não pode ser substituída com igual qualidade pela análise hipotética das leis em face da Constituição. Ou seja, a dupla contingência de tempo e de conhecimento que torna impossível aos legisladores preverem todas as situações hipotéticas de aplicação das normas, também torna impossível aos ministros do Supremo Tribunal Federal a previsibilidade completa das situações em que um determinado dispositivo da Constituição ou das leis ordinárias terá de ser interpretado, bem como o sentido adequado da Constituição e das leis para essa gama variável de situações.

Enfim, a previsibilidade de conteúdo das normas constitucionais, buscada pelas técnicas de interpretação positivistas – tais como as tradicionais interpretações gramatical, teleológica, histórica e sistemática, ou mesmo as técnicas de interpretação conforme a Constituição; declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto; entre outras – é inatingível pela própria natureza dinâmica dessas normas, que sempre sofrem influência direta do recorte fático e temporal operado em sua concretização.

Aqui, parecem oportunas as lições de Konrad Hesse sobre interpretação constitucional, que também para este autor é a concretização das normas constitucionais, não sendo possível, portanto, falar em vontade do legislador ou da norma, mesmo porque *“en los supuesto en los que la Constitución no contiene un criterio inequívoco[...]propriadamente ni la Constitución ni el constituyente han tomado una decisión⁶⁰”*, o que reforça a idéia de que buscar o sentido da norma nessa idéia de vontade subjacente é o mesmo que situar na história contra-fatos, o que obviamente é completamente arbitrário, haja vista que possibilita decisões judiciais em qualquer sentido, o que é a forma mais cristalizada do decisionismo.

⁶⁰ HESSE, Konrad. *La interpretación constitucional*. In: **Escritos de derecho constitucional**. Madrid: Centros de Estudios Constitucionales, 1983. p. 39.

Nesse sentido, é de grande valia a seguinte passagem de Hesse:

Identificar como “objetivo” de la interpretación constitucional el descubrimiento de la previa voluntad objetiva de la Constitución o del constituyente equivale a pretender dar cumplimiento a algo que no preexiste realmente y, por lo tanto, a equivocarse desde el mismo punto de partida respecto de la problemática de la interpretación constitucional. En razón de su objeto, solo con reservas cabe admitir que la interpretación sea ejecución y, desde luego, **nunca sea subsunción**⁶¹

Por isso, as regras tradicionais de interpretação falham em sua busca de sentido para as normas, porque colocam em um segundo plano, o da aplicação, aquilo que é inerente à própria interpretação das normas, que são os casos concretos. Não é, portanto, possível separar a interpretação da aplicação da norma, o que equivale dizer que a norma só ganha real sentido em sua consideração concreta, em sua experiência real de aplicação.

É até possível identificar no texto da norma, em sua consideração com o processo histórico de sua elaboração, algumas determinações gerais que as palavras dos legisladores naquele contexto significavam. Mas isso está longe de ser o sentido da norma, posto que é apenas um ponto de partida para a interpretação, que irá gerar resultados diferenciados a partir da avaliação dos problemas que os casos concretos trazem à tona em sua complexidade singular, que é algo várias vezes completamente impensado pelo legislador.

Em consonância com essa percepção de Hesse, também estão as colocações de Müller, que em seu *Métodos de trabalho do direito constitucional* consegue enxergar essa questão quando analisa o método de interpretação do Tribunal Constitucional Federal, nos seguintes termos:

O Tribunal Constitucional Federal da República Federal da Alemanha professa na jurisprudência constantemente o credo da teoria tradicional da interpretação, segundo o qual um caso jurídico prático deve ser solucionado de modo que os fatos da vida decididos sejam subsumidos à norma. Segundo esse entendimento deve-se identificar o conteúdo da norma para que o silogismo seja efetuado, para que a norma possa ser “aplicada”. [...] Segundo isso a concretização da norma é a interpretação do texto da norma, que por sua vez não é nada mais do que a reelaboração da vontade da norma ou do seu dador, que se manifesta no texto da norma, na sua história legislativa, no nexo sistemático com outros textos de normas, na história dos textos de correspondentes regulamentações anteriores e no sentido e na finalidade da prescrição a serem extraídos desses indícios. [...] Ao objetivo da

⁶¹ HESSE, Konrad. *La interpretación constitucional*. In: **Escritos de derecho constitucional**. Madrid: Centros de Estudios Constitucionales, 1983. p. 40.

interpretação de identificar a vontade do legislador objetivada na lei servem as interpretações a partir do teor literal da norma (interpretação gramatical), a partir do seu nexos (interpretação sistemática), a partir da sua finalidade (interpretação teleológica) e a partir dos materiais legais e da história genética (interpretação histórica). [...]Não raras vezes o tribunal fez, contrariamente ao seu credo programático, dos argumentos da história legislativa sem fundamentação suficiente os únicos argumentos decisivos. Onde o resultado desejado ou visado não é ou quase não é convincentemente fundamentável com os meios “tradicionais”, a “vontade” subjetiva do constituinte, quer dizer, uma opinião majoritária no Conselho Parlamentar ou manifestações de membros individuais da assembléia podem derrotar a “vontade” objetivada na lei constitucional. [...]O teor literal da prescrição concretizada nem sempre é tratado de forma coerente pelo Tribunal Constitucional Federal, mesmo na sua função limitadora. [...]A diferença entre possibilidades e patamar de reflexão dos pontos de vista tradicionais da interpretação, por um lado, e do que a práxis do Tribunal Constitucional Federal efetua na realidade, por outro lado, pode ser melhor deduzida naqueles componentes da decisão e fundamentação que – em valoração tradicional – não foram extraídos das normas, mas da “realidade”. [...]A práxis decisória do Tribunal Constitucional Federal quase não pode ser compreendida com as regras programaticamente professadas por esse tribunal. Além disso, teria sido – no interesse da segurança jurídica bem como da compreensão do *modus operandi* real da concretização da constituição – indispensável fazer indicações sobre que ênfases e regras de preferência o tribunal cogita introduzir em resultados contraditórios causados por pontos de vista individuais de interpretação. [...]Considerada na sua totalidade, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal fornece um quadro, de acordo com o estado atual, de evolução que envereda com uma série de novos enfoques pelo caminho que parte de um tratamento do texto em termos de lógica formal, só aparentemente suficientes, e avança na direção de uma concretização da constituição referida à coisa e ao caso. Do ponto de vista de uma prestação de contas hermenêutica e metodológica que é apresentada com referência ao seu próprio fazer e deve ser apresentada no Estado de Direito, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal fornece um quadro de pragmatismo sem direção, que professa de modo tão globalizantemente indistinto quão acrítico “métodos” exegéticos transmitidos pela tradição – e caudatários do positivismo legalista na sua alegada exclusividade –, mas rompe essas regras em cada caso de seu fracasso prático sem fundamentar esse desvio.⁶²

Neste ponto a crítica de Müller e de Hesse ao método de trabalho do Tribunal Constitucional Federal Alemão vale de forma genérica para qualquer tribunal que possua a tarefa de interpretação constitucional e se encontre preso à tradição interpretativa positivista. Isso porque, operar uma interpretação constitucional no âmbito do texto da constituição, e utilizar como método de apreensão do conteúdo das normas constitucionais os métodos tradicionais de interpretação, é esconder o verdadeiro fundamento de decisão de questões constitucionais controversas, que é a concepção política subjacente ao resultado da análise feita no caso concreto.

⁶² MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 9 et. seq.

Afirmar que a interpretação é parte integrante de uma semântica inerente ao texto da norma significa ignorar o fato de que questões complexas não pensadas pelo legislador não encontram respostas no texto da norma. E ao ignorar esse fato, o destinatário da norma acaba sendo envolvido por uma teia auto-legitimadora das decisões judiciais que, a pretexto de aplicar a lei, subtraem importantes direitos e posições jurídicas dos indivíduos, sem, contudo, veicular uma argumentação racional suficiente para a interpretação dada à Constituição e às normas aplicadas ao caso concreto.

Ou seja, ao prestar contas hermenêuticas do trabalho interpretativo desenvolvido, o intérprete na verdade fundamenta um ponto de vista político a partir de supostas intenções legislativas, quase sempre intangíveis, e, quando tangíveis, insuficientes para legitimar sua decisão judicial. Enfim, o tribunal professa um credo na interpretação das normas a partir dos seus textos, mas quando as técnicas de interpretação textual não dão conta de justificar uma determinada decisão desejável, ele abandona por completo o seu programa interpretativo sem justificar o desvio e/ou fundamentar a decisão judicial adotada.

Nesses casos, a nota de legitimidade da decisão proferida encontra-se na autoridade do órgão prolator da decisão e não nos fundamentos dessa decisão. Isso se torna algo mais nocivo ainda à Constituição em um ambiente no qual as decisões tomadas pela Corte Superior são invariavelmente vinculantes das instâncias inferiores e produzem eficácia *erga omnes*, haja vista que, ainda quando não devidamente fundamentadas, estas decisões irão repercutir em todo o ordenamento e desconstituir direitos e posições jurídicas de vários indivíduos. O prejuízo final para o ordenamento acaba sendo potencializado pela irradiação dos efeitos da referida decisão.

Portanto, identificar nas reformas legislativas que culminaram com a valorização da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal elementos legitimadores de uma concentração de poder neste tribunal, como a sugerida por Gilmar Mendes em sua tese de mutação constitucional, é conferir a este tribunal não apenas a faculdade de interpretar a Constituição Federal de forma quase exclusiva, mas também a possibilidade de interpretá-la da maneira que lhe aprouver, uma vez que, não havendo possibilidade de interpretação dissonante daquela proferida pelo Supremo Tribunal Federal, qualquer interpretação por ele produzida irá se auto-legitimar no ordenamento

por meio da autoridade de que se reveste o órgão prolator da decisão⁶³. Em uma situação como essa, qualquer decisão de instância judicial inferior dissonante daquela proferida pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso seria capaz de ensejar o manuseio de Reclamação Constitucional, por violação da autoridade do julgado daquela Corte.⁶⁴

Por isso, é bastante questionável a referida mutação constitucional, já que de maneira indireta acaba atribuindo poderes ao Supremo Tribunal Federal que sempre foram rejeitados pelos movimentos constituintes brasileiros. Ou seja, cria no ordenamento nacional um Poder Judiciário desproporcional, que pode, a sua maneira, implementar política constitucional independentemente do crivo democrático parlamentar, uma vez que, além de poder anular leis votadas pelo Parlamento sob o fundamento de inconstitucionalidade, poderá também criar atos normativos vinculantes a partir de sua jurisprudência constitucional. O princípio de separação dos poderes, nesse contexto, seria alijado e a suposta harmonia e independência funcional dos poderes seriamente abalada.

Essa não parece ser uma mudança desejável no plano constitucional brasileiro. E, a bem da verdade, nenhuma das leis de regência das alterações processuais sofridas em nosso ordenamento faz qualquer referência a essa generalização de efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle difuso. Quando muito, essas leis facultam ao magistrado observarem os precedentes judiciais como forma de dar ou negar provimento a recursos, quando a decisão recorrida contrariar entendimento sumulado dos tribunais. É bom frisar que súmula não se confunde com decisão singular

⁶³ A esse respeito são valiosas as considerações de Peter Häberle quando propõe uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição: “Interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos “vinculados às corporações” (*zünftmässige Interpreten*) e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade (...*weil Verfassungsinterpretation diese offene Gesellschaft immer Von neuem mitkonstituiert und von ihr kontituiert wird*). [...]O conceito de interpretação reclama um esclarecimento que pode ser assim formulado: quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelos menos co-interpretá-la (*Wer die Norm “lebt”, interpretiert sie auch [mit]*). (HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997. p. 13.)

⁶⁴ Como no caso da Reclamação Constitucional nº 4335/AC, em que o fundamento do ajuizamento da reclamação foi a autoridade de uma declaração de inconstitucionalidade proferida em sede de *habeas corpus*, a qual teria sido violada por decisão dissonante de um juiz de execuções penais de Rio Branco no Acre, mesmo tendo em conta que essa decisão do Supremo Tribunal Federal deu-se em sede de controle difuso e em caso concreto diverso daquele em que o juiz de execuções prolatou sua decisão divergente.

do Supremo Tribunal Federal, assim como faculdade não é o mesmo que obrigatoriedade. No ordenamento brasileiro, aliás, há apenas um tipo de obrigatoriedade decorrente da existência de súmulas, que é a aplicação das chamadas súmulas vinculantes, as quais possuem procedimentos e situações próprias de elaboração e revisão, não sendo decorrentes de quaisquer decisões singulares de inconstitucionalidade tomadas pelo Supremo Tribunal Federal.

4.4 A tese de mutação constitucional do art. 52, X da Constituição Federal em face de inovações jurisprudenciais havidas no contexto da Constituição de 1988

Ademais, cumpre analisar os dois últimos argumentos lançados por Gilmar Mendes em sua análise, que evidenciam inovações jurisprudenciais que reforçariam a tese de mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal. Primeiramente, ele aponta – como signo presuntivo dessa mudança de paradigma do sistema jurídico brasileiro – a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal ao art. 97 da Constituição⁶⁵, que passou a autorizar órgãos fracionários a aproveitarem precedentes do plenário em questões de inconstitucionalidade, sem necessidade de nova remessa do feito ao Pleno ou ao Órgão Especial. E, por fim, Gilmar Mendes destaca outra jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a possibilidade de se utilizar os fundamentos determinantes de um precedente de declaração de inconstitucionalidade de leis municipais em casos análogos subseqüentes, cujas legislações sejam idênticas, mas editadas por municípios distintos. Para ele, essas inovações jurisprudenciais revelam uma mudança dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade incidental no ordenamento brasileiro, aproximando o controle difuso do controle concentrado.

Segundo sua percepção, o Recurso Extraordinário nº 190.728, da lavra do Ministro Relator Ilmar Galvão, dá conta dessa mudança, nos seguintes termos: “[...] esse entendimento marca uma evolução no sistema de controle de constitucionalidade

⁶⁵ O referido dispositivo declara o seguinte: “Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.”

brasileiro, que passa a equiparar, praticamente, os efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto.”⁶⁶

Em primeiro lugar, deve-se observar que a distinção do controle de constitucionalidade em concreto e abstrato não parece ser a melhor possível por razões teóricas já discutidas nesta dissertação alhures. Isso porque, ao admitir a possibilidade de um controle abstrato, o intérprete pressupõe o engano positivista de uma semântica determinativa do sentido da norma. Mas, na verdade, não é ao texto legislativo em sua literalidade que o intérprete deve recorrer para desvendar as normas jurídicas vigentes em um ordenamento, posto que elementos alheios ao texto, como o substrato fático das situações concretas de regência da norma irão influenciar na formação do conteúdo da norma de decisão inevitavelmente.

Como se pôde perceber, a teoria estruturante de Müller reformula o conceito teórico de norma jurídica, desconstituindo a famosa dualidade existente entre a norma e o fato, cuja relação se dá em termos de uma subsunção do fato à norma. Para a perspectiva teórica aqui defendida, as normas só encontram seu real sentido se contrastadas com seu substrato fático, que é a situação real ou hipotética de sua concretização, ocasião em que o conjunto fático irá determinar em certo sentido o conteúdo da norma concretizada. Por isso, imaginar que o controle de constitucionalidade possa se dar abstratamente é atribuir à norma jurídica uma independência dos fatos por ela regulados, o que é impossível. Ainda quando uma análise de constitucionalidade de lei se dá à margem de um caso concreto, situações hipotéticas de aplicação dessa norma permeiam o raciocínio jurídico do intérprete, não sendo possível falar em análise verdadeiramente abstrata.

Isso se revela com certa nitidez quando o Supremo Tribunal Federal se vale em sede de “controle abstrato” de técnicas interpretativas como a interpretação conforme a Constituição⁶⁷. Isso porque, a premissa maior dessa técnica de interpretação

⁶⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional*. In: **Revista de Informação Legislativa**. 2004. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/953>. Acesso em: 20 de agosto de 2008. p. 157.

⁶⁷ Além da interpretação conforme a Constituição, outra técnica, a declaração de inconstitucionalidade de normas “ainda constitucionais” parece revelar essa mesma incongruência inerente ao controle abstrato. Nesses casos, o Supremo Tribunal Federal declara que uma norma é inconstitucional, mas que, devido a uma determinada situação fática, supostamente transitória, a lei deve ser considerada “ainda constitucional”, em trânsito para a inconstitucionalidade. Isso não é nada mais do que confirmar a relevância que os fatos do caso concreto possuem para o juízo de inconstitucionalidade da norma, na medida em que influenciam diretamente na conseqüente decisão sobre a questão constitucional em análise. Um exemplo de utilização dessa técnica de interpretação está contido na *Habeas Corpus* n.º 70.514, no qual o Supremo Tribunal Federal, admitiu a inconstitucionalidade “em abstrato” da norma que

é não anular uma lei ou dispositivo de lei cuja inconstitucionalidade não seja evidente e haja um sentido constitucional possível. Ou seja, o intérprete deve “salvar” a lei dando-lhe uma interpretação conforme a Constituição. Essa premissa comprova o fato de que um dispositivo de lei pode assumir diferentes significados e, algumas vezes significados que variam entre a constitucionalidade e a inconstitucionalidade desse dispositivo. Somente na experimentação concreta de uma norma será possível identificar esses sentidos múltiplos, bem como o sentido constitucional que lhe legitima a aplicação. E isso é uma prova razoável de que, abstratamente, aquele dispositivo não era constitucional nem inconstitucional. Apenas no exercício de concretização desse dispositivo – que é o processo de formação da norma jurídica – é possível vislumbrar sua inconstitucionalidade, uma vez que ela decorre não da literalidade do preceito de lei analisado, mas dos efeitos possíveis que sua aplicação concreta podem produzir no ordenamento.

Um bom exemplo disso ocorreu em relação ao novo inciso I do art. 114 da Constituição Federal, que dispõe sobre uma das novas competências atribuídas à Justiça do Trabalho⁶⁸. Em 27 de janeiro de 2005, o Supremo Tribunal Federal concedeu liminar nos autos da ADI nº 3.395-6, para dar interpretação conforme a Constituição a este inciso, suspendendo toda e qualquer interpretação dada a ele que incluíssem na competência da Justiça do Trabalho a “apreciação[...]de causas que[...]sejam instauradas entre o Poder Público e seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo”.

Mais a frente, em 1º de fevereiro de 2007, agora nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.684-0, o Supremo Tribunal Federal concedeu nova liminar,

concedia prazo em dobro para a Defensoria Pública recorrer nos processos, mas decidiu que esta norma deveria ser considerada “ainda constitucional” enquanto os órgãos da Defensoria Pública não estivessem devidamente habilitados e estruturados para atender adequadamente sua demanda processual. Ora, o tempo que esta situação de má estruturação da Defensoria Pública no Brasil irá persistir é algo completamente indefinido, de modo que declarar esta norma “ainda constitucional”, neste contexto, é o mesmo que dizer, simplesmente, que ela não é inconstitucional na consideração concreta das nuances fáticas de sua concretização, vale dizer, tendo em vista a realidade brasileira naquele momento. Se amanhã ou depois a mesma questão vier a surgir em um contexto fático no qual a Defensoria Pública esteja satisfatoriamente equipada para atender a sua demanda processual, não é a decisão do passado que irá surtir efeito no presente, mas sim uma nova decisão do presente que irá, ao constatar um substrato fático diferente daquele analisado no precedente judicial, rejeitar esse precedente e a tese de constitucionalidade ali firmada e declarar, em concreto, diante das novas circunstâncias fáticas, que a referida norma é inconstitucional, e não que ela “completou o seu trânsito para a inconstitucionalidade” – tal qual os moldes de um discurso de filosofia da história.

⁶⁸ O art. 114 da Constituição Federal trata das competências da Justiça do Trabalho para processar e julgar e, em seu inciso I, dispõe o seguinte: “I – as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.”

com efeitos *ex tunc*, para dar outra interpretação conforme a Constituição para esse dispositivo, excluindo agora da competência da Justiça do Trabalho o processamento de ações penais.

Veja como esse dispositivo, em pouco mais de 2 anos, gerou, em sede de “controle abstrato”, a necessidade de se atribuir interpretações que lhe retirassem o sentido inconstitucional e, ao mesmo tempo, lhe salvassem a constitucionalidade. Isso acontece porque, em verdade, quando se está diante de questões constitucionais controversas, o juízo de inconstitucionalidade de uma norma jamais é atribuído em face de uma suposta literalidade inconstitucional dos textos jurídicos, e sim em face dos possíveis resultados inconstitucionais que a aplicação dessa norma podem gerar. É, portanto, em face das situações concretas, e não da abstrata consideração da norma, que se pode aferir a sua inconstitucionalidade.

Com isso não se quer dizer que uma norma não possa ser declarada inconstitucional no todo, devendo ser completamente inutilizada para o ordenamento. O que se quer afirmar é que, mesmo quando isso é possível, não se dá em nome de uma suposta inconstitucionalidade literal dessa lei, e sim porque, nas situações concretas em que se cogitou aplicá-la, todos os resultados produzíveis contrariavam a comunidade de princípios em sua integridade. Ou seja, ainda quando se visita o passado legislativo para descobrir o que os legisladores quiseram dizer com as palavras que usaram na norma, não é isso que determina a inconstitucionalidade dessa norma, mas sim um momento posterior, em que, com base nas conclusões que o intérprete tirou sobre os usos que essas palavras podem assumir em situações concretas, não é possível encontrar um uso para ela que seja, ao mesmo tempo, adequado àquela proposta dos legisladores originais e ajustável à prática constitucional de sua comunidade em sua integridade.

Logo, só há a percepção de que uma lei é inconstitucional porque, no momento em que o intérprete contrasta os efeitos decorrentes de sua aplicação com a Constituição, ele observa que suas possibilidades de aplicação não se conformam aos princípios jurídicos do ordenamento. Se há, contudo, entre os possíveis efeitos decorrentes da interpretação de uma norma, um que se adéque à prática constitucional daquela comunidade, deve o intérprete entender, então, a bem da integridade constitucional, que esse sentido é o sentido adequado da norma, naquela situação concreta de análise – cercada de todas as suas singularidades –, e não abstratamente. Até porque, como aconteceu com o inciso I do art. 114 da Constituição Federal, a experiência contínua de aplicação de uma norma pode demonstrar, em outras

circunstâncias, que mais sentidos inconstitucionais podem ser atribuídos a uma norma, e não apenas aquele(s) identificado(s) em uma interpretação prévia.

Diante dessas observações, só é possível acreditar em controle verdadeiramente abstrato de normas se se presumir duas situações específicas. A primeira é uma norma que só possui um sentido, independentemente das situações fáticas que se lhe apresentem. Uma norma como essa é bastante improvável em ordenamentos complexos como todos os sistemas jurídicos modernos. Até porque, dois dos requisitos para que uma norma seja objeto de ação direta são a generalidade e a abstração. E, para atender a esses requisitos, uma norma jurídica não tem como encerrar em si um conteúdo tão restrito, sob pena de ser classificada como um ato de efeitos concretos (a lei que cria uma data comemorativa, por exemplo), que nem podem ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade. A outra situação possível é a inconstitucionalidade formal, ou por vício de procedimento. Mas aqui, na verdade, não é nem o conteúdo da lei que se está declarando inconstitucional, e sim o fato legislativo que lhe deu origem.

Como essas situações-limite não são do cotidiano constitucional, a crítica feita até aqui ao controle abstrato parece dar boas razões para a prática constitucional brasileira reconhecer que o controle concreto possui maior relevância dentro do ordenamento, sendo o chamado controle abstrato, na verdade, uma modalidade também concreta de controle de constitucionalidade, pelas razões teóricas e práticas acima levantadas. Não é, portanto, recomendável uma mudança do sistema de garantias constitucionais tendentes a generalizar o controle abstrato, já que isso representaria um verdadeiro retrocesso teórico-constitucional que culminaria com uma acumulação de poder no Supremo Tribunal Federal, o que engessaria a Constituição e a sua normatividade, empobrecendo as possibilidades de interpretação constitucional e de manuseio do controle de constitucionalidade.

Todavia, além do problema teórico que a noção de controle abstrato enfrenta – por ser fruto de uma concepção positivista que acredita que uma teoria semântica seja capaz de explicar as leis ordinárias e a própria Constituição –, é possível notar que a defesa de Gilmar Mendes de uma aproximação entre o controle difuso e concentrado se dá em função de uma falsa sinonímia, por ele apresentada em seu discurso, entre permissão e obrigação, ou entre faculdade e dever. Isso porque, se se analisar a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal ao art. 97 da Constituição, a faculdade de não se deslocar várias vezes uma questão de constitucionalidade já

decidida pelo Pleno ou Órgão Especial, não equivale a adoção de eficácia geral ou efeito vinculante àquela primeira decisão plenária que declarou a inconstitucionalidade da lei.

É importante lembrar que, ao Supremo Tribunal Federal e aos demais tribunais, não é vedado conhecer e se pronunciar sobre questão de constitucionalidade já visitada. O próprio Supremo Tribunal Federal, assim como os demais tribunais, pode visitar seus precedentes para modificá-los, confirmá-los, extingui-los ou aplicá-los, em face de circunstâncias concretas inéditas e relevantes que justifiquem a sua nova análise sobre interpretações dadas à Constituição no passado. Não há, portanto, que se falar em eficácia geral, pois a decisão incidental do Supremo Tribunal Federal não se aplica de per si às partes de outros processos, ou mesmo às situações vindouras, até porque as singularidades de outros casos concretos não podem ser previstas pelo intérprete, assim como não podem ser previstas pelo legislador.

Portanto, o fato de um magistrado no futuro utilizar-se dos fundamentos de uma decisão do passado em um caso concreto do presente não é o mesmo que dar a essa decisão eficácia direta sobre esse caso. Isso seria admitir que os ministros do Supremo Tribunal Federal possuem a capacidade de prever que um determinado caso, com determinadas circunstâncias e determinadas partes irá a julgamento e deverá ser decidido de determinada forma. Seria atribuir aos ministros a capacidade de prever o futuro. Só assim a utilização dos precedentes poderia ser equiparada a uma extensão dos efeitos da decisão incidental tomada no passado.

Já em relação ao efeito vinculante, outra crítica é pertinente. Não se pode entender que a faculdade que tem um juiz de utilizar um precedente que ele entenda resolver adequadamente um caso concreto, seja o mesmo que uma imposição para decidir todos os casos subseqüentes que se lhe apresentem de modo idêntico aos acórdãos do Supremo Tribunal Federal. Primeiramente, é possível que ele entenda que um determinado precedente não se aplique a um caso concreto, porque não se adéqua às singularidades daquele caso, por exemplo. Depois, ele pode, ainda, discordar do próprio mérito desse precedente, decidindo de forma divergente, mas com base em uma argumentação racional que ele demonstre ser mais adequada e melhor justificável com base nos princípios constitucionais. Isso faz parte da dinâmica de construção da chamada cadeia do direito⁶⁹.

⁶⁹ Sobre a analogia entre o direito e o romance em cadeia, Cf. DWORKIN, Ronald. *Império do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 275 et. seq.

Entretanto, se apenas a interpretação do Supremo Tribunal Federal puder ser considerada como autorizada na discussão de questões constitucionais controversas, os direitos constitucionais dos cidadãos estarão adstritos às decisões de onze ministros, e não à ampla discussão gerada a partir da experiência de interpretação em cadeia do direito⁷⁰.

Fora isso, imaginar que o Supremo Tribunal Federal, ou qualquer outro órgão, seja capaz de tornar completamente previsível e claro o sentido e o alcance das normas de direito nas dimensões fáticas múltiplas que uma sociedade complexa pode experimentar – de tal sorte que seja dispensável refletir as normas à luz dos casos concretos, sendo suficiente aplicar os precedentes –, é acreditar na proposta interpretativa do positivismo, que tentou por meio de uma teoria semântica tornar objetiva e abstratamente apreensível o conteúdo das normas de direito. Essa missão que se pretende dar à jurisprudência está fadada ao insucesso, assim como redundou em fracasso a tarefa positivista anterior de dar previsibilidade e alcance de sentido para as normas por meio de uma semântica constritiva da linguagem em abstrato.

Dessa forma, a interpretação dada ao art. 97 da Constituição deve ser no sentido de valorizar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pelos magistrados e tribunais de instância inferior, na análise dos casos concretos que envolvem questões constitucionais controversas, e não como uma amarra à livre convicção fundamentada dos juízes. Essa proposta parece viável, já que a idéia central do art. 97 da Constituição é impedir que uma questão de inconstitucionalidade seja apreciada e julgada, em primeira mão, por um órgão fracionário de Tribunal, já que reservou ao Pleno ou Órgão Especial competência para essa matéria.

Contudo, uma vez decidida a questão constitucional pelo plenário, se os casos subseqüentes que se apresentarem não tiverem especificidades que os destaquem do caso paradigmático que levou aquele mesmo plenário a decidir em um determinado sentido, não há por que impedir que um órgão fracionário do tribunal utilize a sua

⁷⁰ Não se pretende negar aqui que a última palavra na interpretação constitucional seja do Supremo Tribunal Federal. Mas é importante o máximo de influências e pensamentos nutrido a formação dessa jurisprudência, de modo a trazer ao conhecimento dos onze ministros o máximo de circunstâncias e possibilidades interpretativas, a fim de lhes assegurar o máximo conhecimento de causa que um intérprete limitado pela dupla contingência de tempo e conhecimento é capaz de angariar em sua atividade interpretativa. Não é à toa que Dworkin, quando trata do procedimento de interpretação recomendado pelo direito como integridade, chama o juiz hipotético de sua teoria de Hércules, em clara alusão ao personagem da mitologia grega que era metade homem e metade divino, já que para conseguir concretizar uma norma de decisão a partir das premissas básicas do direito como integridade é necessário, de fato, um esforço hercúleo (fora do comum) do intérprete, digno desse personagem heróico da mitologia grega.

própria jurisprudência ou mesmo a jurisprudência dos Tribunais Superiores. Mas isso não pode ser entendido como uma obrigatoriedade, uma vez que os casos difíceis impõem novas análises do material jurídico, pois em muitas situações os argumentos que levaram determinados juízes a adotarem um posicionamento qualquer são postos em xeque pelas novas nuances dos casos concretos subseqüentes.

Transportar o raciocínio silogístico do positivismo para cá, importará na substituição da técnica de aplicação do direito baseada na subsunção do fato à norma por uma outra, igualmente silogística, de subsunção dos casos aos precedentes judiciais. Essa metodologia parte de uma concepção convencionalista do direito, que impede a reinterpretção dos dispositivos constitucionais já interpretados, paralisando a Constituição e as suas possibilidades. Uma concepção diferente, como a do direito como integridade, por exemplo, rejeita esses programas de deliberação judicial, que esgotam as possibilidades interpretativas da Constituição e tornam-na um documento político obsoleto. O direito deve ser, essencialmente, e não apenas contingentemente interpretativo.

As mesmas colocações valem para o último argumento apresentado por Gilmar Mendes. Isso porque, basicamente, há uma congruência de sentido com sua defesa anterior, só que agora direcionada para o fato de que, na declaração de inconstitucionalidade de leis municipais, não só o dispositivo, mas também os fundamentos determinantes da decisão do Supremo Tribunal Federal podem ser utilizados como fundamento para a solução de casos concretos análogos, que envolvem legislações semelhantes, mas de municípios distintos. Aqui também não há nenhuma adoção de eficácia geral às decisões do Supremo Tribunal Federal, mas, simplesmente, o aproveitamento de precedentes judiciais adequados a casos semelhantes, o que é bastante normal e até desejável para que o direito, em sua aplicação, demonstre coerência com as decisões do passado.

Entretanto, cabe aqui uma reflexão adicional. O Supremo Tribunal Federal pode e deve prestigiar a sua jurisprudência, mas não deve, a bem da cláusula do devido processo legal, aplicar de forma irreflexiva os seus precedentes, posto que isso representaria uma quebra dessa cláusula.

Isso porque, quando a Constituição prevê mecanismos de defesa processuais para as partes em conflito judicial externarem seus pontos de vista sobre fatos e normas em discussão, esses mecanismos formam o chamado contraditório, que é parte essencialmente integrante do devido processo legal. Ou seja, quando o ordenamento

faculta aos jurisdicionados lançarem mão de um recurso processual para fazer valer o seu direito à ampla defesa e ao contraditório, não está apenas gerando para as partes um direito, mas ao mesmo tempo um dever jurisdicional para o Estado. Assim, receber, conhecer e julgar um recurso legal e legitimamente interposto é uma obrigação imposta ao magistrado. No momento em que o juiz se nega a apreciar um recurso, está se negando a prestar a própria jurisdição. E isso, ao que tudo indica, é o que acontece no momento em que um magistrado se nega a rebater os fundamentos recursais das partes, proferindo decisão que ao largo dos argumentos levantados pelos recorrentes aplica um precedente judicial sem dar qualquer explicação sobre a validade e a adequação deste precedente ao caso concreto.

Em outras palavras, para que seja legítimo ao Tribunal solucionar casos subseqüentes a partir de sua jurisprudência pretérita, deve fazê-lo justificando a adoção de tal medida, nos moldes de um discurso de aplicação, sob pena de se abrir precedentes para o decisionismo judicial. Ou seja, a decisão que aplica um precedente não perde a obrigatoriedade de fundamentar a adequação daquele precedente ao caso concreto, porque a fundamentação das decisões judiciais é uma exigência inerente à atividade jurisdicional como um todo, nos termos insculpidos no art. 93, IX, da Constituição Federal.

A mesma advertência serve para o caso das súmulas vinculantes, só que com uma recomendação adicional, qual seja: os juízes não devem estar obrigados a aplicar súmulas que em sua interpretação não revelem o conteúdo adequado dos direitos que as partes de um caso concreto têm com base na comunidade de princípios constitucionais vigentes aqui e agora. Nenhuma análise alienígena do conteúdo da Constituição, baseada em situações do passado, pode substituir com igual eficiência a interpretação concreta dos direitos que as pessoas têm no presente, porque os Ministros que editaram essa súmula, diga-se mais uma vez, não têm condições de prever todas as situações práticas passíveis de regência pelas cláusulas interpretadas por eles na edição do entendimento sumulado, dada a dupla contingência de tempo e de conhecimento a que estão vinculados.

Aqui, também, deve-se entender a jurisprudência sumulada como um fato relevante na prática constitucional contínua, mas não como um esgotamento das possibilidades interpretativas da Constituição. Entender a jurisprudência de outra maneira que não como uma simples interpretação da Constituição – nem sempre a única possível ou a mais adequada em todos os casos concretos subseqüentes – seria paralisá-

la e aprisioná-la a uma teoria semântica qualquer, o que retiraria o fundamento de legitimidade dos direitos que as pessoas têm com base na Constituição, que é exatamente a sua adequação à comunidade de princípios vigentes aqui e agora.

Disso não decorre que os juízes possam decidir os casos concretos em qualquer direção, ignorando as súmulas vinculantes existentes no ordenamento. Apenas significa que do juiz não pode ser retirada a oportunidade de analisar o caso concreto e suas peculiaridades relevantes, interpretando o direito das partes a partir dessas nuances. E o resultado final dessa interpretação pode tanto convergir quanto divergir do conteúdo de uma súmula vinculante hipoteticamente aplicável, desde que o intérprete enfrente com argumentos o caminho interpretativo adotado e demonstre a coerência do seu discurso de aplicação com a comunidade de princípios vigentes no ordenamento. Terá, portanto, em sua argumentação, que enfrentar o fato de haver súmula vinculante hipoteticamente aplicável ao caso, demonstrando porque essa súmula, somente hipoteticamente, e não faticamente, é adequada àquele caso concreto.

Bem, nessa altura da argumentação, e encerrando a presente análise, parece oportuno evidenciar dois fundamentos gerais que impõem a rejeição da tese de mutação constitucional sugerida por Gilmar Mendes. O primeiro consiste no fato de que não se pode falar em mutações constitucionais em um contexto regido por uma concepção de direitos centrada em princípios, já que esta concepção não adota as teorias semânticas do positivismo – incapazes de dar previsibilidade à multiplicidade de sentidos que as normas jurídicas podem assumir no contexto das situações concretas geradas em uma sociedade hiper complexa. A segunda consiste no fato de que – partindo de uma leitura coerente da prática constitucional brasileira, que coloca em evidência o controle concreto, não é recomendável a adoção de eficácia *erga omnes* às decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso, uma vez que isso representaria uma concentração de poder neste tribunal que teria como conseqüência o aprisionamento da Constituição e das demais instâncias judiciais inferiores à exclusiva interpretação constitucional de onze ministros, o que empobreceria sobremaneira a cadeia de intérpretes da Constituição – além de retirar do debate constitucional boa parte dos argumentos e fatos novos que as situações concretas em sua multiplicidade são capazes de gerar.

Além disso, essa mutação constitucional teria como conseqüência um agigantamento do Supremo Tribunal Federal, o que, ao que parece, geraria uma instabilidade da cláusula de Separação dos Poderes e fomentaria um desequilíbrio entre

os Poderes, com ênfase para o Judiciário, que estaria em posição de implantar políticas constitucionais ao seu gosto, seja por meio de interpretação dos dispositivos constitucionais, seja por meio da anulação de dispositivos de lei e de emendas à Constituição, tudo isso sem a nota de legitimidade democrática parlamentar.

Se o Senado Federal vem ou não exercendo um papel relevante no controle de constitucionalidade por meio da resolução suspensiva é uma questão aberta a interpretações, mas o fato é que a sua atuação sempre foi discricionária, haja vista a natureza política de sua atividade – que impõem a consideração dos elementos de conveniência da medida a ser adotada como uma condicionante de atuação⁷¹. Portanto, o suposto desuso ou modesta relevância que o Senado Federal impôs a esta competência constitucional de suspender lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal – se é que realmente impôs⁷² – não é suficiente para legitimar uma subtração desta competência, a qual, aliás, está elencada no rol de competências privativas desta Casa Parlamentar, o que reforça ainda mais a idéia de que a supressão de tal competência por meio de interpretação constitucional do Supremo Tribunal Federal é inconstitucional.

Neste ponto, o debate acerca da tese de mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal é finalizado, abrindo-se espaço para uma análise mais ampla do processo constitucional e das reformas legislativas vivenciadas pelo ordenamento brasileiro. Tratar-se-á, na seqüência, da relação existente entre a cláusula do devido processo legal, o direito de acesso à justiça e a técnica processual das decisões por amostragem, que parecem representar um perigo potencial a direitos constitucionais como o devido processo legal e o direito de acesso à justiça, além do direito a uma

⁷¹ Nesta análise de conveniência da edição da resolução suspensiva, até mesmo o ônus político de dar aplicabilidade geral a uma determinada decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal é um fator relevante na hora de decidir sobre a expedição do ato normativo – já que é cediço que em muitas ocasiões a jurisdição constitucional funciona como um mecanismo anti-majoritário de defesa dos direitos das minorias e, dependendo das maiorias para se manterem no poder, os Senadores não podem olvidar esse fator político relevante (neste ponto é até possível reconhecer que a política corrompe, em certo sentido, a o exercício de tal competência constitucional). Fora isso, uma própria discordância da decisão de inconstitucionalidade incidental do Supremo Tribunal Federal pode nutrir a rejeição do deferimento de efeito generalizante a esta decisão, mantendo-se, por vontade parlamentar, a eficácia da lei em análise. Não se pode, portanto, fechar a questão em termos de uso ou desuso como signo presuntivo de obsolescência ou não da competência do Senado Federal no controle difuso.

⁷² A recente edição de resoluções suspensivas pelo Senado Federal, entre 2005 e 2007, revelam que o exercício de tal competência está em pleno funcionamento naquela Casa Parlamentar. A título de exemplo tem-se as Resoluções do Senado Federal n° 34 a 44, de 28 de junho de 2005 (Publicadas no Diário Oficial da União de 29 de junho de 2005) e as Resoluções do Senado Federal n° 19, 20 e 21, de 25 de outubro de 2007 (publicadas no Diário Oficial da União de 26 de outubro de 2007).

decisão judicial devidamente fundamentada; tudo em nome de um ideal de celeridade processual encarnado no ordenamento por meio da Emenda Constitucional nº 45/04.

5 O DEVIDO PROCESSO LEGAL, O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA E O DEVER CONSTITUCIONAL DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS EM RELAÇÃO AO IDEAL DE CELERIDADE IMPOSTO PELA EMENDA CONSTITUCIONAL N° 45/04

5.1 Acesso à justiça e devido processo legal em face do ideal de celeridade imposto pela Emenda Constitucional n° 45/04

Em uma série de inovações legislativas, que se iniciaram em 2004 (Emenda Constitucional n° 45/04), passando por 2006 e 2008 (Leis Federais n° 11.417/06, 11.418/06 e 11.672/08), o ordenamento brasileiro passou a admitir a filtragem e barragem de recursos aos Tribunais Superiores, bem como a submissão de instâncias inferiores a súmulas vinculantes, a fim de diminuir a carga de trabalho nos órgãos da justiça brasileira, tornando as decisões dos processos judiciais mais céleres, a partir de um esquema de aproveitamento de entendimentos jurisprudenciais em larga escala, afetando diferentes casos concretos que concomitantemente estiverem em tramitação judicial por questões controversas semelhantes, que envolvam um mesmo material jurídico.

Como podem e devem essas inovações da legislação brasileira ser interpretadas, em prol de sua adequação e melhor ajustamento aos direitos constitucionais decorrentes da comunidade de princípios vigentes na sociedade brasileira, é uma questão da maior relevância, sobretudo porque aspectos como o devido processo legal e o acesso à justiça estão em jogo nessa discussão.

Como se sabe, o ideal de celeridade em nosso ordenamento ganhou bastante força, entrando definitivamente na agenda da política judiciária, a partir da citada reforma do Poder Judiciário, promovida pela Emenda Constitucional n° 45/04, que elevou a celeridade na tramitação de processos judiciais e administrativos ao patamar de direito fundamental e criou mecanismos de unificação da jurisprudência, como a súmula vinculante e a repercussão geral em recursos extraordinários, a fim de garantir efetividade ao ideal de rapidez nas soluções dos conflitos judiciais.

Esses acréscimos constitucionais elevaram em grande medida o papel que a jurisprudência dos Tribunais Superiores pode exercer na definição de rumos e estratégias de atuação dos órgãos judiciários na tarefa de solucionar os casos concretos que sobrecarregam a defasada estrutura do Poder Judiciário brasileiro. Contudo, não se

pode imaginar que essas inovadoras soluções propostas pelo legislador possam ser absorvidas pelo ordenamento sem uma adequada proteção aos direitos constitucionais anteriormente vigentes, sob pena de não se produzir ganhos, senão perdas para os destinatários dos direitos envolvidos.

Nesse ponto, é necessário então mensurar os impactos dessas medidas aceleradoras no processo, para que se possa definir o melhor entendimento sobre suas prescrições, que é o entendimento que preserve em sua essência o direito de acesso à justiça, por meio de um devido processo legal.

5.2 O direito de acesso à justiça e o devido processo legal em um sentido forte

A repercussão geral em recurso extraordinário é um novo requisito de admissibilidade que visa selecionar as questões constitucionais por sua relevância dos pontos de vista econômico, social, político e jurídico. Com seu uso, visa-se a diminuição do fluxo de processos para o Supremo Tribunal Federal. Sua incorporação ao ordenamento vem ao encontro da crítica mais ou menos generalizada de que o Supremo Tribunal Federal não pode perder tempo julgando “briga entre vizinhos”, enquanto há questões constitucionais de maior relevância pendentes, as quais, de uma maneira geral, dizem respeito a interesses sociais difundidos em uma escala mais ampla.

Do mesmo modo, as súmulas vinculantes visam diminuir o número de recursos, fixando entendimento jurisprudencial vinculante que evite que causas abrangidas por suas determinações cheguem ao Supremo Tribunal Federal. Com isso, “mata-se” o processo nos tribunais inferiores, evitando sua ascendência. Aqui, o senso comum em que se baseia a medida é mais ou menos igual ao anterior, o de que o Supremo Tribunal Federal tem coisas mais importantes a decidir, não devendo se ocupar, neste caso, de questões constitucionais já interpretadas por ele.

Esses argumentos são politicamente aceitáveis, razão pela qual uma reforma constitucional que vise a uma melhor racionalização do processo é bastante bem-vinda, desde que não represente perdas irreparáveis à própria finalidade do processo, que é solucionar conflitos, promovendo para as partes o acesso à justiça.

Somente com um cuidado especial é possível garantir um aceleração da tramitação processual no Brasil sem gerar a quebra do devido processo legal e dos direitos com ele correlacionados. Já a súmula vinculante, vale fixar, encontra problemas

maiores, dos pontos de vista teórico e prático, os quais serão devidamente debatidos em um momento posterior desta análise.

Como as questões de legitimidade que se pretende levantar levam em consideração a relação entre essas medidas inovadoras e as cláusulas do devido processo legal e do direito de acesso à justiça, parece válido estabelecer a noção que se tem sobre esses temas de direito constitucional.

A noção de acesso à justiça defendida aqui pretende ir ao encontro de uma bem arquitetada celeridade processual e de encontro com aquilo que a prática e o discurso do Supremo Tribunal Federal parecem sugerir, que demonstram uma busca inflexível ao ideal de celeridade, igualando o direito de acesso à justiça a um direito de menor relevância, resumido a termos de um direito a uma prestação jurisdicional qualquer, desde que se dê em “tempo razoável”.

Primeiramente, há que se refletir em termos práticos o que seria “tempo razoável”, que é um conceito tendente ao abstrato, como a maioria dos conceitos que se extraem da Constituição, mas, como todo conceito, só possui real relevância na medida em que se concretiza⁷³, sendo, portanto, indispensável defini-lo enquanto significado concreto para o processo constitucional. Se se partir do pressuposto que tempo razoável é o tempo minimamente necessário para tratar com a devida adequação as questões em jogo em um caso concreto, esse conceito não pode ser expresso em termos numéricos, posto que diferentes controvérsias revelam diferentes necessidades de tempo e de esforço interpretativo para o seu adequado tratamento⁷⁴.

A concepção de direito até aqui exposta, centrada em princípios, tem como fundamento de legitimidade para as decisões judiciais a argumentação racional produzida pelos intérpretes do direito na solução dos casos concretos. Por essa razão, a noção de acesso à justiça recomendada por essa concepção de direito não pode se resumir aos termos de uma resposta rápida ao jurisdicionado. A resposta em tempo útil

⁷³ Essa noção de conceito é encontrada em Deleuze e Guattari, para quem o conceito é sempre “um todo fragmentário”. Um todo porque busca a universalidade, e fragmentário porque se prende ao recorte da análise, vale dizer, ao problema que visa solucionar. Disso decorre a incompletude intransponível à idéia de conceito. (Cf. DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *O que é a filosofia*. Tradução Bento Prado Júnior e Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Editora 34, 2000. p. 27 et seq.)

⁷⁴ Portanto, percebe-se de imediato que programas de metas para o Poder Judiciário, como aqueles propostos pelo Conselho Nacional de Justiça em sua política judiciária, que imponham número de processos a serem julgados em um determinado prazo, sem se atentar para as diferentes complexidades que esses casos apresentam, não revela a adequada concepção de tempo razoável em sua relação com o caso concreto.

é antes um pressuposto do que uma meta do acesso à justiça, assim como a própria acessibilidade às instâncias judiciais.

O direito de acesso à justiça é, portanto, composto por alguns pressupostos como: condições universais de acesso ao aparato judiciário (o que envolve a necessidade de um número adequado de juízes, defensores públicos, etc.); análise efetiva dos fatos e provas produzidas no processo (impedindo a reprodução em escala de decisões de um mesmo órgão, sob o pretexto de identidade das causas); compatibilidade entre o tempo de duração do processo e o tempo útil de fruição dos direitos em litígio (o que justifica, por exemplo, porque as causas que envolvem idosos mereçam certa prioridade em sua tramitação); etc.

Só que essas condições gerais de acesso à justiça não podem ser confundidas com a natureza das determinações do direito de acesso à justiça. Esta só pode ser identificada sob a perspectiva de um direito de obter do Poder Judiciário (ou da Administração Pública) uma resposta adequada do ordenamento, em casos envolvendo direitos e situações jurídicas abrigadas por ele. É, portanto, um direito mais robusto, que exige uma determinada postura dos órgãos incumbidos da função de solucionar os conflitos de direito da sociedade.

E esta concepção do direito de acesso à justiça tende a negar a visão positivista sobre o significado da atividade de interpretação das normas, que se resume à identificação dos possíveis sentidos que o enunciado lingüístico contido no dispositivo das normas jurídicas possibilite ao operador do direito. O próprio Kelsen, ao fazer referência à atividade interpretativa decorrente da aplicação das normas jurídicas, considera que “o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem⁷⁵.” Ou seja, ao interpretar a norma, as questões circunstanciais do caso concreto não produzem qualquer influência relevante para a produção do sentido desta norma, já que este sentido é devidamente apreendido por uma análise cognitiva do texto legal tão somente. E quando as palavras usadas pelo legislador dão ao intérprete várias significações possíveis, não há, assim, uma única solução correta para a aplicação da norma ao caso concreto, sendo todos os sentidos identificados na interpretação igualmente adequados.

⁷⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 5. ed. Tradução João Batista Machado. Coimbra: Armênio Amada Editor (Sucessor), 1979. p. 467.

Por essa razão, para Kelsen, do ponto de vista do Direito Positivo, “a produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicanda é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato⁷⁶.”

Pode-se até reconhecer que essa constatação do jurista austríaco não leva diretamente à consequência de que em nenhuma circunstância será possível igualar a decisão tomada por um juiz que interpreta as normas desta maneira ao adequado acesso à justiça, até porque alguns casos não são tão controversos e podem perfeitamente reagir bem a uma interpretação como essa. Contudo, é nos casos em que a lei gera dúvidas em sua aplicação, dadas as condições de fato do caso concreto ou a linguagem abstrata do legislador, que a proposta positivista revela-se completamente inaceitável do ponto de vista do acesso à justiça.

Isso porque quando o intérprete não pode semanticamente identificar o direito das partes em uma leitura textual da norma, a solução positivista reconhece que qualquer decisão tomada pelo juiz é Direito, pelo simples fato de decorrer de um órgão com competência para interpretar o Direito, igualando nestes casos a interpretação a um juízo de livre criação do Direito em face da ausência de norma aplicável⁷⁷. No trecho abaixo, pode-se identificar melhor isso:

A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito. [...]A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa. Através de uma interpretação autêntica deste tipo pode criar-se Direito, não só no caso em que a interpretação tem caráter geral, em que, portanto, existe interpretação autêntica no sentido usual da palavra, mas também **no caso em que é produzida uma norma jurídica individual através de um órgão aplicador do Direito**, desde que o ato deste órgão já não possa ser anulado, desde que ele tenha transitado em julgado.⁷⁸

Ou seja, ainda quando uma interpretação do direito das partes decorre de puro decisionismo do magistrado ou do tribunal, a teoria positivista reconhece-a como

⁷⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 5. ed. Tradução João Batista Machado. Coimbra: Armênio Amada Editor (Sucessor), 1979. p. 470.

⁷⁷ Dworkin ressalta isso quando, em crítica ao positivismo, coloca em evidência essa discricionariedade outorgada aos juízes nos casos em que a lei não traz claramente uma resposta para um caso concreto. Segundo ele: “Positivists hold that when a case is not covered by a clear rule, a judge must exercise his discretion to decide that case by what amounts to a fresh piece of legislation.” (DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1999. pp. 30-31.)

⁷⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 5. ed. Tradução João Batista Machado. Coimbra: Armênio Amada Editor (Sucessor), 1979. pp. 470-71.

autêntica, por ser essa uma decisão que produz legalmente o direito para as partes, levando em consideração uma perspectiva formal de impossibilidade de reforma dessa decisão a partir do seu trânsito em julgado.

Essa concepção do direito centrada no livro de regras difere em grande medida da concepção do direito centrada em princípios. Em decorrência disso, também a noção de acesso à justiça é bastante diferente. Primeiramente, cumpre notar que para a própria ciência positivista do Direito não importa que uma decisão, quer legislativa quer judiciária, seja “justa” nos termos de qualquer teoria sobre a justiça, até porque não é tarefa do cientista do Direito aferir a justiça de uma medida política positivada no ordenamento, mas apenas constatar a regularidade formal do ato que deu origem a essa positivação.

Já aos juízes, que são aplicadores do Direito positivo, não cabe fugir das normas positivas de direito que eventualmente “se apliquem” ao caso sob julgamento para dar vazão a uma solução qualquer que julguem mais justa naquela situação, por ser mais importante do ponto de vista do direito positivo que uma norma regularmente ingressa no ordenamento tenha eficácia, gerando a sensação de segurança jurídica, do que uma suposta e não anteriormente prevista solução seja tomada em situações de conflito envolvendo os cidadãos de uma comunidade, mesmo que se baseie em um pretexto qualquer de justiça.

Em um ambiente no qual as decisões judiciais devem se basear sucintamente nestas premissas, a noção de direito de acesso à justiça que se pode esperar, já que o conteúdo das determinações desse direito não importa tanto quanto o fiel cumprimento das regras de direito, é apenas uma noção de acesso ao Poder Judiciário, sendo mais importante que o jurisdicionado receba uma decisão do magistrado – cumprindo-se a regra de acesso aos órgãos de justiça – do que efetivamente receba um tratamento justo pelos órgãos e instâncias de poder incumbidas da função de solucionar os conflitos de direito em uma sociedade.

É, portanto, perfeitamente compreensível que em um ambiente positivista a justiça do caso concreto seja relegada a segundo plano, em nome de um ideal de segurança jurídica que, a longo prazo, seria mais interessante para o ordenamento do que o contentamento do jurisdicionado com o tipo de resposta recebido em uma decisão judicial. Só que essa concepção revela-se completamente inaceitável para um Estado Democrático de Direito, que convenha ser regido não apenas por regras, mas também por princípios. Isso porque a natureza das determinações de um direito, em uma

concepção principiológica, é mais importante do que qualquer segurança que se possa querer atribuir ao direito por intermédio da previsibilidade do seu conteúdo e da aplicação mecânica de suas normas.

Por isso, em uma concepção de direito centrada em princípios, o direito de acesso à justiça não se restringe à possibilidade de acesso a qualquer resposta do Poder Judiciário, mas a uma resposta que esclareça por meio de argumentos a interpretação dada pelo magistrado ao material jurídico, mostrando honestamente os fundamentos de sua decisão, que não se encontram na literalidade das leis nos casos difíceis, mas na compreensão que o magistrado possui dos princípios vigentes no ordenamento em sua interação com o direito em disputa pelas partes.

Tendo em vista essas diferenças entre uma concepção positivista, centrada em regras, e uma concepção centrada em princípios, não se pode conceber como legítima, num ordenamento do segundo tipo, uma decisão qualquer de um órgão jurisdicional, mesmo que se fundamente em uma suposta moldura interpretativa da norma, ou, na ausência de moldura aplicável ao caso concreto, fundamente-se em um juízo qualquer de prudência ou de justiça do magistrado, porque não é esse tipo de resposta que cumpre o papel do devido processo legal e que gera, por conseguinte, o efetivo acesso à justiça para o jurisdicionado em um Estado Democrático de Direito.

A validade da decisão do magistrado não é, portanto, uma questão de mera competência legal ou de correta compreensão da moldura interpretativa das normas, mas envolve a própria qualidade da decisão proferida por ele, mensurada através da argumentação racional utilizada para decidir, o que envolve necessariamente o enfretamento dos argumentos produzidos pelas partes, bem como as características relevantes que o caso concreto apresenta. Uma decisão tomada nesses termos não apenas garante uma melhor compreensão do direito das partes, como também garante às partes e à sociedade em geral avaliar a sua correção, posto que os motivos de convencimento do magistrado deverão estar devidamente expostos em sua decisão.

Isso torna o direito realmente seguro, não do ponto de vista de sua previsibilidade de conteúdo, que é um ideal positivista inatingível em sociedades hiper complexas como as atuais – ideal esse que ainda tem ampla aceitação sob o epíteto de segurança jurídica –, mas pela estabilização das expectativas dos indivíduos, os quais confiam na legitimidade das decisões judiciais, exatamente por reconhecerem que elas estão vinculadas à obrigação de argumentação racional que o direito gera para os seus aplicadores.

Neste ponto, reconhece-se então a única justiça possível para os homens, que é a justiça performativa do caso concreto, baseada na postura e nos procedimentos utilizados pelo intérprete em sua análise e solução das questões fáticas postas sob sua responsabilidade, e não em conteúdos abstratos de justiça extraídos de teorias genéricas sobre o justo. Sobre essa concepção procedimental de justiça, pode-se extrair valiosas considerações de Jacques Derrida, o qual, apesar de não ser um teórico da justiça (até por que sua convicção é no sentido de que o conteúdo da justiça não é apreensível abstratamente por uma teoria), faz uma exposição bem fundada da concepção de justiça que a sua teoria desconstrutivista propõe para o direito.

Segundo ele, a autoridade da lei ou do direito possui um fundamento místico, que não guarda em si o conteúdo da justiça, mas uma mera violência ou força performativa. Em linhas gerais, o autor descreve assim o fenômeno:

[...] a operação de fundar, inaugurar, justificar o direito, fazer a lei, consistiria num golpe de força, numa violência performativa e portanto interpretativa que, nela mesma, não é nem justa nem injusta, e que nenhuma justiça, nenhum direito prévio e anteriormente fundador, nenhuma fundação preexistente, por definição, poderia nem garantir nem contradizer ou invalidar. Nenhum discurso justificador pode, nem deve, assegurar o papel de metalinguagem com relação à performatividade da linguagem instituinte ou à sua interpretação dominante. O discurso encontra ali seu limite: nele mesmo, em seu próprio poder performativo. É o que proponho aqui chamar, deslocando um pouco e generalizando a estrutura, o místico.⁷⁹

Não há como estabelecer o justo ou a justiça, porque sempre há um momento fundante do discurso em que não há nada além da violência. Logo, o direito é considerado por Derrida “uma força autorizada, uma força que se justifica ou que tem sua aplicação justificada⁸⁰.” É no momento da aplicação, por meio dos procedimentos de interpretação, que a justiça ganha espaço no direito.

Nesse sentido, a justiça acaba sendo uma experimentação do impossível, porque não pode ser definida abstratamente, mas somente a partir da desconstrução permanente do direito, que leva o intérprete que assume uma responsabilidade de justiça em relação ao direito à necessária suspensão da validade dos conceitos que compõem os sentidos atribuídos às normas, um momento em que o intérprete reavalia a legitimidade das normas que irá aplicar, gerando uma espécie de *epoché* que o coloca em situação crítica em relação ao conteúdo do direito.

⁷⁹ DERRIDA, Jacques. *Força de lei*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. pp. 24-25.

⁸⁰ *Ibid.* p. 7.

Exatamente por esse seu caráter performativo, a justiça não cabe nas balizas de conceitos substantivos⁸¹. Por isso, Derrida explica que “não se pode falar diretamente da justiça, tematizar ou objetivar a justiça, dizer isto é justo e, ainda menos, eu sou justo, sem trair imediatamente a justiça⁸².”

É preciso, contudo, entender que há uma distinção clara entre direito e justiça, que só se aproximam na medida em que um recorre ao outro durante a sua aplicação. O direito recorre à justiça para justificar o uso da força. E a justiça recorre ao direito para se impor, já que depende da força para sua imposição. Isso fica bastante evidente em Derrida no seguinte trecho: “se a justiça não é necessariamente o direito ou a lei, ela só pode tornar-se justiça, por direito ou em direito, quando detém a força, ou antes quando recorre à força desde seu primeiro instante, sua primeira palavra⁸³.”

⁸¹ Em uma sociedade heterogênea, como todas as atuais, não há apenas um conceito de justiça ou do justo. Isso porque os diferentes pontos de vista morais criam distanciamentos inevitáveis entre diferentes segmentos sociais. Desta forma, o conceito de justiça adequado é aquele que cria condições de diálogo entre os destinatários da norma, possibilitando a eles externarem suas diversas concepções e criando consensos civilizatórios pontuais no tempo e no espaço, uma vez que a tensão social continuará sendo travada entre os diferentes atores da sociedade. Habermas parece tratar com consciência dos problemas relacionados à interação constitutiva entre direito e moral. O direito, por assim dizer, é autônomo em relação à moral (é aplicado de fora para dentro, de forma forçosa, e não enquanto um mero imperativo categórico, de assimilação voluntária), mas não pode subtrair-se ao juízo moral procedimental que lhe atribui a legitimação dos conteúdos de direito normatizados, sob pena de se confundir direito e política. Por isso, Habermas esclarece que “um sistema jurídico não adquire autonomia somente para si mesmo. Pois ele só é autônomo na medida em que os processos institucionalizados da legislação e da jurisdição garantem uma formação imparcial da opinião e da vontade, abrindo assim o caminho para a entrada da racionalidade moral procedimental no direito e na política. E não pode haver direito autônomo sem a consolidação da democracia” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. v. 2. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003). Como diferentes concepções morais dão ensejo a diferentes ideais de justiça substantiva, não é possível, em uma sociedade heterogênea, tematizar e definir o justo, senão enquanto procedimento institucionalizado de debate democrático e formação de consensos situados no tempo e no espaço. Por isso a desconstrução dos conceitos jurídicos e da própria validade apriorística de suas prescrições, conforme recomendado pela teoria de Derrida, impõem um compromisso permanente com a justiça, ao modo procedimental elaborado por Habermas, vale dizer, através de procedimentos institucionalizados em um ambiente democrático. Quem também reforça esta idéia é Michael Rosenfeld, que em seu ensaio sobre *A identidade do sujeito constitucional*, perfaz os caminhos da construção e reconstrução desta identidade constitucional, sempre complexa e incompleta, posto que, enquanto identidade, precisa assimilar os constructos paralelos de outras identidades sociais, como as religiosas e étnicas, sem com elas se confundir, sob pena de perder a própria distinção entre o eu (sujeito da identidade constitucional) e o outro (demais identidades formadas no seio da sociedade). Só assim é possível construir uma identidade constitucional que transita da negação à metáfora (ou seja, do processo de negação das identidades segmentadas em suas perspectivas não conciliáveis e assimilação de seus aspectos consensuais com as outras identidades) e se completa com a metonímia (que é a condensação de tudo aquilo que das identidades segmentadas foi assimilado), formando então uma identidade distinta daquelas segmentadas, mas fragmentadamente composta por elas. Mas como em uma sociedade pluralista as identidades paralelas mudam de forma incessante, também a identidade constitucional precisa de permanente reconstrução, sendo, portanto, a incompletude e a complexidade da identidade constitucional marcas indelévels do pluralismo que ela consagra como princípio instituinte. (Cf. ROSENFELD, Michael. *A identidade do sujeito constitucional*. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 51 et. seq.)

⁸² DERRIDA, Jacques. *Força de lei*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 17.

⁸³ DERRIDA, Jacques. *Força de lei*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 17.

Essa relação direta entre justiça e força retratada por Derrida é extraída do pensamento de Blaise Pascal, para quem “é justo que aquilo que é justo seja seguido”, enquanto que “é necessário que aquilo que é mais forte seja seguido⁸⁴.” Dessas considerações, é possível depreender que quando os homens tornam necessário que o justo seja seguido, por uma exigência social de legitimidade das ações, por exemplo, é preciso então tornar forte o que é justo. E isso só é possível unindo a justiça ao direito, que é o exercício da força justificado.

É nesse contexto, portanto, que nasce a necessária relação entre justiça e direito. Isso porque, como observa Pascal, “não podendo fazer com que aquilo que é justo fosse forte, fizeram com que aquilo que é forte fosse justo⁸⁵.” Neste ponto explica-se a concepção de justiça como uma experimentação do impossível, porque ela deve ser entendida como “uma vontade, um desejo, uma exigência de justiça, cuja estrutura, não fosse uma experiência da aporia, não teria nenhuma chance de ser o que ela é, a saber, apenas um apelo à justiça⁸⁶”. É, portanto, um apelo que condiciona o intérprete no momento de aplicação do direito.

Isso porque, como observado por Derrida:

“Se eu me contentasse com a aplicação de uma regra justa, sem espírito de justiça e sem inventar, de certa maneira, a cada vez a regra e o exemplo, eu estaria talvez a salvo da crítica, sob a proteção do direito, agiria de modo conforme ao direito objetivo, mas não seria justo.”⁸⁷

Em resumo, pode-se dizer que, se a justiça não se encontra envolta nas regras abstratas, mas nos atos singulares de justiça, o caminho que reconcilia a justiça e o direito é uma incessante postura indagadora e interpretativa do material jurídico posto à disposição daqueles que tem a tarefa de julgar segundo as normas de direito, com a finalidade de tentar dar respostas justas aos casos concretos que se lhe apresentem para análise. Ou seja, uma postura desconstrutivista em relação ao direito é, nesse sentido, a realização da justiça.

⁸⁴ PASCAL, Blaise. *Pensamentos*. Introdução e nota de C.H. Des Granges. Tradução de Sérgio Milliet. 2. Ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1961. p. 127.

⁸⁵ *Ibid.* p. 127.

⁸⁶ DERRIDA, Jacques. *Força de lei*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 30.

⁸⁷ *Ibid.* p. 31.

Por isso Derrida aponta a “tarefa de uma memória histórica e interpretativa”⁸⁸ como elementos que estão no cerne de uma desconstrução do direito enquanto justiça. Para ele, “a desconstrução já está empenhada, comprometida com essa exigência de justiça infinita”⁸⁹, a qual demanda incessantemente “um questionamento sobre a origem, os fundamentos e os limites de nosso aparelho conceitual, teórico ou normativo em torno da justiça.”⁹⁰

Nesse ponto, a teoria de Dworkin do direito como integridade parece responder bem a essa exigência de justiça imposta pela teoria de Derrida. Isso porque, como bem observa Jürgen Habermas, “a teoria do juiz Hércules reconcilia as decisões racionalmente construídas do passado com a pretensão à aceitabilidade racional no presente, ou seja, reconcilia a história com a justiça”⁹¹.

É com base nessas concepções de direito e de justiça que o direito de acesso à justiça deve ser entendido não apenas como o direito a um pronunciamento judicial qualquer (contanto que seja célere), e sim como um direito de significação mais forte, que exige certa postura interpretativa do juiz no momento de aplicar as normas aos casos concretos, porque exige do intérprete o devido comprometimento com o apelo à justiça de que falou Derrida. O direito de acesso à justiça revela-se, portanto, o direito a um pronunciamento judicial adequado, que parta da análise de todas as circunstâncias relevantes levantadas pelos casos concretos e da consideração da adequação que diferentes precedentes, que possuam alguma relação com a questão de direito em julgamento, possam ter naquele caso (indicando, inclusive, por que e em que medida devem ou não ser aproveitados ali), e não somente de uma análise alienígena do conteúdo das leis, a partir dos textos.

Portanto, é enquanto apelo à justiça – ligando-se então o conceito de justiça ao procedimento de formação das decisões judiciais, que devem ser fundamentadas a partir de discursos de aplicação – que deve ser entendido o sentido forte do direito de acesso à justiça. Por essa razão, parece que a correta acepção do direito de acesso à justiça deve levar em conta a cláusula do devido processo legal. Isso porque, se o direito de acesso à justiça é um apelo a que se faça justiça nos casos concretos, e esse apelo é devidamente cumprido a partir da tarefa incessantemente interpretativa e argumentativa

⁸⁸ DERRIDA, Jacques. *Força de lei*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. pp. 36-37.

⁸⁹ *Ibid.* p. 37.

⁹⁰ *Ibid.* p. 37.

⁹¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v.1. Tradução de Fábio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 264.

assumida pelo aplicador do direito, só é possível realmente falar em realização da justiça por meio do respeito ao devido processo legal, que é a condicionante jurídica para que os indivíduos sejam molestados pelo poder coercitivo do Estado, nos termos dos incisos LIII a LV da Constituição Federal.

5.3 A noção de devido processo legal que viabiliza o adequado acesso à justiça

Por devido processo legal, no contexto desta dissertação, compreende-se não apenas o cumprimento formal das etapas processuais estabelecidas pelas leis em vigência, mas também o cumprimento, na relação processual, do ideal de igual consideração e respeito que a integridade política recomenda, o que submete o órgão aplicador do direito ao necessário encontro e enfrentamento das questões e provas produzidas pelas partes em juízo, e não apenas daquelas que foram necessárias para a formação da convicção íntima do magistrado.

Neste ponto, pode-se afirmar que o suposto princípio de livre convencimento do juiz, da forma como vem sendo entendido por grande parte dos magistrados, não encontra suporte no direito constitucional, por se revelar uma afronta ao devido processo legal. Esse chamado “princípio processualista” precisa ser urgentemente revisitado, porque parece ser um dos legados deixados pelo positivismo jurídico, que atribuía aos juízes grande margem de discricionariedade, e reconhecia a legitimidade das decisões judiciais em outro campo, que não o da argumentação; o campo da autoridade.

Esta parece não ser uma proposta viável diante de uma concepção de direito centrada em princípios, já que o processo lógico de compreensão e solução de conflitos judiciais deve seguir o caminho contrário daquele recomendado pela proposta positivista. Não se pode, portanto, partir da resposta do caso para a sua justificação – como se a decisão envolve-se uma mera escolha subjetiva do magistrado. Deve-se, sim, partir da concreta análise do caso para se chegar a sua resposta, que terá que ser devidamente fundamentada por uma argumentação racional, já que a decisão deve-se dar por intermédio de normas jurídicas e não de valores subjetivos⁹².

⁹² Essa parece ser uma dificuldade da teoria positivista quando tenta dar vazão à aplicação de princípios. Isso porque, como os princípios não possuem uma moldura interpretativa fechada, como as regras, que se limitam aos termos literais, finalísticos e sistemáticos das prescrições legais, um positivista tende a identificar a aplicação dos princípios a uma escolha valorativa do intérprete, na medida em que não há texto legislativo correspondente àquela prescrição decisória decorrente da aplicação de um princípio.

Entretanto, como em um ambiente positivista as normas são reconhecidas como detentoras de sentido próprio, apartado de qualquer relação com as situações concretas, é possível admitir em face dessa concepção de direito que o juiz, na análise detida da norma, tome sua decisão e explique-a, a partir da perspectiva interna de compreensão dessa norma, e não da compreensão e da análise das situações concretas levadas a seu juízo. Por isso, não há que se preocupar com o enfrentamento de todas as questões postas juízo, porque elas são “irrelevantes” a partir do momento em que o intérprete já identificou o sentido da norma a ser aplicada.

Só que diante de casos difíceis e questões controversas não sanáveis a partir de uma leitura fraseológica das normas, o positivismo não oferece uma solução alternativa que esteja comprometida com a realização da justiça no caso concreto, posto que autoriza o magistrado a tomar qualquer decisão, sendo assim o direito das partes resumido a essa decisão, pelo simples fato de decorrer de uma autoridade competente para proferi-la e de não ser mais passível de reforma por conta do seu trânsito em julgado. A natureza das determinações daquela decisão não é o mais relevante, nem tampouco o destino que ela sentenciou às partes envolvidas no caso. Isso parece a própria negação do direito de acesso à justiça, e não a sua realização.

É exatamente para realizar a justiça do caso concreto, e evitar que as decisões judiciais fiquem a cargo da discricionariedade dos magistrados, que em uma concepção do direito centrada em princípios a decisão parte da análise detida do caso concreto, tendo-se como resultado, e não como pressuposto, o sentido adequado da norma naquela situação, que será apreendido levando-se em conta todas as circunstâncias relevantes do caso, e não por meio de uma interpretação semântica dos textos, que ignore a relevância dos fatos concretos.

Por isso, o conceito que parece efetivamente representar o direito de acesso à justiça em um sentido forte é aquele produzido pela concepção de direito centrada em princípios, que liga a realização da justiça ao cumprimento de um devido processo legal,

Contudo, essa postura deve ser rejeitada, já que os princípios são sim normas jurídicas, apesar de não extraíveis da literalidade dos preceitos legislativos. Isso porque, o sentido de norma jurídica aqui adotado transcende à idéia de texto de lei. Nem as regras e nem os princípios estão contidos na “letra da lei”. As normas jurídicas sofrem influências da realidade subjacente à sua concretização, e isso se reflete na própria produção de significado decorrente do processo interpretativo. Ou seja, uma regra jurídica não possui como atributo a previsibilidade do seu conteúdo como um todo. Por isso, tanto regras quanto princípios são normas jurídicas, na medida em que, apesar de não terem seu conteúdo previsível em uma moldura interpretativa, tangenciam a tarefa do intérprete, na medida em que o ônus argumentativo que lhe incumbe irá lhe frear as ambições interpretativas, pois qualquer interpretação terá que ser precedida de uma argumentação racional que a justifique.

porque é a partir de um procedimento justo – que assegure a real análise e enfrentamento dos problemas singulares levantados nos casos concretos, bem como das possibilidades interpretativas do material jurídico – que se pode chegar a uma solução justa, que, independentemente do fato de frustrar ou absorver as aspirações das partes, revelam a elas a igual consideração e respeito que tiveram do magistrado. É uma decisão que, portanto, não negou às partes a possibilidade de participar do processo de formação da solução apresentada pelo magistrado. Deu-se oportunidade a elas de influenciarem a decisão final tomada no processo, por meio de suas propostas interpretativas, argumentos e provas, revelando a igual consideração que o juiz dispensou a ambas as partes na análise do caso concreto.

Em resumo, o direito de acesso à justiça revela o seu sentido forte no apelo à justiça do caso concreto, e não a partir de um conceito de acesso aos órgãos do Poder Judiciário – o que é seu pressuposto, e não sua finalidade. Mas, para que se alcance esse sentido forte, é necessário atribuir ao devido processo legal um sentido igualmente forte, que possibilite a efetiva realização da justiça no caso concreto. Por isso, esses dois direitos fundamentais complementam-se, da mesma maneira como foi sugerido que se complementam o direito e a justiça. Ou seja, o devido processo legal só é alcançado se revelar em sua atividade a produção de justiça no caso concreto, enquanto que a justiça, por ser performativa e depender do direito para sua realização, só pode ser alcançada por meio do devido processo legal, que pressupõe o caso concreto e o cumprimento do apelo à justiça ali firmado. Só assim, então, realizando a justiça por meio do devido processo legal, é possível fazer com que o que é justo (que só poderá ser descoberto no próprio caso concreto) seja forte o suficiente para ser seguido.

É nessa relação entre o direito e o caso concreto que se dá a permanente realização da justiça, na exata medida em que a aplicação do direito revele um procedimento justo de solução do caso concreto, o que se dá por meio do devido processo legal. Mas o processo, como um todo, precisa ser revisitado para que se dê a ele essa noção de complementaridade da função interpretativa do direito. Ora, se o processo deve ser de tal maneira que o seu desenrolar influencie o próprio sentido da norma a ser aplicada ao caso concreto, ele não pode ser visto como um mero conjunto de atos seqüenciais que culminam com uma sentença. Ele deve posicionar-se como parte integrante do processo investigativo da norma. Deve, portanto, ser um meio eficaz de construção do sentido da norma a ser aplicada, a qual, como já foi dito, terá influência imediata dos fatos trazidos pelas partes a julgamento.

Neste ponto, parece bastante evidente que uma concepção de processo como essa depende de uma dialética processual. E essa dialética só é alcançável no processo por meio do contraditório. Por isso, o conceito de processo que serve à concepção de direito aqui defendida deve elevar o contraditório à posição de elemento essencial do processo. Uma teoria sobre o processo que traz o contraditório para esse patamar é a desenhada por Elio Fazzalari, para quem o processo define-se como um “procedimento em contraditório”. Ou seja, há uma diferença entre essa concepção processual e a concepção processual de Marco Tulio Liebman (inspirada em Bülow e Chiovenda), a qual influenciou a produção do Código de Processo Civil Brasileiro.

Para Liebman, a ênfase do processo está na “relação jurídica entre partes”. Por isso, a análise das condições da ação e dos pressupostos processuais se dá no momento inicial do processo e são determinantes para a formação da relação processual. É essa relação entre partes que caracteriza o processo, e não a dialética produzida no decorrer dos atos processuais. Portanto, uma vez formada essa relação, o contraditório é apenas uma forma de trazer ao juiz as informações necessárias à formação de sua convicção íntima, a qual, uma vez formada, independe dessa dialética para decidir o caso concreto.

Não é da essência do processo, portanto, o contraditório. Se há condições da ação e pressupostos processuais, há processo e haverá decisão com análise de mérito, a qual, muitas vezes, se dá ao largo dos fatos e provas produzidos pelas partes, já que a convicção íntima do juiz, uma vez firmada, não depende mais da dialética produzida no processo. É o chamado livre convencimento motivado do juiz, que o obriga a fundamentar a decisão tomada, mas não o impele a considerar com igual atenção todas as nuances e fatos levantados pelas partes durante a produção de suas provas e argumentos no decorrer do processo. Aqui, não há uma clara distinção entre processo e procedimento, já que o procedimento é apenas a forma pela qual se dá os atos processuais, os quais, em conjunto, são o processo.

Mas para Fazzalari há essa distinção, e ela influencia diretamente na própria concepção de processo que ele trabalha. Segundo ele, procedimento é “uma seqüência de atos, os quais são previstos e valorados pelas normas⁹³”. Já o processo, possui uma característica relevante que o distingue das demais formas de procedimento. Essa característica é exatamente o contraditório, conforme ressalta Fazzalari:

⁹³ FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Campinas: Bookseller Editora e Distribuidora, 2006. p. 114.

Não basta, para distinguir o processo do procedimento, o relevo que no processo tem a participação de mais sujeitos, cujos atos que o constituem são movido não somente pelo autor do ato final, mas também por outros sujeitos. [...]É necessária alguma coisa a mais e diversa; uma coisa que os arquétipos do processo nos permitem observar: a estrutura dialética do procedimento, isto é, justamente, o contraditório. Tal estrutura consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades; na relevância das mesmas para o autor do provimento, de modo que cada contraditor possa exercer um conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas dos resultados.⁹⁴

Por essa razão, Fazzalari nega que a natureza do processo esteja no conflito de interesses, e que sua essência seja a relação processual triangular entre o juiz e as partes. Para ele, o conflito de interesses pode até motivar uma atividade mediante processo, mas apenas quando essa atividade se dê em termos dialéticos. Segundo o autor, “na ausência de tal estrutura, é vão indagar acerca de um atual ou eventual conflito de interesses: onde é ausente o contraditório – isto é, onde inexista a possibilidade, prevista pela norma, de que ele se realize – não existe processo⁹⁵”.

Uma vez incorporada ao processo constitucional brasileiro essa concepção teórica, que identifica o contraditório na estrutura do processo, modifica-se, portanto, a própria idéia de devido processo legal, que deixa de significar um conjunto de atividades processuais previstas em lei para se tornar algo mais substancial, que é o desenvolvimento de um procedimento em contraditório. Se não há contraditório, não há devido processo legal, e se não há devido processo legal, nula é qualquer decisão que se imponha ao jurisdicionado.

Até porque, é cediço que a legitimidade das decisões dos magistrados em um Estado Democrático de Direito está atrelada a um fundamento mais sólido do que a autoridade do órgão julgador, uma vez que a resposta que se espera do magistrado, dadas as complexidades de um ordenamento regido por princípios e regras, envolve o tratamento adequado das situações de fato que tangenciam e testam a todo momento os limites do material jurídico à disposição dos magistrados, bem como a própria validade dos conceitos produzidos em seqüência pela jurisprudência.

Por isso, a idéia de que os juízes estão obrigados a fundamentar as decisões tomadas no caso concreto é de extrema importância para o desenvolvimento do devido

⁹⁴ FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Campinas: Bookseller Editora e Distribuidora, 2006. p. 119-120.

⁹⁵ *Ibid.* p. 121.

processo legal, posto que é na decisão final que o magistrado demonstra ter partido ou não das situações concretas do caso sob análise para chegar à sua solução, bem como ter ou não enfrentado essas situações com a igual consideração e respeito que nutre o ideal de integridade no processo e no direito como um todo.

Isso porque, se ao final do processo, o magistrado não enfrenta os fatos e argumentos produzidos pelas partes, e dá ao caso uma solução intimista que parte da análise da norma pela norma, ele pode até ter cumprido formalmente a sua função jurisdicional de resolver o conflito, mas não a terá cumprido nos moldes impostos pelo Estado Democrático de Direito, ou seja, por meio da garantia de um devido processo legal aos jurisdicionados, o que significa o desenvolvimento de um procedimento em contínuo contraditório.

E, para dar cumprimento efetivo a esse devido processo legal, o contraditório tem que ser, além de essencial ao regular desenvolvimento do processo, influente nas razões de decidir do magistrado. Isso porque, se a decisão do juiz passar ao largo das considerações fático-jurídicas das partes, esse contraditório de nada valerá ao processo, uma vez que, no fim das contas, o julgador tratou as partes com “igual desconsideração e (des)respeito”, o que é o inverso do ideal de integridade exigido pelo Estado Democrático de Direito.

Mas, se essas colocações são realmente verdadeiras e, de fato, a fundamentação das decisões judiciais é um elemento essencial para a experimentação do contraditório no processo, alguns conceitos, como aquele de livre convencimento motivado e o próprio conceito de decisão fundamentada (art. 93, IX, da Constituição Federal) precisam ser revisitados, uma vez que é de extrema importância que esses conceitos estejam ligados à versão forte de devido processo legal e de acesso à justiça até aqui defendidas.

Portanto, trazer à tona uma concepção coerente desses princípios do processo constitucional é essencial nesta altura da análise. Esta tarefa será reservada ao tópico seguinte, no qual a teoria de Klaus Günther sobre discursos de justificação e de aplicação será utilizada como fundamento para uma releitura de dispositivos constitucionais e práticas processuais arraigadas no ordenamento brasileiro.

5.4 Decisão fundamentada e devido processo legal: um convite ao discurso de aplicação da teoria argumentativa de Klaus Günther

Tratar do devido processo legal como um procedimento essencialmente dialético, regido, portanto, pelo contraditório em todas as suas fases, envolve a necessidade de dar uma compreensão ampla do que seja o regular desenvolvimento de um contraditório no âmbito do processo, bem como entender em que medida o contraditório cria condições reais de legitimidade para a decisão final de um caso concreto.

Isso porque, se o contraditório for equiparado no processo a uma espécie de “muro das lamentações” (que dá às pessoas a oportunidade de externarem suas frustrações, mas não lhes possibilita nenhum meio de mudar a realidade ao seu redor), muito pouco ele terá a agregar ao processo, uma vez que será apenas um meio pelo qual as partes poderão externar suas versões da causa, mas, ao final, dada a completa distância entre a decisão judicial e as considerações feitas pelos contraditores no processo, não terá nenhuma possibilidade de influenciar a decisão tomada pelo magistrado. Uma concepção de contraditório como essa derruba por completo toda a arquitetura implementada na construção de uma versão forte do devido processo legal e do direito de acesso à justiça.

É, portanto, indispensável fundar a relevância estrutural do contraditório para o processo em uma teoria que vincule o magistrado a uma adequada consideração do substrato fático e argumentativo produzido pelos contraditores durante o seu desenvolvimento. A teoria argumentativa de Klaus Günther parece criar as condições ideais para um adequado aproveitamento do contraditório no processo. O referido autor alemão faz uma distinção básica entre discursos de justificação, voltados para a elaboração das normas, e discursos de aplicação, voltados para a sua concretização.

Segundo Günther, as sociedades encontram-se tangenciadas por uma dupla contingência de limitação de tempo e de conhecimento incompleto. Essa dupla contingência torna a tarefa positivista de elaborar normas auto-suficientes, vale dizer, normas cujo conteúdo absorva todas as situações fáticas possíveis em uma sociedade, impossível, dado que as normas, expressas em textos elaborados por indivíduos tangenciados pela dupla contingência inarredável de tempo e conhecimento, não têm como se sobrepor a essa barreira limitante do discurso.

Por isso, as condições de reciprocidade que tornam o direito legitimamente reconhecido pelos cidadãos só podem ser alcançadas se, por um lado, o legislador tiver a adequada compreensão e der o adequado tratamento a todos os interesses simetricamente envolvidos durante o processo de elaboração das normas, levando em consideração todos esses interesses, ou seja, tratando-os com igual consideração e respeito (dimensão política do princípio da integridade), enfim, produzindo um discurso de justificação que traga os fundamentos da decisão política subjacente ao processo de elaboração da norma⁹⁶. E, no campo da aplicação dessas normas, o intérprete deve fundamentar o seu resultado hermenêutico por meio de um discurso de aplicação que revele a adequação do tratamento dado ao caso concreto sob análise, ocasião em que o real enfrentamento de todas as questões circunstanciais do caso será um pressuposto do discurso⁹⁷, uma vez que ele pretende percorrer o ideal de igual consideração e respeito em sua dimensão jurídica, vale dizer, igual consideração e respeito para com os contraditores do processo (iguais condições de influenciar a decisão final do magistrado).

Ou seja, o enfrentamento das questões fáticas e a argumentação racional do legislador ou do aplicador do direito é a nota de legitimidade que o direito exige em sua dimensão genérica e atual, revelando que no processo de elaboração e/ou aplicação da norma foram consideradas todas as questões políticas e fáticas atuais ao discurso. Günther externa essa concepção nos seguintes termos:

General and singular legal norms must therefore follow from discourses which can be terminated by decision^o Unlike practical discourses, they are thus conducted under conditions of limited time and incomplete knowledge. The legitimacy of the results of such restricted discourses depends on the extent to which argumentation that can give effects to reasons is possible and admissible in these discourses. In accordance with the distinction between justification and application proposed here, it must be possible for these reasons to bear a relation to the consideration of all the interests, in the case of argumentation on the validity of a norm; and the consideration of all the

⁹⁶ Neste ponto, deseja-se evidenciar que todas as expressões políticas, sejam majoritárias ou minoritárias, devem receber um tratamento condigno no processo de elaboração das normas.

⁹⁷ Em interessante análise dessa necessidade de consideração de todos os interesses simetricamente posicionados em uma sociedade, e a necessidade de aceitabilidade racional no presente de uma norma para o caso concreto, Jürgen Habermas expõe o seguinte: “[...] a fim de decidir quais normas podem ser aplicadas a determinado caso, é preciso esclarecer se a descrição de situação é completa e adequada, englobando todos os interesses afetados. Klaus Günther demonstrou que a razão prática se faz valer, em contextos de fundamentação de normas, através de um exame da possibilidade de universalização de interesses, e em contextos de aplicação de normas, através da apreensão adequada e completa de contextos relevantes à luz de regras concorrentes.” (HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre faticidade e validade. v. 2. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 246.)

features of a situation, in the case of argumentation on the appropriateness of a norm.⁹⁸

Talvez, por isso, a incorporação de uma teoria argumentativa do discurso de justificação e, sobretudo, de aplicação do direito seja tão produtiva à noção de devido processo legal aqui defendida. Isso porque ela gera, na dimensão da elaboração das normas, a obrigação de se considerar todas as nuances políticas inerentes ao objeto de discussão legislativa; e, no âmbito da aplicação do direito, o adequado enfrentamento de todas as questões fáticas inerentes ao caso concreto. Essa obrigação atribuída ao intérprete do direito pelo discurso de aplicação da norma eleva o contraditório efetivamente a um patamar estrutural dentro do processo, da maneira como foi pensado por Fazzalari – já que as questões levantadas pelos contraditores no processo necessariamente terão que ser enfrentadas pelo magistrado ao decidir o caso concreto.

Nesses termos, pode-se dizer que o dever constitucional imposto aos magistrados de fundamentação das suas decisões (art. 93, IX, da Constituição Federal) migra de um sentido positivista – segundo o qual o magistrado cumpre adequadamente esse dever ao citar os dispositivos de lei ou precedentes judiciais que incidem sobre o caso concreto e o entendimento genérico que ele possui sobre essa hipótese de incidência –, para um sentido mais amplo, diretamente ligado à qualidade da decisão produzida pelo magistrado. Nesse sentido mais amplo, o dever de fundamentação das decisões dos magistrados decorre do fato de as próprias normas serem um produto inacabado, posto que são frutos de discursos tangenciados pelas contingências de tempo limitado e conhecimento incompleto. Günther é bastante ciente dessa condição inarredável à qual o discurso de aplicação está atrelado. Isso porque, como ele próprio afirma, “in justification and application discourses, we can only discover what we ought to do here and now.”⁹⁹

Logo, a incessante interpretação dada ao material jurídico, que é indispensável sob a perspectiva da teoria estruturante da norma ou mesmo do direito como integridade, só terá sua legitimidade atestada se os magistrados, no momento em que concretizarem a norma, derem a ela os contornos de aplicação delineados pelo caso concreto, demonstrando por meio de uma argumentação racional os reais motivos da decisão tomada naquele caso – e não colocando a decisão na conta de uma suposta

⁹⁸ GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness: application discourses in morality and law*. Translated by John Farrel. New York: State University of New York Press, 1993. p. 253.

⁹⁹ GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness: application discourses in morality and law*. Translated by John Farrel. New York: State University of New York Press, 1993. p. 251.

subsunção dos fatos à norma, como se fato e norma fossem duas coisas completamente distintas, sendo o fato um dado submetido ao texto da norma.

Nesta perspectiva de análise, fica claro porque é inconcebível pensar o processo a partir da distinção entre questões de fato e questões de direito. Isso porque, como se pôde perceber, essa distinção entre direito e realidade, ou entre fato e norma, é suplantada quando se reconhece que a adequada compreensão da norma jurídica deve sofrer a influência do âmbito normativo de sua análise, ou seja, o conteúdo da norma em discussão é fruto de uma análise detida do caso concreto, em um processo no qual as complexidades tangenciam o próprio programa da norma, de maneira que as possibilidades de interpretação são diminuídas ou ampliadas de acordo com as diferentes singularidades dos casos concretos.

Por isso, a arraigada noção de que os juízes não estão obrigados a enfrentar todas as questões levantadas pelas partes nos casos concretos, mas somente aquelas que tenham servido diretamente de fundamento para a formação da sua convicção íntima, é questionável sob o ponto de vista do dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais¹⁰⁰ (art. 93, IX, da Constituição Federal). Assim como é questionável a própria doutrina processualista e a jurisprudência dos tribunais superiores quando afirmam que os recursos de “natureza extraordinária” não se prestam ao reexame de fatos e provas, mas somente de questões de direito, com vistas à uniformização da jurisprudência.

Essa noção limitadora dos recursos de “natureza extraordinária” parece ser devidamente comprovada no discurso de Carlos Henrique Bezerra Leite, para quem:

Se a finalidade do recurso de revista repousa na supremacia do direito objetivo e na uniformização acerca da interpretação dos tribunais regionais do trabalho, salta aos olhos que esta modalidade de recurso extraordinário não se presta a reexame de fatos e provas. É o que se infere das Súmulas 297 do STF¹⁰¹ e 7 do STJ¹⁰², bem como da Súmula n.º 126 do TST¹⁰³. Ora, é sabido que o reexame de prova significa, na verdade, apreciar ou reapreciar questões de fato, o que se mostra incabível em sede de instância extraordinária. Daí a afirmação corrente de que os recursos de natureza

¹⁰⁰ Isso porque, a adequada noção que um ordenamento centrado em princípios recomenda para esse dever constitucional é aquela que reforça o papel do contraditório na estrutura dialética do processo e que, por consequência, gera as condições ideais de desenvolvimento de um devido processo legal e de realização da justiça nos casos concretos.

¹⁰¹ Súmula n. 297 do STF: (Revogada)

¹⁰² Súmula n. 7 do STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”

¹⁰³ Súmula n. 126 do TST: “Incabível o recurso de revista ou de embargos (arts. 896 e 894, b, da CLT) para reexame de fatos e provas.”

extraordinária são eminentemente técnicos e não se prestam a corrigir justiça ou injustiça da decisão recorrida.¹⁰⁴

Contudo, tal entendimento não pode prosperar, na medida em que se a distinção entre questões de fato e de direito é devidamente suplantada pela noção estruturante da norma, é evidente que as “questões de direito” veiculadas nos recursos de natureza extraordinária não podem ser tratadas adequadamente sem o reexame fático, uma vez que a própria produção do sentido da norma deve sofrer a influência direta dos fatos que tangenciam o caso concreto. É, portanto, uma herança positivista esta concepção de natureza extraordinária dos recursos típicos dos tribunais superiores, a qual não encontra espaço em um ordenamento regido por princípios – em que o objetivo inarredável do processo é a justiça dos casos concretos, e não a uniformização da jurisprudência por meio de conceitos genéricos e abstratos sobre as normas.

Uma concepção igual ao direito como integridade, ou à teoria estruturante do direito, não vê reais distinções qualitativas entre a análise de mérito de um recurso ordinário e a análise de mérito de um recurso de natureza extraordinária, pelo menos sob o aspecto do reexame fático, na medida em que a análise de ambos deve partir do caso concreto e se voltar para ele, em um processo constitutivo do próprio sentido da norma a ser aplicada – tudo vazado em um discurso de aplicação, nos moldes acima descritos.

Feitas essas considerações gerais sobre a noção de fundamentação das decisões judiciais, bem como a repercussão que essa noção traz para o processo constitucional em certos aspectos, cumpre agora retomar, no capítulo final da presente dissertação, a análise crítica que se pretende fazer às reformas processuais constitucionais ocorridas após a Emenda Constitucional n° 45/04, que evidenciam uma tentativa de dar celeridade ao processo, mesmo ao pesado custo de desconstituir direitos constitucionais fundamentais como o devido processo legal e o direito de acesso à justiça.

Tentar-se-á demonstrar a seguir essa relação entre a implantação do ideal de celeridade no processo constitucional brasileiro – por meio dos mecanismos processuais criados com o intuito de conter e condensar as demandas judiciais e concentrar o poder de decisão no Supremo Tribunal Federal – e a desconstituição de importantes direitos

¹⁰⁴ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito processual do trabalho. 5. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 741.

fundamentais como o devido processo legal (enquanto procedimento em contraditório) e o direito de acesso à justiça (enquanto justiça do caso concreto).

6 AS RECENTES INOVAÇÕES PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS DO ORDENAMENTO BRASILEIRO E A TENSÃO GERADA ENTRE O DIREITO A UMA “RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO” E O DIREITO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL E AO ACESSO À JUSTIÇA

6.1 Repercussão geral, paralisação de processos e decisões por amostragem

Com a Reforma do Poder Judiciário, promovida por intermédio da Emenda Constitucional nº 45/2004, o ideal de celeridade na tramitação dos processos judiciais e administrativos ganhou força política e *status* constitucional, passando a figurar no prestigioso rol dos direitos e garantias individuais do art. 5º da Constituição Federal. Mas o que isso significa? Alguma mudança substancial ocorreu com a transcrição de um direito fundamental que, na verdade, mais se assemelha com um pré-requisito de um direito há muito constante da Constituição, qual seja, o direito de acesso à justiça? Ou, na verdade, esse ideal de celeridade seria apenas uma justificativa para um turbilhão de reformas constitucionais que visam à diminuição da demanda processual, por meio de uma barragem processual nas instâncias inferiores? Isso não traria consequências drásticas para o processo constitucional, culminando em um duro golpe contra o devido processo legal e o direito de acesso à justiça?

Essas perguntas já deixam transparecer o quão complexa é a adoção de barragens processuais tendentes a impedir que os processos judiciais cheguem aos órgãos de cúpula do Poder Judiciário. O problema da morosidade na solução dos conflitos judiciais no Brasil pode estar sendo substituído por outro de natureza mais grave ainda: a quebra do contraditório enquanto direito fundamental e elemento essencial do devido processo legal.

Se se examinar as Leis nº 11.418/06 e 11.672/08, que instituem a repercussão geral em recurso extraordinário e o processo de decisão por amostragem em recurso extraordinário e recurso especial, poder-se-á constatar que, uma vez adotada essa técnica de decisão em larga escala, o contraditório terá no processo uma função bastante reduzida, deixando de compor o elemento essencial de toda a estrutura dialética processual, para figurar como mero coadjuvante, sem função substancial, uma mera formalidade processual.

A repercussão geral consiste em uma preliminar do recurso extraordinário na qual o recorrente tem de demonstrar que a questão constitucional levantada nos autos

transcende os interesses subjetivos das partes e possui relevância sob os pontos de vista jurídico, social, econômico e político. Percebe-se, de pronto, que o intuito desse requisito de admissibilidade do recurso extraordinário é diminuir o número de processos no Supremo Tribunal Federal, distinguindo as questões constitucionais dos casos concretos em transcendentais/não-transcendentais e relevantes/não-relevantes.

Contudo, essa diferenciação criada pelo legislador parece não possuir fundamento, na medida em que toda questão constitucional, só pelo fato de sê-la, já possui relevância transcendente ao caso concreto. Isso porque, ao que tudo indica, é da maior relevância social, política, econômica e jurídica que as questões constitucionais controversas sejam devidamente trabalhadas e resolvidas pelo Poder Judiciário, uma vez que a Constituição é o parâmetro de validade de todas as normas do ordenamento jurídico¹⁰⁵ e a sua correta interpretação é pressuposto para a sua adequada concretização, o que envolve, entre outras coisas, a rejeição de normas inconstitucionais. Logo, qualquer questão constitucional controversa é relevante para o ordenamento e transcende o interesse subjetivo das partes de um processo qualquer, já que a solução dessa questão constitucional irá nutrir o repositório jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e influenciar as instâncias inferiores na decisão de outros casos concretos.

Sendo assim, a chamada repercussão geral não cria nenhum novo pressuposto substancial para a admissão de recurso extraordinário, senão o ônus formal para a parte de forjar um argumento que evidencie a relevância da questão constitucional, bem como sua transcendência em relação ao interesse subjetivo das partes, o que já é inerente ao fato de se tratar de uma questão constitucional controversa.

Não é preciso muito esforço interpretativo para vislumbrar a inconstitucionalidade deste dispositivo constitucional, bem como da lei que o regulamenta, na medida em que ele cria uma criticável distinção entre controvérsias constitucionais relevantes e não-relevantes, bem como transcendentais e não-transcendentais ao interesse subjetivo das partes. Na verdade, como já assinalado nesta dissertação, toda controvérsia constitucional é por essência relevante dos pontos de vista social, político, econômico e jurídico, bem como transcende interesses subjetivos das

¹⁰⁵ Aqui, parece importante frisar que a Constituição não se resume a isso, posto que, em verdade, ela é um elemento que constitui a própria sociedade, na medida em que sofre a influência dessa sociedade e a influencia. Por isso, ela não serve apenas de parâmetro de validade das normas, o que seria uma concepção reducionista amparada pelo positivismo. Ela é, antes de mais nada, o repositório dos direitos de maior relevância dos indivíduos de uma sociedade. Nesse sentido, ela é constitutiva da sociedade e constituída pela sociedade.

partes em conflito. Ora, e se isso é verdade, não faz nenhum sentido um requisito de admissão de recurso constitucional que rejeite o pressuposto de relevância e transcendência das questões constitucionais controversas, ou seja, que crie a possibilidade de se rejeitar a análise de uma questão constitucional sob a alegação de que se trata de uma questão de menor relevância, ou que só interesse às partes de um determinado processo. A transcendência dos interesses subjetivos é automática, na medida em que outros processos que versem sobre questões constitucionais análogas poderão sofrer influência direta da jurisprudência lançada pelo Supremo Tribunal Federal, seja por meio da utilização do precedente por um órgão judicial de instância inferior, seja por sua utilização pelas próprias partes, no momento de produzirem seus argumentos.

Uma vez constatada essa incongruência entre a repercussão geral e o recurso extraordinário – que reside nessa distinção infundada entre questões constitucionais relevantes/transcendentes e não-relevantes/não-transcendentes – é oportuno voltar a presente análise para o procedimento de decisão por amostragem em recurso extraordinário, outra inovação processual que, ao que tudo indica, gera uma grave violação do devido processo legal, por alijar o contraditório enquanto estrutura essencial de seu desenvolvimento. De acordo com esse método de decisão, os tribunais de segunda instância, ao detectarem recursos repetitivos fundados em “idêntica” controvérsia, terão de escolher um número de processos exemplificativos dessa controvérsia e encaminhar ao Supremo Tribunal Federal para que julgue a preliminar de repercussão geral. Os demais casos, fundados em “idêntica” controvérsia, são sobrestados, até que o Supremo Tribunal Federal decida a preliminar de repercussão geral nos processos paradigmáticos. Caso o Supremo Tribunal Federal decida que não há repercussão geral, todos os processos sobrestados são inadmitidos junto com aqueles que serviram para configurar a controvérsia. Ou seja, um recurso de um processo não apreciado pelo órgão julgador tem sua admissão negada com base na decisão de outros processos.

Mas isso, ao que tudo indica, fere de morte o direito recursal das partes dos processos barrados, sem contar que fulmina com o contraditório enquanto elemento estrutural do devido processo legal. E se se considerar o contraditório como elemento essencial do devido processo legal, como a teoria de Fazzalari recomenda, quebrar o contraditório significa negar às partes o devido processo legal, e qualquer decisão judicial que não se baseie em um devido processo legal é, por conseguinte, nula de

pleno direito. Ou seja, a decisão por amostragem, ao negar às partes de processos barrados na origem, o direito à ampla defesa, consubstanciado no contraditório com os meios e recursos inerentes ao processo, está negando a elas um direito fundamental de fundo que depende do contraditório para sua fruição, que é o devido processo legal.

O procedimento de decisão por amostragem é incompatível com o devido processo legal, sobretudo do ponto de vista teórico aqui defendido, segundo o qual o sentido da norma sofre necessariamente a influência dos fatos e argumentos produzidos na singularidade do caso concreto. Por isso, o devido processo legal depende de uma estrutura essencialmente dialética para o seu legítimo desenvolvimento. Ou seja, é inconstitucional essa prática, uma vez que os resultados de sua aplicação implicam violação direta a direitos fundamentais dos jurisdicionados. Se a celeridade na tramitação processual é considerada agora um direito fundamental, não pode sê-lo pela via da obliteração de direitos fundamentais preteritamente existentes no ordenamento jurídico.

Se esse procedimento decisório por amostragem for considerado constitucional e posto em prática pelo Supremo Tribunal Federal em larga escala, a verdade é que o contraditório, enquanto peça chave da estrutura dialética do processo, sofrerá um duro golpe que pode transformá-lo em mera formalidade processual. Isso porque, ao se admitir que a negativa de um recurso dê-se com base na produção de argumentos e fatos de um outro caso concreto, que não o próprio caso em que se interpõe o recurso, está-se admitindo que quaisquer relevantes debates travados no âmbito do caso concreto sobrestado não terão qualquer relevância na decisão que irá regê-lo. É óbvio que isso se torna mais claro e evidente no caso de negativa da repercussão geral, uma vez que liminarmente o Supremo Tribunal Federal inadmitirá todos os demais recursos sobrestados nas instâncias inferiores.

Mas, vale dizer, ainda quando, por sorte, a repercussão geral for reconhecida nos casos paradigmáticos e estes forem efetivamente julgados, os demais casos sobrestados não terão a oportunidade de influenciar a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal, decisão esta que irá efetivamente ser reproduzida nestes processos. Ou seja, aqui também os fatos e argumentos produzidos no recurso sobrestado não irão ter a possibilidade de influenciar a decisão final sobre a questão constitucional controversa em análise. Isso porque, os §§ 3º e 4º do art. 543-B do Código de Processo Civil prevêm a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, uma vez decidida a questão constitucional no âmbito dos processos paradigmáticos, conhecer dos recursos

sobrestados quando os tribunais de inferior instância mantiverem decisão dissonante daquela firmada pela Corte, caçando-a ou reformando-a liminarmente, vale dizer, por meio de decisão monocrática – como se, de fato, uma decisão incidental do Supremo Tribunal Federal sobre questão constitucional pudesse ter eficácia geral no ordenamento, o que foi amplamente criticado na primeira parte desta dissertação, por representar um retrocesso indesejável ao ordenamento brasileiro (seja porque reforça a visão positivista de norma jurídica; seja porque tenta transformar o controle difuso/concreto em uma espécie de controle abstrato; seja porque representa uma concentração de poderes no Supremo Tribunal Federal – sempre rejeitada nos processos constituintes brasileiros – que tende a um desequilíbrio institucional entre os Poderes da República).

Essa é, pelo menos à primeira vista, a conclusão que se pode tirar dos §§3º e 4º do art. 543-B do Código de Processo Civil, assim elaborados:

Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

[...]§3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.

§4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

Se essa primeira impressão realmente se confirmar na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o resultado será algo muito próximo à supressão do contraditório no processo, já que, em decisão liminar, o Supremo Tribunal Federal poderá decidir casos concretos que não conheceu – sem as devidas cautelas que a análise detida do caso concreto recomendam. E, como dito acima, com a supressão do contraditório, o devido processo legal também cai por terra, sobretudo se se adotar uma teoria processual como a de Fazzalari, que reconhece exatamente na estrutura dialética do contraditório a essência do processo. E, em última análise, com a quebra do devido processo legal esvazia-se também a possibilidade de realização de justiça no caso concreto, da forma como pensada por Derrida – uma vez que a decisão será fruto de uma aplicação irrefletida de um precedente judicial, sem testar sua validade e/ou adequação em face das singularidades dos casos “idênticos”.

Contudo, uma crítica de fundo pode ser levantada contra essa condensação de processos e reside na própria expressão “idêntica controvérsia”. Não foi à toa que praticamente todas as vezes que essa expressão foi retomada no presente discurso, ela veio acompanhada de aspas. Isso porque idêntica controvérsia é uma expressão que faz o operador do direito crer que diferentes casos concretos podem ser resolvidos com base em uma mesma resposta, pautada em idênticos fundamentos. Essa idéia parece sofrer influência direta da visão positivista de norma jurídica, ainda amplamente difundida no ordenamento brasileiro. Isso porque, só é possível defender a idéia de que diferentes casos podem ser resolvidos a partir de uma mesma análise do material jurídico, se se acreditar que a norma, uma vez interpretada, possui um sentido permanente que independe das singularidades do substrato fático de sua concretização, ou seja, crer em um sentido da norma que não muda ao passo em que mudam os fatos concretos por ela abrangidos.

Ora, mesmo que se consinta com o pressuposto de que uma questão constitucional controversa possa estar latente em vários casos concretos distintos, não se pode com isso chegar à conclusão de que esses casos distintos podem ser resolvidos com a mesma norma de decisão, posto que fatos singulares existentes em casos pontuais, nos quais a mesma questão constitucional é objeto de análise, podem revelar um sentido distinto para a norma constitucional e, desta maneira, uma norma de decisão também distinta. Um bom exemplo para sustentar essa idéia talvez seja o caso do aborto no Brasil. Como se sabe, o aborto é crime segundo a legislação penal brasileira. Isso se deve, entre outras coisas, ao fato de o direito à vida ser um bem amparado pela Constituição Federal. Considere-se que, por hipótese, o Congresso Nacional venha a legalizar o aborto. Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário, decide que essa legalização é inconstitucional. Suponha-se, uma vez mais, que os casos paradigmáticos levados a julgamento versem sobre o aborto por vontade da gestante sob a alegação de insuficiência financeira e do aborto por gravidez decorrente de estupro.

A análise da questão constitucional subjacente a esses casos não diz nada a respeito do aborto de feto anencefálico, ou do aborto em situação de risco de morte para a gestante, por exemplo. Mas, se entre os recursos extraordinários sobrestados, no momento em que o presente caso hipotético foi julgado, estivessem casos como esses, a decisão de inconstitucionalidade iria, pela via da reprodução em escala pelos tribunais, ser aproveitada em todos os demais casos barrados. Será que essas situações não

apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal, por si mesmas, não tangenciam um substrato fático diferente daquele que foi objeto de análise? E, se tangenciam, será que a decisão final do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade de uma suposta legalização do aborto não poderia ser modificada em face dessas novas nuances?

Ou seja, as singularidades que os casos concretos reunidos – à conta de “recursos repetitivos fundados em idêntica questão controversa” – possuem podem efetivamente recomendar uma concretização não uniforme das normas constitucionais em todos esses casos. Não porque as decisões judiciais devem ser tomadas sem uma coerência interna e externa, nem tampouco porque podem variar em qualquer sentido. Mas porque se o próprio sentido da norma recebe influência dos fatos por ela regidos, é evidente que diferentes situações concretas, dependendo do grau de suas complexidades e singularidades, podem em um processo de concretização normativa apresentar um resultado distinto. No exemplo trabalhado aqui, pode ser que o Supremo Tribunal Federal tenha bons argumentos para decidir que o aborto por autonomia da vontade da gestante não é constitucional, já em casos de risco de morte comprovado para a mãe, que ele seja constitucional, e assim por diante.

Agora, no momento em que a questão constitucional é fechada e essas diferentes complexidades – as quais os recursos escolhidos pelos tribunais não foram capazes de veicular em sua totalidade – não são refletidas pelo Supremo Tribunal Federal, no processo de construção do sentido concreto da norma jurídica, bem como da própria norma de decisão, o aproveitamento do precedente lançado pela Corte nesses outros casos acaba se tornando ilegítimo, e, em alguns casos, até mesmo inadequado. Isso porque, uma vez negado às partes de processos barrados o direito ao contraditório – por meio do qual novas questões de fato seriam levantadas –, questões que têm, hipoteticamente, o potencial de modificar a interpretação constitucional operada pelo Supremo Tribunal Federal não seriam enfrentadas pela decisão de regência do caso concreto, o que contraria o direito das partes a uma decisão adequada do ordenamento para o seu caso concreto (gênese do direito de acesso à justiça), bem como consubstanciaria o descumprimento de um dever constitucional imposto aos magistrados, qual seja, o de fundamentar as decisões judiciais proferidas (art. 93, IX, da Constituição Federal), uma exigência do Estado Democrático de Direito.

Aliás, vale lembrar, é exatamente por meio dessa análise detida e fundamentada dos casos concretos que se dá o processo de concretização das normas jurídicas segundo a teoria estruturante de Müller. Para ele o direito enquanto texto de lei

é um direito virtual. Virtual porque não é real, ou seja não produz efeito enquanto texto. Nas palavras de Müller:

No direito, “real” sugere significar “eficaz, produzindo efeito/efeitos, causando” [wirksam, wirkend], quer dizer, eficiente. A norma jurídica e a norma de decisão são produzidas apenas na situação do caso jurídico determinado e por meio do trabalho com vistas à sua solução. Somente elas devem ser denominadas “normativas”[...] Somente a norma jurídica e a norma de decisão, no termo do nosso trabalho, podem produzir esse efeito, são reais nesse sentido. [...]O texto da norma apenas tenta converter-se em normatividade por meio da antecipação tipificadora. Mas ele ainda não pode produzir esse efeito sem ter sido provocado por esse caso individual determinado – quer dizer, *ante casum*. Por isso vamos denominar o texto da norma sem restrições “virtual”. [...]O virtual é uma pré-imagem [Vor-bild], uma forma prévia [Vorform].¹⁰⁶

E essa normatividade concreta da norma jurídica só pode ser obtida a partir de um processo de “atualização”¹⁰⁷ do direito, que se dá na dialética processual de construção e solução do caso concreto, com base nas suas singularidades. Nesse processo, funde-se o programa da norma e o âmbito da norma, dentro das balizas do caso em análise, definindo-se a norma jurídica e a norma de decisão. Segundo Müller, a norma de decisão é “o enunciado processual do direito vigente *para esse caso*.” Enquanto que “a norma jurídica é o enunciado contencioso do direito vigente *para um caso como este*, portanto formulada em termos genéricos.” Isso, segundo Müller, acontece porque “no moderno Estado Democrático de Direito a normatividade só é legítima se for generalizável.”¹⁰⁸

Portanto, pensar em um mecanismo de decisão que envolva a aplicação de uma mesma norma de decisão a uma gama variável de situações, tendo em vista uma “idêntica” controvérsia constitucional, é acreditar ser possível resolver essa questão constitucional controversa por meio de uma interpretação auto-referencial, capaz de criar um sentido próprio para a norma, independente das realidades dos casos concretos posteriores. Faz-se uma confusão entre norma jurídica e norma de decisão, como se o produto da análise processual detida de um caso concreto fosse a própria norma jurídica, e não a norma de decisão.

¹⁰⁶ MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. pp. 131-133.

¹⁰⁷ Essa terminologia é utilizada por Müller para definir a transição virtual/real que acontece no momento de concretização da norma.

¹⁰⁸ MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 135.

E, como foi visto acima, o conceito de norma de decisão se distingue do de norma jurídica. Isso porque, enquanto a primeira é o resultado da análise detida de um caso concreto, ou seja, é a resposta para “este caso”, a norma jurídica, subjacente ao processo de concretização realizado, é uma norma para “casos como este”, o que são coisas bem diferentes, apesar da proximidade. Isso porque, para tornar a concretizar a norma jurídica em um caso distinto, a análise detida do caso concreto será essencial para descobrir, em um primeiro momento, se o referido caso em questão é “um caso como aqueles”, para, então, adotar uma norma de decisão compatível com aquela adotada na situação pretérita. Aqui, também, a argumentação do julgador, seja no sentido de demonstrar a similaridade existente entre o caso do presente e o caso do precedente judicial, seja no sentido de reavaliar e reafirmar a validade dos conceitos elaborados sobre a norma jurídica naquela decisão do passado, são essenciais para dar à decisão do presente a nota de legitimidade que a noção de Estado Democrático de Direito exige.

Essa exigência de legitimidade parece não estar presente na idéia de decisão por amostragem, exatamente porque na aplicação de uma decisão paradigmática aos demais processos barrados na origem, o órgão julgador não terá a cautela de seguir os passos acima descritos. Tal qual o resultado da interpretação firmada nos casos paradigmáticos fosse a própria norma de decisão dos casos concretos sobrestados, reproduzir-se-lhe-á o conteúdo, em uma aplicação silogística de precedentes a casos concretos. Ou seja, o direito de acesso à justiça, tal qual trabalhado nesta dissertação, não terá lugar no processo por meio do procedimento de decisões por amostragem, que pretendem dar conta de solucionar com correção todos os casos pendentes de julgamento nos tribunais, sem ao menos ter conhecimento das peculiaridades fáticas que esses casos, em sua imensa diversidade, possuem.

Por isso, é muito improvável que os casos concretos em sua diversidade factual possam ser adequadamente analisados pela via do procedimento de decisão por amostragem, na medida em que esse procedimento nega às partes de um caso não selecionado para análise a possibilidade de demonstrar as peculiaridades que a sua situação concreta possui, impossibilitando, desta maneira, que elas influenciem a decisão final que o magistrado irá tomar sobre a questão constitucional de fundo e sobre a própria questão de direito inerentes ao caso concreto. E, negando às partes essa possibilidade de exercerem o contraditório, está-se negando diretamente a elas o próprio devido processo legal, que é o instrumento legítimo de realização de justiça no caso

concreto. Sem justiça no caso concreto, nem devido processo legal, o que se tem é uma simbiose de violações a direitos constitucionais dos jurisdicionados, as quais em seu conjunto representam um enfraquecimento da idéia de direitos e garantias fundamentais e, por conseguinte, da própria noção de Estado Democrático de Direito.

Qual a chance de uma decisão por amostragem não cometer injustiças substanciais nos casos concretos afetados? O contraditório pode ser relegado a uma mera formalidade processual, dispensável em face da suposta celeridade? Questões como essas precisam ser amplamente trabalhadas na doutrina brasileira, uma vez que o que está em jogo nesta discussão é a própria concepção de devido processo legal e de acesso à justiça que se pretende privilegiar no ordenamento brasileiro. Se a concepção desses dois direitos fundamentais que se pretende prestigiar é aquela em sentido forte de que se tratou aqui, uma crítica bem fundada a respeito dessas inovações processuais precisa vingar.

Aqui foram lançadas apenas algumas bases gerais para essa crítica, que está longe de ser uma crítica conclusiva, posto que apenas coletivamente pensada esta crítica poderá ganhar a robustez necessária para realmente influenciar o debate jurídico nacional e surtir algum efeito prático na realidade do ordenamento brasileiro. Fora isso, o próprio espectro de análise dessa crítica precisa ser mais abrangente, posto que as mudanças no ordenamento não se restringem a essas até aqui tratadas. Ao lado delas, em âmbito constitucional, outra inovação da reforma do Poder Judiciário precisa ser devidamente analisada. Trata-se da súmula vinculante, um instrumento de uniformização jurisprudencial que merece ser visto com um olhar crítico, por representar outra potencial ameaça ao devido processo legal e ao direito de acesso à justiça, conforme se pretende demonstrar na análise geral seguinte.

6.2 A súmula vinculante e os potenciais perigos que a sua aplicação representa ao devido processo legal e ao direito de acesso à justiça

Se a barragem de processos considerados fundados em idêntica questão controversa, cuja solução se dê por amostragem, tomada com base em recursos exemplificativos desta controvérsia, já é um problema de uma magnitude gigantesca para o devido processo legal e para o direito de acesso à justiça, imagine o que uma decisão sumulada do Supremo Tribunal Federal, que – a despeito das singularidades dos casos concretos do futuro, e não apenas do presente – tenha força vinculante sobre as

demais instâncias do Poder Judiciário e da Administração Pública, poderá representar em termos de ameaça e efetiva violação destes referidos direitos fundamentais decorrentes do processo constitucional.

O problema central do mecanismo de decisão por amostragem é exatamente a potencial falha que a escolha de recursos representativos de uma controvérsia constitucional pode gerar em termos de inobservância de questões complexas e singulares contidas em casos concretos do presente, fundados em questões constitucionais de fundo semelhantes. Essa inobservância pode gerar profundas injustiças materiais concretas, na medida em que a norma de decisão do caso concreto será produzida sem a detida análise do caso em questão, o que, além de representar uma quebra do devido processo legal por negativa do contraditório e da ampla defesa às partes afetadas pela decisão, fere o dever constitucional de fundamentação circunstanciada de toda decisão proferida por um magistrado, nos termos do art. 93, IX, da Constituição Federal.

Transportando-se esse problema para o campo da súmula vinculante, as conseqüências danosas para os direitos constitucionais envolvidos na presente análise parecem ser ainda mais drásticas. Isso porque, uma vez formulada uma súmula vinculante, o conteúdo constitucional dos dispositivos abrangidos por essa súmula ficam aprisionados ao sentido adotado pelo Supremo Tribunal Federal no passado, impossibilitando a construção evolutiva em cadeia do sentido dessas normas. Tal qual uma visão “neo-originalista” do direito, o conteúdo das normas constitucionais que foram objeto de súmula vinculante passa a ser aquilo que os intérpretes finais da Constituição – os ministros do Supremo Tribunal Federal, em substituição à figura dos pais fundadores – decidiram no momento em que criaram a súmula.

Essa perspectiva acaba com a natureza essencialmente interpretativa do direito, e cria em sua substituição, uma concepção de direito centrada em um programa de deliberação judicial para o futuro – nos moldes de um pragmatismo jurídico em seu sentido pejorativo¹⁰⁹. Essa concepção gera para o direito a seguinte conseqüência: os ministros do Supremo Tribunal Federal interpretam a Constituição com uma visão pragmática e cristalizam seu conteúdo por meio de súmulas vinculantes; e os juízes e

¹⁰⁹ A respeito do originalismo, é bastante contundente Ronald Dworkin, para quem: “é uma forma infalível para produzir incoerência na estrutura constitucional que gera, porque os fundadores, em diferentes épocas, tinham opiniões concretas diferentes das exigências da justiça, e porque os juízes que usam métodos não-históricos quando essas opiniões não podem ser recuperadas terão opiniões concretas diferentes daquelas de qualquer fundador. (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 441.)

tribunais inferiores, por sua vez, aplicam essas súmulas vinculantes de uma forma neo-originalista, ou seja, olhando para o passado e buscando o sentido das normas constitucionais a partir do que disseram os ministros do Supremo Tribunal Federal.

Assim como acontece com a visão originalista do direito, o sentido e as possibilidades da Constituição param ali onde se estagnou a imaginação dos “pais fundadores”, só que aqui, no caso desse neo-originalismo, essas possibilidades param ali onde se estacionou a análise do Supremo Tribunal Federal sobre os direitos constitucionais, no passado.

Só que esse método de aplicação do direito é bastante criticável sob a perspectiva de um ordenamento regido por princípios (ou mesmo de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição¹¹⁰), na medida em que a evolução do direito passa pela constante atualização do seu conteúdo, o que se dá por meio de uma incessante postura interpretativa do material jurídico posto à disposição do(s) intérprete(s). A apreensão do seu conteúdo será nos moldes recomendados pela teoria do direito como integridade, de Dworkin, ou mesmo, da teoria estruturante da norma, de Müller. Ambas partem do presente (do caso concreto) e só se voltam para o passado na medida em que a tarefa interpretativa recomenda. Por isso, Dworkin ressalta que uma postura não-interpretativa (ou historicista) do direito é criticável em um ordenamento que consinta em ser regido por princípios, “pois não se pode considerar que estes parem ali onde também param o tempo, a imaginação e os interesses de algum governante histórico.”¹¹¹

Neste ponto da análise, é possível perceber que a mesma crítica é válida para as súmulas vinculantes¹¹². Isso porque, assim como as normas constitucionais não

¹¹⁰ Segundo Peter Häberle, a interpretação não é igual à recepção de uma ordem e, portanto, os intérpretes não estão vinculados a ela em uma condição de passiva submissão, até porque o próprio conteúdo das normas constitucionais é objeto de interpretação constante. Por isso, ele defende que: “A interpretação conhece possibilidades e alternativas diversas. A vinculação se converte em liberdade, na medida que se reconhece que a nova orientação hermenêutica consegue contrariar a ideologia da subsunção. A ampliação do círculo dos intérpretes aqui sustentada é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação. É que os intérpretes em sentido amplo compõem essa realidade pluralista. Se se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, há de se indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional, sobre as forças ativas da *law in public action*.” (HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997. p. 12.)

¹¹¹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 441.

¹¹² Aqui, parece que este mecanismo de submissão dos intérpretes naturais da Constituição ao pronunciamento hermenêutico do Supremo Tribunal Federal no passado sugere um fechamento do círculo de intérpretes da Constituição. Esse mecanismo marcha, portanto, rumo a uma sociedade fechada de intérpretes, e não uma sociedade aberta – que é bem mais interessante em um ambiente democrático de uma sociedade pluralista.

podem parar onde parou a imaginação dos governantes do passado, elas também não podem estacionar no conteúdo das súmulas vinculantes. Ou seja, uma postura desconstrutivista¹¹³ do julgador em relação ao precedente judicial, que tenha como finalidade a sua revalidação em face do caso concreto, é essencial para que o direito não caia na teia do historicismo. Somente assim os precedentes cumprem o seu real papel, que é o de orientar o ordenamento no sentido de uma coerência constitucional.

Portanto, uma cultura de valorização dos precedentes é indispensável para dar ao direito a normatividade generalizável de que falou Müller¹¹⁴. Mas os precedentes (vinculantes ou não) não podem ser vistos como uma barreira à função interpretativa dos magistrados, posto que eles lidam diretamente com os casos concretos do presente, e não podem realizar sua tarefa de solucionar adequadamente esses casos se lhes for retirada a possibilidade de reinterpretar o material jurídico a sua disposição, o que inclui as súmulas vinculantes.

Não se está defendendo com isso que os juízes devam ignorar os precedentes do Supremo Tribunal Federal no momento em que decidem o sentido das normas constitucionais num caso concreto do presente. A interpretação pretérita da Corte Superior deve ser levada em consideração. Mas o seu aproveitamento no caso do presente dependerá da comunhão de alguns fatores em conjunto, tais como: a equivalência do âmbito normativo (conjunto fático) do precedente com o âmbito normativo do caso em análise no presente; e a confirmação da legitimidade da decisão que deu origem ao precedente (se é ou não uma decisão fundamentada racionalmente, por meio de um discurso coerente de aplicação, nos moldes da teoria argumentativa de Klaus Günther). Ou seja, como a legitimidade de uma decisão judicial não decorre da autoridade investida no órgão julgador, mas da qualidade da decisão proferida por esse órgão, o precedente só será um repositório legítimo do conteúdo jurídico de alguma norma constitucional se revelar, primeiramente, um discurso de aplicação legitimador de sua proposta interpretativa, e, por último, uma aceitabilidade racional no presente, tendo em vista as nuances do caso concreto em análise.

Ou seja, a decisão que aplica um precedente é, portanto, pelo menos do ponto de vista procedimental, tão laboriosa quanto aquela que inaugura uma proposta interpretativa no ordenamento. Ela deve, por isso, conter os mesmos elementos

¹¹³ No sentido que essa expressão é adotada na teoria de Jacques Derrida, ou seja, como uma memória histórica e interpretativa em constante reavaliação e evolução.

¹¹⁴ MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 135.

legitimadores da proposta interpretativa lançada no passado, os quais servirão para confirmar que o trabalho interpretativo exercido no passado possui aceitabilidade racional no presente (é a reconciliação entre a história e a justiça da qual falou Habermas¹¹⁵). E nesse processo de legitimação constante dos precedentes é essencial o enfrentamento das circunstâncias de fato relevantes dos casos concretos subseqüentes, na medida em que elas podem, em algum momento, revelar um novo sentido recomendável à norma, sentido esse impensado pelos elaboradores do precedente. E esse sentido novo, por não ser fruto da imaginação de quem criou o precedente, não pode ser considerado mera aplicação deste. É uma “atualização” do direito (ou do precedente, neste caso), no sentido em que essa expressão é utilizada por Müller.

E essa atualização não pode ser tarefa exclusiva dos ministros do Supremo Tribunal Federal, operada de tempos em tempos, como sugere o § 3º do art. 2º da Lei nº 11.417/08¹¹⁶, posto que é uma tarefa incessante de quem interpreta o direito. Ou seja, é inerente à própria idéia de devido processo legal e condiciona o dever constitucional do magistrado de decidir fundamentadamente (art. 93, IX, da Constituição Federal).

Tendo em vista a concepção de precedente judicial aqui exposta, fica difícil aceitar a idéia de súmula vinculante, da forma como vem sendo tratada no ordenamento brasileiro – vale dizer, como um comando com força normativa autônoma (apartada do caso concreto), aplicação obrigatória e conteúdo pré-determinado. Sua proposta tem como pressuposto a pretensão ingênua de dar previsibilidade ao conteúdo necessariamente evolutivo das normas jurídicas. Por isso, sua adoção remete a um conceito de norma jurídica herdado do positivismo jurídico (norma enquanto algo dado, pré-determinado pelo texto legislativo). Contudo, um conceito de norma jurídica diferente, como o da teoria estruturante, parece ser mais adequado para compreender e trabalhar as complexidades atuais de um ordenamento jurídico não mais centrado no livro de regras, mas em princípios.

Por isso, a única vinculação à qual os juízes devem ser atrelados no momento de decidir um caso concreto é à singularidade do caso concreto. E, ao analisar o caso, o juiz tem que enfrentar, entre outras questões, o fato de haver no ordenamento uma suposta súmula vinculante aplicável *prima facie*, o que deve fazer a fim de

¹¹⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v.1. Tradução de Fábio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 264.

¹¹⁶ Esse dispositivo traz o seguinte enunciado: [...]§3º. A edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante dependerão de decisão tomada por 2/3 (dois terços) dos membros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária.

confirmar a legitimidade do precedente que gerou a referida súmula, bem como demonstrar por meio de um discurso de aplicação a sua adequação e aceitabilidade racional no presente. Não sendo possível atestar a primeira ou a segunda, o juiz deve rejeitar esse precedente e produzir a norma de decisão do caso concreto, a partir da concretização da norma jurídica naquele novo âmbito normativo, demonstrando por meio de argumentos a inadequação da interpretação contida no precedente, ou seja, prestando contas do resultado interpretativo alcançado, nos moldes do art. 93, IX, da Constituição Federal.

Neste ponto, parece evidente que a noção de súmula vinculante, enquanto norma pré-determinada e de aplicação obrigatória, é incompatível com a noção de devido processo legal e de acesso à justiça defendidas na presente dissertação, isso porque o aprisionamento do conteúdo das normas constitucionais por meio de súmulas¹¹⁷ vai de encontro com toda a teoria de fundo que nutre as idéias de devido processo legal (que é a estrutura dialética do processo, que se desenvolve como procedimento em contraditório, noção trabalhada na teoria de processo de Elio Fazzalari) e de acesso à justiça (que encontra o seu sentido na teoria desconstrutivista de Jacques Derrida, que trata a justiça como um apelo a que se faça justiça nos casos concretos, dado o seu caráter performativo).

Se o caso concreto não tiver possibilidades de influenciar a decisão final tomada pelo órgão julgador, o contraditório migra da condição de elemento essencial do devido processo legal para a condição de mera formalidade processual, retórica sem relevância substancial para o processo. Essa não parece ser uma visão constitucionalmente adequada do devido processo legal, já que oblitera importantes direitos fundamentais legitimadores do processo constitucional.

Fora isso, essa inovação no processo constitucional coloca o Supremo Tribunal Federal mais uma vez em condição privilegiada no arranjo institucional, uma vez que retira dos demais magistrados a competência para interpretar a Constituição, tornando essa tarefa exclusiva – sobretudo nas matérias sumuladas –, bem como gera para os ministros desta Corte Superior a possibilidade de interpretar a Constituição a seu gosto, sem se preocupar com a adequada fundamentação dos resultados hermenêuticos

¹¹⁷ Até porque é necessário atentar-se para o fato de que o próprio conteúdo dessas súmulas será objeto de interpretação por parte dos magistrados, dado que nem os legisladores, nem os Ministros do Supremo Tribunal Federal, são capazes de aprisionar o direito aos frágeis termos de uma constrição lingüística do texto legislativo (ou da súmula).

alcançados, uma vez que o efeito vinculante da súmula, torna o seu conteúdo incontestável, tanto pelas partes, quanto pelos juízes e tribunais de instância inferior.

E dizer que a existência de mecanismos de provocação da revisão de tese formulada em súmula vinculante invalida a presente conclusão, é o mesmo que dizer que a revisão de tempos em tempos do conteúdo das normas jurídicas é suficiente para lhe garantir a previsibilidade de conteúdo almejada pelo ideal de segurança jurídica insculpido na teoria positivista do direito, quando, na verdade, a única segurança que se pode atribuir ao direito reside exatamente na incessante natureza interpretativa do seu conteúdo, que reserva ao intérprete do direito o ônus interpretativo de fundamentar suas conclusões por meio de uma argumentação racional que ateste a adequação do sentido atribuído às normas jurídicas na análise do caso concreto. Essa tarefa não tem como ser devidamente cumprida por meio da edição de súmulas vinculantes, na medida em que elas pretendem definir abstratamente o conteúdo das normas constitucionais interpretadas, como se esse conteúdo não sofresse a todo instante a influência construtiva da realidade fática subjacente aos casos concretos, onde a concretização da norma é operada.

Aceitar os termos de uma súmula vinculante, aplicando-a de forma irreflexiva a todos os casos concretos subseqüentes a sua edição, pode até tornar mais célere a decisão de um processo, mas pela via da obliteração de direitos fundamentais inerentes ao Estado Democrático de Direito, como o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal e o direito de acesso à justiça, entendidos no sentido forte apresentado na primeira parte do presente capítulo.

Esse não parece ser um caminho desejável para o processo constitucional brasileiro, posto que supostamente combate um problema (a morosidade processual) criando outros ainda maiores (violação de direitos fundamentais inerentes ao processo constitucional; desequilíbrio no arranjo institucional do Poderes da República; concentração do poder decisório no Supremo Tribunal Federal), com a conseqüente fragilização do Estado Democrático de Direito.

O ideal de celeridade processual não pode servir de fundamento legítimo para a criação de um Poder Judiciário com poderes cada vez mais ilimitados e concentrados no Supremo Tribunal Federal. Essa Corte Superior não é um Tribunal Constitucional, mas um órgão jurisdicional do Estado, compreendido na estrutura do Poder Judiciário, e com todas as garantias inerentes aos juízes, como a vitaliciedade,

impensável na teoria e na prática de um Tribunal Constitucional¹¹⁸. É, portanto, um modelo de *judicial review* que existe no Brasil, e, como tal, não pode retirar dos magistrados em geral a possibilidade de participar do evento interpretativo que envolve a concretização da Constituição. Diminuir a comunidade de intérpretes da Constituição é marchar no sentido inverso àquele proposto por Peter Habërle, quando teorizou sobre a comunidade aberta de intérpretes da Constituição.

Quanto mais aberta e mais sensível ao processo dinâmico de construção em cadeia do seu sentido, mais normativa será a Constituição, posto que estará à altura de reger as complexidades de uma sociedade onde a diversidade convive com a necessidade de estabilização das expectativas dos indivíduos por meio da concretização das normas de direito. E essa estabilização não se dará nos termos positivistas de uma previsibilidade do conteúdo das normas jurídicas, posto que essa previsibilidade parte do falso pressuposto de que é possível apreender o conteúdo integral das normas jurídicas por meio de um processo cognitivo voltado para o texto das codificações¹¹⁹. Essa estabilização se dará por meio do procedimento de construção da resposta do caso concreto, um procedimento que revele honestamente os fundamentos de decisão desse caso, os quais deverão ser trabalhados nos moldes de um discurso coerente de aplicação das normas jurídicas, sobretudo dos princípios constitucionais.

Por isso, um ordenamento que pretenda ser regido por princípios, não pode adotar uma proposta interpretativa positivista e obter resultados satisfatórios na dinâmica de aplicação das normas jurídicas. Logo, a rejeição de uma cultura positivista de interpretação do direito impõe a rejeição da idéia de súmula vinculante. Os precedentes possuem um lugar especial na interpretação do direito, mas não podem substituir com igual eficiência o processo de concretização constante das normas jurídicas.

Bom, feitas essas considerações gerais sobre o potencial perigo que a repercussão geral, o procedimento de decisão por amostragem e a súmula vinculante representam para o devido processo legal e para o direito de acesso à justiça, dá-se por finalizado o debate proposto na presente dissertação, que teve como objetivo principal fazer uma leitura crítica da tese de mutação constitucional levantada pelo Ministro

¹¹⁸ Sobre as principais características do Tribunal Constitucional, Cf. KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 153 et. seq.

¹¹⁹ Na verdade, o conteúdo das normas não está na letra da lei, mas na dinâmica interativa entre o programa normativo e o âmbito normativo de concretização da norma, uma dinâmica que aproxima o direito da realidade, e, por isso, rejeita qualquer programa de deliberação judicial para além do caso concreto, pelo menos enquanto conteúdo pré-determinado e de aplicação obrigatória.

Gilmar Mendes nos autos da Reclamação Constitucional nº 4335/AC, mas que entendeu necessário o tratamento de outras questões concernentes às mudanças em curso no processo constitucional, por serem todas elas potencialmente perigosas para direitos constitucionais dos jurisdicionados (entre os quais se destaca o próprio devido processo legal e o direito de acesso à justiça). Essa marcha de concentração de poderes no Supremo Tribunal Federal representa um gradativo agigantamento deste tribunal no arranjo institucional brasileiro, colocando-o em uma posição privilegiada em relação aos demais Poderes da República no que tange a política constitucional no Brasil. Esse agigantamento, ao que tudo indica, sempre foi rejeitado pelos processos constituintes brasileiros, visando o equilíbrio inerente à Separação de Poderes incorporada pelo ordenamento brasileiro.

Não por outra razão, os próprios constituintes de 1933 preferiram a criação de um mecanismo de suspensão dos atos normativos declarados inconstitucionais – a Resolução Suspensiva do Senado – do que o deferimento de efeitos generalizantes às decisões incidentais do Supremo Tribunal Federal, ou mesmo a criação de um Tribunal Constitucional. A idéia quase que instintivamente levantada pelo deputado Cunha Melo de que as questões constitucionais nascem nos casos concretos, impôs a valorização do controle difuso, o que hoje é ainda mais evidente, sobretudo em um ordenamento que convenha ser regido por princípios – naturalmente evolutivos à medida que evolui a sociedade.

Essas considerações servem para demonstrar porque uma concepção de direito e de processo como as aqui defendidas possuem melhores condições de realizar com êxito a tarefa do Estado Democrático de Direito de estabilizar as expectativas dos indivíduos, por meio da garantia de uma resposta judicial adequada sobre os direitos que as pessoas têm, resposta encontrada por meio de um devido processo legal – essencialmente dialético e reflexivo – guiado por um ideal de justiça inerente ao próprio escopo social do processo, que é a pacificação dos conflitos decorrentes do convívio em sociedade.

Dentro destas concepções de direito e de processo não cabem mecanismos de decisão como a amostragem e as súmulas vinculantes, que rejeitam a análise detida dos casos concretos como um fator preponderante no processo de apreensão do sentido das normas jurídicas. Esses mecanismos recepcionam a idéia de que é possível dar ao conteúdo das normas jurídicas uma previsibilidade que elas não possuem e que o positivismo tentou-lhes outorgar em outro contexto. Rejeitado o positivismo e suas

premissas sobre a norma jurídica, impõe-se a rejeição de mecanismos que tornem a aplicação do direito algo mecânico e irreflexivo, adotando-se, em substituição, uma teoria essencialmente interpretativa e crítica do direito, que privilegie o caso concreto enquanto âmbito normativo do direito e o próprio contraditório enquanto elemento estrutural do processo.

Sendo estas as considerações que se entendeu pertinentes no presente capítulo e, como um todo, na presente dissertação, adiante tentar-se-á, à guisa de considerações finais, sintetizar o pensamento crítico sobre as questões tratadas até aqui.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nos autos da Reclamação Constitucional nº 4335/AC, o então relator Ministro Gilmar Mendes levantou a tese de mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal. Para ele, essa mutação constitucional representaria uma mudança de concepção acerca dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle difuso, igualando-o em eficácia *erga omnes* e efeito vinculante a um pronunciamento de inconstitucionalidade em controle abstrato.

Isso, como se tentou demonstrar, representaria uma ruptura com a tradição do controle difuso no Brasil, retirando dos juízes em geral a possibilidade de interpretarem a Constituição, uma vez que toda decisão incidental do Supremo Tribunal Federal passaria a ser, de imediato, vinculante das instâncias inferiores do Poder Judiciário e eficaz de forma geral entre os destinatários da norma.

Essa mudança também subtrairia de imediato uma competência delegada pela Constituição Federal em caráter privativo ao Senado Federal, que é a competência para editar resolução suspensiva de normas declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso. Ocorre que tal subtração não possui nenhuma legitimidade para ser operada, na medida em que é uma competência resguardada pela Constituição ao Senado Federal e que está, ao que tudo indica, em pleno funcionamento naquela Casa Legislativa¹²⁰. Essa avocação de competência do Senado Federal pelo Supremo Tribunal Federal sob o pretexto de mutação constitucional representaria um perigoso ataque à Separação de Poderes, que é um dos pilares do republicanismo moderno.

Fora isso, substituir o controle difuso e concreto por uma espécie genérica de controle concentrado e abstrato seria um retrocesso constitucional indesejável para o ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque, se se adotar uma concepção de direito centrada em princípios, e não em regras, tem-se como consequência que a análise detida dos casos concretos não pode ser substituída com igual eficiência por uma análise alienada das normas jurídicas, a partir do texto legislativo, na medida em que os

¹²⁰ Como foi colocado antes nesta dissertação, há resoluções suspensivas recentes, de 2006 e 2007, por exemplo, o que reforça a idéia de que esta competência não está em desuso. Como exemplo tem-se algumas resoluções suspensivas, como: Resoluções do Senado Federal nº 10, 11, 12, 13, 14 e 15, de 7 de março de 2006 (Diário Oficial da União de 8 de março de 2006); Resoluções do Senado Federal nº 19, 20 e 21, de 25 de outubro de 2007 (Diário Oficial da União de 26 de outubro de 2007); Resoluções do Senado Federal nº 27, 28, 29 e 30, de 29 de novembro de 2007 (Diário Oficial da União de 30 de novembro de 2007).

princípios, diferentemente das regras, aplicam-se aos casos concretos em diferentes níveis de importância, e não em uma dinâmica de tudo ou nada. Portanto, é na análise detida do caso concreto que o intérprete pode mensurar o grau de importância dos princípios em sua concorrência para a solução da questão posta em juízo. E essa adequada apreensão dos princípios no caso concreto influencia a própria análise de constitucionalidade das normas jurídicas em discussão, já que é nos casos concretos que as questões constitucionais se tornam realmente relevantes.

Sendo assim, tornar abstrata a análise de constitucionalidade das normas, é tentar analisar também abstratamente os próprios princípios constitucionais – já que a apreensão do seu sentido e alcance dar-se-á por meio de uma análise abstrata das cláusulas da Constituição. E isso, ao que tudo indica, retira uma das características principais da dinâmica de aplicação dos princípios, que é a possibilidade de mensurar concretamente a sua importância para a solução do caso singularmente considerado – o que influenciará diretamente na própria solução da questão de inconstitucionalidade subjacente ao caso concreto. Ou seja, como os princípios não se aplicam da mesma forma que as regras – em uma perspectiva de tudo ou nada – os diferentes níveis de importância que um determinado princípio pode assumir na correta análise de constitucionalidade subjacente a casos concretos distintos não podem ser adequadamente definidos em termos abstratos.

Diante desta constatação, é evidente que a própria noção de controle abstrato de normas fica prejudicada, na medida em que sendo impossível dissociar o evento interpretativo das circunstâncias fáticas que o tangenciam, nenhuma interpretação se dá em termos abstratos, sendo então o controle concreto uma condição inerente à própria estrutura das normas jurídicas em um ordenamento centrado em princípios, e não em regras. Ou seja, a dimensão fática da análise realizada pelo operador direito, e que também envolve um recorte no tempo e no espaço – características indissociáveis do evento interpretativo das normas jurídicas – é uma condicionante que rejeita a idéia de controle abstrato e privilegia o controle concreto.

É, portanto, o controle difuso de constitucionalidade o meio mais adequado de conciliar a jurisdição constitucional com a democracia e com uma concepção principiológica do direito, na medida em que é por meio de uma análise constitucional concreta, bem como da participação efetiva dos destinatários da norma (aqui considerados como partes de um processo) no evento constitutivo dos seus direitos (aqui considerado o devido processo legal) que se terá cumprida a tarefa imposta pelo

Estado Democrático de Direito aos magistrados, que é resolver os conflitos de direito decorrentes das relações inter-individuais travadas na sociedade, por meio de uma análise detida do recorte fático que o caso representa, no qual o resultado é a apreensão do próprio sentido da norma para aquele caso – o que não se dá por meio de conceitos genéricos e homogêneos extraídos das cláusulas abstratas da Constituição ou dos textos de lei.

Enfim, se o sentido das normas constitucionais é adequadamente compreendido por meio de sua concretização e o controle de constitucionalidade adequadamente exercido por meio da análise concreta das normas infraconstitucionais, o controle difuso dá as ferramentas ideais para esta tarefa e para a contínua construção do sentido e alcance das normas constitucionais no tempo e no espaço, na medida em que a evolução social e as complexidades decorrentes deste evento são a todo momento experimentadas pelo intérprete na reavaliação constante do material jurídico à sua disposição, à luz dos novos casos concretos – por meio da postura incessantemente interpretativa que ele assume no desempenho da atividade jurisdicional.

Por essa razão, no atual estágio de desenvolvimento das sociedades – em que as complexidades emergem de forma cada vez mais ininterrupta –, e dada a dupla contingência inarredável de tempo limitado e conhecimento incompleto, o modelo de interpretação proposto pelo positivismo jurídico não responde bem às exigências do Estado Democrático de Direito – que impõe ao magistrado a demonstração racional dos argumentos que compõem a norma de decisão do caso concreto. E esta argumentação, ao que tudo indica, confere uma nota de legitimidade a essa decisão judicial; uma legitimidade que não pode mais ser justificada na simples autoridade da qual se reveste o órgão prolator da decisão – nos termos do conceito positivista de discricionariedade judicial, bastante questionável em um Estado Democrático de Direito.

E, como essa tarefa argumentativa imposta ao magistrado muda a própria concepção de aplicação do direito, que passa a ser a concretização da norma jurídica – um processo complexo que envolve a análise detida dos fatos tangenciados pelo caso concreto em sua relação com o programa da norma e seu âmbito normativo, nos moldes da metódica estruturante proposta por Müller – é no adequado tratamento das complexidades fáticas judicialmente expostas e nos bons argumentos de princípio que reside a adequação do sentido atribuído à norma jurídica na solução do caso concreto¹²¹.

¹²¹ Isso porque, se fato e norma não são mais duas coisas distintas e contrapostas, na aplicação do direito o intérprete não tem mais como se valer de um procedimento silogístico de subsunção dos fatos à norma

E, como consequência dessa nova metódica de interpretação, emerge também um novo sentido para o dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais, previsto pela Constituição Federal em seu art. 93, IX. Esse novo sentido sobrepõe-se àquele corriqueiramente atribuído pelos processualistas – resumido aos termos positivistas de uma decisão cujo fundamento está nos dispositivos de lei e nos precedentes judiciais colacionados no corpo da decisão (como se eles já estivessem prontos e acabados, no ponto de serem simplesmente transcritos às razões de decidir). Na verdade essa metódica exige dos magistrados uma postura incessantemente indagadora do próprio sentido das normas, demonstrando a sua adequação ao caso concreto, por meio de um discurso de aplicação, nos moldes em que arquitetado por Günther.

Essa tarefa agora delegada aos operadores do direito, frise-se, só pode ser devidamente cumprida em um ambiente no qual o devido processo legal se desenvolva em termos dialéticos, conforme pensado por Fazzalari, ou seja, por meio de um ininterrupto contraditório que possibilite às partes uma participação igualitária na produção dos fatos e provas em juízo e que possibilite ao juiz o conhecimento da complexidade do caso concreto em sua máxima possibilidade. Isso porque, apenas por meio do tratamento de toda a complexidade emergente do caso concreto (o que envolve o enfrentamento de todas as questões e argumentos colocados pelas partes), o juiz pode completar com êxito a sua tarefa de dar uma resposta fundamentada para o caso concreto.

Ressalte-se, aqui, que esta decisão pode até ser alvo de críticas, já que o método não garante como resultado a satisfação do jurisdicionado com o conteúdo material da decisão. Mas, mesmo assim, esta decisão ainda pode ser considerada mais legítima do que qualquer outra que se dê em termos de subsunção dos fatos à norma, já que, neste último caso, sequer será possível elaborar uma crítica consistente sobre a decisão, já que os seus fundamentos encontram-se imersos em uma pretensa literalidade da norma somada a um suposto livre convencimento “motivado” do magistrado – quando, na verdade, o único fundamento verdadeiro desta decisão é a autoridade de que é investido o seu órgão prolator (a chamada discricionariedade judicial). E esse

(gênese do método positivista da aplicação do direito) e ainda assim obter um resultado satisfatório na tarefa hermenêutica que lhe incumbe. A transposição do método silogístico positivista para uma metódica estruturante da norma – constitutiva do seu próprio sentido a partir do caso concreto – é inevitável em um ordenamento centrado em princípios.

fundamento, como já foi salientado, é muito pouco para o Estado Democrático de Direito, sobretudo na atualidade.

Neste ponto, parece se tornar mais visível porque – além do problema que a tese de mutação constitucional proposta por Gilmar Mendes representa para o controle de constitucionalidade – inovações como a repercussão geral, o procedimento de decisão por amostragem e a própria súmula vinculante representam um potencial perigo para o processo constitucional como um todo, com efetiva lesão a direitos fundamentais como o devido processo legal e o direito de acesso à justiça, no sentido forte aqui trabalhado¹²². Isso porque, essas fórmulas retiram o contraditório da posição central que ele deve ocupar no processo, relegando-o à condição de mera formalidade, na medida em que o magistrado não está obrigado a enfrentar com argumentos as questões levantadas pelas partes durante o processo – pode-se decidir o caso concreto com base em um livre convencimento “motivado”, ou mesmo com a aplicação mecânica de sumulados vinculantes do Supremo Tribunal Federal, ou, pior ainda, com a transposição dos efeitos de decisões tomadas em recursos extraordinários “paradigmáticos” (decisão por amostragem).

Tudo isso está sendo implementado no ordenamento brasileiro sob o pretexto de se efetivar o direito a uma razoável duração do processo, como se fosse legítimo agilizar a resposta ao jurisdicionado ao preço de rejeitar a ele o direito de acesso à justiça no caso concreto. Nos termos em que proposto pelas reformas processuais constitucionais Pós-Emenda Constitucional n° 45/04, não há que prosperar o ideal de celeridade processual, na medida em que nenhuma justiça célere poderá ostentar o título de justiça se relegar a um segundo plano a própria idéia de decisão adequada ao caso concreto.

É preciso destacar que o ordenamento brasileiro não está submetido a uma escolha necessariamente dicotômica entre uma decisão judicial rápida ou o devido processo legal. A morosidade não é um pressuposto para o desenvolvimento regular de um devido processo legal (em contraditório), assim como a quebra do contraditório (e do devido processo legal, por conseguinte) não deve ser encarada como um mal necessário à celeridade processual. Na verdade, desconstituir o devido processo legal de sua estrutura dialética não é o único, quiçá o melhor, caminho para alcançar a tão

¹²² Neste ponto, evidencia-se porque o presente estudo entendeu necessário ampliar o espectro de análise da dissertação e abarcar essas novas problemáticas geradas pelas inovações processuais constitucionais Pós-Emenda Constitucional n. 45/04.

almejada razoável duração do processo. Outras medidas, mais dispendiosas para os cofres públicos, obviamente, como a ampliação do número de juízes, varas, comarcas, defensores públicos, etc. podem servir tão bem, ou até melhor, a esse ideal – e o que é mais importante, sem alijar os cidadãos dos direitos constitucionais que lhes são assegurados pela Constituição.

Em resumo, pode-se dizer que, longe de servir legitimamente à Constituição e ao ideal de celeridade imposto pela Emenda Constitucional nº 45/04, tanto a tese de mutação constitucional levantada por Gilmar Mendes, quanto os mecanismos processuais de contenção das demandas judiciais e vinculação das instâncias inferiores a um esquema de aplicação acrítica de precedentes vinculantes, representam um sopro de concentração de poder no Supremo Tribunal Federal que pode levar o barco do constitucionalismo brasileiro às tormentas de um decisionismo judicial em larga escala, que culminará com a quebra do devido processo legal, do direito de acesso à justiça e, sobretudo, do dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais. Isso porque, na medida em que o caso concreto – bem como o contraditório produzido no seu âmbito – é relegado a uma mera formalidade processual dispensável para a análise dos direitos que as pessoas têm; esses direitos passam a ser resultado de uma análise genérica e abstrata da Constituição e das normas infra-constitucionais, deixando os seus destinatários cada vez mais distantes do evento constitutivo dos seus direitos¹²³.

Essa não parece ser uma versão do constitucionalismo compatível com o Estado Democrático de Direito, o qual, em essência, exige que toda decisão sobre os direitos dos cidadãos tenha como parte indissociável em seu processo de formação o próprio cidadão. É a noção de sociedade aberta de intérpretes da Constituição de que falou Peter Häberle¹²⁴ e que dá a nota de legitimidade indispensável ao evento

¹²³ A respeito da importância de uma participação democrática dos sujeitos destinatários da norma no processo de interpretação do direito, Peter Häberle faz uma colocação bastante interessante: “[...]a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática. Portanto, é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas mencionadas. [...] O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição.” (HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997. p. 14 et. seq.)

¹²⁴ Uma passagem interessante deste autor deixa patente esta idéia: “Propõe-se, pois, a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição. [...] Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.” (HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a*

constitucional. Ao contrário do que se possa imaginar, constitucionalismo e democracia não precisam ser extremos inconciliáveis, podendo muito bem configurar elementos complementares em uma sociedade democrática de direito¹²⁵.

E trazer a legitimidade democrática para dentro do processo constitucional, dotando as decisões judiciais de elementos que a legitimem, só é possível por meio da adoção de um método democrático de desenvolvimento do processo. Esse método, ao que tudo indica, envolve a experimentação dialética do contraditório, a análise detida dos fatos e circunstâncias levantados nos casos concretos e a produção de uma norma de decisão que se fundamente em um discurso de aplicação, necessariamente argumentativo e pautado no enfrentamento de todos os argumentos produzidos pelas partes durante o processo, revelando uma igual consideração e respeito do magistrado pelos contraditores (gênese do ideal de integridade política da teoria de Dworkin), bem como a legítima apreensão do conteúdo dos direitos que as pessoas têm naquele caso concreto, resultante do recorte de tempo e de espaço no qual se deu o evento interpretativo de concretização das normas jurídicas (sem com isso pretender a perfeição, obviamente, pois as complexidades impostas ao direito pela modernidade tornam qualquer resultado interpretativo imperfeito, inacabado, passageiro e passível de crítica pela sociedade aberta de intérpretes da Constituição).

Enfim, pensar o controle de constitucionalidade no atual Estado Democrático de Direito, é pensá-lo a partir do caso concreto, assim como pensar o próprio processo constitucional como um todo, já que não se pode legitimamente desconstituir direitos constitucionais consagrados (como o devido processo legal e o acesso à justiça) sob o pretexto de promover novos direitos constitucionais (como a

interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997. p. 13.)

¹²⁵ Por isso, apesar de a jurisdição constitucional ser anti-majoritária em certas ocasiões, ela não é necessariamente anti-democrática. Isso porque, o conceito de democracia não pode ser confundido com o de premissa majoritária. Um ambiente democrático não é um ambiente no qual à maioria é permitido obter tudo o que deseja. Há que se preservar o direito das minorias, conservando a noção de heterogeneidade que compõe uma sociedade. Nesse sentido, é bastante interessante o conceito de democracia constitucional proposto por Dworkin, segundo o qual: “Em suma, a concepção constitucional de democracia assume em relação ao governo majoritário a atitude descrita a seguir. 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, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 27.)

razoável duração do processo¹²⁶). Portanto, é preciso pensar a celeridade no processo de uma maneira que preserve a essência do devido processo legal e do direito de acesso à justiça, assim como é necessário pensar o controle de constitucionalidade imerso nas singularidades que o processo constitucional lhe impõe, o que recomenda uma ênfase no controle difuso e concreto, e não a sua transposição para um controle concentrado e abstrato, forjado na seleção – quase sempre arbitrária – de casos concretos supostamente paradigmáticos, e tendo como resultado decisões incidentais de inconstitucionalidade com eficácia geral e efeito vinculante – mesmo na ausência de resolução suspensiva do Senado Federal, ou na inobservância do procedimento previsto pela Constituição Federal para a produção das chamadas súmulas vinculantes.

Essa é uma proposta honesta de concretização da Constituição, a partir de uma concepção de direito e de norma jurídica que efetivamente leva os direitos constitucionais a sério. E, como tal, é uma proposta que também deve ser levada a sério na consideração dos rumos que se pretende dar ao atual Estado Democrático de Direito em exercício na sociedade brasileira.

¹²⁶ Até porque, esse conceito de tempo razoável, como foi colocado, não pode ser numericamente apreendido em termos genéricos e homogêneos, já que diferentes complexidades, emergentes de diferentes casos concretos, demandam diferentes esforços interpretativos e, em conseqüência, dependem de um tempo diferenciado para o seu adequado tratamento, sendo o conceito de “tempo razoável” extremamente relativo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, José Carlos Moreira. *O controle de constitucionalidade no Brasil*. In: **Revista da Procuradoria-Geral da República**. n° 9, jul/dez. 1997.

BRASIL. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1933.

_____. *Anais da comissão da constituição*. v. 2. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1948.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988*. In: **Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. pp. 7-92.

_____. *Lei n° 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil)*. In: **Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. pp. 389-480.

_____. *Lei n° 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública)*. In: **Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. pp.1399-1400.

_____. *Medida Provisória n° 1.570-5, de 21 de agosto de 1997, convertida na Lei n° 9.494, de 10 de setembro de 1997*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Antigas/1570-5.htm. Acesso em: 13 de fevereiro de 2011.

_____. *Decreto-lei n° 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução ao Código Civil)*. In: **Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. pp. 131-133.

_____. *Lei n° 8.038, de 28 de maio de 1990*. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8038.htm. Acesso em: 15 de fevereiro de 2011.

_____. *Lei n° 9.756, de 17 de dezembro de 1998*. Dispõe sobre o processamento de recursos no âmbito dos tribunais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9756.htm. Acesso em: 15 de fevereiro de 2011.

_____. *Lei n° 9.882, de 3 de dezembro de 1999*. In: **Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. pp. 1677-1678.

_____. *Resolução do Senado Federal nº 34, de 28 de junho de 2005*. Diário Oficial da União, Seção 1, de 29 de junho de 2005, p. 3. Disponível em: <http://www.in.gov.br/visualiza/index.jsp?data=29/06/2005&jornal=1&pagina=3&totalArquivos=104>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2011.

_____. *Resolução do Senado Federal nº 35, de 28 de junho de 2005*. Diário Oficial da União, Seção 1, de 29 de junho de 2005, p. 3. Disponível em: <http://www.in.gov.br/visualiza/index.jsp?data=29/06/2005&jornal=1&pagina=3&totalArquivos=104>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2011.

_____. *Resolução do Senado Federal nº 36, de 28 de junho de 2005*. Diário Oficial da União, Seção 1, de 29 de junho de 2005, p. 3. Disponível em: <http://www.in.gov.br/visualiza/index.jsp?data=29/06/2005&jornal=1&pagina=3&totalArquivos=104>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2011.

_____. *Resolução do Senado Federal nº 37, de 28 de junho de 2005*. Diário Oficial da União, Seção 1, de 29 de junho de 2005, p. 3. Disponível em: <http://www.in.gov.br/visualiza/index.jsp?data=29/06/2005&jornal=1&pagina=3&totalArquivos=104>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2011.

_____. *Resolução do Senado Federal nº 38, de 28 de junho de 2005*. Diário Oficial da União, Seção 1, de 29 de junho de 2005, p. 3. Disponível em: <http://www.in.gov.br/visualiza/index.jsp?data=29/06/2005&jornal=1&pagina=3&totalArquivos=104>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2011.

_____. *Resolução do Senado Federal nº 39, de 28 de junho de 2005*. Diário Oficial da União, Seção 1, de 29 de junho de 2005, p. 3. Disponível em: <http://www.in.gov.br/visualiza/index.jsp?data=29/06/2005&jornal=1&pagina=3&totalArquivos=104>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2011.

_____. *Resolução do Senado Federal nº 40, de 28 de junho de 2005*. Diário Oficial da União, Seção 1, de 29 de junho de 2005, p. 3. Disponível em: <http://www.in.gov.br/visualiza/index.jsp?data=29/06/2005&jornal=1&pagina=3&totalArquivos=104>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2011.

_____. *Resolução do Senado Federal nº 41, de 28 de junho de 2005*. Diário Oficial da União, Seção 1, de 29 de junho de 2005, p. 3. Disponível em: <http://www.in.gov.br/visualiza/index.jsp?data=29/06/2005&jornal=1&pagina=3&totalArquivos=104>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2011.

_____. *Resolução do Senado Federal nº 42, de 28 de junho de 2005*. Diário Oficial da União, Seção 1, de 29 de junho de 2005, p. 3. Disponível em: <http://www.in.gov.br/visualiza/index.jsp?data=29/06/2005&jornal=1&pagina=3&totalArquivos=104>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2011.

_____. *Resolução do Senado Federal nº 43, de 28 de junho de 2005*. Diário Oficial da União, Seção 1, de 29 de junho de 2005, p. 3. Disponível em: <http://www.in.gov.br/visualiza/index.jsp?data=29/06/2005&jornal=1&pagina=3&totalArquivos=104>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2011.

_____. *Resolução do Senado Federal nº 44, de 28 de junho de 2005*. Diário Oficial da União, Seção 1, de 29 de junho de 2005, p. 3. Disponível em: <http://www.in.gov.br/visualiza/index.jsp?data=29/06/2005&jornal=1&pagina=3&totalArquivos=104>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2011.

_____. *Resolução do Senado Federal nº 10, de 7 de março de 2006*. Diário Oficial da União, Seção 1, de 8 de março de 2006, p. 1. Disponível em: <http://www.in.gov.br/imprensa/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=1&data=08/03/2006>.

_____. *Resolução do Senado Federal nº 11, de 7 de março de 2006*. Diário Oficial da União, Seção 1, de 8 de março de 2006, p. 1. Disponível em: <http://www.in.gov.br/imprensa/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=1&data=08/03/2006>.

_____. *Resolução do Senado Federal nº 12, de 7 de março de 2006*. Diário Oficial da União, Seção 1, de 8 de março de 2006, p. 1. Disponível em: <http://www.in.gov.br/imprensa/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=1&data=08/03/2006>.

_____. *Resolução do Senado Federal nº 13, de 7 de março de 2006*. Diário Oficial da União, Seção 1, de 8 de março de 2006, p. 1. Disponível em: <http://www.in.gov.br/imprensa/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=1&data=08/03/2006>.

_____. *Resolução do Senado Federal nº 14, de 7 de março de 2006*. Diário Oficial da União, Seção 1, de 8 de março de 2006, p. 1. Disponível em: <http://www.in.gov.br/imprensa/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=1&data=08/03/2006>.

_____. *Resolução do Senado Federal nº 15, de 7 de março de 2006*. Diário Oficial da União, Seção 1, de 8 de março de 2006, pp. 1-2. Disponível em: <http://www.in.gov.br/imprensa/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=1&data=08/03/2006>.

_____. *Resolução do Senado Federal nº 19, de 25 de outubro de 2007*. Diário Oficial da União, Seção 1, de 26 de outubro de 2007. p. 3. Disponível em: <http://www.in.gov.br/visualiza/index.jsp?data=26/10/2007&jornal=1&pagina=3&totalArquivos=132>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2011.

_____. *Resolução do Senado Federal nº 20, de 25 de outubro de 2007*. Diário Oficial da União, Seção 1, de 26 de outubro de 2007. p. 3. Disponível em: <http://www.in.gov.br/visualiza/index.jsp?data=26/10/2007&jornal=1&pagina=3&totalArquivos=132>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2011.

_____. *Resolução do Senado Federal nº 21, de 25 de outubro de 2007*. Diário Oficial da União, Seção 1, de 26 de outubro de 2007. p. 3. Disponível em: <http://www.in.gov.br/visualiza/index.jsp?data=26/10/2007&jornal=1&pagina=3&totalArquivos=132>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2011.

_____. *Resolução do Senado Federal n° 27, de 29 de novembro de 2007*. Diário Oficial da União, Seção 1, de 30 de novembro de 2007. p. 21. Disponível em: <http://www.in.gov.br/visualiza/index.jsp?data=30/11/2007&jornal=1&pagina=21&totalArquivos=140>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2011.

_____. *Resolução do Senado Federal n° 28, de 29 de novembro de 2007*. Diário Oficial da União, Seção 1, de 30 de novembro de 2007. p. 21. Disponível em: <http://www.in.gov.br/visualiza/index.jsp?data=30/11/2007&jornal=1&pagina=21&totalArquivos=140>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2011.

_____. *Resolução do Senado Federal n° 29, de 29 de novembro de 2007*. Diário Oficial da União, Seção 1, de 30 de novembro de 2007. p. 21. Disponível em: <http://www.in.gov.br/visualiza/index.jsp?data=30/11/2007&jornal=1&pagina=21&totalArquivos=140>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2011.

_____. *Resolução do Senado Federal n° 30, de 29 de novembro de 2007*. Diário Oficial da União, Seção 1, de 30 de novembro de 2007. p. 21. Disponível em: <http://www.in.gov.br/visualiza/index.jsp?data=30/11/2007&jornal=1&pagina=21&totalArquivos=140>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n° 16.512*. Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, julgado em 25 de maio de 1966, Diário de Justiça de 31 de agosto de 1966. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=MS+16512&base=baseAcordaos>. Acesso em: 11 de fevereiro de 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Liminar. *Ação direta de inconstitucionalidade n° 2.231*. Rel. Min. Néri da Silveira, julgado em 5 de dezembro de 2001. Diário de Justiça de 17 de dezembro de 2001. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=218&dataPublicacaoDj=17/12/2001&incidente=3702941&codCapitulo=2&numMateria=39&codMateria=3>. Acesso em: 9 de fevereiro de 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Liminar. *Reclamação Constitucional n° 4.335*. Rel. Min. Gilmar Mendes, julgada em 21 de agosto de 2006, Diário de Justiça de 25 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl+4335%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 11 de fevereiro de 2011.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula n° 126*. Incabível o recurso de revista ou de embargos (arts. 896 e 894, b, da CLT) para reexame de fatos e provas. *In: Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1817.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n° 7*. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. *In: Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1801.

- BARBI, Celso Agrícola. *Evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil*. In: **Revista de Direito Público**. n° 48. São Paulo: RDP, 1968.
- BARBOSA, Rui. *Atos inconstitucionais*. 2. ed. Campinas: Russel Editores, 2004.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- BITTENCOURT, Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.
- BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958.
- CAPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1992.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin^o. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- DERRIDA, Jacques. *Força de lei*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- DELEUZE, Gilles; GUATARRI, Félix. *O que é a filosofia*. Tradução de Bento Prado Júnior e Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Editora 34, 2000.
- DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.
- _____. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- _____. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- _____. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- _____. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- ELSTER, Jon. *Ulisses liberto: estudos sobre a racionalidade, pré-compromisso e restrições*. São Paulo: UNESP, 2009.
- FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Campinas: Bookseller Editora e Distribuidora, 2006.
- GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness: application discourses in morality and law*. Translated by John Farrel. New York: State University of New York Press, 1993.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da*

Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v.1. Tradução de Fábio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 2. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HESSE, Konrad. *La interpretación constitucional*. In: **Escritos de derecho constitucional**. Madrid: Centros de Estudios Constitucionales, 1983.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 5. ed. Tradução João Batista Machado. Coimbra: Armênio Amada Editor (Sucessor), 1979.

_____. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2007.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A teoria das constituições rígidas*. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1980.

MENDES, Gilmar Ferreira. *O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional*. In: **Revista de Informação Legislativa**. 2004. pp. 149-168.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PASCAL, Blaise. *Pensamentos*. Introdução e nota de C.H. Des Granges. Tradução de Sérgio Milliet. 2. Ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1961.

ROSENFELD, Michael. *A identidade do sujeito constitucional*. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.