

INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é o de desenvolver algumas ideias acerca da interpretação constitucional que ocorre especificamente no momento do controle judicial de constitucionalidade das leis. Parte-se do pressuposto de que toda lei encerra, em seus dispositivos, uma determinada interpretação do texto constitucional. É essa interpretação que se sujeita à revisão judicial quando a lei é impugnada numa ação direta de inconstitucionalidade ou incidentalmente, num processo ordinário entre partes.

O juiz que interpreta e aplica a Constituição (no ato de controlar a constitucionalidade da lei) deve formar para si próprio uma conclusão a respeito do sentido exato da norma constitucional que, no caso, esteja servindo de paradigma para a revisão. Ocorre que o legislador, ao editar a lei, também incorpora à norma por ele criada uma determinada versão de interpretação da Constituição. A interpretação *judicial*, no entanto, pode ou não coincidir com a interpretação *legislativa*. Assim, o problema básico que se enfrenta nesta dissertação é o seguinte: considerados o fato do pluralismo, a existência de desacordos razoáveis na sociedade e a textura acentuadamente aberta das normas constitucionais, em que situações é *legítimo* que o juiz constitucional *substitua* a interpretação que o legislador deu à norma constitucional pela sua, própria?

O trajeto percorrido da primeira à última página deste estudo é uma tentativa de oferecer uma resposta fundamentada a essa pergunta. Segue-se um panorama geral e bem resumido do caminho trilhado.

Após uma breve introdução (capítulo 1) que apenas explicita os termos gerais do problema, a segunda parte do trabalho, composta pelos capítulos 2 a 4, dedica-se à elaboração de um discurso de justificação do controle judicial de constitucionalidade das leis. Esse discurso, mesclando argumentos *universais* (válidos para *quaisquer* sociedades que preencham determinadas condições preestabelecidas) com argumentos *contextualizados*

(válidos apenas para a sociedade brasileira contemporânea), conclui que há cinco grandes valores ou princípios constitucionais que justificam a instituição de limitações externas ao processo democrático: o *Estado de direito*, a *federação*, a *própria democracia*, a *separação de poderes* e os *direitos fundamentais*.

Ao discurso de justificação reserva-se a função de coadjuvar o discurso de aplicação do direito constitucional. A ideia essencial é a de que, mesmo em sistemas que já preveem o controle judicial, é necessário investigar a justificabilidade do exercício desse poder nas mais variadas situações que a prática oferece. O discurso de justificação cumprirá, portanto, a missão de estabelecer os parâmetros para o uso “democraticamente correto” do controle judicial de constitucionalidade das leis.

Na terceira parte do trabalho, integrada pelos capítulos 5 a 7, propõe-se um método de obtenção de decisão que tem a finalidade de otimizar o princípio democrático, de modo que as decisões relevantes para a comunidade sejam, na maior medida possível, tomadas pelo legislador.

Esse método parte de uma divisão da Constituição em diferentes contextos aplicativos, de acordo com o conteúdo da matéria controvertida. Neste sentido, faz-se alusão aos contextos aplicativos *jusfundamentais*, contextos aplicativos *federativos*, contextos aplicativos relacionados à *separação de poderes*, e assim por diante. Em seguida, correlacionam-se alguns desses contextos aplicativos com um controle judicial de tipo “forte”, ao passo que outros se conectam com um controle judicial de tipo “fraco”. Em termos bem sintéticos, pode-se dizer que o controle “forte” será empregado quando estiver em questão uma (alegada) ameaça aos *consensos mínimos* da comunidade, expressos pelo núcleo de determinados valores constitucionais; e o controle “fraco”, a sua vez, será acionado nas províncias que se situam *para além desse consenso mínimo*, onde os desacordos razoáveis devem ser debatidos e solucionados por meio da política (e não pela decisão judicial). A distinção crucial entre essas duas modalidades de controle reside no rigor crítico com que o judiciário revê as leis impugnadas: no controle de tipo “forte”, mediante *juízos de correção* (mais exigentes); e, no controle de tipo “fraco”, mediante *juízos de mera plausibilidade ou razoabilidade* (menos exigentes).

Com isso, chega-se a um quadro de partilha da autoridade interpretativa final da Constituição bem diferente do que hoje é generalizadamente praticado pelos juízes e tribunais brasileiros no exercício do controle de constitucionalidade das leis. Segundo a tese aqui defendida, embora o judiciário sempre remanesça com a última palavra, a sua atuação só se

legitimaria, nos contextos aplicativos relacionados ao controle de tipo “fraco”, caso se adotasse uma postura de plena deferência para com a *interpretação razoável da Constituição* (ainda que não a “melhor”, ao ver do tribunal), incorporada ao texto da lei submetida à revisão judicial. De tal sorte, assegurar-se-ia que a decisão do legislador não seria substituída pela decisão judicial nas hipóteses que envolvessem um desacordo razoável a respeito dos temas sujeitos ao controle de tipo “fraco”. E, ao mesmo tempo, seria mantido um controle vigoroso para as hipóteses em que a discussão constitucional se situasse nos contextos aplicativos de controle “forte”. Adotado esse método, o resultado substancial seria a realização do princípio democrático na maior medida possível (consideradas as pretensões normativas contrapostas que advêm dos outros princípios e valores constitucionais), conjugada com a preservação de uma garantia reforçada para os “consensos mínimos” da sociedade.

* *
* *

Uma última observação. Os esquemas de justificação e o método de obtenção de decisão aqui sugeridos não são o que há de mais importante na presente dissertação. Muito mais relevante, na realidade, são as *premissas* que antecedem a elaboração desses discursos de justificação e de aplicação. Destaco duas delas: a premissa de que o princípio democrático impõe alguma medida de descentralização da autoridade interpretativa final do texto constitucional; e a premissa de que a abordagem interpretativa da Constituição, na revisão judicial das leis, pode e deve ser feita com um rigor crítico variável, como forma de prestigiar o poder decisório do legislador e, dessa forma, otimizar o princípio democrático. Essas duas ideias compõem o núcleo da proposição teórica que se quis aqui defender. Tanto os esquemas de justificação como o método de obtenção de decisão são apenas desdobramentos dessas ideias. Mas não têm a pretensão de serem os únicos desdobramentos possíveis, nem tampouco almejam qualificar-se como os “melhores” desdobramentos, dentre os possíveis. O que se apresentará a seguir, portanto, é apenas uma particular sugestão do que seria normativamente exigido por uma concepção democrática do controle judicial de constitucionalidade das leis. É certo que outros desenvolvimentos muito mais bem articulados e consistentes poderiam ser elaborados a partir das duas premissas referidas. Isso não obstante, era importante que o presente estudo aceitasse e enfrentasse o desafio de propor, a partir daquelas premissas, a construção de soluções concretas e específicas, para além das afirmações dotadas de alto grau

de generalidade, que na presente matéria pouco contribuem para avançar a reflexão e a troca profícua de ideias.

1 CONSTITUCIONALIZAÇÃO, POSTURAS INTERPRETATIVAS E CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

1.1. As duas acepções da constitucionalização do direito

A constitucionalização do direito, fenômeno difundido em grande parte do mundo ocidental, tem pelo menos dois significados bem distintos.¹ Por um lado, designa o regramento, *diretamente pela Constituição*, de uma grande variedade de assuntos, para muito além do conteúdo tradicional das normas constitucionais, que no cânone liberal se circunscreviam à disciplina básica do poder e à enumeração de alguns direitos individuais e suas garantias. A Constituição, assim expandida, passa a cuidar de uma multidão de relações sociais, estatuindo casuisticamente sobre inúmeras matérias historicamente deixadas à livre deliberação do legislador ordinário.

Por outro lado, a constitucionalização do direito significa ainda que os conteúdos das normas constitucionais, em maior ou menor grau, *impregnam* todo o ordenamento jurídico infraconstitucional, condicionando-lhe a compreensão e a interpretação. Disso decorre que não há ramo do direito ou instituto jurídico imune à influência normativa da Constituição. Numa imagem que se tornou recorrente na literatura especializada, proclama-se que a Constituição é a lente através da qual são lidos todos os estatutos legais.^{2 e 3}

¹ O processo de constitucionalização do direito, segundo Daniel SARMENTO, envolve dois aspectos distintos: "(a) a Constituição passa a tratar, em maior ou menor detalhe, de temas que antes eram disciplinados pelo legislador, retirando uma série de decisões do alcance das majorias legislativas de cada momento; e (b) os princípios e valores da Constituição penetram em todo o ordenamento jurídico, impondo uma 'filtragem' constitucional do ordenamento, vale dizer, a releitura dos conceitos e institutos dos mais diversos ramos do Direito à luz da Constituição" ("Ubiquidade Constitucional: os dois Lados da Moeda". In: *Livres e Iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006, p. 177). No mesmo sentido, a lição de Luís Roberto BARROSO: "No Brasil, particularmente, em razão de uma Constituição extensa e analítica, a constitucionalização do Direito assumiu uma feição dúplice: a) a vinda para a Constituição de princípios relacionados com múltiplas áreas do Direito, incluídos o direito civil, administrativo, penal, processual e outros; b) a ida de princípios constitucionais fundamentais, como o da dignidade da pessoa humana, aos diferentes domínios do direito infraconstitucional, dando novo sentido e alcance a suas normas e institutos" (*A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo*, p. 18, mimeo).

² Neste sentido, v. Luís Roberto BARROSO. "O Começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro". In: *Temas de Direito Constitucional*. T. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 5.

³ Riccardo GUASTINI define a constitucionalização do ordenamento jurídico como um "proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente

A discussão que se introduz neste capítulo diz respeito, exclusivamente, a essa segunda acepção de constitucionalização, por meio da qual se exprime a irradiação dos conteúdos constitucionais pelo ordenamento jurídico, condicionando a compreensão de todas as suas normas.

1.2. As posturas interpretativas e a medida da constitucionalização do direito

A constitucionalização do direito – como resultado do caráter pervasivo das normas constitucionais⁴ – não é um fenómeno que se manifesta sob a forma disjuntiva de um “tudo ou nada”, como se apenas duas alternativas extremas se oferecessem: ou um ordenamento infraconstitucional está inteiramente “impregnado” de Constituição ou, ao contrário, se acha imune a qualquer influência da normatividade constitucional. Na realidade, a constitucionalização do direito é, em essência, uma questão de medida, comportando um “mais” e um “menos”, uma escala modulável segundo diversos fatores e circunstâncias.

Em primeiro lugar, pode-se dizer que o grau de constitucionalização é variável de acordo com o setor do ordenamento de que se trate; e, de forma mais específica, é variável em função do enunciado normativo que esteja em consideração, bem como do contexto fático sobre o qual recairá a decisão. A constitucionalização, ademais, não é estática, mas dinâmica,

‘impregnado’ por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (*pervasiva, invadente*), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales” (“La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”. Trad. María Lujambio. *In*: Miguel CARBONNEL [org.]. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 49). Para Luís Roberto BARROSO, “[a] idéia de constitucionalização do Direito (...) está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional” (ob. cit., p.14).

⁴ O vocábulo “pervasivo” é empregado pelo constitucionalista italiano Riccardo GUASTINI, com grande força semântica, no artigo “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano” (versão em espanhol, citada na nota 3, acima). Note-se que, tanto em espanhol como em português, “pervasivo” não é uma palavra dicionarizada, embora seja correntemente utilizada em alguns círculos técnicos. Na língua inglesa, de onde provém (“pervasive”), deriva do verbo “to pervade”, que tem o sentido de *espalhar-se, difundir-se por toda parte* (“spread through every part of” – na definição do *Oxford Advanced Learner’s Dictionary of Current English*). Aqui ele será empregado em razão da propriedade com que exprime a ideia de que o direito constitucional “invade” o direito infraconstitucional, provocando a difusão de conteúdos constitucionais (valores, princípios, regras, conceitos, finalidades etc.) em meio às normas legais.

comportando variações no tempo, o que pode ocorrer em razão de modificações dos próprios costumes interpretativos (ainda que sob a vigência de um mesmo texto constitucional).

Todas essas variações decorrem da circunstância de que a constitucionalização do direito não é determinada, única e exclusivamente, pelo “modo de ser” da Constituição. Vale dizer: a medida em que um ordenamento jurídico se ache “constitucionalizado” não depende só das características intrínsecas de um determinado texto constitucional, como, p.ex., o caráter principiológico, a extensão, a minudência, a grande quantidade de preceitos axiologicamente densos, entre outras. Esses fatores têm um peso inegável na medida da constitucionalização, mas estão longe de atuar isoladamente. Com efeito, o grau de constitucionalização do direito está intimamente relacionado também às *posturas interpretativas* daqueles que o aplicam. Assim, mesmo diante de uma Constituição inequivocamente principiológica, extensa, minudente e fortemente valorativa, o grau de constitucionalização do ordenamento poderá variar significativamente, conforme se adote uma ou outra *postura interpretativa* diante do texto constitucional.⁵

Convém neste ponto, a bem da clareza, qualificar o sintagma *postura interpretativa*. Por meio dessa locução quer-se significar, aqui, a atitude que os juízes têm diante da Constituição, ao apreciar a constitucionalidade de uma lei complementar ou lei ordinária,⁶ especificamente no que toca à *maior ou menor deferência* com que eles encaram o enunciado legislativo objeto de controle. Essa maior ou menor deferência, por sua vez, depende fundamentalmente da *concepção de Constituição* adotada pelo juiz. Isto é, depende da ideia geral que o juiz tenha acerca de *qual é o papel desempenhado pelas normas constitucionais no ordenamento jurídico*.

Com alguma simplificação (pois a realidade apresenta-se muito mais matizada), podem-se conceber a esse propósito duas atitudes ou concepções distintas.

⁵ Deve-se essa ideia a Riccardo GUASTINI, que afirma em seu já citado artigo que o modo particular pelo qual se opera a constitucionalização de um dado ordenamento jurídico está ligado, entre outros fatores, a “la difusión en el seno de la cultura jurídica de cierta concepción de la Constitución [y a] la actitud de los jueces derivada de la misma” (“La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”. Trad. José María Lujambio. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 55).

⁶ É proposital, neste ponto, a omissão de referência às medidas provisórias. O presente trabalho se propõe a defender a razoabilidade do ato legislativo típico, que é a lei discutida e votada “no chão” do parlamento. É esse ato típico que é merecedor de respeito, por sua dignidade democrática. A extensão dos argumentos aqui desenvolvidos também às medidas provisórias, se é que possível, demandaria o enfrentamento de uma série de outros problemas, ligados ao caráter de exceção das medidas provisórias, e bem assim aos requisitos próprios a que a sua edição está submetida (CF/88, art. 62 e §§). A análise desses problemas, no entanto, extrapolaria em muito os objetivos deste trabalho.

De acordo com a primeira delas, o juiz parte da crença de que a Constituição é um documento cujo conteúdo material e axiológico influencia o sentido de todas as normas infraconstitucionais, bem como condiciona qualquer decisão interpretativa sobre questões controvertidas que surjam nesse ordenamento jurídico. Segundo essa postura, nenhuma decisão jurídica pode ser alcançada de forma metodologicamente correta se não forem considerados, na obtenção da solução para o caso, os efeitos irradiados pela Constituição.

Tal postura interpretativa, num ordenamento em que vigora o postulado da superioridade hierárquica das normas constitucionais, leva o juiz a uma deferência mínima, ou nenhuma, diante das leis elaboradas pelo legislador democrático. Isso porque, para esse juiz, a Constituição *sempre terá algo a dizer na solução do caso*. Não há situações que sejam constitucionalmente neutras ou indiferentes. Essa visão de uma Constituição hipernormativa, a cuja força gravitacional nada escapa, foi muito bem exposta por Luis Prieto Sanchís em seu ensaio sobre o constitucionalismo dos direitos:

Os direitos fundamentais (...) exibem uma extraordinária força expansiva que *inunda, impregna* ou *irradia* sobre o conjunto do sistema; já não disciplinam unicamente determinadas esferas públicas de relação entre o indivíduo e o poder, senão que se fazem operativos em todo tipo de relações jurídicas, de maneira que se pode dizer que não há um problema medianamente sério que não encontre resposta ou, quando menos, orientação de sentido na Constituição e em seus direitos. Por trás de cada preceito legal se adivinha sempre uma norma constitucional que o confirma ou contradiz. O sistema, por assim dizer, fica saturado pelos princípios e direitos.⁷

Levada ao extremo, essa postura interpretativa deságua numa concepção puramente material da Constituição. Segundo essa concepção, para cada decisão imaginável do legislador há, no texto da Lei Fundamental, um comando ou uma proibição que podem ser pertinentemente invocados para a resolução do caso. Por isso, como diz Robert Alexy, “debaixo do império da Constituição [puramente material] não existe nenhuma regulação que o legislador possa, ou não, livremente emitir”.⁸ Todas as decisões são em alguma medida determinadas pela Constituição.

⁷ SANCHÍS, Luis Prieto. “El constitucionalismo de los derechos”. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 216-217.

⁸ *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2007, p. 518.

Nesse modelo, quando o juiz se depara com uma divergência entre a solução que a Constituição lhe aponta – pois a Constituição nunca fica silente – e a eventual solução divergente adotada pelo legislador, o postulado da hierarquia lhe obriga a adotar a solução prescrita pela norma constitucional.⁹

A forma básica do raciocínio desse juiz é a seguinte: se, numa situação de conflito normativo, a Constituição recomenda a solução “a” (afinal, a Constituição *sempre* tem algo a dizer); e a lei, a solução “b”, *então só a solução “a” pode ser válida*. A solução “b” será, pois, necessariamente *inconstitucional*.

Essa postura interpretativa, como é intuitivo, tende a multiplicar as controvérsias envolvendo a constitucionalidade das leis. De fato, se todas as normas passíveis de serem formuladas pelo intérprete já estão em alguma medida contidas *in nuce* na Constituição, ocorrerá frequentemente que a lei será inconstitucional, não por revelar uma incompatibilidade frontal com dispositivos da Carta Política, mas, sim, porque terá faltado ao legislador a sagacidade necessária para desvendar esse conteúdo constitucional tantas vezes oculto sob as malhas da textura aberta da Constituição.

Já o segundo tipo de postura interpretativa parte do pressuposto oposto. É uma postura que admite que a Constituição, *em termos substanciais*,¹⁰ *pode não ter relevância alguma na obtenção da norma de decisão de determinados casos*. (Essa noção, logicamente, implica *a contrario sensu* que em outros tantos casos a Constituição terá, sim, relevância na obtenção da norma de decisão.) Essa irrelevância da Constituição ao ângulo material pode ocorrer de duas maneiras distintas.

Na primeira delas, a Constituição nada tem a dizer de importante sobre a questão em exame. Simplesmente, nenhuma norma constitucional pode ser invocada para ajudar na solução do caso concreto. Como exemplo, pode-se citar a controvérsia, relativa aos contratos de câmbio, acerca de qual deve ser a data de conversão da moeda estrangeira para a nacional, nas hipóteses em que há o inadimplemento, por parte do exportador, da obrigação de entregar

⁹ A esse procedimento mental frequentemente se acresce, ainda, a crença de que a interpretação do direito possibilita ao intérprete encontrar *uma única solução correta* para cada caso. Para os que professam tal fé, a solução apontada pela Constituição será, inevitavelmente, uma solução unívoca, o que diminui ainda mais o espaço interpretativo do legislador ordinário.

¹⁰ É importante registrar que, *ao ângulo formal*, a Constituição sempre é relevante, já que a validade da lei depende da obediência às normas constitucionais sobre processo legislativo. No que respeita às normas constitucionais sobre competência legislativa, veja-se a observação constante da nota 14, abaixo.

a moeda estrangeira ao credor adquirente. Parece pouco provável que alguma norma da Constituição possa contribuir materialmente para a solução dessa controvérsia.¹¹

A segunda forma de manifestação da irrelevância da Constituição para a interpretação do direito é a seguinte. O intérprete pode até reconhecer a existência, no caso, de alguma norma constitucional de textura aberta que, por sua grande abrangência, possa ser tida como pertinente à espécie. Mas, ao mesmo tempo, admitirá também que esse enunciado ostenta um nível tal de generalidade que, debaixo dele, distintas precisões legislativas se mostram possíveis, todas compatíveis com a Constituição. A título de ilustração, o princípio constitucional da não cumulatividade do ICMS, em razão de sua generalidade, é perfeitamente compatível com diferentes regimes legais de compensação do imposto. Por essa razão, não se afigura defensável o argumento que procura extrair dos incisos I e II, do § 2º, do art. 155 da CF/88¹² uma ordem para que o legislador estabeleça um *específico* regime de créditos e débitos escriturais, que já estaria inteiramente contido naquele princípio constitucional, sendo todas as outras opções necessariamente descartadas, por inválidas.¹³

¹¹ Sobre essa controvérsia, a jurisprudência cogita de três soluções distintas. A conversão em moeda nacional poderia ocorrer: (i) na data do efetivo pagamento; (ii) na data da baixa do contrato, a qual normalmente coincide com a da apresentação a protesto; ou (iii) na data do ajuizamento da ação de cobrança.

¹² Art. 155. (...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II [o ICMS] atenderá ao seguinte:

I – será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;

II – a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação:

a) não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes;

b) acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores.

¹³ Marco Aurélio GRECO rechaça a noção de que o princípio da não cumulatividade teria, no texto constitucional, um sentido unívoco. Afirma esse tributarista que, “na medida em que a própria Constituição admite que a não-cumulatividade possa ter três perfis (...), disto resulta que a não-cumulatividade no sistema positivo brasileiro pode apresentar mais de uma conformação, dependendo do que dispuser a legislação do imposto, seja quanto aos perfis, seja quanto ao regime dos créditos relativos a operações isentas, ou de não-incidência” (“ICMS – Créditos pela aquisição de bens destinados ao ativo permanente”. *In Estudos de Direito Tributário em Homenagem à Memória de Gilberto de Ulhoa Canto* (obra coletiva). Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 247). No mesmo sentido é a lição de Hugo de Brito MACHADO, ao tratar da não cumulatividade do ICMS: “(...) Este é o entendimento que fundamentou a doutrina do denominado crédito *financeiro*, em oposição à doutrina do crédito *físico*, que tem predominado no Brasil. Seja como for, verdade é que a Constituição permite mais de uma interpretação, sendo por isto mesmo da maior importância a competência atribuída ao legislador complementar, para dispor a respeito do *regime de compensação do imposto*. (...) O legislador complementar, no caso, opera dentro do quadro ou moldura de possibilidades deixadas pelas normas da Constituição. E estando, como está, expressamente autorizado pela norma constitucional a dispor

Nessas situações – silêncio ou caráter acentuadamente genérico da norma-paradigma –, o juiz, ao decidir o caso, adota uma das duas formas básicas de raciocínio a seguir descritas:¹⁴ (i) se a Constituição nada provê sobre o assunto em pauta, então, do ponto de vista constitucional, não há censura a se fazer à decisão “a”, eventualmente adotada pelo legislador; ou (ii) se a única norma constitucional invocável no caso tem um nível bastante elevado de generalidade, então, do ponto de vista constitucional, o legislador pode optar tanto pela decisão “a” quanto “b”, por constituírem, ambas, precisões compatíveis do preceito constitucional genérico.

Poder-se-ia objetar, no entanto, que as formas de raciocínio descritas no parágrafo antecedente não dariam conta do fato de que a Constituição *sempre* ensejaria algum tipo de *limite negativo* à competência do legislador. Esse limite negativo se traduziria na exigência (que não se pode afastar) de racionalidade e não arbitrariedade, derivada dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade.

De fato, é certo que qualquer lei, em tese, pode ser declarada inconstitucional por irrazoabilidade ou por desproporcionalidade. Isso tornaria a hipótese “(i)” – referente à situação em que a Constituição *nada tem a dizer, em termos substanciais*, para a solução do caso – um equívoco, uma hipótese falsa. Pois, *em toda e qualquer situação*, o intérprete estaria obrigado, no mínimo, a verificar se o ato normativo impugnado, ou sua aplicação num contexto fático específico, revelam compatibilidade material com os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade. Ou seja, esses dois postulados sempre teriam “algo a dizer” sobre a questão em exame.

sobre o *regime de compensação do imposto*, pode validamente optar entre o regime do crédito físico, ou o do crédito financeiro, assim como pode adotar um regime misto, com características de um e do outro” (“Créditos de Entradas de Bens de Consumo ou de Ativo Permanente e a Não Cumulatividade do ICMS”. In *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 16, jan/1997, p. 16).

¹⁴ É importante frisar que só se tem em conta, aqui, a compatibilidade *material* (de conteúdo) entre a norma-paradigma da Constituição e a norma legal controlada. A *constitucionalidade formal* não entra no esquema de raciocínio acima descrito, pois ela sempre terá que ser averiguada pelo juiz. Mas há ainda uma qualificação relevante a fazer: para os fins do presente trabalho, entende-se por “questão de compatibilidade *material*” também aquela em que o juiz examina se a lei foi editada dentro da competência constitucionalmente atribuída ao legislador com base em critérios materiais. Exemplo: uma lei estadual autoriza que se instaure, no âmbito de um determinado Estado, uma licitação para a prestação de serviços bancários de gestão da folha de pagamentos aos servidores e aos fornecedores do ente estatal; há aqui uma questão de competência – *estava o legislador estadual autorizado a editar semelhante lei?* – que remete diretamente ao conceito de “disponibilidades de caixa”, do art. 164, § 3º, da CF. Para os fins da terminologia aqui adotada, tal tipo de questão constitui um problema de compatibilidade *material*.

Essa objeção comporta duas respostas distintas. A *primeira* delas é a seguinte. A razoabilidade e a proporcionalidade são *postulados normativos aplicativos*, não integram a categoria das normas jurídicas propriamente ditas. São na realidade *metanormas*, que desempenham no ordenamento a função de estruturar a aplicação de outras normas. Consequência disso é que eles não podem ser, em si mesmos, “violados”. A violação, se existente, se referirá sempre a outra norma (princípio ou regra), cuja aplicação os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade estruturam.¹⁵

A segunda maneira de superar a objeção de que ora se cuida – a de que, ao menos do ponto de vista negativo, atuando como uma barreira para o legislador, a Constituição sempre teria “algo a dizer” substancialmente – se correlaciona com o *momento* em que o aplicador profere o juízo de que “a Constituição nada provê” sobre o assunto em pauta. Com efeito, a objeção em tela seria mesmo insuperável se se supusesse o aplicador situado no momento inicial (no “marco zero”) de seu trabalho de formulação da norma pertinente ao caso sob exame. Pois, nesse marco zero, anterior a qualquer esboço de juízo de adequação entre a norma e o contexto aplicativo, obviamente tudo é possível. Mas não é disso que se trata aqui. A asserção de que a Constituição “nada diz” constitui um dos possíveis *resultados* do trabalho interpretativo. Não é uma daquelas hipóteses *iniciais* de solução para o caso, formuladas logo no limiar do trabalho interpretativo, para serem confirmadas ou não até o momento da decisão definitiva. O que o juiz que adota a segunda postura interpretativa admite é que, *bem examinadas as coisas*, ele possa, *a final*, concluir que a Constituição efetivamente não influi em nada, do ponto de vista material, para a obtenção da decisão jurídica naquele caso.

Em resumo, é a seguinte a inter-relação entre a constitucionalização do direito (como irradiação das normas constitucionais pelo ordenamento jurídico) e as posturas interpretativas:

- (i) a constitucionalização do direito não é uma questão de “tudo ou nada”; antes, ela pode apresentar diferentes graus;

¹⁵ “Só elipticamente é que se pode afirmar que são violados os postulados da razoabilidade, da proporcionalidade ou da eficiência, por exemplo. A rigor, violadas são as normas – princípios e regras – que deixaram de ser devidamente aplicadas. Com efeito, no caso em que o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional lei estadual que determinava a pesagem de botijões de gás à vista do consumidor, o princípio da livre iniciativa foi considerado violado, por ter sido restringido de modo desnecessário e desproporcional. Rigorosamente, não é a *proporcionalidade* que foi violada, mas o princípio da livre iniciativa, na sua inter-relação horizontal com o princípio da defesa do consumidor, que deixou de ser aplicado adequadamente” (Humberto ÁVILA. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 88).

- (ii) um dos fatores que influem na medida da constitucionalização do ordenamento jurídico é o conjunto de posturas interpretativas da Constituição que prevalece entre os seus operadores;
- (iii) os dois tipos básicos de posturas interpretativas são os seguintes:
 - iii.1 – o juiz entende que a Constituição sempre tem “algo a dizer” – do ponto de vista material – para a solução dos casos conflituosos. Por conseguinte, a decisão de qualquer controvérsia jurídica (minimamente complexa) pressupõe que o intérprete tome em consideração, em seu raciocínio jurídico, algum dado normativo extraído da Constituição;
 - iii.2 – o juiz admite, diferentemente, (a) que há situações em que a Constituição nada tem a dizer de relevante para a solução do problema; ou (b) que a Constituição pode até conter alguma norma genérica em tese invocável naquele contexto aplicativo, mas, sendo essa norma dotada de grande generalidade, afigura-se perfeitamente possível que diferentes precisões legislativas se mostrem compatíveis com ela.

1.3. As posturas interpretativas e a otimização da democracia

Procurou-se demonstrar, até aqui, que as posturas interpretativas repercutem sobre o grau de constitucionalização do direito, isto é, sobre a medida em que os conteúdos normativos extraídos da Constituição condicionam a compreensão do ordenamento infraconstitucional. O reverso dessa medalha é a constatação de que as posturas interpretativas repercutem também, simetricamente, na *medida de democracia* de uma dada sociedade.¹⁶ Explique-se o ponto.

¹⁶ Vale lembrar que, hoje, o vocábulo *democracia* não se refere apenas a uma *forma de governo*, mas, sim, ao próprio “fato democrático”: “[n]a verdade, a antiga palavra ‘democracia’, tantas vezes empregada no correr dos séculos pelos filósofos para designar teoricamente um modelo de regime político, só se impôs durante o século XIX na linguagem sociopolítica, adquirindo, então, não tanto uma conotação nova, como se costuma dizer, mas pelo menos um *status* semântico até então praticamente inédito: a democracia não mais designa apenas um esquema institucional pertencente ao quadro jurídico da

No plano do dever-ser, o princípio democrático é consagrado em diversas disposições da Constituição de 1988. O *caput* do art. 1º proclama que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado *Democrático* de Direito; o parágrafo único reproduz o postulado fundacional das democracias representativas modernas, segundo o qual “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos”; a parte final do mesmo dispositivo, conjugada com o art. 14, I, II e III,¹⁷ também da CF/88, abre espaço ainda para a adoção de três mecanismos de democracia semidireta: o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular; e, finalmente, os incisos II e V do art. 1º fundam o Estado brasileiro sobre os valores da *cidadania* e do *pluralismo político*, eles próprios também constitutivos da ideia de democracia.

Essa, pois, a aspiração normativa.

Diversos autores, no entanto, sustentam que não é a Constituição (a norma) que faz a democracia vicejar, mas, sim, fatores sociais outros, anteriores ao dado jurídico. Nesse sentido, o publicista francês Georges Burdeau adverte enfaticamente que “não são os artigos de uma Constituição que fazem a democracia”.¹⁸ O cientista político norte-americano Robert Dahl, compartilhando o ponto de vista, afirma que “as regras constitucionais não são um fator crucial e independente para a manutenção da democracia; ao contrário, tais regras existem em função de fatores subjacentes, de natureza não constitucional”.¹⁹ E, referindo-se especificamente aos Estados Unidos, conclui: “[p]resumir que a democracia foi preservada neste país em razão da Constituição me parece uma evidente inversão dos termos da relação. Afigura-se muito mais plausível supor que a Constituição é que foi preservada porque a nossa

política, mas também o fato social que caracteriza a potência ativa do povo no espaço público. Como tal, o conceito de democracia opõe-se às tendências aristocráticas que o processo revolucionário pretendeu enfraquecer ou até eliminar. A democracia (...) quis modificar o estado interno da sociedade, e ela o modificou” (Simone GOYARD-FABRE. *O que é democracia?* A genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Trad. Claudia Berliner. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 197).

¹⁷ Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

I – plebiscito;

II – referendo;

III – iniciativa popular.

¹⁸ *La démocratie*. La Baconnière, 1956, p. 6. *Apud* Simone GOYARD-FABRE. *O que é democracia?* Ob. cit., p. 349.

¹⁹ DAHL, Robert A. *A Preface to Democratic Theory*. 50th anniversary edition. Chicago: The University of Chicago Press, 2006, p. 137: “(...) constitutional rules are not crucial, independent factors in maintaining democracy; rather, the rules themselves seem to be functions of underlying non-constitutional factors”.

sociedade é essencialmente democrática”.²⁰ Learned Hand também expressava uma boa dose de ceticismo em relação à força conformadora da Constituição:

Sempre me pergunto se nós não depositamos esperanças excessivas sobre as Constituições, sobre as leis e sobre as cortes. Essas esperanças, porém, são falsas. (...) A liberdade repousa nos corações dos homens e das mulheres; quando ela perece, não há nada que uma corte possa fazer para ajudar. Ao contrário, quando ela se mantém viva dentro dos corações, não há necessidade de nenhuma Constituição, nenhuma lei, nenhuma corte para salvá-la.²¹

No caso brasileiro, prova eloquente de que *não bastam* os dizeres da Constituição para dar vida à democracia são as proclamações solenes constantes da Constituição de 1967 e da Emenda nº 1, de 1969, que, a despeito do regime ditatorial e das restrições às liberdades políticas então existentes, estabeleciam a vigência jurídico-formal do princípio democrático (art. 1º, § 1º, em ambos os textos).²²

Mas se é certo, por um lado, que os fatores estritamente jurídico-constitucionais não “fazem a democracia”, tampouco se pode dizer que são despiciendos. Pois, no mínimo, eles se qualificam como uma *condição necessária* do regime democrático. É, de fato, indispensável para a democracia que exista uma Constituição jurídica (escrita ou não), e que nela se proveja sobre os mecanismos de sufrágio, as capacidades eleitorais ativa e passiva, a organização institucional do corpo de representantes encarregados de deliberar e promulgar as leis etc.

O dado normativo, na realidade, se coloca ao lado de outros elementos da vida social que, embora extrajurídicos, se revelam tão ou mais aptos a condicionar o desenvolvimento da democracia. Com efeito, é passível de verificação empírica que o fenômeno democrático é em

²⁰ *Idem, ibidem*, p. 143: “To assume that this country remained democratic because of its Constitution seems to me an obvious reversal of the relation; it is much more plausible to suppose that the Constitution has remained because our society is essentially democratic”.

²¹ “I often wonder whether we not rest our hopes too much upon constitutions, upon laws, and upon courts. These are false hopes; believe me these are false hopes. Liberty lies in the hearts of men and women; when it dies no court can even do much to help it. While it lies there it needs no constitution, no law, no courts to save it”. Citado por DILLIARD, I. (ed.) *Spirit of Liberty: Papers and Addresses of Learned Hand*. New York: Knopf, 1994, p. 189-190. *Apud* HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2007, p. 153.

²² A esse abismo intransponível entre o plano do dever-ser e as possibilidades reais do mundo do ser, tão frequente nos documentos constitucionais brasileiros, Luís Roberto BARROSO chamou de *insinceridade normativa*: “[n]ão é incomum a existência formal e inútil de Constituições que invocam o que não está presente, afirmam o que não é verdade e prometem o que não será cumprido” (*O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 55).

grande medida determinado por circunstâncias históricas, políticas, culturais, econômicas, educacionais e até mesmo religiosas.²³ Conforme essas circunstâncias estejam presentes num arranjo mais ou menos propício, aumentam ou diminuem as possibilidades de se *otimizar o princípio democrático*.

Ora bem: as posturas interpretativas do intérprete constituem, precisamente, uma dentre essas circunstâncias potencialmente otimizadoras da democracia. Reunindo aspectos culturais, históricos e jurídicos, as posturas interpretativas dos juízes constitucionais, e os hábitos de raciocínio jurídico que elas engendram – aí incluída a forma de conceber as relações entre a Constituição e as leis ordinárias –, influem de modo relevante na medida de realização do princípio democrático. Posturas interpretativas distintas irão resultar em graus correspondentemente distintos de democratização da sociedade.

1.4. Posturas interpretativas e controle judicial de constitucionalidade das leis

As posturas interpretativas adotadas no controle judicial de constitucionalidade das leis têm uma influência decisiva no maior ou menor grau de preservação das decisões tomadas no âmbito do processo democrático. E isso porque, como já se assinalou, um juiz que conceba a Constituição como *fundamento* para a resolução de qualquer conflito produzirá uma quantidade muito maior de declarações de inconstitucionalidade do que um juiz que, de modo diverso, admita a hipótese de que o conjunto de normas constitucionais muitas vezes não tem repercussão alguma na determinação do resultado final do conflito.

Para o fim exclusivo de orientar o raciocínio, convém apresentar as características básicas de dois tipos ideais e contrapostos de posturas interpretativas passíveis de serem adotadas pelos juízes no controle judicial de constitucionalidade das leis. As posturas a seguir descritas são apenas modelos referenciais que congregam, cada qual, um grupo distinto de traços característicos fortes, representativos de duas maneiras antagônicas de conceber as relações entre a Constituição e a legislação. Não se pretende que os juízes reais apresentem

²³ Um exemplo da influência da religião é o fato de que a ocorrência de regimes democráticos é relativamente rara nos países onde a maioria da população é muçulmana. Segundo informado no *Le Monde Diplomatique*, “environ deux tiers des 192 pays de la planète sont des démocraties électorales. Mais, sur 47 pays à majorité musulmane, un quart seulement le sont – et aucun Etat du monde arabe (à l’exception particulière du Liban) n’appartient à cette catégorie” (julho de 2005; acesso em 25-2-2009; *in* <<http://www.monde-diplomatique.fr/2005/07/A/12471>>).

em bloco, de forma homogênea, ora as característica de um tipo, ora de outro. Mas é suposto que *a prática dos juízes reais* (mas não necessariamente o discurso) se aproxime mais de um modelo que do outro, e é justamente tal proximidade maior ou menor que define o tipo de postura interpretativa que subjaz à prática de cada juiz ou tribunal.

Examine-se, em primeiro lugar, a postura interpretativa do juiz “Ronaldo”²⁴ (permita-se a paródia). Corresponde à postura do juiz que apresenta uma menor cerimônia, no geral, para declarar a inconstitucionalidade das leis. Ronaldo acredita que a Constituição sempre tem algo relevante a dizer, *do ponto de vista substancial*, para a interpretação de qualquer lei. Ronaldo também encara a Constituição como uma norma superior a todas as demais normas do ordenamento jurídico. E, para ele, é um dever funcional estrito declarar a inconstitucionalidade da lei, caso a interpretação constitucional do legislador (incorporada ao texto da lei) se mostre *equivocada*. Para julgar a interpretação do legislador, Ronaldo se vale de um *juízo de correção*, isto é, ele examina, à luz da dogmática, dos precedentes e da melhor articulação dos cânones de interpretação legal, se aquela interpretação é a *melhor*, ou não; será a melhor se ela estiver *certa*.²⁵ Isso, em muitos casos, vai exigir de Ronaldo a densificação de princípios abertos do texto constitucional. O que não será visto como um problema, pois ele também entende que a execução de tais trabalhos interpretativos e concretizadores é inerente ao ofício de aplicar a lei – inclusive a lei constitucional. Ronaldo acredita que fará um *bem* sempre que substituir os juízos morais e políticos *equivocados* do legislador pelos juízos morais e políticos a seu ver *corretos*. Por isso, se ele a final concluir com convicção pessoal que a interpretação do legislador *não é a melhor* – porque há uma outra interpretação, a interpretação a que ele chegou, que é *superior* à do legislador (sob qualquer ponto de vista) –, a declaração de inconstitucionalidade se seguirá como uma

²⁴ O inventário de posições teóricas aqui alinhavadas *não é* uma suma do pensamento do jurista norte-americano Ronald Dworkin. São opiniões variadas que compõem um quadro geral da atitude mental de um bem intencionado juiz ativista.

²⁵ A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal afirma que, em matéria constitucional, o único parâmetro hermenêutico válido é o da “interpretação correta”, não se podendo admitir a mera “interpretação razoável” da Constituição; confira-se: “Por essa razão, a jurisprudência do STF emprega tratamento diferenciado à violação da lei comum em relação à da norma constitucional, deixando de aplicar, relativamente a esta, o enunciado de sua Súmula 343, à consideração de que, em matéria constitucional, não há que se cogitar de interpretação apenas razoável, mas sim de interpretação juridicamente correta” (STJ, 1ª Seção, rel. Min. Teori Albino Zavascki, EREsp nº 608.122/RJ, j. 9-5-07); “Temas de índole constitucional não se expõem, em função da própria natureza de que se revestem, à incidência do enunciado 400 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. (...) Em uma palavra: em matéria constitucional não há que cogitar de interpretação razoável. A exegese de preceito inscrito na Constituição da República, muito mais do que simplesmente razoável, há de ser juridicamente correta” (STF, 1ª T., rel. Min. Celso de Mello, RE nº 145.680/SP, j. 13-4-93).

consequência automática daquela conclusão. Nenhum tipo de consideração democrática faria Ronaldo abster-se de invalidar a lei em questão, pois essa lei, sendo contrária à Constituição (fruto de uma interpretação *equivocada* da Lei Fundamental), é inaproveitável para qualquer fim de direito. Ronaldo considera inadmissível que se afirme, em relação a uma dada controvérsia constitucional, que ela comporta duas (ou três, ou quatro...) soluções igualmente aceitáveis. Isso, para ele, é uma contradição em termos. Ronaldo, por outro lado, jamais pronunciaria uma decisão como a seguinte: “neste caso, embora eu esteja pessoalmente convicto de que a interpretação legislativa não é a *correta*, vou abster-me de invalidar a lei por reconhecer que há alguma *plausibilidade* na interpretação do legislador, desde que se parta das premissas *tais e tais* (diversas das premissas iniciais por mim utilizadas)”. Para Ronaldo, há sempre uma solução *melhor*: a que corresponde à aplicação mais coerente e bem fundamentada de alguma teoria da interpretação, e é essa solução *melhor* a única que, para fins práticos, merece ser qualificada como “correta”. E, logo, a única deve prevalecer, se se quer que a Constituição e os grandes valores morais que ela abriga sejam a norma suprema da comunidade. Ronaldo, aliás, não distingue *supremacia constitucional* de *supremacia judicial*.

Para os juízes que adotam semelhante postura interpretativa, a dimensão de justificação do controle judicial de constitucionalidade das leis é de escassa ou nenhuma relevância. O poder de controlar a constitucionalidade das leis é legítimo *porque* foi previsto na Constituição. A opção do poder constituinte originário é seu selo de legitimidade. Mas, às vezes, eles fornecem alguns argumentos para justificar a sua atuação; e, quando o fazem, em geral aderem a argumentos de tipo substancialista: o controle de constitucionalidade é necessário para proteger minorias (que poderiam ser tiranizadas pelo legislador), para resguardar direitos fundamentais (que poderiam ser violados pelo legislador), e assim por diante. Não há relativismo em relação a “quem está certo” e “quem está errado”: o legislador *erra* e o juiz o *corrige*. Este é o sistema que a *Constituição* consagrou.

A postura interpretativa contraposta é a do juiz “Jeremias”,²⁶ e corresponde a um perfil predominantemente autocontido ou deferente. Jeremias concebe a ordem constitucional a um só tempo como uma “ordem marco”²⁷ e como uma “ordem fundamental qualitativa”,²⁸

²⁶ Vale aqui a mesma advertência da nota de rodapé nº 24: as atitudes e opiniões descritas no texto *não têm* correspondência com a filosofia do professor neozelandês Jeremy Waldron. São, em geral, atitudes e opiniões que correspondem a uma postura de reverência ao princípio democrático e consciência da inevitabilidade dos *desacordos razoáveis* na vida em sociedade.

²⁷ “La metáfora del marco puede precisarse entonces de la siguiente manera: el marco es lo que está ordenado y prohibido. Lo que se confía a la discrecionalidad del Legislador, o sea, lo que no está ordenado ni prohibido, es aquello que se encuentra en el interior del marco. Así, lo discrecional define el

na qual há uma mescla entre elementos das concepções material²⁹ e procedimental³⁰ da Constituição. Isto é, para ele a Constituição simultaneamente confere amplos *espacios de libre conformación* para o legislador democrático (as chamadas “margens de ação” do legislador) e, em relação a determinados assuntos especialmente importantes para a sociedade, serve também como *fundamento primário* para a decisão a ser tomada. Assim, Jeremias, ao exercer o controle de constitucionalidade das leis, leva a sério a existência de *margens de acción estructurais* e *epistêmicas* para a atuação do legislador. As primeiras, *margens de acción estructurais*, demarcadas pelo que a Constituição não ordena nem proíbe: correspondem ao espaço confiado à livre discricção do legislador pela própria Constituição.³¹ E as segundas, *margens de acción epistêmicas*, aparecendo naquelas situações em que não são certos os conhecimentos sobre o que a Constituição ordena ou proíbe.³² Em tais situações, que Jeremias acredita serem bastante frequentes, ele atribui o maior valor a argumentos democráticos. A repercussão prática dessa postura é que, diante de um quadro de várias soluções possíveis em tese, Jeremias optará por prestigiar a solução do legislador, independentemente de qual seja a sua preferência pessoal sobre a questão (pode até ocorrer que, dentre todas as soluções

margen de acción del Legislador”. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 518.

²⁸ “Una Constitución es un orden fundamental cualitativo o sustancial, si mediante ella se deciden asuntos fundamentales para la comunidad. Este concepto de orden fundamental sí es compatible con el concepto de orden marco. Una Constitución puede decidir asuntos fundamentales y, en ese sentido ser un orden fundamental, y, sin embargo, dejar muchas preguntas abiertas, y por tanto ser un orden marco. (...) [U]na buena Constitución tiene que combinar estos dos aspectos; debe ser tanto un orden fundamental como un orden marco”. *Idem, ibidem*, p. 520.

²⁹ Segundo a concepção puramente material da Constituição, há na Lei Fundamental um comando ou uma proibição sobrepassando todas as decisões imagináveis do legislador. Corresponde ao modelo de Constituição chamado ironicamente por E. Forsthoﬀ de “ovo jurídico originário”, pois “no deja nada sin decidir, ni siquiera el asunto relativo a los termómetros para controlar la fiebre” (*Idem, ibidem*, p. 520).

³⁰ No modelo puramente procedimental, ao contrário, “la Constitución no contiene en absoluto mandatos o prohibiciones sustanciales que restrinjan las competencias del Legislador. Mientras se sujete a las prescripciones constitucionales de competencia, procedimiento y forma, al Legislador se le permite todo y está habilitado para todo” (*Idem, ibidem*, p. 516).

³¹ Segundo Robert ALEXY, “hay tres márgenes de acción estructural: el margen para la fijación de fines, el margen para la elección de medios y el margen para la ponderación” (ob. cit., p. 521). As duas primeiras são autoexplicativas; a margem para ponderação se refere, especificamente, às situações em que há um empate no resultado final da ponderação, significando isso que nenhum dos princípios, direitos, bens ou valores em colisão tem precedência sobre o outro. Havendo tal empate, o legislador é livre para decidir em favor de um princípio ou de outro.

³² As margens de ação epistêmicas são de dois tipos: *empíricas* ou *normativas*. As margens de ação epistêmicas de tipo empírico ocorrem quando há incerteza sobre as premissas empíricas que fundamentam a decisão do legislador. De outra parte, diz-se que há margens de ação epistêmicas de tipo normativo quando não se tem certeza sobre qual é a maneira mais apropriada para sopesar os direitos em jogo. *Idem, ibidem*, p. 547-548.

possíveis, ele considere que a do legislador é a última na ordem de preferibilidade). Por conseguinte, Jeremias, no controle judicial de constitucionalidade das leis, examina muitos casos apenas sob um *escrutínio de mera plausibilidade*, abstendo-se de perquirir se a interpretação que o legislador deu à Constituição é a *melhor*, a *mais correta* etc. Nesse tipo de escrutínio, investiga-se, unicamente, se ela é *plausível*, considerando-se como tal a interpretação passível de ser fundamentada através de argumentos racionalmente aceitáveis (sendo essa exigência de aceitabilidade racional uma exigência branda, equiparável à razoabilidade dos argumentos utilizados). Ao apreciar casos sob o critério da mera *plausibilidade*, Jeremias só declarará a inconstitucionalidade de alguma lei se estiver convicto de que, *sob nenhum ponto de vista*, é possível construir argumentos racionalmente sustentáveis em favor da interpretação legislativa. Mas se a interpretação constitucional plasmada na lei realmente for irracional e irrazoável, então Jeremias a proclamará inconstitucional.

Mas isso não é tudo: mesmo Jeremias, que leva a sério o princípio democrático, poderá aplicar na resolução de determinados conflitos o *standard* da *correção* (lembrando que, para o juiz Ronaldo, o juízo de correção é o *único* que pode ser adotado no controle de constitucionalidade). Mas Jeremias só exigirá a *correção* da interpretação legislativa (ao invés da mera *plausibilidade*) quando houver uma *justificativa especial* que fundamente a imposição dessa limitação ao processo democrático. Em sua decisão, portanto, Jeremias necessariamente identificará quais são os valores que, no caso concreto, justificam a substituição da “concepção de decisão constitucionalmente correta” prestigiada no âmbito do processo democrático pela “concepção de decisão constitucionalmente correta” adotada por ele, Jeremias (agente não eleito e não democraticamente responsivo). Pois Jeremias compreende que, nesses casos, o que há, no frígir dos ovos, é apenas uma questão político-institucional de *partilha da autoridade interpretativa final* – e não uma questão de saber quem é o portador da “verdade constitucional” revelada. Para Jeremias, portanto, o controle judicial de constitucionalidade das leis envolve, sempre, um dever de justificação *prévio* ao ato de aplicação do direito.

1.5. A importância de justificar o poder judicial de rever as leis

Muito se falou, até este ponto, sobre a importância da escolha de uma dada postura interpretativa e da concepção de Constituição que a ela corresponde. Mas como se dá essa escolha? Por que alguns sentirão maior afinidade com as ideias de Ronaldo e outros com as de Jeremias? A resposta pode ser frustrante para um jurista “puro”, mas parece não haver como fugir à constatação de que, em grande parte, essa é uma escolha condicionada, não pelo que se lê no texto da Constituição, mas sim pelo conjunto de crenças de natureza política, filosófica e moral, às quais adere o intérprete constitucional.³³ Isso não quer dizer, no entanto, que a interpretação constitucional padeça de um subjetivismo incontrolável. De fato, a projeção da visão de mundo do intérprete sobre o trabalho hermenêutico não é uma idiosincrasia peculiar ao intérprete constitucional; ocorre, como se sabe, em toda a interpretação jurídica. (Embora, é bem verdade, o direito constitucional esteja comparativamente mais exposto a idiosincrasias subjetivistas, em razão de sua posição fronteira entre a política e o direito; e também, no constitucionalismo moderno, em razão da abertura moral de suas normas fundamentais.) Seja como for, o arbítrio só ocorrerá na medida em que se neguem, ou se ocultem, as pré-concepções que levaram o intérprete a adotar essa ou aquela postura interpretativa. Daí a importância de se explicitarem, sempre que for o caso,³⁴ as razões que o intérprete teve em linha de consideração antes de eleger uma das diversas posturas interpretativas concebíveis.

³³ É preciso ter um especial cuidado para não confundir essas “crenças” (crenças políticas, filosóficas e morais) com a “pré-compreensão” a que alude, entre outros, Gadamer, ou mesmo com a “pré-compreensão” no sentido de um “pré-juízo” determinado pelo meio social, origem e formação pessoal do intérprete. É oportuna, a respeito, a lição de Karl LARENZ: “O termo ‘pré-compreensão’ *usa-se hoje frequentemente também em um sentido distinto do da hermenêutica*. Pretende-se então referir não um entendimento, se bem que provisório, da coisa, que não proporciona senão uma orientação inicial, que põe em marcha o processo do compreender e que o continua a impulsionar, *mas antes a parcialidade daquele que ajuíza com pré-juízos, que dimanam do seu meio social, da sua origem e formação e determinam ineludivelmente o seu acto de julgar*. É tão certo que ninguém é imune a estes pré-juízos como também seria errôneo ver neles uma barreira absoluta e intransponível. Mas a sua superação não é de todo em todo possível senão mediante um processo permanente de auto-exame e a preocupação constante com a ‘questão em si mesma’. Uma disponibilidade para tal é a primeira exigência que se tem de colocar tanto ao juiz como ao cientista do Direito. O pré-juízo, neste sentido negativo, como uma barreira ao conhecimento que se transpõe com a preocupação pela questão, *não deve, todavia, ser confundido com a ‘pré-compreensão’ no sentido da hermenêutica, como uma condição (positiva) da possibilidade de compreender a questão de que se trata*” (*Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 293; destaques acrescentados).

³⁴ A ressalva “sempre que for o caso” é feita com o propósito de esclarecer que tais aprofundamentos, via de regra, só terão lugar em casos difíceis ou em casos em que seja realmente relevante, para a decisão a ser tomada, aprofundar o tema da partilha do poder decisório entre o judiciário e o legislativo.

Tais razões, uma vez trazidas à luz do dia, passam a integrar o discurso prático de aplicação do direito, com o que se estará adicionando legitimidade à atuação do juiz constitucional. A justificação dessas crenças e pré-concepções, subjacentes à escolha da postura interpretativa, é o máximo que se pode exigir. Só num ambiente de absoluto totalitarismo se poderia conceber todos os intérpretes partindo, uniformemente, das mesmas pré-concepções políticas, filosóficas e morais. Em sociedades pluralistas, ao contrário, convive-se com a divergência, e aceita-se que essa é a melhor regra do jogo.

Não obstante a relevância de tal debate, o que se vê hoje é um enorme déficit argumentativo em relação ao tema. Raras são as decisões ou opiniões doutrinárias que – *antes* de abordar o problema jurídico objeto de sua atenção – explicitam e justificam a concepção de Constituição da qual partem. O mais usual é que essa questão não seja enfrentada abertamente, aderindo o intérprete a uma ou outra concepção como que “por instinto”, de forma sub-reptícia ou inconsciente. Ora, ao assim agir, o intérprete acaba deixando na penumbra uma parcela fundamental das suas razões de decidir, com o que se exclui do debate intersubjetivo uma informação que é certamente indispensável para os demais participantes do discurso.

De fato, a concepção que se tenha acerca do papel da Constituição frente ao legislador democrático constitui um *antecedente necessário* de qualquer discurso de aplicação de normas constitucionais. É preciso, antes de iniciar a argumentação de *aplicação*, fundamentar (*justificar*) a concepção de Constituição de que se parte.³⁵ Percebe-se, pois, que existe uma imbricação, um inter-relacionamento necessário, entre os *discursos de aplicação* e de *justificação*.³⁶

³⁵ Não tem maior importância, para os fins deste trabalho, saber se a justificação da concepção de Constituição constitui um “antecedente necessário” (no sentido de algo que o precede) do discurso de aplicação (tal como se afirmou no texto) ou se, diferentemente, essa justificação é o “ponto de partida” – o passo inicial – do próprio discurso de aplicação. Importa, apenas, constatar que (i) essa justificação é feita *antes* de se iniciar a argumentação de aplicação e (ii) as duas dimensões (justificação e aplicação) estão intimamente vinculadas uma à outra.

³⁶ O tema da distinção e inter-relacionamento entre os discursos de justificação e aplicação foi tratado com profundidade por Klaus GÜNTHER em sua *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Trad. Claudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004. Abordando especificamente a problemática das normas jurídicas, afirma esse jurista: “O fato de que normas jurídicas são fundamentadas e aplicadas em discursos institucionalizados (...) em nada muda o seu pleito por validade e adequação situacional. Esse pleito só será restrito à medida que os discursos satisfaçam duas condições: por um lado, requerem-se recursos de poder – de novo organizados segundo modelos procedimentais – a fim de neutralizar pesos desiguais de poder; por outro lado, recursos que produzam empiricamente decisões somente poderão ser utilizados se previamente já estiverem decididos, clara e inequivocamente, os seus pressupostos. Normas jurídicas gerais e singulares precisam, portanto, derivar de discursos capazes de ser concluídos por meio de uma decisão. (...) A legitimidade dos

O sentido em que se emprega essa terminologia aqui, no entanto, há de ser especificado, em consideração ao objeto específico da presente dissertação. Para os fins deste trabalho, considera-se que a *aplicação* de uma norma de lei ordinária (ou de lei complementar) pressupõe sempre um juízo acerca de sua compatibilidade com a Constituição; e que, nesse juízo, está envolvida a *aplicação*, também, da regra ou princípio constitucional que serve de parâmetro para o julgamento da constitucionalidade do preceito legal. Assim, se a lei for considerada constitucional, o intérprete *aplicará* a um só tempo a lei e, também, a Constituição; se, ao contrário, a lei for proclamada inconstitucional, o intérprete *aplicará* somente a Constituição, e, neste caso, se absterá de aplicar a lei.

Por outro lado, o termo *justificação* (ou o seu sinônimo *fundamentação*) é entendido de uma forma ampla. Discurso de justificação é aquele que “almeja justificar, aduzir boas razões, isto é, argumentar em favor da validade jurídica e moral das práticas, normas e instituições positivas”.³⁷ Os argumentos de justificação podem pertencer a dois domínios distintos. Um deles é o domínio do próprio ordenamento jurídico.³⁸ Toda Constituição fornece numerosas pistas sobre o pacto de partilha de poder nela corporificado. As abordagens sistemática, teleológica e histórica, nessa perspectiva, podem ser de grande valia. No caso brasileiro, p.ex., uma breve reflexão a partir do texto constitucional permitiria

resultados de tais discursos restritos dependerá das possíveis argumentações que neles forem admitidas e por meio das quais se consiga destacar eficientemente as razões. Seguindo a distinção, sugerida aqui, entre fundamentação e aplicação, estas razões devem se referir à consideração de todos os interesses, no caso da argumentação a respeito da validade de uma norma, e ao exame de todos os sinais característicos situacionais, no caso da argumentação a respeito da adequação de uma norma” (ob. cit., p. 367-368).

³⁷ GARRIDO, Alexandre. “Direitos humanos, constituição e discurso de legitimação: possibilidades e limites da teoria do discurso”. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 15. Acrescenta o autor, ainda, que o tema da legitimação “constitui um dos cânones de investigação da filosofia prática – e também da filosofia do direito – que se debruça sobre a questão de como justificar a facticidade ou a coercibilidade do direito, bem como o merecimento de sua obediência pelos destinatários de suas prescrições normativas. O direito, como bem lembra Jürgen Habermas, ‘reclama não apenas aceitação; ele demanda dos seus endereçados não apenas um reconhecimento fático, mas antes reivindica merecer o reconhecimento’” (ob. e loc. cit.).

³⁸ A afirmação de que a justificação da concepção de constituição *também pode* se apoiar em razões internas ao ordenamento jurídico importa numa ampliação do conceito de justificação, mais estrito, utilizado por Ricardo Lobo TORRES. É que, segundo esse autor, “a principal distinção entre legitimação e fundamento (...) consiste em que aquela é buscada fora do ordenamento ou do direito a ser justificado, enquanto o fundamento pode ser coextensivo ao próprio objeto a se justificar: Estado, direitos, princípios, etc.” (“A Legitimação dos Direitos Humanos e os Princípios da Ponderação e da Razoabilidade”. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 473-474). A razão para tal ampliação semântica, no entanto, repousa numa simples questão de comodidade redacional: pareceu-me muito difícil manter, sem falhas, uma coerência rígida no emprego dos vocábulos “fundamento” e “justificação”. Assim, deve-se entender que o que aqui se chama de “justificação” (justificação *lato sensu*) equivale, na terminologia do Professor Ricardo Lobo Torres, à soma da “justificação” (justificação *stricto sensu*) mais “fundamento”.

concluir que os modelos *puramente* material e procedimental estão excluídos pela Carta Política de 1988. Todavia, os argumentos baseados no direito constitucional positivo não bastam para eliminar o dissenso sobre qual seja a justificativa adequada para o poder judicial de rever a constitucionalidade das leis. Tal justificativa depende, inevitavelmente, de tomadas de posição políticas e morais.³⁹ E, nessa exata medida, está condicionada a outras concepções, bem mais gerais, sobre a sociedade, o Estado, a liberdade, a distribuição do poder político e as relações entre o Estado e o indivíduo.⁴⁰

A imprescindibilidade da concorrência de noções metajurídicas no discurso de justificação da concepção de Constituição é mais inquestionável ainda no caso de Constituições analíticas, principiológicas e compromissórias – como a brasileira –, que em regra municiam os dois lados em disputa com razões igualmente plausíveis. É neste ponto que se faz sentir a necessidade de recurso a uma outra base de argumentos. A construção dessa base de argumentos – externos ao texto da Lei Fundamental – constitui, precisamente, a tarefa do discurso de justificação que se empreenderá nos capítulos 2 a 4 desta dissertação.

1.6. Esboço de fundamentação de um modelo: uma postura interpretativa fundada na centralidade do princípio democrático

Com esses esclarecimentos, pode-se dizer, finalmente, que o objetivo deste trabalho é o de propor um modelo interpretativo que incorpore, de forma explícita, a crença na fundamentalidade e na superior relevância axiológica do princípio democrático⁴¹ para a compreensão da Constituição. Para dar ao leitor uma noção aproximada do itinerário a ser seguido, parece útil, neste momento, antecipar, ainda que em apertada síntese, as principais características do modelo sugerido (sublinhe-se, porém, que os sete itens a seguir indicados

³⁹ Pode-se dizer que também uma tomada de posição filosófico-jurídica é em alguma medida necessária, já que concepções epistemológicas, relativas à compreensão da ciência do direito, também influenciam na análise desse problema.

⁴⁰ Daí dizer Ricardo Lobo TORRES, a partir de uma perspectiva mais ampla: “O estudo da legitimação procura encontrar fora do ordenamento jurídico a sua justificativa, que deverá responder às perguntas: Por que a preeminência dos direitos humanos? Por que a dignidade humana é um dos fundamentos do Estado? Por que se deve obedecer à lei?” (“Introdução”. In TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 4).

⁴¹ Não é o momento, ainda, de se densificar o significado do vocábulo “democracia”, pois a essa tarefa se dedicará o capítulo 3, mais adiante.

constituem meras referências gerais a ideias que serão desenvolvidas e explicadas ao longo da dissertação):

(i) *complementaridade entre os discursos de justificação e de aplicação* – o modelo ora proposto segue o paradigma do direito contemporâneo de abertura à argumentação prática geral. O discurso de justificação, que recorre a argumentos morais, políticos e filosóficos, forma uma só trama entretecida com o discurso de aplicação. Uma modalidade de argumentação condiciona a outra, reciprocamente. Assim, os resultados do controle de constitucionalidade – a manutenção ou a anulação da decisão legislativa – serão em grande medida determinados por premissas assentadas na fase de justificação, numa etapa prévia à aplicação do direito positivo constitucional;

(ii) *a elaboração de um discurso de justificação do controle judicial de constitucionalidade das leis adequado à realidade brasileira* – o modelo proposto aglutina justificações de caráter universal, que seriam válidas para qualquer sociedade democrática, com justificações contextualizadas, que levam em consideração a específica realidade social brasileira e o fato de que a revisão judicial é uma instituição em plena operação no país, por força de normas constitucionais em vigor;

(iii) *a força especial do argumento de justificação democrática* – a justificação do controle judicial é, toda ela, centrada no valor da democracia, entendida esta como um processo *justo* de tomada de decisões coletivas. *Justo* porque distribui da forma mais igualitária possível (consideradas todas as alternativas até hoje experimentadas pela humanidade) esse recurso essencial que é o *poder*. A democracia, numa perspectiva subjetiva, é vista também como um direito fundamental: o direito fundamental ao autogoverno por meio do processo democrático. É o exercício desse direito fundamental que permite aos cidadãos maximizarem, na melhor medida possível, a sua liberdade coletiva de decidir sobre as leis e princípios sob os quais desejam viver;

(iv) *os valores concorrentes que podem limitar a democracia* – o modelo proposto não é unidimensional, nem radical: não pressupõe que a democracia seja um valor mais elevado que todos os demais. A democracia se situa, sem dúvida, no escalão superior dos valores de uma associação política, mas não está lá sozinha, mas, sim, em companhia de outros valores

de peso abstrato equiparável. Particularmente no contexto brasileiro, esses valores concorrentes são: o Estado de direito, a federação, a separação de poderes, os direitos fundamentais e a própria democracia.⁴² São precisamente esses valores concorrentes que autorizarão – no plano, ainda, do discurso de justificação – o estabelecimento de limitações ao processo democrático;

(v) *a variação da forma de abordar a Constituição de acordo com os contextos aplicativos* – o modelo proposto defende a tese de que deve haver uma variação no rigor crítico com que se examina a constitucionalidade de uma lei, conforme o contexto aplicativo de que se trate. Assim, p.ex., num contexto aplicativo que *não* envolva *questões jusfundamentais*, o rigor crítico desse exame será tendencialmente menor: a *plausibilidade simples* bastará para que prevaleça a decisão do legislador. Em contextos aplicativos em que estejam em jogo direitos fundamentais, questões federativas, a democracia ou o princípio da separação dos poderes, o rigor crítico do controle de constitucionalidade *poderá* aumentar (mas não *necessariamente* isso acontecerá), autorizando o juiz a *substituir* as escolhas interpretativas, morais, políticas e filosóficas feitas no processo democrático pelas suas próprias escolhas, desde que demonstre, argumentando, que a escolha realizada pelo legislador atinge indevidamente o *conteúdo nuclear* de um daqueles valores concorrentes (direitos fundamentais, federação, democracia e separação de poderes);

(vi) *o padrão da interpretação racional/razoável* – o modelo proposto sugere que, em todos os contextos aplicativos que *não* digam respeito a aspectos nucleares dos direitos fundamentais, da federação, da democracia e da separação de poderes, o *standard* decisório a ser usado no controle de constitucionalidade das leis é o da *admissibilidade das interpretações razoáveis dadas pelo legislador à Constituição*. Segundo esse padrão, basta que a interpretação da Constituição plasmada na lei seja uma interpretação *racional*, por tal se entendendo aquela que é passível de ser defendida mediante argumentos construídos em consonância com uma teoria da argumentação jurídica racional. Só não passará neste teste a lei que não puder contar, para sua defesa, com nenhum argumento racional apto a sustentar a interpretação constitucional nela incorporada;

⁴² É perfeitamente possível que uma deliberação democrática (*i.e.*, tomada no âmbito de um processo democrático) produza uma decisão *não democrática*, vale dizer, uma decisão que, em razão de seu conteúdo, vulnere o próprio princípio democrático.

(vii) *finalidade de otimização do princípio democrático* – essa proposta de uma abordagem diferenciada da Constituição, com distintos níveis de rigor crítico, serve à finalidade de otimização do princípio democrático. O que se deseja é que, *na maior medida possível*, as decisões relevantes para a comunidade sejam tomadas pelo legislador democrático.

2 QUEM DEVE DECIDIR?

Nos capítulos 2 a 4 será apresentada uma justificação global do controle judicial de constitucionalidade das leis. Essa justificação adota, simultaneamente, perspectivas *universais* e *contextuais*. Por um lado, utilizam-se *argumentos universais*, que se pretendem válidos para qualquer sociedade em que funcione um regime democrático e a respeito da qual se ponha a questão de saber se é justificável, ou não, que uma instituição não democrática detenha o poder de alterar substancialmente as leis e as políticas elaboradas pelos representantes do povo. Por outro lado, empregam-se também *argumentos contextuais*, que consideram especificamente a realidade brasileira, levando-se em conta aspectos políticos, sociais e jurídico-positivos. O aspecto jurídico-positivo, convém esclarecer, refere-se especificamente ao fato de que a Constituição brasileira em vigor prevê, explicitamente, o controle judicial de constitucionalidade das leis e o atribui difusamente a todos os membros do poder judiciário e, concentradamente, aos órgãos de cúpula dos tribunais estaduais e ao Supremo Tribunal Federal.

Essa abordagem múltipla parece ser apropriada, uma vez que não se trata aqui de uma especulação filosófica sobre quais seriam as instituições *ideais* para um Estado que se fosse instaurar agora, a partir do nada, ou que estivesse em vias de ser radicalmente reestruturado, como aconteceu, p.ex., entre os anos 1980 e 1990 nos países do leste europeu, após o fim dos regimes comunistas. Embora esse tipo de argumento filosófico seja da maior importância, ele não pode vir isolado, se o que se deseja é apresentar um trabalho de reflexão sobre a realidade de um dado país, num específico momento histórico, e tendo em vista um particular contexto político-institucional.

É preciso, pois, enfatizar com toda a clareza que o discurso de justificação que ora se inicia não tem por finalidade investigar se os juízes constitucionais *podem* ou *não podem* controlar a constitucionalidade das leis. Que eles *podem*, já o disseram – com força normativa de direito vigente – os arts. 52, X; 97; 102, I, “a”, III, “a”, “b” e “c”, §§ 1º e 2º; 103 e 125, § 2º, da Constituição Federal de 1988. A existência do *poder*, por conseguinte, é indiscutível. Não sendo essa a questão, poder-se-ia indagar, então, qual o sentido dessa preocupação com a justificação do que já está estabelecido. A resposta é simples: a presente justificação, na

esteira do paradigma atual de complementaridade entre os discursos prático e jurídico, se propõe a fornecer determinados fundamentos (metajurídicos) necessários ao discurso de aplicação da Constituição. Isto é, os elementos que serão nela versados, a despeito de terem uma origem predominantemente *externa* ao direito, assumirão grande importância na tarefa de interpretação e aplicação da Constituição, pois sugerirão uma específica leitura da Lei Fundamental brasileira, em alguns aspectos bastante diferente da que é hoje predominantemente praticada.

Uma última observação introdutória é oportuna. Poder-se-ia dizer que a presente abordagem mistura indevidamente argumentos de justificação (políticos, morais, filosóficos) com argumentos de aplicação do direito positivo.⁴³ Embora a maior parte dos argumentos aqui aventados seja efetivamente pré-jurídica, em certas passagens serão invocados, concorrentemente, elementos normativos da Constituição em vigor (isso será feito, sobretudo, no capítulo 4). Optou-se, assim, por uma abordagem que propositalmente aglutina justificações externas e internas.⁴⁴ A única resposta para a objeção de que esse procedimento não trataria com a devida “pureza” os argumentos de justificação é a de que essa forma de abordagem do assunto pareceu vantajosa, em virtude de sua maior conexão com a realidade político-institucional brasileira. Pode-se dizer que, neste aspecto, foi adotada uma diretriz tipicamente pragmática, na medida em que não se optou por abstrair da realidade apenas para construir uma teoria (por assim dizer) mais *asséptica*; preferiu-se, antes, sacrificar em alguma medida a homogeneidade da teoria de justificação (que estaria presente *se* a teoria se ativesse rigorosamente a argumentos metajurídicos) em busca de uma adaptação mais fina às peculiaridades do caso brasileiro.

2.1. O problema da justificação dos processos de tomada de decisões coletivas

Toda associação humana é baseada em regras coletivas, vinculantes para os seus membros. Como diz Bobbio, “nossa vida desenvolve-se em um mundo de normas. (...)”

⁴³ Sobre a distinção entre os discursos de justificação e de aplicação, v. capítulo 1, item 1.5.

⁴⁴ Justificações *externas* são as que procuram demonstrar que uma instituição, regra ou conduta são válidas porque estão de acordo com certos princípios e valores (metajurídicos, *i.e.*, políticos, morais, filosóficos); justificações *internas*, ao contrário, buscam fundamentar a instituição no próprio ordenamento jurídico de que ela faz parte. Cf. TROPER, Michel. The logic of justification of judicial review. Oxford University Press and New York University School of Law. I.CON, vol. 1, nº 1, 2003, p. 101).

[E]stamos envolvidos numa densa rede de regras de conduta, que desde o nascimento até a morte dirigem nossas ações nesta ou naquela direção”.⁴⁵ Por isso, um dos aspectos mais importantes da existência de qualquer comunidade, senão o mais importante, é o de se estabelecer *a que pessoas* se atribuirá o poder de decidir sobre os assuntos de interesse comum e *por meio de quais processos* serão essas decisões tomadas. Esta é, para alguns autores, a função primordial do constitucionalismo: constituir o governo, especificando os processos a serem observados para a definição da “voz pública”.⁴⁶

Ao longo da história humana, três tipos básicos de governo foram concebidos, a cada qual correspondendo um método distinto para a tomada de decisões: a *anarquia*, o *governo de guardiães* e o *governo do povo (democracia)*. Numa descrição simplificada, as correntes filosóficas que defendem a anarquia se fundamentam na ideia de que toda forma de coerção é intrinsecamente má. A única modalidade de organização aceitável seria aquela em que os homens se associassem com base na sua própria vontade. Por essa razão, todas as organizações estatais – inclusive o Estado democrático – seriam condenáveis, já que não existe Estado, qualquer que seja o seu perfil, sem coerção. (No debate que se segue, a ideia da anarquia será deixada de lado, uma vez que é escassa a sua repercussão prática no mundo contemporâneo.) O segundo tipo básico corresponde ao governo de guardiães. Essa concepção, já presente na República de Platão, sempre exerceu grande fascínio sobre a humanidade. Segundo os seus expositores, as pessoas comuns não seriam capazes nem de entender nem de defender adequadamente os seus próprios interesses. Parte-se, assim, da premissa de que os homens seriam na realidade essencialmente desiguais. Uns mais capazes, outros menos. Uns mais virtuosos, outros nem tanto. Consequentemente, o governo deveria ser confiado a uma minoria de pessoas – os guardiães – dotadas de qualificação superior, tanto em conhecimento como em virtude moral. Por fim, a concepção democrática (o terceiro tipo básico de governo) se constrói sobre uma compreensão filosófica antagônica à do sistema de guardiães: a de que os homens são intrinsecamente iguais em pelo menos um aspecto

⁴⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. Trad. Denise Agostinetti. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.3.

⁴⁶ Nesse sentido, v. WEBBER, Jeremy: “But constitutions are not primarily about limiting government. Their first role is to constitute government: to specify the processes by which public decisions are made. Any sensible approach to constitutionalism has to take seriously their role in defining the public voice – indeed in creating several complementary or competing public voices, for especially in a federal system, but also in nominally unitary systems, those institutional voices are plural”. “Democratic Decision Making as the First Principle of Contemporary Constitutionalism”. In: BAUMAN, Richard W. e KAHANA, Tsvi (org.). *The Least Examined Branch: The Role of Legislatures in the Constitutional State*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 411.

relevante, qual seja, o do igual direito de todos à participação nas decisões dos assuntos comuns. Com base nessa premissa, a democracia procura instituir métodos de obtenção de decisão em que cada membro adulto e capaz da comunidade tenha igual poder de influir, seja na determinação direta da decisão, seja na escolha dos representantes aos quais se delegará, em caráter provisório, o poder de decidir. Para a concepção democrática é central o elemento da participação dos cidadãos, em igualdade de condições, no processo de tomada de decisões coletivas.⁴⁷

Tanto na história das ideias quanto na história das sociedades humanas, o grande embate sempre se deu entre os sistemas de guardiães e os sistemas democráticos. O mundo moderno, no entanto, ao menos no plano do discurso teórico e da retórica política, consagrou a democracia como o regime preferencial. Essa aparente vitória, porém, de modo algum encerrou o problema. E isso por uma razão muito simples: não existe, no mundo real, nenhuma forma “pura” de governo democrático. Não há sociedade concreta em que as decisões públicas sejam integralmente confeccionadas por meio de processos democráticos. Ao contrário, são usuais os arranjos institucionais que, pelas mais variadas razões, vinculam determinadas matérias a processos de tomada de decisão não democráticos. Ou que restringem o aspecto democrático a apenas alguns estágios do processo decisório. Tais arranjos não são necessariamente incompatíveis com um regime democrático. No ambiente de uma sociedade comprometida com os ideais democráticos, em que os cidadãos compartilham o valor da igual consideração dos interesses, a deliberação sobre um conjunto específico de assuntos pode ser legitimamente submetida a processos não democráticos (ou a processos *menos* democráticos), desde que haja um concomitante consenso de que por esse caminho se chegará a melhores resultados.

Portanto, o debate contemporâneo de certa forma superou a tradicional oposição entre governos democráticos, de um lado, e governos de guardiães, de outro. A discussão hoje é bem mais complexa, pois envolve uma apreciação do ponto de equilíbrio ótimo entre processos democráticos e processos não democráticos de tomada de decisão. Esse ponto de equilíbrio é variável para cada sociedade e contexto histórico, e sua definição – provisória e sujeita a desacordos – depende de uma quantidade intimidadora de premissas normativas e empíricas. A teoria jurídica normativa pode contribuir para esse debate (embora seja bom que o faça com bastante humildade, dado o caráter interdisciplinar da matéria), propondo,

⁴⁷ Sobre as características gerais de cada uma dessas três formas de governo, v. DAHL, Robert. *Democracy and Its Critics*. New Haven: Yale University Press, 1989, p. 37-64.

argumentativamente, modelos e soluções que tenham o propósito de aproximar as estruturas do mundo real desse ponto de equilíbrio ideal.

Por tudo isso, é saudável que uma das principais preocupações da teoria constitucional seja a de *justificar* – na medida do possível – o arranjo institucional que permite a uma classe de agentes não eleitos partilhar com o legislador, de forma relevante, a função de estabelecer a formulação final das leis.⁴⁸ Trata-se de tentar responder da melhor maneira a perguntas cruciais do constitucionalismo moderno: como justificar o papel, que hoje se atribui aos juízes constitucionais, de controlar e interpretar a legislação à luz de padrões normativos textualmente abertos e axiologicamente flexíveis extraídos da Constituição? Como compatibilizar tal papel com o fato de que esses agentes públicos não são responsáveis democraticamente? A função de rever as leis, atribuída aos juízes constitucionais, seria afinal um obstáculo à democracia, conspiraria contra a democracia ou, ao contrário, poderia ser um mecanismo útil ao aperfeiçoamento do sistema democrático? Ou até mesmo, quem sabe, constituiria uma função *necessária* à preservação da democracia?

As respostas a essas questões podem levar a distintas conclusões. Numa primeira aproximação, três soluções genéricas são concebíveis. Pode-se dizer que o controle de constitucionalidade das leis:

- (i) – é compatível com a democracia (justificação ampla);
- (ii) – dependendo do modo como seja exercido, pode vir a ser incompatível com a democracia (justificação com ressalvas); e
- (iii) – é incompatível com a democracia (não justificação).

Entre os juristas brasileiros, prevalece a defesa da tese da compatibilidade ampla. É verdade que há também uma boa difusão de versões da tese intermediária, que advoga a compatibilidade com ressalvas, mas, como regra, essas versões intermediárias se situam *muito mais próximas* à tese da compatibilidade ampla do que do outro polo. De acordo com algumas dessas modalidades da orientação intermediária, o controle judicial de constitucionalidade das

⁴⁸ Cabe aqui um esclarecimento: o problema que se propõe enfrentar neste capítulo não deve ser confundido com aquele outro, mais geral e muito mais antigo, referente à inevitabilidade da (re)criação do direito pelo intérprete/aplicador, relativamente a *qualquer* ato normativo (Constituição, lei, decreto, resolução, contrato, sentença etc.). São temas distintos, embora com alguns pontos de contato, versados em comum pela teoria geral do direito.

leis, no geral, seria perfeitamente compatível com a democracia. Contudo, estariam excluídos pontualmente determinados tipos de atuação, como, p.ex., a intervenção do juiz como “legislador positivo”.⁴⁹ Uma outra vertente da tese intermediária se limita a prescrever a adoção de cautelas genéricas, com o propósito de balizar a atividade do intérprete. Uma ressalva típica consiste na exortação para que os juízes “presumam” a constitucionalidade das leis, de modo a prestigiar o postulado democrático.⁵⁰ Já a terceira posição, que nega a possibilidade de se justificar o controle de constitucionalidade das leis, não conta com adesões expressivas entre os juristas brasileiros.⁵¹

No direito estrangeiro, há um debate intenso e permanente em torno da justificação do controle judicial de constitucionalidade das leis. Encontra-se uma grande quantidade de obras relevantes dedicadas ao assunto, e as adesões dos estudiosos a uma ou outra posição estão comparativamente mais bem distribuídas ao longo do arco de possibilidades. Entre os constitucionalistas norte-americanos, por exemplo, há uma expressiva corrente que defende, com base em argumentos democráticos, a eliminação da *judicial review* ou, ao menos, o

⁴⁹ Essa é uma limitação que o próprio Supremo Tribunal Federal tradicionalmente reconhece: “Não cabe (...), ao Poder Judiciário, atuar na anômala condição de legislador positivo (RTJ 126/48 – RTJ 143/57 – RTJ 146/461-462 [...] v.g.), para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser validamente definidos pelo Parlamento (...). É que, se tal fosse possível, o Poder Judiciário – que não dispõe de função legislativa – passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação dos poderes” (Min. Celso de Mello, AI nº 344269 AgR-AgR/SP, 2ª T., j. 23-6-09). Para uma fundada crítica a essa concepção, veja-se o artigo de Edilson Pereira NOBRE Júnior, “Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo”. In: *Revista de Direito do Estado* nº 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 55-94.

⁵⁰ Sobre o conceito e alcance do princípio da presunção de constitucionalidade das leis, v. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 300; MENDES, Ferreira Gilmar et al. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008, p.119; e MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 43.

⁵¹ Mencione-se, porém, como exemplo de trabalho denso e crítico quanto à justificabilidade do controle judicial de constitucionalidade das leis, o livro de Conrado Hübner MENDES, *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. Nesta obra, MENDES questiona as justificações usuais do controle judicial de constitucionalidade das leis e demonstra a insuficiência dos argumentos empregados pela doutrina dominante. A seu ver, a justificação possível é uma justificação *prudencial*, baseada na ideia de contrapoder (cf. ob. cit., p. 129-133). Mas mesmo essa justificação não elimina a dificuldade democrática, que continua a existir. Registre-se, por fim, que o autor em referência não considera justificável o controle judicial de emendas à Constituição: “Em circunstâncias de desacordo moral, não é possível defender uma autoridade em termos substantivos, ou seja, pelo conteúdo das decisões que essa autoridade tomará. Esse conteúdo será sempre controverso. Só se pode escolher uma autoridade com base em justificativas procedimentais. Não se conhece, no entanto, argumento procedimental que possa sustentar a jurisdição constitucional em face do constituinte reformador” (ob. cit., p. 190).

afastamento do dogma da supremacia judicial (sobre o tema, v. item 2.2, abaixo). Por outro lado, depara-se com menor frequência o tipo de entusiasmo que se disseminou por aqui, tão generoso quanto acrítico, em relação ao papel redentor dos juízes constitucionais. De um modo geral, a tendência dominante é a de aceitar a justificabilidade do controle de constitucionalidade das leis por um órgão judicial, a despeito de seus agentes não serem democraticamente responsáveis. Mas essa aprovação, via de regra, é acompanhada de uma consciência aguda do risco que tal arranjo oferece para o desenvolvimento das instituições democráticas.⁵² A admissão desse risco, por si só, é um fator de enriquecimento do debate, na medida em que estimula a busca de soluções conciliatórias para atenuar a tensão existente entre o papel atribuído aos juízes constitucionais e o princípio democrático.

O plano de trabalho. – Nos próximos tópicos articular-se-á um argumento de justificação do controle judicial de constitucionalidade das leis que pretende ser a um só tempo compatível com o princípio democrático (considerado abstratamente) e adequado à realidade social e política do Brasil contemporâneo. O desenvolvimento desse argumento se fará de forma progressiva, em itens distintos que se dividem entre o presente capítulo e os capítulos 3 e 4. Eis o roteiro da exposição: após uma breve introdução geral (item 2.2 do presente capítulo), serão examinadas as teses contrárias ao controle judicial de constitucionalidade das leis e à supremacia judicial formuladas por Larry D. Kramer, Mark Tushnet e Jeremy Waldron (itens 2.2.1, 2.2.2 e 2.2.3, abaixo); em seguida, à guisa de conclusão do capítulo, elaborar-se-á uma síntese entre os postulados do constitucionalismo popular e o argumento geral de Waldron (item 2.3). Nos dois capítulos subsequentes (n^{os} 3 e 4) será aprofundada a investigação dos diferentes argumentos de justificação que podem tornar contextualmente legítimo, no caso brasileiro, o exercício de um controle judicial de constitucionalidade das leis de tipo “forte”.⁵³

⁵² No Brasil, há autores, como Lenio Luiz STRECK, que negam pura e simplesmente a existência de algum risco para as instituições democráticas: “Assim, ao argumento de que a concretização de direitos via judiciário (jurisdição constitucional) enfraquece a cidadania e coloca em risco a própria democracia (sic), cabe lembrar que não há qualquer registro de que a democracia brasileira tenha sido colocada em xeque em face de decisões judiciais concessivas de direitos, consideradas como ‘jurisprudência de valores’, ‘ativismo judicial’, etc. Ao contrário, há um conjunto de avanços sociais, fruto de pressões de movimentos sociais, que tem recebido o selo jurídico, a partir da jurisprudência dos tribunais (...)” (*Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito.* 2^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 138).

⁵³ Controles de tipo “forte”, como se explicará mais à frente, são caracterizados por uma postura judicial de *não deferência* perante o ato legislativo. Nesta modalidade de controle de constitucionalidade, o tribunal emite um *juízo de correção* da interpretação constitucional formulada no âmbito do processo

2.2. Críticas à transferência de poderes decisórios da arena democrática para a instância judicial

O controle judicial de constitucionalidade das leis se disseminou por praticamente todo o mundo ocidental. O chamado *modelo de Westminster*, caracterizado pela soberania parlamentar conjugada com a ausência de controle judicial de constitucionalidade das leis,⁵⁴ é cada vez mais uma ave rara no globo terrestre. Entre os países analisados por Arend Lijphart, em estudo comparativo das instituições políticas de trinta e seis sociedades democráticas,⁵⁵ apenas quatro não possuíam alguma forma de controle judicial de constitucionalidade das leis em meados da década de 1990: Finlândia, Luxemburgo, Holanda e Reino Unido. E, mesmo em relação a esses quatro países, é duvidoso se ainda seria adequado, sem qualificações adicionais, classificá-los como Estados cuja legislação não se sujeita a nenhum controle judicial de constitucionalidade. É que, como integrantes da União Europeia, essas nações

democrático; se o juízo de correção proferido pelo judiciário *coincidir* com o do legislador, a lei é preservada; caso contrário (*i.e.*, se houver *divergência* entre o juízo de correção do tribunal e o do legislador), a lei é declarada inconstitucional e excluída do ordenamento, pouco importando, para esse fim, que a interpretação constitucional do legislador fosse plausível ou racionalmente admissível (mais sobre o tema nos capítulos 5 a 7 desta dissertação).

⁵⁴ A expressão “modelo de Westminster” se refere a um modelo de democracia cujas principais características encontram-se presentes no sistema britânico de governo parlamentar. O nome do modelo é uma alusão ao Parlamento do Reino Unido, que se reúne no Palácio de Westminster, em Londres. Para uma análise mais detalhada dessas características, v. LIJPHART, Arend. *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*. New Haven: Yale University Press, 1999, p. 9-30.

⁵⁵ Arend LIJPHART classificou esses trinta e seis países em quatro níveis distintos, de acordo com a intensidade do controle judicial de constitucionalidade neles praticado entre os anos de 1945 e 1996: (i) *controle judicial de constitucionalidade forte*: Alemanha, Canadá (após 1982), Estados Unidos e Índia; (ii) *controle judicial de constitucionalidade de força média*: Austrália, Áustria, Ilhas Maurício, Papua Nova Guiné, Espanha, Itália, Bélgica (após 1984), Colômbia (após 1981) e França (após 1974); (iii) *controle judicial de constitucionalidade fraco*: Bahamas, Barbados, Botswana, Costa Rica, Dinamarca, Grécia, Islândia, Irlanda, Jamaica, Japão, Malta, Noruega, Portugal, Suécia, Trindade e Tobago e Venezuela; (iv) *sem controle judicial de constitucionalidade*: Finlândia, Israel, Luxemburgo, Holanda, Nova Zelândia, Suíça e Reino Unido (ob. cit., p. 226). Como se percebe, LIJPHART incluiu no último item da classificação, referente aos países *sem* controle judicial de constitucionalidade, a Suíça, Israel e Nova Zelândia. Na Suíça, porém, há um controle judicial, porém restrito à legislação cantonal (cf. DAHL, Robert. *Democracy and Its Critics*. New Haven: Yale University Press, 1989, p. 189); e em Israel e na Nova Zelândia o controle judicial de constitucionalidade foi instituído e se desenvolveu fortemente ao longo da década de 1990, como demonstrado por Ran HIRSCHL em *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

estão submetidas ao controle judicial da Corte Europeia de Direitos Humanos, cujas decisões são vinculantes para os países membros.^{56 e 57}

É bem de ver, por outro lado, que o fenômeno não se limita ao dado jurídico-formal do estabelecimento de uma corte judiciária com poder de rever a constitucionalidade das leis. O aspecto mais relevante é o modo vigoroso com que os judiciários, mundo afora, passaram a exercer essa competência, interferindo de forma cada vez mais intensa na vida política das nações. A percepção desse quadro levou autores como Ran Hirschl a anunciar a instauração de um novo modelo de distribuição do poder: a juristocracia. Assim é que, nos anos recentes, diz Hirschl, “em mais de oitenta países e em inúmeras entidades supranacionais, reformas constitucionais transferiram uma quantidade de poder sem precedente de instituições representativas para órgãos judiciais”.⁵⁸

Como é frequente ocorrer, o apogeu de uma instituição deixa mais salientes os seus pontos vulneráveis. A expansão do prestígio das cortes e a conseqüente vulgarização do poder judicial de influir decisivamente nos rumos da política – resultante em boa medida da competência de controlar a constitucionalidade da legislação – tiveram o efeito de acirrar os questionamentos à legitimidade democrática desse arranjo institucional. Ainda que haja relevantes variações entre as diversas críticas formuladas, o argumento básico é o de que, sendo o dissenso inevitável nas sociedades pluralistas modernas, não há como se justificar a formidável extensão dos poderes decisórios atribuídos a essa pequena elite profissional composta por juizes, advogados e juristas. Sobretudo se se considerar que essas pessoas não

⁵⁶ O caráter vinculante das decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos foi estabelecido pelo art. 46 da Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (com a redação dada pelo Protocolo nº 14, de 13 de maio de 2004), nos seguintes termos:

“Article 46 – Binding force and execution of judgments

The High Contracting Parties undertake to abide by the final judgment of the Court in any case to which they are parties.

The final judgment of the Court shall be transmitted to the Committee of Ministers, which shall supervise its execution. (...)”.

⁵⁷ Para uma visão das transformações ocorridas especificamente no sistema jurídico britânico, v. CYRINO, André Rodrigues. “Revolução na Inglaterra? Direitos Humanos, Corte Constitucional e Declaração de Incompatibilidade das Leis. Novel Espécie de *Judicial Review*?”. In: *Revista de Direito do Estado* nº 5. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 267-288.

⁵⁸ HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2007, p. 1. Informa ainda o autor, no mesmo local, que “[o]s países que promoveram essa expansão do poder judicial se estendem do Leste Europeu ao Canadá, da América Latina à África do Sul, da Grã-Bretanha a Israel. Nesse curto período, a maior parte desses países promulgou uma nova Constituição ou promoveu uma reforma constitucional para adotar um catálogo de direitos, instituindo, a par disso, alguma forma de controle judicial de constitucionalidade das leis”.

têm, sob nenhum aspecto, obrigação de prestar contas de suas decisões ao povo. Por isso, a expansão do poder decisório dos juízes constitucionais não se conciliaria com a ideia de que o poder deve ser “de alguma maneira” exercido em nome do povo, por pessoas que prestam contas de suas decisões, e que à comunidade é reservado o direito de periodicamente manifestar o seu descontentamento em relação às deliberações tomadas por seus representantes eleitos.

Esse argumento básico aparece ainda frequentemente associado a outro, de caráter menos normativo e mais empírico, consoante o qual o modelo de concentração judicial de poderes, ao contrário do que afirmam os seus defensores, *não* asseguraria uma proteção mais eficaz aos direitos e liberdades fundamentais das pessoas (o que também não quer dizer que ele seja *pior* do que os outros arranjos institucionais; o que se nega é apenas a *superioridade* do modelo juristocrático).

Nos tópicos que se seguem será feita uma breve referência a três estudos recentes que questionam as virtudes e as potencialidades do controle judicial de constitucionalidade das leis. Pretende-se, com essa exposição, traçar um panorama geral dos argumentos contrários à justificação do controle judicial de constitucionalidade das leis.

2.2.1. Controle de constitucionalidade sem supremacia judicial – Larry D. Kramer⁵⁹

Em *The People Themselves: popular constitutionalism and judicial review*, Larry D. Kramer narra a história do constitucionalismo popular e do controle judicial de constitucionalidade das leis nos Estados Unidos, desde os fins do século XVIII até os dias atuais. Embora seja uma obra de análise das instituições políticas norte-americanas, é inegável que os temas ali abordados apresentam um interesse teórico que transcende o contexto nacional daquele país. A exposição que se segue tenta captar os principais pontos dessa evolução histórica.

As origens do controle judicial de constitucionalidade. – Segundo Larry Kramer, até as vésperas da elaboração da Carta Política dos Estados Unidos (em 1787), a crença predominante era a de que o cumprimento de uma Constituição poderia ser assegurado pelos

⁵⁹ A exposição que se segue é baseada na obra de KRAMER, Larry D. *The People Themselves: popular constitutionalism and judicial review*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

tradicionais mecanismos de pressão popular e controle social, como as manifestações públicas, o exercício do direito de petição, a desobediência civil e, sobretudo, o *voto popular*, instrumento por excelência de controle das autoridades cujo comportamento, aos olhos dos cidadãos, parecesse incompatível com a Constituição.

Na Convenção da Filadélfia,⁶⁰ o tema da revisão judicial foi discutido entre os delegados ali presentes, embora estivesse longe de ser um assunto de importância destacada. Optou-se, naquele momento, pela adoção do controle judicial de constitucionalidade das *leis estaduais*, nos termos da chamada “cláusula de supremacia”, correspondente ao artigo VI, cláusula segunda, da Constituição norte-americana.⁶¹ Todavia, nenhuma decisão semelhante foi tomada em relação ao controle judicial de constitucionalidade das *leis federais*.⁶²

Quando a Constituição foi ratificada pelos Estados (entre os anos de 1787 e 1791), já havia se formado um consenso em torno da ideia de que ela era um documento *vinculante* para todos os agentes públicos. Era incontestado que mesmo os legisladores não poderiam ignorá-la ou contrariá-la. Mas, caso o fizessem, a solução *institucional* para o problema (assim se pensava) não passaria pelo controle judicial, mas sim pela criação de um sistema de freios e contrapesos, integrado por mecanismos como o bicameralismo e o veto presidencial, que obrigariam os representantes populares a uma deliberação mais aprofundada e refletida dos temas em discussão. Desse modo, os defensores do controle judicial de constitucionalidade das leis tentavam então acomodar os tribunais nesse esquema mais amplo de desaceleração da política.⁶³ Mas não se sustentava – ainda – que a interpretação judicial fosse de algum modo “superior” à interpretação dos outros dois ramos de governo.

⁶⁰ A Convenção da Filadélfia esteve reunida entre 25 de maio e 17 de setembro de 1787, na cidade de Filadélfia, Pensilvânia. Seu objetivo inicial era, alegadamente, o de reformar os “Artigos da Confederação”, então vigentes. Todavia, a Convenção acabou resultando na criação de uma nova forma de governo e de organização do Estado, bem como na elaboração da Constituição dos Estados Unidos (posteriormente ratificada pelos diversos Estados).

⁶¹ Segundo esse dispositivo constitucional, em caso de conflito entre a lei estadual (ou a Constituição estadual) e a Constituição dos Estados Unidos, os juízes estão obrigados a aplicar esta última.

⁶² KRAMER, Larry D. *The People Themselves...*, ob. cit., p. 75-76.

⁶³ Um exemplo de proposta com tal inspiração seria, segundo KRAMER (ob. cit., p. 80), a defesa da *judicial review* feita por Alexander Hamilton no Federalista nº 78: “The interpretation of the laws is the proper and peculiar province of the courts. A constitution is, in fact, and must be regarded by the judges, as a fundamental law. It therefore belongs to them to ascertain its meaning, as well as the meaning of any particular act proceeding from the legislative body. If there should happen to be an irreconcilable variance between the two, that which has the superior obligation and validity ought, of course, to be preferred; or, in other words, the Constitution ought to be preferred to the statute, the intention of the people to the intention of their agents”.

Ao longo da década de 1790 difundiu-se, lentamente, a aceitação do controle judicial de constitucionalidade das leis. O argumento, em linhas gerais, era o de que uma lei que se opusesse à Constituição era nula e, por isso, deveria ser rejeitada. Rejeitada por quem? *Por qualquer um*. Ora, “qualquer um” – prosseguia o argumento – inclui o poder judiciário. O judiciário, pois, *também* era obrigado a aplicar a Constituição, se necessário fosse, em detrimento da lei.⁶⁴

De forma coerente com os postulados do constitucionalismo popular,⁶⁵ formulou-se a *teoria departamental*, cujo mais notável expositor foi James Madison. Embora reconhecesse a competência judicial de controlar a constitucionalidade das leis, Madison não aceitava que as decisões judiciais pudessem ter um *status* especial, frente às decisões dos demais poderes: “Se a fronteira constitucional das funções de cada departamento for posta em dúvida”, dizia Madison, “não vejo como poderia um deles arrogar-se um direito superior ao dos outros para decidir a questão”.⁶⁶

A pressuposição moderna de que deve caber a *algum órgão estatal* a autoridade final para resolver os conflitos constitucionais é uma noção estranha à cultura do constitucionalismo popular. “No mundo do constitucionalismo popular”, observa Kramer, “os oficiais do governo são os *regulados*, não os *reguladores*”.⁶⁷ Para Madison, Jefferson e seus aliados, era óbvio que os conflitos constitucionais, *em última instância*, seriam resolvidos pelo povo, e não pelos juízes.

A evolução dos argumentos de justificação do controle judicial de constitucionalidade das leis. – Em meados da década de 1790 surge uma nova ideia para justificar a revisão judicial das leis. Dizia-se, agora, que o controle judicial seria necessário para evitar a tirania das maiorias. Isso importava numa radical guinada argumentativa: a *judicial review* deixava de ser um instrumento para *proteger o povo contra os governantes* e passava a ser, antes de tudo, um meio de *defender a Constituição contra o povo*.⁶⁸ De outra parte, disseminava-se ao

⁶⁴ *Idem, ibidem*, p. 103-104.

⁶⁵ O constitucionalismo popular se apoia em três proposições básicas, a saber: (a) reside no povo a autoridade interpretativa final Constituição; (b) a Constituição é uma norma feita para regular, sobretudo, a conduta dos governantes; e (c) o texto da Constituição deve ser visto como um documento para leigos, passível de ser compreendido e interpretado por todos os cidadãos.

⁶⁶ O texto de James Madison é reproduzido por KRAMER, *in ob. cit.*, p. 106.

⁶⁷ *Idem, ibidem*, p. 107.

⁶⁸ *Idem, ibidem*, p. 132.

mesmo tempo uma mudança na forma de conceber a Constituição. A Constituição passava a ser vista como uma norma operacionalmente idêntica à lei ordinária. A consequência dessa nova concepção era óbvia: a interpretação da Constituição consubstanciaria um ato judicial típico, em tudo e por tudo semelhante à interpretação de uma lei ordinária. Donde, *dizer o que a Constituição é* não seria uma tarefa própria do legislativo ou do executivo, mas, sim, a *província dos juízes. Marbury*, portanto, longe de ser uma novidade criada por John Marshall, exprimia uma perfeita sintonia com as teses que já circulavam à época.

Gradualmente, de forma quase imperceptível, o sentido originário da Constituição como uma lei popular, que caberia ao próprio povo interpretar e fazer valer, começou a perder parte de sua força persuasiva. Os anos foram se passando e, findas as duas décadas iniciais do século XIX, uma prática regular de controle judicial de constitucionalidade das leis havia maturado e se tornado rotineira. Ao longo das décadas subsequentes a evolução do controle não foi linear, passando por retrações e expansões. Mas o fato é que, na parte final do século, era perceptível o estabelecimento de um novo padrão de comportamento da Suprema Corte, menos cerimoniosa, e bem mais à vontade em suas intervenções no campo da política.⁶⁹ Foi longa a batalha travada entre a corte e os políticos, até culminar na crise do *New Deal*, na década de 1930. Nesta ocasião, a excessiva influência política da corte começou a ser discutida e contestada mesmo junto ao grande público. Afirmava-se que o povo tinha o direito de decidir sobre o sentido da Constituição. Roosevelt enfatizava a autoridade interpretativa do povo e de seus líderes, sustentando que “[a] Constituição dos Estados Unidos (...) era um documento para leigos, e não um contrato de advogados”.⁷⁰

Como resultado desse embate, refreou-se a tendência expansionista da *judicial review*. O arranjo consistia, basicamente, em distinguir duas categorias de questões constitucionais: as questões concernentes à extensão dos poderes delegados pela Constituição ao legislativo e ao executivo e, de outra parte, as questões relativas aos direitos fundamentais. A primeira categoria ensejaria um exame caracterizado pela deferência, e o judiciário só invalidaria as leis se não existisse nenhum fundamento racional que justificasse a medida adotada. O

⁶⁹ Houve nessa época um acentuado crescimento na quantidade de *leis federais* declaradas inconstitucionais pela Suprema Corte: *quatro* na década de 1860; *sete* na década de 1870; *quatro* na década de 1880; e *cinco* na década de 1890. Registre-se, para fins de comparação, que em todo o período anterior à guerra civil apenas *duas* leis federais haviam sido invalidadas. *Idem, ibidem*, p. 213.

⁷⁰ “Roosevelt made his case by appealing to ‘the legacy of popular constitutionalism, with its emphasis on the people’s and popular leaders’ interpretive authority’. ‘The Constitution of the United States (...) was a layman’s document, not a lawyer’s contract’”. *Idem, ibidem*, p. 217.

segundo grupo de questões, relativo às liberdades fundamentais, passaria, ao contrário, a ser examinado com amplitude pela Suprema Corte.⁷¹

Quando esse novo arranjo começou a operar, nos idos das décadas de 1930 e 1940, permitir-se à Suprema Corte atuar desembaraçadamente na proteção dos direitos fundamentais parecia uma concessão modesta. A história, no entanto, mostrou que não era bem assim. A partir de *Brown v. Board of Education*, dezenas de casos relevantes foram decididos pela Suprema Corte, com profundas repercussões na vida dos cidadãos. Pouco a pouco, o grande público se acostumou a ver o tribunal tomando decisões em um sem-número de controvérsias fundamentais. Com o tempo, as pessoas internalizaram a ideia de que quem decidia por último era mesmo a Suprema Corte.⁷² A uma certa altura dessa evolução, entre os anos 60 e 70, ninguém mais – conservadores ou liberais – duvidava da supremacia judicial. Pela primeira vez na história política norte-americana, a ideia do constitucionalismo popular se retraiu até desaparecer do horizonte visível.

A questão da autoridade interpretativa da Constituição. – Segundo Kramer, não se pode de modo algum menosprezar a extraordinária importância que tem, para qualquer sociedade, a definição de quem é o titular da autoridade interpretativa final da Constituição. Essa definição, em primeiro lugar, repercute sobre a motivação geral das pessoas para exprimir o seu descontentamento em relação a uma decisão do tribunal constitucional. E repercute, conseqüentemente, na propensão a agir com base nesse descontentamento. É que a discordância em relação a uma decisão judicial depende não só da existência de uma divergência quanto ao mérito do que foi decidido como, também, do fato de se reconhecer, ou não, a *legitimidade* do caráter final daquela decisão. Se uma pessoa acredita no dogma da supremacia judicial, apenas um comportamento extremamente inadequado por parte do tribunal a faria agir para tentar modificar o estado de coisas criado pelos juízes. Já para o adepto de uma teoria mais descentralizada da autoridade interpretativa, uma quantidade bem menor de “maus comportamentos” da corte já bastaria para que essa pessoa se decidisse a agir em busca de soluções alternativas.

Por outro lado, um tribunal que se autocompreende como detentor do atributo da supremacia interpretativa inevitavelmente modificará as decisões tomadas nas outras instâncias de poder com frequência bem maior do que a de uma corte que não tenha uma

⁷¹ *Idem, ibidem*, p. 219.

⁷² *Idem, ibidem*, p. 220-221.

semelhante visão de sua competência.⁷³ A aceitação pública da supremacia judicial transforma o modo como os juízes concebem o seu papel, o modo como decidem os casos e até mesmo o tipo de argumentos que usam em seus votos.⁷⁴

Por isso, é preciso que a sociedade decida qual é a melhor maneira de resolver os conflitos constitucionais: por meio da supremacia judicial ou por meio de uma teoria descentralizada da autoridade interpretativa? Na raiz da questão, está uma decisão que não é determinada por fatores lógicos, históricos ou relacionados a fatos empíricos comprovados. Trata-se, sobretudo, de uma “questão de sensibilidade”.⁷⁵ As pessoas, sugere Kramer, devem refletir sobre se elas estão confortáveis entregando a Constituição para uma elite judicial cujas decisões não são controláveis democraticamente. Devem decidir, em suma, se aderem a essa postura de ceticismo em relação a si próprias ou se, ao contrário, se sentem preparadas para reivindicar a autoridade suprema em matéria constitucional e assumir as responsabilidades políticas e morais que decorrem do autogoverno. Essa é uma decisão que cabe à sociedade tomar. A Constituição não faz essa escolha.⁷⁶

2.2.2. A vida sem controle judicial de constitucionalidade das leis – Mark Tushnet⁷⁷

Em *Taking the Constitution away from the Courts*, Mark Tushnet defende a extinção do controle judicial de constitucionalidade das leis. A eliminação da *judicial review*, a seu ver, produziria pelo menos três consequências vantajosas: (i) aumentaria o poder de autogoverno dos cidadãos; (ii) estimularia uma reflexão séria e consequente sobre a Constituição também *fora dos tribunais*; e (iii) distribuiria entre toda a população as responsabilidades constitucionais.

Na opinião de Tushnet, retirar a Constituição dos tribunais pouca diferença faria no que concerne à defesa dos direitos e liberdades dos cidadãos. Pois, em sua visão, o controle de

⁷³ *Idem, ibidem*, p. 231.

⁷⁴ *Idem, ibidem*, p. 233.

⁷⁵ Na opinião de KRAMER, a sensibilidade predominante entre advogados, juízes e juristas é uma sensibilidade “antipopular”, que os predispõe em favor de fontes “mais refinadas” de participação política. Tais pessoas, ainda segundo o autor, compartilhariam o sentimento de que é muito perigoso permitir que a política ordinária siga o seu curso sem algum tipo de órgão independente para controlar os excessos dos representantes populares. Esse ceticismo a respeito do povo e da democracia seria, em sua visão, um traço disseminado na cultura intelectual contemporânea (ob. cit., p. 241-243).

⁷⁶ *Idem, ibidem*, p. 248.

⁷⁷ As notas que se seguem foram elaboradas com base na obra de TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the Courts*. 3ª impr. Princeton: Princeton University Press, 2000.

constitucionalidade, *no cômputo geral*, não altera significativamente os resultados que são obtidos pela sociedade, de uma forma ou de outra, independentemente da atividade jurisdicional da Suprema Corte. Citando exemplos típicos do contexto norte-americano, afirma Tushnet que, se o controle judicial de constitucionalidade das leis fosse extinto hoje, os liberais correriam o risco de não conseguir obter no legislativo novos avanços na questão dos direitos dos homossexuais; e, provavelmente, também teriam dificuldades para manter em toda a sua extensão atual o conjunto de direitos relacionados ao aborto. Por outro lado, os conservadores, sem os tribunais, correriam o risco de não conseguir restringir ainda mais os programas de ação afirmativa; e, doravante, teriam que se opor às propostas de reforma do sistema de financiamento das campanhas eleitorais na arena política, o que não seria uma empreitada fácil. Assim, sob a ótica dos interesses das pessoas e dos grupos sociais, numa perspectiva global, haveria ganhos e perdas para todos os lados, sem que um deles pudesse ser claramente considerado mais beneficiado ou mais prejudicado que o outro.⁷⁸

Em seguida, Tushnet analisa como ficariam os direitos constitucionais sem o controle judicial de constitucionalidade. Sustenta, então, que as virtudes comumente atribuídas aos direitos e prerrogativas constitucionais continuariam exatamente as mesmas num ambiente sem controle judicial de constitucionalidade das leis. A fé na Constituição seguiria existindo, mas passaria a ser uma fé genuinamente *na Constituição*, e não nas decisões da Suprema Corte.⁷⁹ Os direitos e os princípios constitucionais manteriam o mesmo apelo retórico que têm hoje, isto é, seguiriam sendo utilizados nos discursos como ideais a serem permanentemente protegidos e realizados. E, mais importante que tudo, a eliminação do controle judicial de constitucionalidade não teria, de modo algum, o efeito de amesquinhar a tutela judicial dos direitos, pois num tal sistema os direitos seriam disciplinados em nível legal e, por consequência, seriam tão “justiciáveis” como qualquer um dos atuais direitos constitucionais.

A propósito deste último ponto, o autor lembra dois exemplos reais. O primeiro diz respeito aos direitos dos deficientes físicos, que jamais receberam uma proteção diferenciada por parte da Suprema Corte, precisamente porque não têm uma base constitucional específica. Sem embargo, os interesses dos deficientes físicos foram intensamente tutelados com base em leis que criaram um consistente feixe de direitos para atender as necessidades especiais desse grupo.⁸⁰ O outro exemplo é o dos direitos sociais. Embora a Suprema Corte nunca tenha

⁷⁸ *Idem, ibidem*, p. 154.

⁷⁹ *Idem, ibidem*, p. 166.

⁸⁰ A lei mais relevante sobre o tema é a “The Americans With Disabilities Act”. *Idem, ibidem*, p. 168.

reconhecido a existência de direitos sociais na Constituição, ainda assim eles sempre puderam ser promovidos com base em outros fundamentos. Significa isso que a ausência de constitucionalização dos direitos sociais não impediu a sua adequada tutela judicial, e nem tampouco privou os defensores das causas sociais de uma retórica dos direitos sociais que nada ficou a dever à retórica dos direitos constitucionais fundamentais.⁸¹ Para comprovar empiricamente a tese, Tushnet lembra que a Grã-Bretanha, a despeito de sequer contar com uma Constituição escrita, consagra uma parte muito maior de seu orçamento à implementação dos direitos sociais do que a Dinamarca, cuja Constituição assegura expressamente diversos direitos sociais.⁸² De onde se conclui que não é o fato de ser justiciável com base em normas constitucionais que confere maior ou menor efetividade aos direitos sociais.

Por fim, num exercício de imaginação, Tushnet passa a conjecturar como poderia ser o mundo sem o controle judicial de constitucionalidade. E arrisca sugerir que, numa hipótese otimista, seria como a Grã-Bretanha e a Holanda, países sem controle judicial de constitucionalidade das leis e cujas instituições protegem razoavelmente bem os direitos fundamentais e as liberdades de seus cidadãos.

Mas a extinção do controle judicial de constitucionalidade teria, para Tushnet, pelo menos um efeito indubitável: todo o processo decisório constitucional retornaria para o *povo agindo politicamente*. O direito constitucional popular passaria a ser o único direito constitucional existente.⁸³ Deixaria de existir a duplicidade de Constituições, uma “dentro” e outra “fora” das cortes. E o comportamento político das pessoas se modificaria em vários aspectos, de modo a torná-las mais ciosas de sua capacidade de autogoverno.⁸⁴

⁸¹ *Idem, ibidem*, p. 168.

⁸² *Idem, ibidem*, p. 170-171.

⁸³ *Idem, ibidem*, p. 154.

⁸⁴ *Idem, ibidem*, p. 163.

2.2.3. O argumento geral em desfavor da revisão judicial – Jeremy Waldron⁸⁵

2.2.3.1. O desenvolvimento do argumento

Ao construir a sua tese, Jeremy Waldron apresenta, logo de início, quatro pressuposições que se erigem em condições de validade de seu argumento geral contrário à revisão judicial. Sempre que esses requisitos estiverem atendidos no mundo empírico, o argumento é válido. Caso contrário, o argumento cai, e o controle judicial pode vir a ser considerado, nas circunstâncias dadas, um processo decisório legítimo.

Essas quatro pressuposições postulam que na sociedade que se estiver analisando existam: (1) instituições democráticas razoavelmente bem ordenadas, incluindo uma legislatura representativa eleita mediante sufrágio universal entre os adultos; (2) instituições judiciais igualmente bem ordenadas, estruturadas de forma não representativa e aparelhadas para dirimir conflitos e manter o império do direito; (3) um compromisso da maior parte dos membros da sociedade e das autoridades públicas no sentido de levar a sério os direitos individuais e os direitos das minorias; (4) um desacordo persistente, substancial e de boa fé, entre os membros dessa sociedade, acerca do sentido e alcance exatos dos direitos.⁸⁶

Essa sociedade, assim, terá que desenhar um processo decisório para resolver as divergências que existem entre as pessoas sobre quais são, exatamente, os direitos que elas possuem. A questão crucial que se põe é a de saber se o melhor processo decisório para resolver tais conflitos seria o que atribuísse a palavra final ao legislativo *ou* o que enfeixasse nas mãos do judiciário o poder de criticar e rever, em última instância, as escolhas feitas pelo legislativo. Na determinação de tal processo, devem-se buscar razões justificatórias que possam ser aceitas pelas partes em todo e qualquer tipo de controvérsia.

Essas razões podem ser relacionadas aos *resultados* ou ao *processo em si considerado*. Razões relacionadas ao *resultado* sugerem que “o processo decisório seja estruturado de um

⁸⁵ A exposição que segue tem por fundamento o ensaio de WALDRON, Jeremy. “The Core of the Case Against Judicial Review”. In: *The Yale Law Journal* 115, 2006, p. 1346-1406. Disponível em: <<http://philosophy.ucsd.edu/faculty/rarneson/Courses/Waldroncore.pdf>>. Acesso em 6-4-2010.

⁸⁶ No original: “(1) democratic institutions in reasonably good working order, including a representative legislature elected on the basis of universal adult suffrage; (2) a set of judicial institutions, again in reasonably good order, set up on a nonrepresentative basis to hear individual lawsuits, settle disputes, and uphold the rule of law; (3) a commitment on the part of most members of the society and most of its officials to the idea of individual and minority rights; and (4) persisting, substantial, and good faith disagreement about rights (i.e., about what the commitment to rights actually amounts to and what its implications are) among the members of the society who are committed to the idea of rights”. *Idem, ibidem*, p. 1360.

modo tal que se assegure a obtenção de um resultado apropriado (*i.e.*, uma decisão boa, justa ou correta)”.⁸⁷ Já as razões relacionadas ao *processo* são as que “insistem em que certas pessoas elaborem ou participem da elaboração de uma dada decisão, independentemente de qualquer consideração a respeito de qual seja o resultado apropriado”.⁸⁸

As razões relacionadas ao *resultado* oferecem uma dificuldade básica: não se pode validamente argumentar, em relação a uma controvérsia entre as decisões “a” e “b”, que o melhor processo é aquele que conduza ao resultado “a”, pois nesse caso tal processo seria visto como intrinsecamente injusto por todos aqueles que acreditam que “b” é a resposta correta para a divergência em questão. Essas pessoas, conseqüentemente, não se sentiriam estimuladas a reconhecer a legitimidade desse processo decisório.

Só se consegue escapar desse dilema se o argumento oferecido demonstrar que o diálogo judicial apresenta características tais que qualificam o poder judiciário como a arena com maior probabilidade de produzir “bons” resultados. A esse propósito, Waldron analisa três argumentos que costumam ser deduzidos para sustentar que a revisão judicial seria um método decisório com melhores chances de produzir decisões corretas.

O primeiro deles é o de que os juízes examinam as questões de direitos “em carne e osso”, no momento em que os casos individuais lhes são trazidos pelas partes. Isso teria a vantagem de propiciar ao julgador um contato direto com todos os detalhes factuais e pessoais da situação, dando-lhe assim uma visão mais aprofundada das repercussões morais de cada possível decisão. Para Waldron, porém, essa é uma visão mistificada, uma vez que os casos, quando chegam às cortes superiores (onde são efetivamente decididos), envolvem discussões puramente abstratas, já sem qualquer vestígio das situações individuais que na origem suscitaram a questão. Acresce, ainda, que o fato de o litígio se referir na maior parte das vezes a uma específica situação particular poderia, isso sim, tornar *incompleta* a análise de um determinado assunto, precisamente porque as repercussões mais abrangentes da questão de direito não estariam presentes naquele caso e, conseqüentemente, não poderiam ser consideradas pelo tribunal.

O segundo argumento é o de que os catálogos de direitos fundamentais ajudam o judiciário e as partes a focar a discussão com maior precisão nas questões de direito objeto de controvérsia. Para Waldron, porém, a linguagem dos catálogos de direitos, vazada em elevado

⁸⁷ *Idem, ibidem*, p. 1373. Rawls, por exemplo, afirma que “o critério básico para julgar qualquer procedimento é a justiça de seus prováveis resultados” (RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 252).

⁸⁸ *Idem, ibidem*, p. 1372.

grau de generalidade, não é suficiente para decidir as discordâncias relativas ao conteúdo específico de cada direito. Bem diferentemente do que pretendem os defensores desse argumento, a experiência revela que “as palavras de cada disposição tendem a ganhar uma vida própria, transformando-se num chavão surrado que serve para exprimir qualquer coisa que alguém queira falar sobre o direito em questão”.⁸⁹ Por outro lado, as cortes costumam distrair-se com as inúmeras questões (muitas vezes de natureza puramente semântica) sobre como o *texto* da carta de direitos deve ser compreendido, em detrimento da questão moral que efetivamente gerou o conflito, a qual é relegada para um segundo plano, quando não totalmente esquecida.

Por fim, o terceiro argumento diz que o judiciário tem a virtude de explicitar as razões que subjazem às suas decisões, o que evidenciaria que essa instituição é operacionalmente mais bem aparelhada para levar os direitos a sério do que o legislativo. Sobre esse ponto Waldron comenta, antes de mais nada, que há tanto debate no poder legislativo quanto nos tribunais; apenas os profissionais do direito é que não se interessam em consultar os anais parlamentares, os relatórios das comissões e os estudos apresentados no curso do processo legislativo com a mesma frequência com que estudam os julgados dos tribunais superiores. De outra parte, acrescenta Waldron, a deliberação que ocorre no processo judicial raramente suscita o mesmo tipo de razões que seriam arguidas e debatidas numa deliberação mais ampla, sem as limitações procedimentais e conteudísticas próprias do diálogo judiciário. O raciocínio judicial obriga os participantes do processo a construir analogias (ou a refutá-las) entre o caso presente e os precedentes, a discutir temas puramente conceituais (p.ex., qual o real significado da expressão “devido processo substantivo”?), a consumir grande energia em debates acerca de teorias de interpretação, questões essas que, num debate parlamentar, poderiam ser deixadas de lado, ou pelo menos ser bastante minimizadas, em benefício de uma atenção mais concentrada sobre a questão moral que gerou a discórdia. É citado como exemplo o debate em torno do aborto ocorrido no parlamento britânico na década de 1960. Esse debate, cujo nível elevado é enaltecido no ensaio, seria na opinião do autor muito mais rico do que a decisão da Suprema Corte norte-americana em *Roe v. Wade*, a qual conteria “apenas um par de parágrafos tratando da importância moral dos direitos reprodutivos em sua correlação com o direito à privacidade,

⁸⁹ “One lesson of American constitutional experience is that the words of each provision tend to take on a life of their own, becoming the obsessive catchphrase for expressing everything one might want to say about the right in question”. *Idem, ibidem*, p. 1381.

enquanto os poucos parágrafos dedicados à outra questão moral – o *status* dos direitos do feto – foram quase inteiramente preenchidos com a simples descrição da diversidade de opiniões”.⁹⁰

No que concerne às razões relacionadas ao *processo*, a questão central a ser respondida é a seguinte. Proferida uma determinada decisão sobre um tema controvertido, cumpre dizer ao cidadão C_n *por que ele deve aceitar aquela decisão*. Seria inútil, neste momento, comunicar a C_n que a decisão deve ser aceita porque ela é correta ou justa, pois essa é precisamente a questão objeto de divergência razoável. Uma possível resposta residiria no *processo* que conduziu à tomada da decisão. Pois pode ser que, mesmo divergindo do resultado, C_n admita que o processo que o gerou é justo e, assim, acabe aceitando a decisão.

É preciso, por conseguinte, comparar as distintas respostas relacionadas ao *processo* para a questão posta por C_n (“por que devo aceitar a decisão?”). Primeiro, examine-se o processo legislativo. Por que C_n deve aceitar a decisão tomada pela maioria dos membros do parlamento? Por que esses deputados, e não outras pessoas quaisquer, devem ter a prerrogativa de decidir as importantes questões de direito que afetam a vida de C_n (e também a de $C_1, C_2, C_3, \dots, C_m$)? A resposta a essa questão é dada pela teoria das eleições justas para a legislatura, eleições nas quais todas as pessoas, como C_n , são tratadas em igualdade de condições para o fim de determinar quem deve representá-las no processo decisório.⁹¹ Esse é um método de decisão que, de forma mais eficaz do que qualquer outro, trata os participantes igualitariamente, revela neutralidade quanto aos resultados e dá a cada opinião individual o maior peso possível compatível com um igual peso para todas as demais opiniões.

Waldron reconhece, por outro lado, que a igualdade política, as eleições e os processos de representação estão longe de ser perfeitos. Mas a sua teoria não exige a perfeição. Postula, apenas, que essas instituições sejam razoavelmente bem ordenadas, e que os cidadãos nutram uma constante preocupação em aperfeiçoá-las.

De todo modo, o juízo é sempre comparativo. Por isso, convém perquirir se haveria melhores argumentos relacionados ao *processo* para justificar a prática da revisão judicial como método de tomada de decisões. Para tanto, deve-se imaginar C_n formulando a mesma questão (“por que esses juízes, e não outras pessoas quaisquer, devem ter a prerrogativa de

⁹⁰ “In the Supreme Court’s fifty-page opinion in *Roe v. Wade*, for example, there are but a couple of paragraphs dealing with the moral importance of reproductive rights in relation to privacy, and the few paragraphs addressed to the other moral issue at stake – the rights-status of the fetus – are mostly taken up with showing the diversity of opinions on the issue”. *Idem, ibidem*, p. 1383.

⁹¹ *Idem, ibidem*, p. 1387.

decidir essas importantes questões de direito?”), só que agora em relação a uma decisão do poder judiciário.

Nesse caso, o máximo que os defensores do controle judicial poderiam dizer é que os ministros do Supremo Tribunal Federal são escolhidos pelo Presidente da República e pelo Senado, o que lhes dá também alguma credencial democrática. Comparativamente, porém, a possibilidade que C_n tem de influir no processo judicial é muito mais remota do que no processo legislativo. E mais: a lógica das decisões judiciais faz com que os juízes não sejam responsivos ao povo como os legisladores são. Como observa Waldron, “legisladores prestam contas regularmente a seus constituintes e, por isso, se comportam como se as suas credenciais eleitorais fossem importantes em relação ao *ethos* geral de sua participação no processo de tomada de decisões políticas”.⁹²

Logo, pode-se afirmar, resumidamente, que o núcleo do argumento contrário à revisão judicial reside nas seguintes proposições: (1^a) as razões relacionadas ao *resultado* são inconclusivas para o fim de legitimar a revisão judicial, pois não há nenhuma demonstração convincente de que o método de controle judicial é distintamente mais capaz de chegar a bons resultados do que o processo legislativo; e (2^a) no que toca às razões relacionadas ao *processo*, a comparação com o processo legislativo produz, aí sim, conclusões claramente desfavoráveis à legitimação do controle judicial de constitucionalidade das leis.

2.2.3.2. Quando as pressuposições do argumento não se realizam (o caráter condicional do argumento)

Waldron admite que o seu argumento é condicional: assim, se as quatro pressuposições inicialmente estabelecidas não se realizam numa dada sociedade, então a revisão judicial pode ser um mecanismo apropriado para compensar as disfunções das instituições ou para lidar com o fato de que em tal sociedade não se forjou uma cultura de efetivo respeito aos direitos.⁹³

⁹² “Legislators are regularly accountable to their constituents and they behave as though their electoral credentials were important in relation to the overall ethos of their participation in political decisionmaking”. *Idem, ibidem*, p. 1391.

⁹³ É oportuno registrar desde logo (mas sem antecipar o que será exposto mais à frente) que o caráter condicional do argumento de Waldron reveste-se de grande importância para o discurso de justificação que se vai construir na sequência deste trabalho (v. capítulo 4, “A justificação contextualizada”), pois uma das premissas desse discurso, como se verá, é a de que os quatro pressupostos que subordinam a aplicabilidade do argumento de Waldron não se acham integralmente realizados no Brasil.

Aplica-se, a esse respeito, a mesma lógica comparativa que perpassa todo o argumento. Por isso, a simples constatação de uma determinada patologia institucional (p.ex., maiorias parlamentares que reiteradamente adotam posturas discriminatórias contra as minorias) não é, ainda, um argumento final em favor do controle judicial, pois pode ocorrer que o mesmo preconceito manifestado pelos legisladores também se mostre disseminado entre os juízes. Se assim for, a sociedade terá que buscar outros caminhos para superar os seus problemas, pois a revisão judicial não poderia contribuir para melhorar a situação.

2.3. Os discursos críticos e o contexto brasileiro

Os discursos críticos resumidos no tópico antecedente não são homogêneos em suas fundamentações e nem tampouco nas proposições finais. O constitucionalismo popular advoga, por razões democráticas, a extinção da supremacia judicial (Larry Kramer) *ou* do próprio controle judicial de constitucionalidade das leis (Mark Tushnet). Jeremy Waldron, a seu turno, constrói uma teoria crítica à revisão judicial que, a despeito de ser formulada em termos universais, vincula a sua própria aplicabilidade a determinadas condições empíricas que poderão, ou não, estar presentes em cada sociedade. Para os fins do presente trabalho, interessa, inicialmente, verificar se as propostas de fim da supremacia judicial e/ou do controle judicial de constitucionalidade das leis seriam de algum modo realizáveis no Brasil.

Examine-se primeiro a proposição de eliminação do próprio controle de constitucionalidade. Segundo todas as aparências, é bastante remota a possibilidade de vir a ser editada uma emenda à Constituição com o propósito de revogar o controle judicial de constitucionalidade das leis. Do ponto de vista político, essa proposição está claramente fora da agenda do momento. A extinção pura e simples do controle judicial de constitucionalidade das leis não é defendida por nenhum partido político de expressão, nem tampouco conta com a adesão relevante de qualquer segmento formador da opinião pública. E, ao ângulo jurídico, uma proposta de emenda para abolir o controle judicial de constitucionalidade das leis dificilmente passaria pelo crivo revisor do Supremo Tribunal Federal, em vista do disposto no art. 60, § 4º, incisos I, III e IV, da CF.⁹⁴ O argumento constitucional contrário à validade da emenda poderia ser desenvolvido em três tópicos, a seguir apresentados em forma resumida.

⁹⁴ “Art. 60. (...)”

(1º) A extinção do controle judicial de constitucionalidade das leis permitiria, em tese, que os legisladores da União, dos Estados e dos Municípios editassem normas atribuídas pela Constituição à competência legislativa de outros entes federativos, sem que houvesse um mecanismo de controle institucionalizado para solucionar tais superposições. Todos os conflitos federativos dependeriam de uma composição puramente política, o que tenderia a gerar uma situação de prevalência dos entes maiores, comumente dotados de maiores trunfos na negociação.

(2º) De outra parte, instaurar-se-ia um desequilíbrio na relação entre os poderes, na medida em que o judiciário se veria privado de seu principal instrumento de controle sobre os atos do poder legislativo. No limite, até mesmo as atribuições e prerrogativas do poder judiciário poderiam ser ameaçadas pela legislação, com possíveis efeitos negativos sobre a independência dos juízes frente aos demais ramos de poder.

(3º) Por fim, a eliminação da revisão judicial violaria a garantia de inafastabilidade do controle jurisdicional,⁹⁵ debilitando a proteção dos direitos fundamentais naqueles casos em que a afronta proviesse da própria lei.

Logo, concluiria o argumento, a emenda constitucional tendente a suprimir o controle judicial de constitucionalidade das leis ameaçaria a um só tempo a forma federativa de Estado, a cláusula da separação de poderes e os direitos e garantias individuais, razão pela qual tal proposição estaria excluída do poder de reforma do constituinte derivado.

Quanto à segunda proposta – negar a supremacia judicial –, talvez ela não possa ser implementada em toda a extensão imaginada pelos defensores do constitucionalismo popular, pois um autêntico “resgate” da Constituição pelo povo e por seus representantes dependeria de uma alteração profunda na cultura política dos cidadãos em geral, dos atores judiciais e dos próprios membros da classe política. Sem embargo, é indubitável que o discurso do constitucionalismo popular pode desempenhar uma importante função crítica em relação aos riscos e excessos da juristocracia. Isso porque as ideias centrais do constitucionalismo popular fornecem uma rica base de argumentos sobre a qual pode articular-se uma teoria normativa dos limites ao poder judicial de controlar a constitucionalidade das leis. Desse manancial, de resto, se

§ 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...)

I – a forma federativa de Estado; (...)

III – a separação dos Poderes;

IV – os direitos e garantias individuais”.

⁹⁵ “Art. 5º. (...)

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

beneficia o presente trabalho, que tem como uma de suas proposições fundamentais a ideia de que o princípio democrático postula um certo grau de descentralização da autoridade interpretativa final da Constituição (um dos motes do constitucionalismo popular). A forma como poderia operar na prática tal partilha de poder será exposta nos capítulos 5 a 7, mais adiante.

Finalmente, quanto à terceira tese (a de Jeremy Waldron), o caráter universal de seus argumentos permite utilizá-la com grande proveito na abordagem do caso brasileiro. Assim, procurando construir uma síntese entre as ideias do constitucionalismo popular e o argumento geral de Waldron, podem-se destacar cinco razões principais para que se repete indesejável o expansionismo do poder judicial em detrimento da política. São elas: **(i)** a falta de credenciais democráticas do poder judiciário (juízo comparativo); **(ii)** as limitações de forma e de conteúdo do debate público travado nos processos judiciais nos quais se realiza o controle de constitucionalidade das leis; **(iii)** o impedimento a novas experimentações sociais; **(iv)** o caráter elitista da revisão judicial; e **(v)** o esmorecimento do ideal de autogoverno e da responsabilidade moral dos cidadãos em relação aos destinos comuns. Adiante, desenvolve-se de maneira breve cada um desses tópicos. É importante frisar, porém, que essas cinco razões revestem-se ainda de um caráter *preliminar* (*i.e.*, não se qualificam como argumentos *definitivos*, que exprimem a conclusão de um discurso justificatório) e, por isso, deverão ser oportunamente conjugadas com razões outras que, em sentido oposto, postulam a manutenção do controle judicial.

(i) O motivo mais óbvio para reechar-se a concentração de poderes nas mãos dos tribunais reside na falta de credenciais democráticas desses órgãos. É claro que, quando se fala do caráter mais ou menos democrático de uma instituição, o que se está fazendo, no fundo, é comparar diferentes possibilidades de arranjos institucionais. Assim, a atividade jurisdicional, sendo exercida por agentes não eleitos (e que por isso não estão obrigados a prestar contas de seus atos ao povo), constitui um tipo de função pública *comparativamente menos democrática* do que a dos legisladores. Por definição, os juízes são independentes. Onde, por definição, os cidadãos não têm nenhum controle sobre as inúmeras e relevantes escolhas valorativas, morais, políticas e ideológicas, que os juízes fazem incessantemente ao decidir os casos constitucionais que lhes são submetidos.

Essa falta de credenciais democráticas não é um traço característico apenas da instituição e de seus membros, subjetivamente considerados. Ela se manifesta também na própria lógica da decisão judicial, que é, essencialmente, uma lógica não responsiva aos

desejos populares. Juizes costumam ter orgulho em afirmar que as suas decisões não são influenciadas pela pressão popular. E é adequado que assim seja. Não faz parte da função judicial pesquisar qual é o anseio popular predominante em relação a um determinado caso. Isto é, um juiz, acreditando sinceramente que a concepção valorativa “x” é a melhor, muito dificilmente irá decidir o caso com base na concepção valorativa “y”, apenas por ser esta última, presumivelmente, uma concepção *mais difundida* na sociedade. Essa lógica se torna, porém, agudamente problemática quando os juizes, ao interpretar o texto aberto da Constituição, nela introjetam as suas próprias opções valorativas, em substituição às do legislador.

Mas ainda assim, poder-se-ia insistir, *os juizes estão obrigados a decidir*. E muitos dos assuntos que eles devem decidir são controvertidos e complexos, e envolvem escolhas de premissas iniciais do raciocínio, de teorias jurídicas, de valores, de ideologia, morais, políticas, de meios e fins (etc.), sobre as quais pessoas razoáveis e adequadamente instruídas podem de boa fé discordar. Nesses casos, o postulado da descentralização da autoridade interpretativa final sugere que os tribunais não estão autorizados a invalidar uma decisão interpretativa do legislador apenas porque essa decisão não coincide com o entendimento pessoal do julgador acerca da matéria. Do ponto de vista do constitucionalismo popular, é preciso *mais do que uma simples discordância*. É preciso que o juiz demonstre que a interpretação do legislador não passaria em nenhum teste de racionalidade ou razoabilidade. Se, ao contrário, a divergência se caracterizar como um dissenso hermenêutico razoável – a respeito do sentido e alcance da norma constitucional, ou do conteúdo específico de determinados direitos, ou dos valores relevantes para a decisão do conflito, ou do melhor ponto de equilíbrio entre diferentes fins coletivos ou individuais –, então a credencial democrática superior do legislador aponta no sentido de que a decisão legislativa deve, em princípio, ter a primazia. Vale dizer: se uma escolha tiver que ser feita, nessas situações de dissenso razoável, sobre qual deve ser a autoridade com a prerrogativa de realizar a interpretação final, o vínculo democrático do legislador há de ser levado em conta.

(ii) A segunda razão para não ser desejável que o poder judiciário se transforme no principal foro de deliberação e decisão das grandes controvérsias políticas e morais da sociedade reside na limitação ao debate público que decorre do emprego da linguagem e das técnicas jurídicas. As technicalidades e os legalismos que inevitavelmente permeiam o texto

das decisões judiciais tornam o debate em boa medida inacessível aos não juristas.⁹⁶ Esse aspecto é lembrado sobretudo quando se está tratando das intervenções judiciais no campo da jusfundamentalidade ou em questões políticas e morais sensíveis. Mark Tushnet, a propósito, insiste em que é possível ter fé na Constituição e nos direitos fundamentais *independentemente dos juízes constitucionais*. Isto é, a relação das pessoas com a Constituição não tem que ser sempre intermediada pelos sacerdotes-juristas.⁹⁷ A Constituição, em suma, não deveria ser um monopólio judicial.

Esse argumento, porém, se aplica ainda com maior força persuasiva ao campo dos conflitos não jusfundamentais. A juridicização dos termos do debate público é ainda menos justificável em campos organizacionais e estruturais como os da educação, da saúde, da segurança, do orçamento, da tributação, do regime jurídico dos servidores públicos, da previdência social, do sistema financeiro, da cultura, da ciência e tecnologia, da comunicação social, da ocupação do solo urbano, entre tantos outros. Estes são, por excelência, locais onde deveria prevalecer a escolha democrática. Uma escolha que é informada por uma infinidade de juízos econômicos, políticos, ideológicos, morais e filosóficos, e também por premissas e prognósticos empíricos de mais alta complexidade. São essas escolhas que vão conformar e reconformar, a cada período, a dimensão do Estado, a maior ou menor extensão do dirigismo governamental ou da livre iniciativa, o caráter mais ou menos paternalista da sociedade, o nível de solidariedade social compulsória, a modulação do pacto de transferência de riqueza entre gerações, a medida de políticas redistributivas que a coletividade deseja implementar, o nível de tributação aceitável, o papel da iniciativa privada e do setor público (e suas inter-relações) em setores como a educação e a saúde, entre tantos outros aspectos. Nesses campos, as leis concretizam opções que são de natureza eminentemente política. Pautar o debate em torno dessas escolhas exclusivamente pelos padrões usuais da decisão jurídica (v.g.: conceptualizações, vinculações a precedentes, restrições de ordem processual e probatória, limitações argumentativas materiais) é, pois, empobrecedor e, muitas vezes, alarmantemente irracional. Daí por que, nesses campos, afigura-se tendencialmente ilegítima a intervenção judicial de caráter *substitutivo* da decisão do legislador.

⁹⁶ Neste sentido, observa TUSHNET (ob. cit., p. 168): “As lições que as pessoas aprendem sobre a igualdade nas decisões da Suprema Corte que descrevem os dois ou três níveis de escrutínio; ou as lições que elas aprendem sobre a liberdade de expressão nas decisões que diferenciam as regulações baseadas no conteúdo, as regulações neutras quanto ao conteúdo e as regulações baseadas num ponto de vista (...) são, talvez, mais qualificadas do que gostaríamos”.

⁹⁷ *Taking the Constitution away from the Courts*, ob. cit., p. 166.

(iii) O terceiro argumento para justificar a limitação do poder judicial de controlar a constitucionalidade das leis consiste no impedimento a novas experimentações sociais. A revisão judicial é um método de controle essencialmente retrospectivo, no sentido de que as suas decisões se baseiam em experiências passadas. A decisão que aprecia se uma lei é constitucional, ou não, costuma buscar elementos de fundamentação nos precedentes, na tradição interpretativa do tribunal e nos trabalhos da dogmática jurídica. Mas tudo isso pode ser irrelevante se se tratar de uma questão nova e acentuadamente polêmica. Diante de tais questões – que se multiplicam no mundo contemporâneo: questões ambientais, novas formas de organização administrativa, controvérsias morais como as suscitadas a respeito das células tronco, técnicas modernas de eutanásia, transexualismo etc. –, o legislador é muitas vezes obrigado a decidir num ambiente de radical incerteza. Incerteza tanto empírica quanto moral. Mas o legislador, que tem diante de si o problema e a demanda social para solucioná-lo, é instado a fazer uma escolha. Pois bem: é comum, nesses casos, que a decisão legislativa seja imediatamente contestada perante o poder judiciário, com a transferência do debate para a arena judicial.⁹⁸ Se em tais circunstâncias a corte declara a inconstitucionalidade da lei recém-editada, estará sendo obstaculizada uma experimentação social desejável, que permitiria à comunidade avaliar melhor os efeitos da lei e, desse modo, formar um juízo mais amadurecido sobre a sua conveniência, ou não. Mas o código binário do direito (lícito/ilícito) não cogita de “deixar de aplicar a Constituição” para que uma experiência social tenha curso. Assim, se o tribunal entender que a lei é inconstitucional, isso é o quanto basta para que a decisão de invalidação seja tomada.

(iv) O quarto argumento tem por fundamento o caráter intrinsecamente elitista da deliberação constitucional que ocorre no âmbito dos processos judiciais.⁹⁹ O diálogo constitucional travado nos processos judiciais é elitista porque exclui da discussão todos

⁹⁸ Especificamente sobre o modo como os juízes realizam as suas escolhas interpretativas num quadro de incertezas, confira-se a interessante observação de Adrian VERMEULE: “If courts had full information about the relevant empirical issues and unbounded ability to process that information accurately, the empirical character of institutional choice would pose few difficulties. But neither the condition of full information nor the condition of full comprehension plausibly describes the actual setting of interpretive choice. Rather, judges must make interpretive choices in the face of impoverished information, have only limited capacity to generate the needed information (...) and have limited capacity to accurately process the information they do obtain. These conditions make interpretive choice an exercise in choice under conditions of empirical uncertainty and bounded rationality” (*Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 157-158).

⁹⁹ Esse argumento, em alguma medida, se confunde com o do item “ii”, acima.

aqueles que não são versados na tecnologia jurídica e não dominam o correspondente jargão.¹⁰⁰ Isso acarreta um aumento desproporcional do poder de influir nas decisões coletivas de uma classe profissional específica (juízes, advogados e promotores), em detrimento do restante da sociedade.

A pressuposição implícita, que subjaz à defesa desse modelo de distribuição do poder social, é a de que haveria, por assim dizer, dois domínios distintos: o da *política* e o do *direito*. O primeiro, governado pelo povo, através de seus representantes. O segundo, diferentemente, seria um domínio à parte, insulado, entregue “aos cuidados de uma elite especializada de juízes e advogados, cuja tarefa profissional consistiria em implementar as decisões produzidas no campo da política”.¹⁰¹ Mas e se a Constituição – esta mesma Constituição que hoje está nas mãos da elite dos juristas – vier a absorver a política, o que sobrar para a deliberação popular? Esse aspecto excludente da jurisdição constitucional expansiva é examinado com argúcia por Ran Hirschl na sua obra *Towards Juristocracy*:

A deliberação pública esclarecida e a participação dos cidadãos estão no coração da governança democrática. Contudo, se as questões políticas controvertidas se transformam em questões legais, a maior parte dos cidadãos (que não são juízes nem advogados) fica privada da oportunidade de influir de modo significativo sobre os resultados das políticas públicas. Essas pessoas são forçadas a abandonar a sua responsabilidade de buscar, em conjunto, soluções razoáveis e mutuamente aceitáveis para as controvérsias que as dividem. Consequentemente, os contornos do debate político são moldados por uma classe de profissionais – advogados, acadêmicos e juízes, todos empregando jargão técnico e raciocínios legalistas –, ao invés de serem construídos coletivamente, por meio de uma deliberação pública articulada pelo povo e por seus representantes. Dito de outra maneira, a transferência das questões fundamentais da esfera política

¹⁰⁰ Mecanismos como o *amicus curiae* representam um saudável esforço para atenuar esse caráter elitista do debate judicial. Mas a participação de “amigos da corte”, por óbvio, não torna a deliberação judicial aberta à participação da sociedade no mesmo grau da deliberação parlamentar (nessa matéria, recorde-se, os juízos só têm alguma utilidade para fins de avaliação se forem comparativos). A mídia celebrou recentemente o fato de uma índia, “pela primeira vez”, ter subido à tribuna para fazer uma sustentação oral perante o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Reclamação nº 3.813, relativa à demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol. Mas se fosse uma índia “comum”, não teria a palavra (como não teria qualquer cidadão “comum”). Não era este o caso, evidentemente: tratava-se da advogada Dra. Joênia Batista de Carvalho, como tal integrada à guilda dos juristas.

¹⁰¹ “We in the twenty-first century tend to divide the world into two distinct domains: a domain of politics and a domain of law. In politics, the people rule. But not in law. Law is set aside for a trained elite of judges and lawyers whose professional task is to implement the formal decisions produced in and by politics”. *The People Themselves...*, ob. cit., p. 7.

para as cortes favorece aqueles que têm conhecimento profissional específico e acesso privilegiado para exercer influência sobre o sistema jurídico. ‘Eles os Juristas’ passam a ter um *status* superior para determinar os resultados das políticas em detrimento de ‘Nós o Povo’, as pessoas leigas que compõem a vasta maioria da população.¹⁰²

(v) Por fim, a judicialização excessiva das controvérsias sociais é, por definição, antagônica ao ideal de autogoverno dos cidadãos. O ato de procurar o poder judiciário para resolver um dissenso implica atribuir o poder decisório a pessoas que vão dirimir o conflito sem qualquer preocupação com o caráter mais ou menos democrático da decisão a ser proferida. Há, porém, entre esse comportamento e a ação política tradicional (partidária ou extrapartidária), um mundo de diferença. Uma diferença análoga à que existe, p.ex., entre insurgir-se contra um tributo alegando em juízo a violação a um princípio constitucional de textura aberta (capacidade contributiva, seletividade, vedação ao confisco) ou protestar suscitando um debate nos canais da política sobre a justiça e oportunidade daquele mesmo tributo, mas sem as restrições próprias da argumentação jurídica em geral e da argumentação processual em particular. É claro que as duas formas de agir são perfeitamente legítimas. Uma não é melhor do que a outra. Mas elas podem distinguir-se num aspecto: a primeira não contribui em nada para a realização do ideal de autogoverno (é neutra); a segunda, ao contrário, contribui positivamente.

O problema aparece, portanto, na medida em que ocorre a expansão do método judicial em detrimento da política. É que, quanto *mais* constitucionalização associada a judicialização com supremacia interpretativa houver, *menos* os atores sociais se sentirão estimulados a procurar os caminhos da política. (Para que perder tempo, se quem decide mesmo são os tribunais?) Menos as pessoas se importarão com o que elas fazem nas urnas, menos se importarão com o que se passa nas assembleias legislativas, menos se importarão

¹⁰² “Informed public deliberation and citizens participation are at the heart of democratic governance. When contentious political questions are transformed into legal questions, however, the bulk of the citizenry (who are neither judges nor lawyers) are deprived of the opportunity to shape public policy outcomes in a meaningful way and are forced to relinquish their responsibility for working out reasonable and mutually acceptable resolutions of the issues that divide them. The contours of political debate are consequently shaped by a narrow class of professionals – usually lawyers, academics, and judges, all employing technical jargon and legalistic reasoning – instead of through open public deliberation framed by the people and their representatives. Put differently, the transfer of fundamental questions of collective identity from the political sphere to the courts favors those who have specific professional knowledge and better access to and influence upon the legal system. ‘They the Jurists’ are granted an elevated status in determining policy outcomes at the expense of ‘We the People’, laypersons who make up the vast majority of populace”. *Towards Juristocracy...*, ob. cit., p. 186-187.

em dialogar politicamente umas com as outras. Enfraquece-se a própria percepção de que somos moralmente responsáveis pelos nossos destinos. Obnubila-se a responsabilidade moral, que a todos toca, de buscar soluções para os problemas comuns. De certo modo, desaprende-se a arte de construir o consenso razoável, que possibilita a convivência entre pessoas que têm pontos de vista conflitantes. Pois se há uma divergência, bate-se à porta do judiciário, e que os juízes decidam quem está “certo” ou “errado”.

A sociedade pode até se acostumar com essa forma de gerenciar os seus problemas e a sua vida comunitária. Todavia, quando isso acontecer, será duvidoso se ainda se poderá considerar essa sociedade uma democracia, mesmo no sentido mais minimalista do termo.

*
* *
*

Essas cinco razões, embora apontem para certos déficits de legitimidade do controle judicial de constitucionalidade das leis, não bastam para que se chegue à conclusão de que tal controle é sempre ilegítimo. Na realidade, a ideia de descentralização da autoridade interpretativa final deixa inteiramente em aberto a possibilidade de que, em determinadas situações, mesmo diante de um dissenso razoável, possa haver uma boa justificativa para a invalidação judicial da lei.

Além disso, não se pode perder de vista que a teoria de Waldron, de forma expressa, condiciona o argumento de ilegitimidade da revisão judicial à presença de determinados pressupostos empíricos (quais sejam: instituições democráticas e judiciárias razoavelmente bem ordenadas, compromisso dos membros da sociedade com os direitos e existência de um desacordo razoável sobre o significado exato desses direitos). Adiante, por razões que serão oportunamente examinadas, sustentar-se-á que a realidade brasileira corresponde a um caso de não preenchimento integral desses pressupostos empíricos.

Não bastasse, deve-se considerar ainda o fato de que no Brasil o controle de constitucionalidade das leis e o judiciário dotado de poderes revisionais são instituições em pleno funcionamento. Isto é, os tribunais com competência de anular leis inconstitucionais atuam sob um ordenamento que explicitamente os autoriza a pôr em prática tal modalidade de controle. O presente trabalho, por outro lado, não se propõe a desenhar novos arranjos institucionais, nem tampouco pressupõe modificações no texto da Constituição vigente. O que se quer aqui sugerir, isso sim, é que o discurso de justificação tenha um papel adjutório do discurso de aplicação e, na medida em que efetivamente desempenhe esse papel, influencie o

modo como a Constituição é lida e aplicada. Juntos, discursos de justificação e aplicação formarão uma metodologia do “uso democraticamente correto” do poder de controlar a constitucionalidade das leis.¹⁰³

Assim, a tarefa a ser cumprida nos capítulos 3 e 4, a seguir, é a de investigar em que medida os argumentos gerais contrários à justificação do controle judicial, vistos acima, podem ser *superados* por contra-argumentos que postulem a legitimidade de uma atuação prudente, autocontida e democraticamente informada da revisão judicial.

¹⁰³ A ideia de construir uma teoria do “uso correto” da revisão judicial é desenvolvida por Sebastián LINARES, em seu livro *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 99 e ss.

3 A JUSTIFICAÇÃO DEMOCRÁTICA

No presente capítulo, propõe-se, como estratégia argumentativa, partir de uma versão *mitigada* do argumento de Jeremy Waldron, exposto no item 2.2.3 do capítulo antecedente. Essa versão *mitigada* constituirá a base sobre a qual se construirão os argumentos de justificação apresentados na sequência do trabalho. É preciso, pois, explicar inicialmente o significado exato dessa qualificação (“mitigada”) e as razões pelas quais ela é aqui adotada.

3.1. Uma versão mitigada do argumento de Jeremy Waldron

A versão que se introduz neste momento corresponde a uma formulação suavizada da teoria de Waldron. Ela não abandona nem recusa as premissas em que se funda o argumento waldroniano, contrário à revisão judicial, porém lhe agrega uma *premissa adicional*, baseada na ideia de *fortalecimento do controle recíproco entre os poderes*. O controle recíproco é, junto com a especialização funcional de atribuições, um dos elementos estruturantes da compreensão contemporânea do princípio da separação de poderes. Há mesmo autores que afirmam que a ideia de controle – segundo a qual todo poder estatal deve estar submetido a mecanismos de revisão e contenção – é “inseparável do conceito de Constituição”.¹⁰⁴ Tudo isso deriva da noção, de origens liberais vetustas, segundo a qual a limitação do poder obtida por meio da institucionalização do controle é a maior garantia que se pode oferecer à liberdade.

Não é necessário grande esforço dedutivo para perceber que a preocupação subjacente, que inspira a defesa da limitação da revisão judicial, é justamente a de conter a expansão do poder dos juízes constitucionais, por se considerar que este é um poder insuficientemente controlado. Ora, seria um contrassenso se, a pretexto de reduzir uma concentração excessiva de poderes num departamento (o judiciário), se produzisse uma nova concentração, igualmente indesejável, só que agora nas mãos de outro departamento (o parlamento).

¹⁰⁴ ARAGÓN, Manuel. *Constitución y control del poder: Introducción a una teoría constitucional del control*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1995, p. 12.

Assim, postula-se que, mesmo nas sociedades avançadas às quais se aplica o argumento de Waldron – sociedades cujas instituições democráticas são razoavelmente bem ordenadas –, é politicamente legítimo instituir-se um controle judicial de constitucionalidade das leis para a *proteção, em termos estritos, do próprio processo democrático*.¹⁰⁵

Nesse sentido, o argumento de justificação aqui defendido corresponde a uma versão suavizada do argumento de Waldron, pois considera válida a instituição, *em qualquer sociedade*, de um arranjo institucional que contemple o controle judicial de constitucionalidade das leis (aleadamente) antagônicas ao processo democrático. A revisão judicial, nesta hipótese, teria o objetivo de assegurar que o processo político – onde os valores substanciais são identificados, ponderados e compatibilizados – se mantivesse aberto a todos os pontos de vista, de modo ao menos aproximadamente igualitário. Essa cautela se faz necessária porque o sistema representativo e as instituições legislativas estão sempre sujeitas a sofrerem disfunções ocasionais. São falíveis, como tudo o que carrega a marca do barro humano (e o argumento de Waldron, aliás, é enfático ao afirmar que não se exige a perfeição, mas apenas instituições democráticas “razoavelmente bem ordenadas”). Tais falhas ocorrem, p.ex., quando os detentores do poder, pelas mais variadas maneiras, obstruem os canais da mudança política.¹⁰⁶ Nessas situações (e a história é pródiga de exemplos), nem sempre os legisladores terão os incentivos necessários para alterar o *status quo* em desfavor deles próprios. Pois, como observa Ian Shapiro, “[o]s políticos são tão capazes de impor a si próprios o respeito às regras do jogo da competição política quanto as empresas o são em

¹⁰⁵ A esse propósito, vale registrar, como contraponto, o comentário cético de Mark TUSHNET, para quem as teorias que pretendem circunscrever o controle de constitucionalidade a um objetivo pré-determinado, ou a um tipo específico de resultado, simplesmente não funcionam: “The [...] difficulty with academic efforts to ensure that judges always come up with the right answers requires an extended discussion. Suppose that somehow we managed to get all the judges to agree on a single approach to interpreting the Constitution. Even so, we would find judges reaching wildly divergent results. [...] We cannot guarantee that judges will act ‘appropriately’ [...] by offering them a constitutional theory so compelling that it will induce them to routinely support outcomes they think unwise” (*Taking the Constitution away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 2000, p. 157 e 163). Embora essa observação seja persuasiva, não se pode levá-la às últimas consequências. Pois, se concluirmos que todas as teorias são completamente ineficazes, isso teria um efeito paralisante do debate e, conseqüentemente, da própria evolução das ideias. Quem elabora uma teoria de interpretação constitucional não pode ter a pretensão (que seria tola) da vinculabilidade. Justamente porque os dissensos são profundos e inevitáveis nessa matéria, parece bem mais saudável que o teórico considere que o seu esforço é apenas uma contribuição a mais para o prosseguimento de um diálogo que jamais deve cessar. Aplica-se aqui a máxima de que a importância do trabalho de elaboração científica “é a de manter o jogo em andamento, e não a de vencê-lo. Pois jamais se vence” (POSNER, Richard A. *Law, Pragmatism and Democracy*. Harvard University Press: Cambridge, 2003, p. 101).

¹⁰⁶ Sobre a atuação da corte constitucional como árbitro do processo de representação política, confira-se, por todos, ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: a Theory of Judicial Review*. 14^a ed. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

relação ao jogo da competição econômica. Por isso, há em relação a esse assunto um importante papel corretivo e regulatório a ser desempenhado pelas cortes”.¹⁰⁷ Em tais circunstâncias, a intervenção judicial, ativada como um mecanismo de contrapoder – uma instância adicional de controle mútuo entre os poderes estatais –, terá a finalidade de proteger e reforçar o sistema de representação democrática. Não será, por conseguinte, antagônica à democracia.

Poder-se-ia objetar que essa versão mitigada do argumento de Waldron incorre no paralogismo típico desse gênero de formulações, que é o de afirmar aprioristicamente que o controle recai sobre leis que “sabotem” o processo democrático, quando a questão, num ambiente de desacordo razoável, é justamente a de saber se a lei efetivamente “sabota”, *ou não*, o processo democrático. A isso pode-se responder que, de fato, só se saberá se a lei vulnera o processo democrático *após* o seu julgamento; e, mesmo após o julgamento, tudo o que se terá é o ponto de vista predominante dos membros do órgão incumbido do controle de constitucionalidade – a palavra autoritativa final, mas não necessariamente uma verdade última e objetiva. Pois bem: *é precisamente este* o modelo que se propõe. Um modelo em que a última palavra institucional caiba a um órgão distinto do poder legislativo, *quando o que estiver em jogo for uma divergência dessa natureza, i.e., saber se a maioria parlamentar está, ou não, deliberando de forma prejudicial ao processo democrático*. Afigura-se útil neste ponto recorrer ao velho critério dos juízos comparativos e indagar o que seria mais adequado: deixar a própria maioria parlamentar julgar sobre o assunto *ou* atribuir tal decisão a uma outra instituição, em princípio imparcial? A segunda resposta parece ser mais convincente.

Uma última observação. O que se sugere neste momento é a inserção, no argumento de Waldron, de uma *premissa adicional*, teleologicamente inspirada pela ideia de fortalecimento do controle recíproco entre os poderes. Mas é importante frisar que todas as pressuposições do argumento originário continuam válidas. Logo, mantém-se a presunção de que tanto o poder judiciário quanto o poder legislativo são, nessa sociedade, instituições razoavelmente bem ordenadas. Isso gera uma relevante consequência em relação ao alcance da teoria mitigada. É que a lei que viola o processo democrático (e que justifica o controle judicial) não poderá ser, p.ex., uma lei que institua uma junta militar ou que suprima o direito ao voto, pois nesses casos extremos já não se estaria mais falando de sociedades cujas

¹⁰⁷ *The State of Democratic Theory*. Princeton: Princeton University Press, 2003, p. 73.

instituições democráticas são razoavelmente bem ordenadas. Se isso acontecesse, o argumento de Waldron deixaria de ser aplicável por inteiro.

3.2. Premissas gerais da justificação democrática

O controle judicial de constitucionalidade das leis exerce em geral um papel inibidor do princípio democrático. Isso ocorre na medida em que, por força desse controle, as decisões de questões coletivas de grande relevância migram da arena política para o poder judiciário, cujos agentes não estão obrigados a prestar contas de suas deliberações à comunidade. Como se expôs no capítulo anterior, há várias razões para concluir que a expansão desse controle tende a agravar o déficit de legitimidade política de tal instituição estatal. Foram mencionadas ali algumas das mais importantes (embora não as únicas): a falta de credenciais democráticas dos juízes; a limitação ao debate público decorrente do emprego da linguagem especializada (o jargão profissional) e da técnica jurídica (o código binário lícito/ilícito, as restrições processuais); o impedimento a novas experimentações sociais em situações de grande incerteza empírica e de desacordo moral quanto ao que seria a medida mais adequada a tomar; o caráter elitista desse tipo de deliberação constitucional, que em grande medida exclui os não juristas; e o enfraquecimento da capacidade de autogoverno das pessoas, com o conseqüente abandono da responsabilidade moral de forjar consensos razoáveis em conjunto com os demais concidadãos, a despeito das divergências existentes.

Sem embargo dessas razões, parece haver um caso básico em que o controle judicial de constitucionalidade das leis conta com um forte argumento de justificação: trata-se do caso em que tal poder é exercitado precisamente para proteger o processo democrático. Esse tipo de controle, pelo menos idealmente, apresenta um menor risco de produzir resultados antagônicos ao princípio democrático, já que a sua justificação é a própria preservação ou reforço da democracia. Ademais, a revisão judicial, em tais hipóteses, incrementa o controle recíproco entre os poderes, evitando uma concentração de poderes no legislativo para dispor sobre assuntos a respeito dos quais a sua confiabilidade tende a ser comparativamente menor. Assim, antecipando-se o que será demonstrado mais à frente, o *argumento democrático* para a justificação do controle judicial de constitucionalidade das leis pode ser assim enunciado:

—

Mesmo em sociedades dotadas de instituições democráticas bem ordenadas, é legítimo o estabelecimento de um mecanismo de controle judicial de constitucionalidade das leis visando assegurar o respeito às regras do jogo democrático. O controle de constitucionalidade, nessa hipótese, tem por objetivo evitar:

(1) que as maiorias venham a criar dificuldades à alternância do poder ou impeçam o acesso das minorias às posições de comando, mediante leis modificativas do procedimento eleitoral, do status político das minorias, do direito ao voto igual ou da distribuição geográfica dos corpos eleitorais; e

(2) que as maiorias legislem para restringir certos direitos essenciais ao processo democrático, como a livre expressão, o direito de reunião e o direito de associação (nas dimensões desses direitos funcionalmente vinculadas ao exercício da cidadania). Isso porque a restrição a esses direitos, de maneira bem mais direta do que ocorre com outras liberdades fundamentais, enseja o desvirtuamento do jogo democrático, pois não é possível haver participação política genuína (com esclarecimento, deliberação e escolha) sem livre troca de ideias e sem que as pessoas possam associar-se para defender interesses comuns.

Esse controle se legitimaria na medida em que as decisões judiciais fossem concretamente motivadas pela necessidade, argumentativamente demonstrada, de se afastar alguma lesão ou ameaça de lesão às regras do processo democrático e/ou aos direitos essenciais ao processo democrático.

Não haveria incompatibilidade democrática, pois a atuação do órgão judicial, dentro desses limites, ocorreria precisamente para assegurar a manutenção da democracia.

Todavia, essa formulação ainda não define qual é o tipo de democracia pressuposto. Tal especificação, no entanto, é fundamental. Dependendo da concepção de democracia que se tenha em mente, *preservar, possibilitar* ou *reforçar a democracia* pode significar coisas muito distintas; e, mais ainda, dependendo da teoria democrática que se tenha em mente, a avaliação sobre se um determinado comportamento judicial é, ou não, *contrário à democracia* variará imensamente. Na realidade, afigura-se impossível determinar se uma instituição como o controle judicial de constitucionalidade das leis contribui, ou não, para o reforço da democracia, ou se é pelo menos compatível com a democracia, se, antes, não se fixar com razoável clareza o que significa “democracia”. Se, por exemplo, se entender que a democracia é, literalmente, *a atribuição e o exercício do poder diretamente pelo povo*, não só a jurisdição constitucional como, provavelmente, todas as instituições estatais hoje existentes seriam

reprovadas no teste democrático. Diante de um parâmetro tão exigente, seriam todas profundamente antidemocráticas.¹⁰⁸

Assim, tendo em vista que o termo “democracia” não denota um conceito perfeitamente unívoco, claro e bem delimitado, e considerando a necessidade de fundar o discurso da justificação democrática em base menos imprecisas, os próximos tópicos tratarão de detalhar a teoria de democracia aqui pressuposta.

3.3. Diferentes teorias, diferentes justificações

Aludindo à decadência da linguagem usada para descrever os grandes ideais políticos – um fenômeno característico da modernidade –, Friedrich A. Hayek observa que “talvez a maior vítima deste processo de esvaziamento do sentido das palavras nos tempos recentes haja sido o vocábulo *democracia*”.¹⁰⁹ Robert Dahl, a sua vez, compara o termo democracia a um antigo sítio arqueológico, sobre o qual, durante dois mil e quinhentos anos, foram lentamente se depositando as marcas da civilização humana.¹¹⁰ Giovanni Sartori, após registrar que o signo “democracia” está mesmo fadado a ter um sentido difuso e multifacetado,¹¹¹ aponta para uma das fontes dessa dificuldade conceptual:

Literalmente, *democracia* significa ‘poder do povo’, exprime a ideia de que o poder pertence ao povo. Mas isso na realidade é apenas a definição de uma palavra por outra, que traduz para uma linguagem conhecida o sentido do vocábulo grego originário. Todavia, o termo democracia refere-se a *alguma coisa*. A questão, portanto, não é só, *O que significa a palavra?* A questão é, também, *O que é a coisa?* Quando tentamos responder a essa última indagação, descobrimos que

¹⁰⁸ Essa ideia é exposta com clareza por Giovanni SARTORI: “As we have long seen, assessments of democracy – whether it exists, and to what degree – depend on the parameter employed. If democracy is transliterated into demo-power, that is, understood as a literal power of the people, then nothing will ever suit” (*The Theory of Democracy Revisited: Part One: The Contemporary Debate*. Chatham: Chatham House Publishers, Inc., 1987, p. 234).

¹⁰⁹ “Perhaps the worst sufferer in this process of the emptying of the meaning of words has in recent times been the word ‘democracy’ itself”. In *Law, Legislation and Liberty: The Political Order of a Free People*. Vol. 3. Chicago: The University of Chicago Press, 1979, p. 137.

¹¹⁰ In: TERCHEK, Ronald J. e CONTE, Thomas C. (ed.). *Theories of Democracy: a Reader*. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 2001, p. 132.

¹¹¹ SARTORI, Giovanni. *The Theory of Democracy Revisited: Part One: The Contemporary Debate*. Chatham: Chatham House Publishers, Inc., 1987, p. 3.

a coisa não se adapta à palavra, ou apenas remotamente se corresponde com o que a palavra nos diz. Descobrimos, então, que é bastante tênue a adequação entre os fatos e o nome. Assim, embora *democracia* tenha um sentido literal preciso, isso não nos ajuda a entender o que a democracia realmente é.¹¹²

Ian Shapiro também observa que “diferentes pessoas entendem por democracia diferentes coisas”;¹¹³ e acrescenta que, a despeito de existirem em todos os regimes democráticos críticas ao seu funcionamento – o regime não funciona *como deveria* –, essas objeções jamais questionam o caráter obrigatório da democracia. Percebe-se que “democracia”, seja lá o que isso signifique, se tornou um rótulo universalmente reverenciado. Praticamente não há mais inimigos abertos da democracia. Todavia, não se forjou um correspondente ideal comum, em torno do qual a humanidade haja alcançado um consenso relevante. Ao contrário, as divergências terminológicas e a distorção ideológica tornaram impossível a fixação de uma definição razoavelmente consensual.

Essa indefinição é agravada, ainda, pelo fato de que não há, atualmente – como houve até a segunda guerra mundial¹¹⁴ –, uma teoria principal da democracia. Ao contrário, é enorme hoje a diversidade de teorias. A palavra “democracia” passou a vir acompanhada dos mais diferentes e heterogêneos qualificativos: protetiva, pluralista, de performance, participativa, substantiva, procedimental, política, social, liberal, de massa, econômica, popular, poliárquica, elitista, plebiscitária, madisoniana, limitada, epistêmica, deliberativa, ideal, descritiva, majoritária, constitucional, em grande escala, em pequena escala, macro, micro, industrial, na empresa, antiga, moderna etc. – e a enumeração ainda

¹¹² “Literally, democracy means ‘power of the people’, that the power belongs to the people. But this is nothing more than a word-word definition that renders in a known language the Greek meaning of the term. However, the term democracy *stands* for something. The question is not only, What does the word mean? It is also, and concurrently, What is the thing? When we try to answer this latter query, we discover that the thing does not correspond to the word or resembles it inadequately. We discover, that is, that there is little fit between the facts and the name. So, although democracy has a precise literal meaning, this does not really help us understand what an actual democracy is” (SARTORI, Giovanni, ob. cit., p. 7; itálicos acrescentados na tradução).

¹¹³ “Of course, different people understand different things by democracy, and every democratic order will be thought by some not to be functioning as it should (...) But the very terms of such objections to democracy affirm its obligatory character, since it is the malfunction or corruption of democracy that is being objected” (*The State of Democratic Theory*. Princeton: Princeton University Press, 2003, p. 1).

¹¹⁴ É de SARTORI o seguinte comentário, referindo-se aos discursos democráticos até a segunda guerra mundial: “Yet such a mainstream [discourse] did provide ‘democracy’ with a basic identity up until the end of World War II. Until then there was little doubt in everybody’s mind that fascist and communist regimes were not democracies (they actually did not claim to be such) and that democracies were Western located or Western inspired” (ob. cit., p. 3).

estaria longe de se encerrar. Daí dizer Sartori, com propriedade, que vivemos hoje na “era da democracia confusa”¹¹⁵.

Na sequência, pretende-se fazer uma demonstração de como é importante, na formulação dos discursos de justificação, esclarecer com um nível mínimo de precisão qual é a teoria democrática pressuposta. Para tanto, será feita uma comparação entre os tipos de justificação que poderiam ser engendrados a partir de duas teorias democráticas claramente opostas: a *teoria da democracia protetiva* de Friedrich A. Hayek e a *teoria participativa* de Benjamin R. Barber. A escolha dessas teorias não é aleatória. Elas representam concepções democráticas antípodas: Hayek, uma concepção extrema do elitismo democrático, da desconfiança do legislador e da estodofobia; Barber, uma concepção extrema da visão participativa e comunitarista e da crença nas potencialidades da deliberação popular. Em razão desse antagonismo bem delineado, essas duas teorias se prestam a demonstrar de forma persuasiva como a justificação democrática do controle judicial de constitucionalidade das leis pode ir de um extremo ao outro, conforme se adote uma ou outra doutrina.

*A teoria da democracia protetiva de Friedrich A. Hayek.*¹¹⁶ – Segundo Hayek, as instituições políticas do mundo ocidental corromperam o sentido de justiça das sociedades em que elas operam. Em sua visão isso ocorreu porque, nos regimes democráticos vigentes, tornou-se regra que cada grupo de interesses faça valer as suas reivindicações, não por meio de um apelo a razões de *justiça* (desde um ponto de vista universalista), mas sim por ameaçar retirar o suporte dado na arena política ao núcleo de indivíduos e facções que compõem a maioria momentânea.¹¹⁷ O consenso da maioria, de acordo com essa análise, não reflete qualquer concepção de justiça, porém o *preço* que uma parte dos membros da maioria aceitou *pagar* para receber, em contrapartida, o apoio às suas próprias demandas setoriais.¹¹⁸

Esse funcionamento vicioso, contudo, não deve ser visto como inerente ao modo de governo democrático. Seria, antes, o resultado inevitável de um governo que tem poderes amplíssimos sobre a sociedade e que depende, para a sua sobrevivência política, do apoio de

¹¹⁵ “We characteristically live, then, in an age of *confused democracy*” (ob. cit., p. 6).

¹¹⁶ A obra que serve de base à presente exposição é *A ordem política de um povo livre (The Political Order of a Free People, 1979)*, correspondente ao terceiro volume da trilogia *Law, Legislation and Liberty*.

¹¹⁷ *Idem, ibidem*, p. 10.

¹¹⁸ *Idem, ibidem*, p. 12.

numerosos grupos de interesses particulares.¹¹⁹ A deformação residiria, pois, não no ideal democrático em si, mas no específico esquema de governos onicompentes, próprio das democracias contemporâneas.¹²⁰

Assim, coerentemente com o ponto de vista libertário de sua doutrina, defende Hayek que os governos passem a desempenhar apenas “tarefas limitadas e definidas, na medida do necessário para permitir a formação de uma ordem espontânea” na sociedade.¹²¹ O papel do Estado, segundo essa visão, seria o de criar as condições a partir das quais a sociedade promoveria, ela própria, o aperfeiçoamento gradual de suas instituições.

Para propiciar um ambiente adequado ao desenvolvimento dessa ordem espontânea, caberia ao legislador tão somente estabelecer princípios gerais de caráter *negativo*. Sob a proteção desses valores básicos (negativos) é que os indivíduos escolheriam os caminhos a trilhar, livres de todo dirigismo estatal. A coerção estatal, assim, teria o propósito de assegurar a observância de um sistema de *regras de justa conduta* revestidas dos atributos da *generalidade, abstração, prospectividade e aplicação universalizada*. Tais normas universais, sem prescrever quaisquer fins em particular, habilitariam os homens livres a criar um domínio protegido contra as interferências indevidas de outras pessoas – inclusive das autoridades públicas.

Para Hayek, a democracia se insere entre esses valores essencialmente *negativos*, na medida em que permite que os cidadãos rejeitem um mau governo e tentem substituí-lo por outro melhor. Resume-se, assim, a uma “mera convenção que torna possível a troca pacífica dos detentores do poder”. Mas, mesmo sendo apenas um *instrumento*, Hayek afirma que a democracia é um valor pelo qual vale a pena lutar, pois um governo do qual o povo não consiga se livrar por meio de um procedimento previamente acordado tende a degenerar, cedo ou tarde, em arbítrio e opressão.¹²²

¹¹⁹ *Idem, ibidem*, p. 11.

¹²⁰ A respeito da deformação do ideal democrático, diz o autor, noutra passagem, que a democracia, hoje, “está em perigo porque as específicas instituições por meio das quais buscamos realizá-la produziram efeitos [indesejáveis] que, por equívoco, costumamos associar ao artigo genuíno” (*idem, ibidem*, p. 139).

¹²¹ “(...) government has definite limited tasks required to bring about the formation of a spontaneous order (...)” (*idem, ibidem*, p. 6).

¹²² “But even a wholly sober and unsentimental consideration which regards democracy as a mere convention making possible a peaceful change of the holders of power should make us understand that it is an ideal worth fighting for to the utmost, because it is our only protection (even if in its present form not a certain one) from tyranny” (*idem, ibidem*, p. 5).

—

O argumento de justificação. – Para a teoria da democracia protetiva, um regime democrático é importante apenas porque evita a instalação de governos arbitrários e despóticos, que poderiam suprimir a liberdade individual. Sucede que a arbitrariedade, para Hayek, pode provir também das decisões políticas adotadas pelas maiorias parlamentares. Para esse autor, as decisões da maioria constituiriam um grande risco à liberdade, em razão das múltiplas barganhas que a maioria é obrigada a fazer para manter-se como tal. O resultado seria, inexoravelmente, a produção de um direito caótico, particularista e desconectado de qualquer noção de justiça universal. A teoria da democracia protetiva, definitivamente, não confia no legislador.

Coerentemente com essa descrença profunda, Hayek, ao discorrer sobre o seu modelo de regime político ideal,¹²³ sugere a adoção de uma cláusula constitucional básica que definiria os requisitos para que um ato normativo pudesse ser considerado *lei em sentido estrito*. Por força dessa regra de reconhecimento, seriam *leis* em sentido material apenas as normas gerais de justa conduta, dotadas de abstração, prospectividade e aplicáveis universalmente. Só integrariam o direito válido, conseqüentemente, as normas que servissem “à formação e à preservação de uma ordem abstrata, cujos conteúdos concretos fossem imprevisíveis, e que se abstivessem de estabelecer finalidades particulares e específicas”.¹²⁴ Tampouco teriam o *status* de lei as “disposições que afetassem principalmente indivíduos ou grupos determinados e identificáveis”.¹²⁵ E, na proposta de arranjo institucional de Hayek, caberia a uma corte constitucional controlar a constitucionalidade de tais leis, para verificar se elas atendem, ou não, aos requisitos exigidos pela regra de reconhecimento posta na Constituição.¹²⁶ Como é fácil perceber, a corte de Hayek exerceria um intenso controle de forma e de substância das leis editadas pelo parlamento.

A democracia protetiva provê, dessa maneira, uma justificação amplíssima para a atuação dos juízes constitucionais no controle de constitucionalidade das leis. Essa amplitude decorre de três crenças fundamentais incorporadas a essa teoria, quais sejam: a crença em que as funções legislativas têm que ser fortemente limitadas, se se quiser evitar o arbítrio; a crença

¹²³ V. ob. cit., Capítulo 17, “A model constitution” (p. 105-127).

¹²⁴ Neste sentido: “the rules should be intended (...) to serve the formation and preservation of an abstract order whose concrete contents were unforeseeable, but not the achievement of particular concrete purposes” (*idem, ibidem*, p. 109).

¹²⁵ “[T]he rules should (...) exclude all provisions intended or known to affect principally particular identifiable individuals or groups” (*idem, ibidem*, p. 109).

¹²⁶ *Idem, ibidem*, p. 109.

em que os controles democráticos são absolutamente insuficientes para esse fim; e a crença em que todos os controles relevantes sobre a formação do direito podem e devem ser atribuídos a uma corte judiciária (por definição, democraticamente não responsiva).

Assim, o intérprete que se propusesse a elaborar um discurso de justificação democrática do controle judicial de constitucionalidade, e adotasse como referencial normativo a teoria da democracia protetiva, chegaria à conclusão de que é perfeitamente legítimo, do ponto de vista dessa concepção democrática, que o juiz constitucional controle com intensidade – sem nenhum tipo de deferência ou autocontenção – a validade de todos os atos emanados dos representantes do povo. É que, para a teoria da democracia protetiva, o relevante não é assegurar margens de livre conformação ao legislador, ou a igualdade política entre os cidadãos, ou o desenvolvimento moral dos indivíduos, ou a formação de um espaço público de deliberação coletiva. O importante, para a democracia protetiva, é limitar, frear e conter, sem tréguas, as atividades do governo e do legislador, de modo a impedir quaisquer cerceamentos indevidos à liberdade individual. E, para que esse controle seja eficiente na prática, depositam-se todas as esperanças no poder judiciário, ao qual é reservada a incumbência de obstruir as ameaças à liberdade provenientes das leis e dos atos de governo.

*A teoria da democracia participativa de Benjamin R. Barber.*¹²⁷ – Comparada à teoria da democracia protetiva, a teoria participativa de Benjamin R. Barber situa-se no extremo oposto do espectro ideológico. A doutrina de Hayek é ultraliberal, elitista e desconfiada do povo; a de Barber, que se oferece como alternativa aos modelos de democracia liberais, é comunitarista, antielitista e inspirada por uma forte crença nas capacidades deliberativas do povo.

A democracia participativa, ou democracia “forte”, como a denomina Benjamin Barber, rejeita o paradigma liberal que enxerga a comunidade política como uma instrumentalidade, e não como algo valioso em si mesmo. Para a democracia forte, a política é uma maneira de viver. É um modo de proceder pela vida, buscando, a despeito de todas as divergências, uma convivência em comum entre cidadãos livres, não só para o benefício mútuo, mas também para o benefício da mutualidade.¹²⁸

¹²⁷ A exposição que se segue é baseada na obra *Strong Democracy: participatory politics for a new age*. 20th Anniversary Edition. Berkeley: University of California Press, 1984.

¹²⁸ BARBER, Benjamin R. Ob cit., p. 118.

A democracia forte é a política no modo participativo. Corresponde ao autogoverno pelos próprios cidadãos. Não exige que os cidadãos atuem em todos os níveis e em todas as fases dos processos decisórios, mas reivindica que participem de forma suficientemente frequente e que intervenham naquelas ocasiões em que as políticas básicas ou os temas fundamentais estão sendo decididos.¹²⁹

Para Barber, o campo da política é delimitado pelas condições que impõem a necessidade de uma ação pública, informada por uma escolha pública razoável, diante de situações conflituosas e sem que se disponha de um fundamento independente para o julgamento.¹³⁰ O problema último da política, portanto, não é uma indagação sobre a verdade ou sobre a justiça em abstrato.¹³¹ O cerne da política é a ação humana: a escolha de uma solução para problemas reais que persistirão, quer exista, quer não, um critério último de julgamento.

O aspecto da inexistência de um fundamento independente para a decisão a ser tomada é central na teoria democrática de Barber. Escolher agir politicamente significa comprometer-se com uma atuação responsável, razoável e pública, porém sem que haja normas independentes, ditadas “de fora” da política, para guiar os cidadãos. A política, diz Barber, “concerne apenas àqueles campos em que a verdade não é – ou ainda não é – conhecida. (...) Onde o consenso acaba, a política começa”.¹³² Assim, a democracia forte postula uma política verdadeiramente autônoma. Os métodos de autolegislação sobre os quais ela se assenta têm a pretensão de serem suficientes em si mesmos e autocorretivos. Há, por conseguinte, uma genuína independência em relação a normas externas, verdades pré-políticas ou direitos naturais.¹³³

O argumento de justificação. – A teoria da democracia forte gera um argumento de não justificação do controle judicial de constitucionalidade das leis. Não se deve perder de vista que essa teoria questiona até mesmo as instituições representativas da democracia

¹²⁹ *Idem, ibidem*, p. 151.

¹³⁰ *Idem, ibidem*, p. 120.

¹³¹ *Idem, ibidem*, p. 121

¹³² *Idem, ibidem*, p. 129. É nítido, no ponto, o contraste com as teorias liberais, que estão sempre em busca de um critério externo – “científico”, “racional”, “natural”... – que oriente a decisão política, ou sirva de padrão para o seu controle. O direito natural, a tradição da *judicial review* norte-americana e a noção de racionalidade comunicativa de Habermas seriam alguns exemplos dessa busca de critérios externos (ob. cit., p. 130).

¹³³ *Idem, ibidem*, p. 135

liberal, por entender que elas seriam insuficientes à realização da verdadeira democracia. Logo, com maior razão, a democracia forte não há de tolerar uma instituição que, mesmo no paradigma liberal, já se põe como força antagônica à formação da legislação pelos representantes do povo.

De outra parte, em sua crítica à democracia liberal, Barber ataca também o modelo da “democracia jurídica”, que corresponde aos sistemas em que há uma corte judiciária atuando de maneira significativa no controle do governo e da legislação. Na opinião desse autor, a democracia jurídica apresenta pelo menos três graves defeitos: (1º) ela subverte o processo legislativo, ao entregar uma parcela relevante (e final) desse processo decisório a um órgão sem conexões democráticas; (2º) ela tem um impacto desestimulante sobre a atividade de autogoverno dos cidadãos; e (3º) – este, a seu ver, o mais grave de todos – ela reintroduz na arena política, como algo “dado”, externo à política, um fundamento independente, ora disfarçado como direitos naturais, ora como lei suprema, ora como Constituição.¹³⁴

O erro, para Barber, decorre do fato de que esses fundamentos independentes – valores, princípios ou normas que se utilizam para subordinar a atividade política – são, na realidade, gerados e condicionados pela política, pois é apenas no campo da política que essas ideias adquirem um sentido específico, uma conformação mais precisa. Por conseguinte, tais valores ou princípios não podem ser externamente definidos e, apenas num segundo momento, apropriados para uso político.¹³⁵ O sentido desses valores e princípios “está sujeito a controvérsias num nível fundamental e não podem ser descobertos por meio de raciocínios abstratos ou por um apelo à autoridade externa”.¹³⁶

Ao subordinar a vontade e o julgamento dos cidadãos a normas abstratas sobre as quais não pode haver consenso real, a democracia jurídica amesquinha a atividade da cidadania e torna impossível a autonomia, na medida em que submete os cidadãos a normas que eles efetivamente não fizeram.¹³⁷ A democracia forte, ao contrário, evita reintroduzir critérios externos no processo político. Todos os valores, princípios, interesses, visões e concepções de bem devem submeter-se ao processo político, onde poderão adquirir legitimidade através do debate público. Para a democracia forte, termos como *liberdade*, *igualdade*, *direito* e *justiça*, considerados abstratamente, são apenas “símbolos rudimentares

¹³⁴ *Idem, ibidem*, p. 143.

¹³⁵ *Idem, ibidem*, p. 146.

¹³⁶ *Idem, ibidem*, p. 147.

¹³⁷ *Idem, ibidem*, p. 147.

para ideias e perspectivas concorrentes, operando como condensações de paradoxos normativos que estão sendo constantemente julgados, questionados, modificados, transpostos, reinterpretados, emendados, descobertos, esquecidos, depreciados, revalorizados, editados e transformados, de acordo com as circunstâncias históricas e com as necessidades em permanente evolução de comunidades políticas concretas”.¹³⁸

Assim, o intérprete que desejasse justificar democraticamente o controle judicial de constitucionalidade, e adotasse como teoria de base a da democracia forte, chegaria a um resultado negativo, *i.e.*, a uma *não justificação*. Concluiria esse intérprete que em hipótese alguma é justificável, sob a perspectiva daquela teoria, o controle judicial de constitucionalidade da legislação elaborada pelos cidadãos, no exercício de seus poderes de autogoverno.

*
* *
*

Como se viu, a escolha da teoria influencia de modo decisivo na construção do argumento de justificação democrática do controle judicial de constitucionalidade das leis. Nos exemplos analisados, constatou-se que a democracia protetiva de Hayek justificaria um comportamento ativo e intervencionista por parte do poder judiciário; ao passo que a teoria participativa de Barber conduziria à ilegitimidade política da revisão judicial.

3.4. Desenvolvimento do argumento de justificação democrática do controle judicial de constitucionalidade das leis

Qual teoria democrática, então, se mostraria mais apropriada à justificação de um controle judicial de constitucionalidade das leis compatível com a versão *mitigada* do argumento de Waldron?¹³⁹ A sugestão da presente dissertação é a de que a teoria democrática de Robert A. Dahl poderia desempenhar esse papel de forma bastante adequada. Mais especificamente, trabalhar-se-á, adiante, com a versão apresentada na obra de maturidade do autor, *Democracy and Its Critics*, publicada em 1989, que corresponde, segundo a avaliação

¹³⁸ *Idem, ibidem*, p. 156.

¹³⁹ V. itens 3.1 e 3.2, acima.

do próprio Dahl, à “melhor, mais clara e mais completa formulação” de sua teoria democrática.^{140 e 141}

Há dois conjuntos de razões que fundamentam a escolha da teoria de Dahl tal como foi exposta em *Democracy and Its Critics*, preferentemente às teorias alternativas. O primeiro diz respeito a determinadas características gerais da formulação teórica de Dahl. O segundo, a certas vantagens comparativas de sua teoria, tendo em consideração o ponto de partida aqui adotado (qual seja, a concepção de que, numa sociedade onde estejam realizados os quatro pressupostos do argumento de Jeremy Waldron,¹⁴² a revisão judicial só se legitima para salvaguardar a própria democracia). Adiante, examinam-se tais razões, tanto as de ordem geral quanto as comparativas.

Razões de ordem geral. – A teoria democrática de Robert Dahl, como poucas outras, atinge um equilíbrio ótimo entre *descrição* e *prescrição*, entre *realismo* e *idealismo* e entre concepções *instrumentais* e *finalistas* de democracia. Isso lhe dá um caráter eclético e bem temperado que a torna especialmente útil para a análise de um fenômeno tão complexo e multifacetado como é a democracia.

A teoria de Dahl conjuga harmoniosamente *descrição* e *prescrição*, na medida em que estabele critérios *realizáveis* como condições para o estabelecimento de um regime democrático, mas não deixa de atribuir a esses critérios uma função normativa e avaliativa. De fato, tanto os pressupostos do processo democrático quanto as características da poliarquia funcionam a um só tempo como metas a serem perseguidas e como padrões para a avaliação do grau de realização democrática dos governos concretamente existentes. Por isso, logo na introdução de *Democracy and Its Critics*, o leitor é advertido de que:

¹⁴⁰ Sua obra *A Preface to Democratic Theory*, hoje considerada um clássico da ciência política, foi publicada pela primeira vez em 1956. Nessa obra, Dahl assentou as bases de sua teoria democrática “pluralista”. A ideia central dessa concepção era a de que a dispersão do poder constitui um elemento necessário para a democracia. Posteriormente, a teoria de Dahl evoluiu e tomou caminhos diversos, nem sempre compatíveis com os postulados da teoria pluralista em sua forma original. Não parece adequado, assim, dizer que a teoria de Dahl, tal como exposta em *Democracy and Its Critics* (1989), pode ser considerada uma representante da corrente pluralista clássica. Embora uma parte de suas preocupações originárias continue presente, a ampliação temática e a extensiva revisão de pontos de vista entre os anos de 1956 e 1989 tornam muito pouco assimiláveis as teorias defendidas nas duas obras mencionadas. Este é, aliás, um dos pontos mais atraentes do pensamento teórico de Dahl: a sua teoria se tornou com o tempo uma teoria eclética, que reúne vários elementos de inúmeras correntes do pensamento democrático contemporâneo.

¹⁴¹ DAHL, Robert A. *A Preface to Democratic Theory*. Expanded Edition. Chicago: Chicago University Press, 2006, p. xvi, Foreword.

¹⁴² O argumento de Waldron foi exposto no capítulo 2, item 2.2.3.

(...) ao construir e utilizar índices de democracia, necessariamente nos movemos da linguagem e da orientação de justificação e avaliação – no jargão da ciência política contemporânea, teoria normativa – para um discurso mais empírico. Poderão esses dois aspectos, o normativo e o empírico, ser combinadas em uma única perspectiva teórica? Como esse livro busca demonstrar, acredito que sim, ainda que se trate de uma tarefa de grande envergadura.¹⁴³

A teoria de Dahl, por igual, reúne de forma bem balanceada elementos *realistas* e *idealistas*. Preocupa-se incessantemente com a factibilidade dos processos democráticos, com a análise da performance das instituições reais e com a comparação entre os *standards* ideais. Não é, por outro lado, uma teoria acomodada, que considere as atuais instituições e práticas democráticas o melhor que se pode conseguir. É uma teoria que não teme a conflituosidade das relações humanas, mas “trata diretamente do problema do conflito e prescreve fóruns democráticos para acomodá-lo”.¹⁴⁴ Uma das justificações da democracia apresentada em *Democracy and Its Critics* ilustra bem esse caráter realista da teoria:

Uma justificativa mais razoável para a democracia, então, é a de que, num grau substancialmente maior do que qualquer regime alternativo, o governo democrático oferece um processo ordeiro e pacífico por meio do qual a maioria dos cidadãos pode induzir o governo a fazer o que ela mais quer e, simultaneamente, a evitar que [o governo] faça aquilo que ela menos quer. Ao invés de pretender que o governo democrático seja responsivo num sentido de maximizar a satisfação dos desejos em geral, propugna-se, diferentemente, que o governo democrático tende a satisfazer um conjunto mínimo de interesses políticos de grande relevância.¹⁴⁵

Mesmo em relação a uma das tipologias mais divisivas entre as teorias democráticas – a de saber se a democracia é um *meio* ou um *fim em si mesmo* –, Dahl adota uma linha de

¹⁴³ DAHL, Robert A. *Democracy and Its Critics*. New Haven: Yale University Press, 1989, p. 6: “In building and using indicators of democracy we necessarily move from the language and orientation of justification and evaluation – in the jargon of contemporary political science, normative theory – toward more empirical discourse. Can both the normative and the empirical aspects of democracy be combined in a single theoretical perspective? As this book will show, I believe they can, but the task is a wide-ranging one”.

¹⁴⁴ CUNNINGHAM, Frank. *Teorias da Democracia: uma introdução crítica*. Trad.: Delamar Volpato Dutra. Porto Alegre: Artmed, 2009, p. 101.

¹⁴⁵ DAHL, Robert A. *Democracy and Its Critics*, ob. cit., p. 95.

compromisso. A sua abordagem é processual, pois a democracia é compreendida como um processo de tomada de decisões coletivas. Mas essa abordagem não afasta as considerações substanciais, tanto assim que Dahl afirma existir um “direito fundamental ao autogoverno por meio do processo democrático”. Esse direito, riquíssimo em substância e em valores, é um dos mais fundamentais direitos que um ser humano pode possuir. Mas convém não antecipar a exposição da doutrina (que será feita no próximo tópico), já que o objetivo, neste momento, é apenas o de apresentar algumas justificativas preliminares para a escolha dessa teoria.

Razões de ordem comparativa. – Busca-se agora demonstrar que, uma vez adotada como premissa a versão mitigada do argumento de Waldron (cf. itens 3.1 e 3.2, acima), e dada a necessidade de se especificar a concepção democrática pressuposta, a teoria democrática de Dahl, na comparação com as principais formulações teóricas alternativas, revela uma singular aptidão para combinar-se coerentemente com aquele argumento. Por óbvio, se se quisesse produzir uma justificação completa da escolha seria necessário, em tese, apresentar todas as teorias concorrentes e mostrar, em cada caso, por que a teoria de Dahl é preferível. Tal exame, contudo, não teria cabimento aqui, em vista dos propósitos dessa dissertação, além de ser duvidosa a viabilidade teórica de uma semelhante empreitada. Desse modo, considerados os fins do presente trabalho, bastará fazer um breve registro comparativo entre a teoria de Dahl e três modelos rivais de maior expressão, quais sejam, os das teorias democráticas: (i) protetivas ou competitivas; (ii) participativas; e (iii) deliberativas.

(i) *Teorias democráticas protetivas ou competitivas.* – As teorias protetivas são aquelas que veem a democracia como um instrumento para a proteção dos indivíduos contra o arbítrio e a opressão estatal. Um dos exemplos clássicos é a teoria de Friedrich A. Hayek, cujas principais características já foram exposta no item 3.3, acima. As teorias competitivas, a seu turno, são as que afirmam que a democracia se reduz a uma competição pelo poder entre membros de uma elite política. A política é vista como um mercado, em que essas elites oferecem seus “produtos” aos eleitores (os “consumidores” políticos), que julgarão, mediante o voto, se a performance dos políticos lhes agradou, ou não. O exemplo paradigmático de teoria democrática competitiva é a de Joseph Schumpeter.

O caráter excessivamente minimalista dessas duas concepções democráticas as torna flagrantemente incompatíveis com o argumento de justificação extraído da versão mitigada da tese de Waldron (v. itens 3.1 e 3.2, *supra*). De fato, do ponto de vista das teorias democráticas

protetivas ou competitivas, não haveria problema algum em transferir grandes quantidades de poder a uma corte judiciária. Essas teorias não prezam de forma especial a participação política, o direito ao autogoverno ou a deliberação esclarecida. Ao contrário, elas são concepções assumidamente elitistas, que atribuem ao conjunto de cidadãos um papel mínimo – qual seja, votar nas eleições para os representantes, aprovando-os ou desaprovando-os –, ainda que sem dúvida importante. Assim, a opção de atribuir poderes extensos aos juízes não perturbaria o democrata protetivo ou schumpeteriano. Seria apenas uma opção de arranjo institucional, entre tantas outras igualmente possíveis. Como essas concepções democráticas são de um tipo minimalista, a judicialização excessiva só traria riscos à democracia se chegasse a ameaçar o direito ao voto ou a liberdade de competição democrática. Afora essa (improvável) hipótese extrema, todo o mais seria em princípio compatível com as concepções protetiva e competitiva.

(ii) *Teorias democráticas participativas.* – As teorias participativas distinguem-se, de um modo geral, por adotarem a “crença fundamental de que os reais benefícios da democracia só podem ser apreciados e sustentados por uma sociedade que se caracterize por níveis relativamente elevados de intervenção direta dos cidadãos nas tarefas de governo”.¹⁴⁶ As teorias participativas compartilham a ideia comum de que um processo livre e equânime de votação não é suficiente para assegurar a realização do ideal democrático. Buscam uma democracia mais intensamente “substantiva”, que abarque tanto quanto possível outros domínios da vida social para além do político (p.ex., trabalho, administração pública, escolas, casa). Um exemplo de doutrina participativa é a teoria da democracia “forte” de Benjamin Barber, também já vista no tópico 3, acima.

Um aspecto problemático dessas teorias é a ênfase no ideal, na dimensão utópica. Não há nada de intrinsecamente inadequado nisso, mas o fato é que tais teorias em geral não se mostram realizáveis no mundo do aqui e agora, pois elas não constroem com suficiente consistência as pontes entre os ideais e a realidade. E, além disso, partem de pressuposições empiricamente duvidosas sobre a natureza das motivações humanas. Aliás, se se tomarem os exemplos históricos de regimes democráticos e observar-se como os seres humanos se

¹⁴⁶ A definição é de TERCHEK, Ronald J. e CONTE, Thomas C. (ed.). *Theories of Democracy: a reader*. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, 2001, p. 165: “What distinguishes participatory thinkers from other democrats is their fundamental belief that the real benefits of democracy can only be appreciated and sustained by a society that is characterized by relatively high levels of citizen intervention in the tasks of governing”.

comportaram (ou se comportam) neles, e de que forma as respectivas instituições foram (ou são) organizadas, concluir-se-á que os modelos participativos (ou, ao menos, as formas mais extremas das teorias participativas) exibem a característica comum de exagerar os potenciais morais e intelectuais não só do povo como, também, das autoridades públicas.¹⁴⁷ Por isso, ao menos num juízo comparativo, a teoria de Dahl, com sua forte ancoragem no mundo real, é uma ferramenta de análise dotada de maior aptidão para embasar o argumento de justificação democrática da jurisdição constitucional defendido neste trabalho.

(iii) *Teorias democráticas deliberativas*. – Segundo uma de suas mais famosas conceituações, a democracia deliberativa é “uma associação cujos assuntos são governados pela deliberação pública de seus membros”.¹⁴⁸ Essa deliberação pública, valiosa em si mesmo, supõe no entanto o atendimento a uma série de pré-condições sem as quais o seu resultado não poderá ser considerado legítimo. Não há uniformidade entre os teóricos quanto a quais sejam, precisamente, essas pré-condições. Em comum, apenas, o caráter idealizado das condições deliberativas: ausência de autointeresse, reciprocidade dos argumentos, mente aberta, disposição a reconhecer a correção do ponto de vista alheio (e, logo, o equívoco do próprio ponto de vista), possibilidade de consenso, sinceridade, racionalidade, igualdade de recursos, entre tantas outras. Argumentos que “só servem ao próprio eu” estão proscritos, “visto que as razões têm de ser dadas para mostrar que um só resultado é no interesse de todos”.¹⁴⁹ As pessoas, conseqüentemente, não devem votar para a prevalência de suas preferências pessoais, mas sim de acordo com o que é bom para a sociedade como um todo. De outra parte, as teorias deliberativas limitam fortemente os resultados possíveis da deliberação pública. Resultados incompatíveis com as “liberdades básicas”, ou com as “oportunidades equitativas”, ou com os “direitos necessários ao exercício da autonomia pública e privada” – os requisitos variam, conforme a teoria que se adote – são tidos como ilegítimos.

Um dos principais problemas das teorias deliberativas reside na conjugação entre seu caráter altamente idealizado e a concomitante pretensão de se oferecer como um método

¹⁴⁷ Tal tipo de crítica é desenvolvida com extensa fundamentação por POSNER, Richard. Cf. *Law, Pragmatism, and Democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 143-144.

¹⁴⁸ COHEN, Joshua. “Deliberation and Democratic Legitimacy”. In: BOHMAN, James e REHG, William (orgs.). *Deliberative Democracy: essays on reason and politics*. Cambridge: The MIT Press, 1997, p. 67.

¹⁴⁹ CUNNINGHAM, Frank. *Teorias da Democracia: uma introdução crítica*. Trad.: Delamar Volpato Dutra. Porto Alegre: Artmed, 2009, p. 197.

aplicável para a solução de problemas do mundo real. Mesmo os mais entusiasmados adeptos da democracia deliberativa reconhecem que a deliberação pública do mundo real fica a uma considerável distância dos modelos idealizados pelos principais teóricos dessa doutrina. De um modo geral, a democracia deliberativa parece não dar a devida importância para o papel das relações de poder e dos conflitos de interesses na política.¹⁵⁰ Por essas razões, várias críticas têm sido feitas a tais teorias. Uma das mais severas é a crítica pragmática de Richard Posner:

Um grupo de debate numa faculdade é um fórum produtivo para a deliberação porque os participantes compartilham as premissas essenciais que antecedem os seus desacordos; eles partem de uma base comum. Modelar a democracia inspirado pelo padrão dos debates acadêmicos (...) implica, por conseguinte, limitar o debate em torno das premissas básicas, o que é aliás um dos traços marcantes da concepção de ‘razão pública’ de Rawls. Outra consequência é a de que a influência política passará a ser exercida por pessoas que são ‘educadas e versadas na elaboração de argumentos que podem ser reconhecidos pelos outros como argumentos razoáveis – pouco importando o quão valiosas ou verdadeiras as suas exposições realmente sejam’. ‘É difícil afastar a suspeita de que a democracia deliberativa é a ‘democracia’ da elite intelectual’. (...)

Pragmáticos filosóficos rejeitam a democracia deliberativa, por considerá-la um eco da afirmação falaciosa de Sócrates de que uma vida sem reflexão não merece ser vivida. Sócrates acreditava que cada um de nós carrega, dentro de si próprio, ainda que escondido bem lá no fundo, as verdades essenciais acerca da moralidade – inclusive da moralidade política. Por meio do debate, da educação e da introspecção nós poderíamos trazer essas verdades à tona. E, como elas são verdades, devem ser as mesmas para todo mundo, de modo que, uma vez içadas à superfície, a divergência automaticamente desapareceria. Pragmáticos consideram tudo isso um *nonsense*.¹⁵¹

¹⁵⁰ Esta crítica é feita especificamente por SHAPIRO, Ian. Cf. *The State of Democratic Theory*. Princeton: Princeton University Press, 2003, p. 24.

¹⁵¹ *Law, Pragmatism, and Democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 136-137: “A faculty workshop is a productive forum for deliberation because the participants share the essential premises of their disagreements; they are on common ground. Modeling democracy on a faculty workshop (...) implies, therefore, limiting the debate over fundamentals, a conspicuous feature of Rawls’s concept of ‘public reason’. It also implies that political influence will flow to people who are ‘learned and practiced in making arguments that would be recognized by others as reasonable ones – no matter how worthy or true their presentations actually are’. ‘It is hard to avoid the suspicion that deliberative democracy is the ‘democracy’ of elite intellectuals’. (...)

Philosophical pragmatists may reject deliberative democracy as an echo of Socrates’ fallacious claim that the unexamined life is not worthy living. Socrates thought that each of us has within him, though often deeply hidden, the essential truths of morality, including political morality. Through debate and education and introspection we can bring these truths to the surface. And since they are truths they must

Pondera-se também que as virtudes da deliberação devem ser relativizadas em alguns casos, pois há situações em que a deliberação, além de não produzir consenso algum, ainda acirra as divergências entre os participantes do debate. Isso ocorre porque nem sempre as pessoas têm uma noção precisa da intensidade de seus antagonismos. Mas, postas a deliberar, a incompatibilidade de interesses aflora, produzindo hostilidade mútua onde antes existia uma convivência pacífica, quiçá até harmoniosa.

Não escapa de contestação nem mesmo uma das concepções centrais da democracia deliberativa, qual seja, a de que os cenários ideais da deliberação pública serviriam como *modelos* para a deliberação voltada ao consenso. A propósito, veja-se o comentário de Ian Shapiro:

Outras teorias deliberativas foram desenvolvidas com abstração ainda maior em relação à política do mundo real (...). A ‘situação ideal de fala’ de Jürgen Habermas, por exemplo, recorre a um modelo de fala isento de coerções que passa ao largo de considerações sobre o poder político no mundo real. Atitude semelhante adota Bruce Ackerman em seu modelo de justiça dialógica. Os proponentes dessas teorias acreditam que, dadas as condições deliberativas ideais, pode-se estabelecer quais instituições políticas, arranjos e políticas seriam objeto de consenso. Nisso, o esforço deles é análogo à empreitada de Rawls de tentar determinar quais seriam as estruturas básicas das instituições políticas que as pessoas escolheriam sob um véu de ignorância, concebido para eliminar a influência do autointeresse em suas decisões. [Todavia], como não se pode extrair coisa alguma do nada, não é surpreendente que os autores da tradição rawlsiana tenham chegado a resultados tão díspares, variáveis conforme fossem as pressuposições sobre a natureza humana e sobre a estrutura causal do mundo social introjetadas nos diversos modelos teóricos.¹⁵²

be the same for everybody, so that once they are brought to the surface disagreement ceases. Pragmatists consider this nonsense” (omitidas as referências bibliográficas).

¹⁵² SHAPIRO, Ian. Cf. *The State of Democratic Theory*. Princeton: Princeton University Press, 2003, p. 34: “Other deliberative theories have been developed that abstract from actual politics even more thoroughly (...). Jürgen Habermas’s ‘ideal speech situation’, for example, appeals to a model of uncoerced speech that is divorced from the power considerations of actual politics, as does Bruce Ackerman’s dialogic model of justice. Proponents of these theories believe that they can establish what political institutions, arrangements, and policies would be agreed upon in ideal deliberative conditions. In this their endeavor is analogous to Rawls’s enterprise of trying to determine what basic structure of political institutions people would chose behind a veil of ignorance designed to factor out self-interest. As my discussion (...) in § 1.1.4 indicated, you cannot derive something from nothing, and it is scarcely surprising that writers in the Rawlsian tradition reach different results depending on the assumptions about human nature and

Por outro lado, parece claro que a democracia deliberativa não seria inteiramente compatível com a premissa adotada neste capítulo, que propõe, no plano abstrato, uma justificação restrita, de pequeno alcance, do controle judicial de constitucionalidade das leis (em consonância com a versão suavizada do argumento de Jeremy Waldron).¹⁵³ As teorias deliberativas, aliás, incorrem num certo paradoxo ao tratar da jurisdição constitucional. Isso porque, ao admitirem que a instância judicial tutele e promova as exigentes pré-condições da democracia (ou melhor, do modelo deliberativo de democracia), privilegiam um tipo de arranjo institucional em que o papel decisório proeminente fica nas mãos de um órgão não representativo. Trata-se, portanto, de um modelo que, diante de um mundo real que não se curva a seus pressupostos utópicos, atribui a uma elite de juízes e juristas a função de produzir as decisões que a deliberação pública não é, na prática, capaz de gerar. Um tal modelo, se fosse endossado de forma consistente pelos tribunais, resultaria num sistema profundamente antidemocrático, em que o controle dos cidadãos sobre as mais importantes decisões sociais acabaria significativamente reduzido.¹⁵⁴

Note-se, para fins de contraste, que a teoria de Dahl, sem negar as imperfeições do processo democrático no mundo real, mostra-se bem menos propensa (comparativamente) a considerar justificada a transferência de poder decisório para os foros não democráticos. Para Dahl, o caminho evolutivo passa, antes, pelo aprimoramento possível dos métodos de decisão propriamente democráticos, e não pela substituição de tais processos por outras técnicas decisórias (como a judicial).

Isso não obstante, é bom que se advirta que a teoria do processo democrático de Dahl não é de modo algum inimiga da deliberação. Tanto assim que a capacidade de entendimento esclarecido e de participação dos cidadãos são alguns dos seus critérios para a caracterização do processo democrático. Todavia, a deliberação não é um elemento central da teoria de Dahl. Pode-se dizer que a teoria de Dahl se distancia dos modelos deliberativos exatamente porque há nela uma prevalência da mentalidade empírica, mais sensível às dificuldades e limitações

the casual structure of the social world that are fed into their models” (omitidas as referências bibliográficas).

¹⁵³ V. itens 3.1 e 3.2, acima.

¹⁵⁴ Para criticar o aspecto irrealista dos ideais da democracia deliberativa, POSNER elabora a seguinte metáfora: “Se a única opção de Ulisses para deixar a ilha de Calipso era construir uma jangada, qualquer concepção de melhoria nesse projeto de fuga teria que considerar como construir uma melhor jangada, e não, digamos, como fazer crescer um par de asas”. *Law, Pragmatism, and Democracy*, ob. cit., p.163.

do mundo real. Para Dahl, a democracia é essencialmente um empreendimento que se realiza em diferentes graus. Há, assim, poliarquias avançadas, que atingiram um grau comparativamente elevado de realização dos critérios democráticos. E há também nações em desenvolvimento, como o Brasil, que são democráticas, porém num grau comparativamente inferior. Mas não se estabelecem requisitos perfeccionistas para a legitimidade das decisões coletivas. E muito menos se aceita que seja bom e desejável atribuir a um órgão não democrático o *status* de grande guardião de um extenso rol de pré-condições da deliberação democrática. Neste ponto, é enfática a opinião de Dahl no sentido de que, “levada ao extremo, a insistência em que os resultados substanciais devem ter preferência sobre o processo se torna uma justificação francamente antidemocrática para um sistema de guardiães, e ‘democracia substantiva’ se transforma num rótulo enganador para o que é de fato uma ditadura”.¹⁵⁵

3.4.1. A teoria do processo democrático de Robert A. Dahl

A proposta de Robert Dahl, em *Democracy and Its Critics*, é a de conceber a democracia como um *processo para a tomada de decisões coletivas e vinculantes (decisões políticas)*. No entanto, como o próprio autor reconhece, elaborar uma teoria democrática é um empreendimento vasto, que combina elementos normativos, empíricos, filosóficos, críticos, históricos e até mesmo utópicos, que se condicionam reciprocamente.¹⁵⁶ A abordagem processual, por conseguinte, não exclui as demais, haja vista a inevitabilidade de as diferentes perspectivas se interpenetrarem na construção da teoria. Segue-se, abaixo, uma breve exposição de alguns dos aspectos mais importantes da teoria do processo democrático.

O processo democrático. – A vida em sociedade exige que várias decisões coletivas sejam tomadas acerca dos princípios, leis, regulações e políticas que nela serão postos a vigor. Uma vez estatuídas, tais decisões serão vinculantes para os integrantes da comunidade. Disso decorre que os membros da associação deverão dispor de um *processo* para a tomada dessas decisões coletivas e vinculantes. Esse processo é o que se costuma chamar de *processo*

¹⁵⁵ “Carried to an extreme, the insistence that substantive results take precedence over processes becomes a flatly antidemocratic justification for guardianship and ‘substantive democracy’ becomes a deceptive label for what is in fact a dictatorship” (*Democracy and Its Critics*, ob. cit., p. 163).

¹⁵⁶ *Idem, ibidem*, p. 8.

político.¹⁵⁷ Cabe à teoria democrática demonstrar por que razões o *processo democrático*, entendido como um tipo específico de processo orientado para o estabelecimento de decisões coletivas e vinculantes, seria preferível às alternativas existentes (v.g., anarquia, regimes de guardiães).

Para Dahl, o processo democrático é justificado basicamente pela ideia da *igualdade intrínseca* entre os seres humanos.¹⁵⁸ A igualdade intrínseca, é certo, não pode ser compreendida como uma (impossível) *igualdade em todos os aspectos*. No mínimo, porém, ela há de exigir que, em relação aos assuntos que requerem uma decisão coletiva, todos os homens e mulheres sejam considerados efetivamente iguais em algum sentido relevante. Esse sentido relevante se exprime, para os fins do processo democrático, por meio do *princípio da igual consideração de interesses*.¹⁵⁹ Significa tal princípio que, na decisão coletiva a ser tomada, as pessoas são igualmente merecedoras de terem os seus interesses considerados e atendidos, e que nenhuma pessoa possui um direito superior a ter os próprios interesses satisfeitos de forma privilegiada. O princípio da igual consideração de interesses proíbe, ilustrativamente, que se considere que as reivindicações de “A”, em relação ao assunto “X”, são *apriorística e intrinsecamente superiores* (por qualquer razão) às reivindicações de “B”, em relação ao mesmo assunto “X”.

O problema é que o sentido da igualdade intrínseca, assim especificado, ainda apresenta um grau muito elevado de generalidade, sendo portanto insuficiente para resolver um número considerável de questões práticas. Desse problema decorre outro: *quem*, afinal de contas, deve ser encarregado de estabelecer o que deve ser tido como o *interesse* de cada membro da associação? E, por extensão, o que deve ser considerado o *interesse* do conjunto de indivíduos que formam a associação? A resposta a essa indagação é crucial, pois se se entender que há na sociedade um grupo de pessoas que é mais capaz de determinar o que deve contar como sendo o *interesse* de cada um (e também o do conjunto dos indivíduos), e se além disso essas pessoas forem perfeitamente confiáveis – em razão de sua superioridade

¹⁵⁷ DAHL, Robert A. *Democracy and Its Critics*. New Haven: Yale University Press, 1989, p. 83.

¹⁵⁸ Comentando a força da ideia da igualdade intrínseca entre os seres humanos, observa DAHL que: “(...) democracy might, like Plato’s republic, be little more than a philosophical fantasy were it not for the persistent and widespread influence of the belief that human beings are intrinsically equal in a fundamental way (...). Historically, the idea of intrinsic equality gained much of its strength, particularly in Europe and the English-speaking countries, from the common doctrine of Judaism and Christianity (shared also by Islam) that we are equally God’s children. Indeed it was exactly on this belief that Locke grounded his assertion of the natural equality of all persons in a state of nature” (*idem, ibidem*, p. 85-86).

¹⁵⁹ *Idem, ibidem*, p.85.

moral em relação aos demais membros da associação –, então nada mais razoável do que lhes atribuir o poder de definir o que é o interesse coletivo da associação.

Essas dificuldades conceituais demonstram, não a inconsistência da ideia da igualdade intrínseca, ou de sua primeira especificação, o princípio da igual consideração de interesses, mas, sim, a *incompletude* de ambos. Evidencia-se, pois, a necessidade de complementá-los com *algo a mais*, se se quiser usá-los como justificativa do processo democrático.¹⁶⁰

Esse elemento adicional, que se conjuga com o princípio da igual consideração de interesses, é a *presunção de autonomia pessoal*. Postula tal presunção que, “na ausência de uma forte demonstração em sentido contrário, deve-se presumir que cada indivíduo é o melhor juiz de seu próprio bem ou de seus próprios interesses”.¹⁶¹ Articulando esse conjunto de premissas, conclui Dahl que:

Se o bem ou os interesses de cada pessoa devem ser igualmente considerados, e se cada indivíduo adulto é, no geral, o melhor juiz de seu próprio bem ou de seus próprios interesses, então cada membro adulto de uma associação é suficientemente bem qualificado para participar no processo de elaboração das decisões coletivas vinculantes que afetam o seu bem ou os seus interesses.¹⁶²

Dessa justificação geral o autor extrai três desdobramentos: (i) em assuntos que exigem uma decisão coletiva, as reivindicações de cada cidadão, no que concerne às leis, regulamentos e políticas a serem adotados, devem ser contadas como igualmente válidas; (ii) nenhum grupo de membros da associação é tão inquestionavelmente melhor qualificado do que os outros a ponto de justificar que um determinado grupo detenha, sozinho, o poder de tomar as decisões coletivas vinculantes da associação; e (iii) na deliberação coletiva, não há reivindicação de um cidadão que possa ser considerada superior às reivindicações de

¹⁶⁰ *Idem, ibidem*, p. 96.

¹⁶¹ “THE PRESUMPTION OF PERSONAL AUTONOMY: In the absence of a compelling showing to the contrary everyone should be assumed to be the best judge of his or her own good or interests” (*idem, ibidem*, p. 100). Em seguida, Robert DAHL afirma que o efeito prático importante dessa presunção é o de “negar que uma autoridade paternalista possa estabelecer-se legitimamente entre adultos, tanto em relação a decisões individuais como coletivas, com a exceção de algumas situações notoriamente raras. Consequentemente, todas as relações de autoridade entre adultos, para se considerarem legítimas, devem ser compatíveis com a presunção de autonomia pessoal, *i.e.*, devem respeitá-la” (ob. cit., p. 100).

¹⁶² “If the good or interests of everyone should be weighed equally, and if each adult person is in general the best judge of his or her good or interests, then *every adult member* of an association is sufficiently well qualified, taken all around, to participate in making binding collective decisions that affect his or her good or interests, that is, to be a full citizen of the demos” (*idem, ibidem*, p. 105).

quaisquer outros cidadãos.¹⁶³ Pois bem: se forem aceitas essas três proposições, ter-se-á reconhecido que o processo democrático é exigível para a tomada de decisões coletivas vinculantes.

Convém salientar, no entanto, que o processo democrático que se acaba de referir representa, antes de tudo, um *ideal normativo*. Para avaliar o grau de sua realização na prática, podem-se examinar os processos *reais* de tomada de decisões coletivas ao ângulo dos cinco critérios (também normativos) abaixo mencionados:¹⁶⁴

- (i) *participação efetiva* – no curso do processo de elaboração das decisões vinculantes, os cidadãos devem ter uma oportunidade adequada e igual para expressar as suas preferências quanto aos resultados finais. Os cidadãos devem, ainda, ter uma oportunidade adequada e igual para incluir temas na pauta de deliberação e para expressar as razões pelas quais preferem um resultado ao invés de outro;
- (ii) *igualdade de voto no estágio decisivo* – no estágio decisivo do processo de tomada de decisão coletiva, deve-se assegurar a cada cidadão uma oportunidade igual para expressar a sua escolha, que terá peso igual à escolha de qualquer outro cidadão;
- (iii) *compreensão esclarecida* – cada cidadão, em relação ao assunto que esteja sendo decidido, deve ter uma oportunidade igual e adequada para descobrir e confirmar (dentro do tempo possível diante da necessidade de se tomar a decisão) a escolha que melhor atende aos seus interesses;¹⁶⁵
- (iv) *controle de pauta* – o *demos*¹⁶⁶ deve ter, com exclusividade, a oportunidade de decidir como os temas serão incluídos na pauta de assuntos a serem decididos por meio do processo democrático;¹⁶⁷ e

¹⁶³ *Idem, ibidem*, p. 105.

¹⁶⁴ *Idem, ibidem*, p. 109, 112, 113 e 129. Os cinco critérios foram traduzidos de forma ligeiramente editada.

¹⁶⁵ Robert DAHL sublinha que o interesse de um indivíduo engloba, também, a consideração do bem comum ou do interesse geral: “[t]his criterion implies, then, that alternative procedures for making decisions ought to be evaluated according to the opportunities they furnish citizens for acquiring an understanding of means and ends, of one’s interests and the expected consequences of policies for interests, not only for oneself but for all other relevant persons as well. Insofar as a citizen’s good or interests requires attention to a public good or general interest, then citizens ought to have the opportunity to acquire an understanding on these matters” (*idem, ibidem*, p. 112).

¹⁶⁶ Robert DAHL usa a palavra *demos* para referir-se ao conjunto de cidadãos que participam no processo democrático; o *demos* não corresponde à totalidade das pessoas que residem dentro de um determinado território, mas, apenas, àquelas pessoas que, de acordo com as regras ali vigentes, estão de algum modo habilitadas a participar (por si ou por meio de representantes eleitos) do processo de tomada de decisões coletivas vinculantes. Numa palavra: os cidadãos, considerados coletivamente, constituem o *demos*.

- (v) *inclusividade* – o *demos* deve incluir todos os membros adultos da associação, com exceção dos que sejam meramente transitórios e das pessoas comprovadamente portadoras de deficiências mentais.

Esses cinco critérios devem estar presentes, em maior ou menor medida, para que se possa dizer que em uma dada sociedade as decisões são tomadas por meio de um processo democrático.¹⁶⁸ É certo que as instituições humanas ficam significativamente aquém desses padrões ideais; muito provavelmente, aliás, esses *standards* jamais serão alcançados em sua integralidade. O que não lhes retira a grande relevância prática e teórica, já que por meio deles torna-se possível determinar, com alguma razoabilidade, a partir de que níveis um regime pode passar a ser considerado uma democracia.

As poliarquias. – Há no mundo real determinadas sociedades que, levando-se em conta os padrões históricos da humanidade, atingiram um considerável grau de realização daqueles cinco critérios ideais. Nesses regimes, as decisões coletivas importantes são, em alguma medida, tomadas mediante um *processo democrático*. Tais ordens sociais, Dahl designa-as pelo termo *poliarquia*.

A poliarquia é, assim, um conjunto de instituições políticas existentes no mundo contemporâneo, que se distingue tanto dos regimes democráticos do passado (*v.g.*, a democracia ateniense, a democracia do século XIX) quanto dos regimes não democráticos do presente. As instituições características da ordem poliárquica são as seguintes:¹⁶⁹

- (1) *agentes eleitos* – agentes eleitos são constitucionalmente incumbidos de controlar as decisões governamentais sobre as políticas a serem implementadas;

¹⁶⁷ Sobre o exato alcance deste critério, esclarece Robert DAHL que “the criterion of final control does not presuppose a judgement that the *demos* is qualified to decide every question requiring a binding decision. It does presuppose a judgement that the *demos* is qualified to decide (1) which matters do or do not require binding decisions, (2) of those that do, which matters the *demos* is qualified to decide for itself, and (3) the terms on which the *demos* delegates authority. To accept the criterion as appropriate is therefore to imply that the *demos* is the best judge of its own competence and limits” (*idem, ibidem*, p. 114).

¹⁶⁸ Acerca do caráter *ideal* de tais critérios, registra o autor: “Any process that met them perfectly would be a perfect democratic process, and the government of the association would be a perfect democratic government. I take for granted that a perfect democratic process and a perfect democratic government might never exist in actuality. They represent ideas of human possibilities against which actualities may be compared. Even if the criteria can never be perfectly satisfied, they are useful in appraising real world possibilities (...)” (*idem, ibidem*, p. 109).

¹⁶⁹ *Idem, ibidem*, p. 221 (aqui livremente traduzidas).

-
- (2) *eleições livres e legítimas* – os agentes eleitos são escolhidos por meio de eleições frequentes conduzidas de acordo com um processo eleitoral justo;
 - (3) *sufrágio inclusivo* – praticamente todos os adultos têm o direito de votar nas eleições para a escolha dos agentes políticos;
 - (4) *direito de concorrer aos cargos eletivos* – praticamente todos os adultos têm o direito de concorrer aos cargos eletivos, embora os limites de idade possam ser mais exigentes para a investidura em tais cargos do que para a aquisição da qualidade de eleitor;
 - (5) *liberdade de expressão* – os cidadãos têm o direito de se expressar sobre questões políticas sem correr o risco de sofrer punições. Essa liberdade de expressão inclui, entre outros aspectos, o direito de criticar os agentes detentores do poder, o governo, o regime, a ordem sócio-econômica e a ideologia dominante;
 - (6) *pluralidade de fontes de informação* – os cidadãos têm o direito de buscar fontes alternativas de informação. Além disso, essas fontes alternativas de informação existem na prática e são protegidas pelas leis;
 - (7) *autonomia associativa* – para assegurar os seus diversos direitos, inclusive os mencionados nos itens precedentes, os cidadãos também têm o direito de formar associações ou organizações relativamente independentes, inclusive partidos políticos independentes e grupos de interesse.

Essas sete instituições, que devem existir de fato (e não como meros atributos nominais), são necessárias para que se realize o processo democrático no governo de um Estado. Na prática, elas atuam como pré-condições para a concretização de cada um dos cinco critérios do processo democrático (participação efetiva, igualdade de voto no estágio decisivo, compreensão esclarecida, controle da pauta e inclusividade).

As instituições democráticas do mundo real, mesmo as das mais avançadas poliarquias, carregam consigo, inevitavelmente, a marca da imperfeição humana. Isso não obstante, a história demonstra que, nos poucos países em que a poliarquia existe há várias gerações, instituiu-se um conjunto amplo de liberdades, direitos humanos e relativa prosperidade material que nenhum regime político alternativo jamais conseguiu igualar. Daí afirmar o autor, mesmo reconhecendo que as exigências do processo democrático não deverão ser integralmente atendidas no futuro previsível, que:

(...) a visão dos cidadãos governando a si próprios, como politicamente iguais, e possuindo todas as instituições e recursos

necessários para fazê-lo, continuará a ser um guia indispensável na busca de uma sociedade em que as pessoas possam conviver em paz, respeitando a igualdade intrínseca de cada um de seus membros e perseguindo, juntas, a melhor forma de vida possível.¹⁷⁰

Por considerar que esse é um ideal valioso, Robert Dahl sugere que o melhor caminho a trilhar seria, não o da busca de um regime alternativo – um governo de guardiães, por exemplo –, mas sim o do aprimoramento dos regimes democráticos já existentes, nos limites da capacidade humana. Este é, de resto, um ponto essencial da teoria democrática de Dahl: é uma teoria que *defende a democracia*, encara-a como um bem humano precioso, mas aceita realisticamente que o processo democrático se depara com limitações inevitáveis. Todavia, isso não conduz à admissão de que tais limitações constituam um motivo para argumentar *contra* a democracia, pois a teoria de Dahl considera, ao contrário, que cada povo democrático deve considerá-las como um desafio para a busca de novas e criativas soluções. Daí a sua proposição normativa de que, sempre que for possível, as soluções mais democráticas (as que melhor realizam os critérios do processo democrático) devem ser preferidas aos meios alternativos, de caráter não democrático.

3.4.2. O argumento de justificação democrática do controle judicial de constitucionalidade das leis fundado na teoria de Robert A. Dahl

O processo democrático, como visto, realiza-se em diferentes graus. Cada um dos cinco critérios do processo democrático pode ser implementado em medidas variáveis.¹⁷¹ Não se trata, portanto, de uma questão de tudo ou nada, mas de diferentes modos de aproximação a um modelo ideal.

A instituição do controle judicial de constitucionalidade das leis reduz o grau de realização do processo democrático, pois exclui do âmbito desse processo determinadas decisões coletivas e as transfere para os juízes constitucionais. Tal modalidade de controle afeta, assim, os critérios da *participação*, da *igualdade* e do *controle de pauta*, uma vez que o *demos* deixa de exercer qualquer tipo de influência sobre essas decisões, as quais passam a ser

¹⁷⁰ “(...) the vision of people governing themselves as political equals, and possessing all the resources and institutions necessary to do so, will I believe remain a compelling if always demanding guide in the search for a society in which people may live together in peace, respect each other’s intrinsic equality, and jointly seek the best possible life” (*idem, ibidem*, p. 41).

¹⁷¹ Cf. item 3.4.1, acima.

tomadas por uma classe de profissionais sem vínculos democráticos, de acordo com a sua lógica própria (a lógica dos sistemas jurídicos, baseada no binômio lícito/ilícito).

Todo o raciocínio que se desenvolverá adiante constitui um esforço para indicar *em que medida*, ou *até que ponto*, essa atuação dos tribunais pode ser considerada compatível com os pressupostos do processo democrático.

O processo democrático fundado na regra da maioria e as propostas alternativas. – O processo democrático, por si só, não estabelece uma regra geral de decisão, aplicável a todas as situações, seja quais forem os contextos sociais a regular ou os temas em discussão. Isso não obstante, o princípio majoritário é a regra padrão dos regimes democráticos existentes no mundo moderno.¹⁷² Essa regra pode ser justificada, em síntese apertada, por quatro diferentes argumentos: (i) a regra da maioria maximiza o número de pessoas que pode exercer a autodeterminação a respeito de decisões coletivas;¹⁷³ (ii) a regra da maioria é a única capaz de atender aos pressupostos básicos da *igualdade de voto*, da *neutralidade em relação aos resultados*¹⁷⁴ e da *impessoalidade*;¹⁷⁵ (iii) a regra da maioria é, dentre os tipos de regra de decisão disponíveis, a que tem maior probabilidade de conduzir a decisões corretas;¹⁷⁶ e (iv) a regra da maioria produz o efeito de maximizar o *benefício médio* gerado pelas leis para a totalidade dos cidadãos.

Embora essas justificativas sejam respeitáveis, a regra da maioria é alvo também de críticas severas e bem fundamentadas. As três principais críticas são as seguintes: (a) numa perspectiva realista, levando-se em conta as condições do mundo real, em que as escolhas do *demos* são feitas por meio de representantes eleitos,¹⁷⁷ a tradução das preferências da maioria

¹⁷² Há praticamente um consenso no sentido de que a aprovação da maioria deve ser *necessária* para a promulgação das leis em geral; não há consenso, todavia, quanto a ser a aprovação da maioria também *suficiente* para a criação de normas de conduta vinculantes.

¹⁷³ *Idem, ibidem*, p. 138.

¹⁷⁴ *Neutralidade*, aí, no sentido de que a regra da maioria não contém mecanismos embutidos que favoreçam aprioristicamente a adoção de qualquer uma dentre as opções 'a', 'b' ou 'c'.

¹⁷⁵ O preceito majoritário é *impessoal* porque ele estipula uma regra de decisão que, considerada em si mesma, não favorece pessoas determinadas.

¹⁷⁶ Lembra Robert DAHL, a esse respeito, que "it was Aristotle's view that the pooled judgements of many different persons are likely to be wiser on the whole, and certainly less subject to gross error, than the judgements of one person or a few" (*idem, ibidem*, p. 141).

¹⁷⁷ Salvo as hipóteses das consultas plebiscitárias e dos referendos, de uso pouco frequente na quase totalidade dos países, e cujo caráter genuinamente democrático, de resto, é também objeto de questionamentos consistentes.

nas leis promulgadas é, na prática, bastante atenuada;¹⁷⁸ (b) se examinadas com rigor as decisões políticas tomadas nos regimes democráticos, constatar-se-á que, em um número expressivo casos, elas são decisões que interessam apenas a grupos minoritários, ou a uma coalizão de grupos minoritários, com poder suficiente para conduzir o processo democrático e gerar a decisão política por eles almejada;¹⁷⁹ e (c) a regra da maioria enseja o risco da chamada *tiranía da maioria*, que pode se valer dessa condição para obstruir os canais de renovação do poder ou para oprimir certas minorias com dificuldade de acesso ao processo de participação política.

Assim, admitindo-se que a regra da maioria é imperfeita, cumpre averiguar se, em relação a determinadas decisões coletivas, haveria alternativas *superiores* ao processo democrático fundado no princípio majoritário. Trata-se, na realidade, de uma dupla questão: em primeiro lugar, saber em quais situações a decisão coletiva deveria ser tomada *fora* do processo democrático; e, em segundo lugar, indicar *por que meio* a decisão seria tomada nesses casos.

De um modo geral, a proposta de que o processo democrático seja parcialmente substituído por meios alternativos se funda na possibilidade de que ele cause *maus resultados*. Essa objeção, em sua estrutura lógica, opõe a *substância* (o bom resultado que se deseja) ao *processo* (no caso, o de tipo democrático) e diz, de forma aparentemente persuasiva, que os resultados substantivos devem ter precedência sobre a mera regra processual. Tal tese, no entanto, é passível de refutação, na forma abaixo articulada.

Inicialmente, impõe-se esclarecer que o processo democrático é, também ele, expressão de valores substantivos da mais alta relevância para a pessoa humana. Robert Dahl explica-o com clareza no seguinte trecho:

A justificação do processo democrático é, ela própria, uma forma de justiça: é um procedimento justo para a obtenção de decisões coletivas. Além disso, na medida em que o processo democrático promove a distribuição da autoridade, ele também provê uma forma de justiça distributiva (...). A justiça distributiva exige uma partilha equitativa de recursos cruciais – poder, riqueza, renda, educação, acesso ao conhecimento, oportunidades para o desenvolvimento pessoal e autoestima, entre outros. Ora, entre os recursos mais fundamentais em qualquer sociedade está o *poder*. E a distribuição de

¹⁷⁸ *Idem, ibidem*, p. 149.

¹⁷⁹ *Idem, ibidem*, p. 150.

poder é parcialmente determinada pela distribuição de autoridade no governo do Estado e de outras associações. Essa autoridade é importante, entre outras razões, porque ela influencia no modo como os outros recursos são distribuídos. Consequentemente, a escolha entre processo democrático e resultados substantivos não é uma simples escolha entre procedimentos e justiça, nem tampouco entre justiça procedimental e justiça substantiva. É uma escolha entre a justiça do processo democrático, a um só tempo procedimental e distributiva, e outras reivindicações de justiça substantiva. O que se quer dizer, em resumo, é que o processo democrático é repleto de valores substantivos.¹⁸⁰

Para Robert Dahl, pois, além de ser substancialmente valioso, o processo democrático incorpora um dos direitos mais importantes que uma pessoa pode possuir: *o direito fundamental ao autogoverno por meio do processo democrático*.¹⁸¹

De outra parte, a objeção de que o processo democrático pode causar *maus resultados* exige algumas especificações. Decisões coletivas, em praticamente todas as hipóteses imagináveis, causam algum tipo de gravame a interesses humanos. E isso porque as decisões coletivas costumam ser, em última análise, decisões sobre a alocação de custos e ganhos, benefícios e prejuízos.¹⁸² Não há, pois, processo decisório – democrático ou não – que possa produzir o resultado de nunca contrariar os interesses de alguns ou de muitos. Logo, o problema não está no fato de o processo democrático causar resultados que afetem negativamente determinadas pessoas (“maus resultados”, sob a ótica dessas pessoas). O problema, verdadeiramente, consiste em estruturar meios de contenção que evitem que o

¹⁸⁰ “The justification for the democratic process is itself a form of justice: It is a just procedure for arriving at collective decisions. Moreover, insofar as the democratic process allocates the distribution of authority, it also provides a form of distributive justice: A proper distribution of authority is a just product of a good constitution. Distributive justice requires a fair distribution of crucial resources – power, wealth, income, education, access to knowledge, opportunities for personal development and self worth, and others. Among the most crucial resources in any society is power. And the distribution of power is partly determined by the distribution of authority over the government of the state and over other associations. This authority is important, among other reasons, because these governments help to influence the way many other resources are distributed. Consequently a choice between the democratic process and substantive outcomes is not a simple choice between procedures and justice nor even between procedural justice and substantive justice. It is a choice between the justice of the democratic process, both procedural and distributive, and other claims to substantive justice. What I’m saying is, in short, that the democratic process is packed to the hilt with substantive values” (*idem, ibidem*, p. 164).

¹⁸¹ *Idem, ibidem*, p. 169-170.

¹⁸² “It is quite natural for A to feel that all *his* most deeply cherished interests and goals should be inviolable. And for B to make a similar claim. And C... Members of a highly privileged group are likely to claim that their interests surely ought to be inviolable, particularly since, in their view, their interests coincide with the interests of the society as a whole” (*idem, ibidem*, p. 182).

processo democrático *indevidamente* prejudique interesses *fundamentais* de pessoas ou grupos humanos.¹⁸³

Neste ponto, para ordenar a discussão, sugere Dahl que se faça a distinção entre três categorias de interesses substantivos que poderiam entrar em conflito com o processo democrático:¹⁸⁴

- (1ª) – interesses substantivos que se traduzem num direito a um bem *essencial* ao processo democrático. O qualificativo “essencial” denota que o bem em questão constitui uma parte integrante da própria concepção de processo democrático, como, p.ex., o direito à livre expressão ou a liberdade de reunião;
- (2ª) – interesses substantivos que se traduzem em direitos ou bens *externos* ao processo democrático, porém *necessários* a que ele possa existir e funcionar adequadamente. Esses direitos ou bens não estariam compreendidos na concepção de processo democrático (como os da primeira categoria, vista acima), mas seriam importantes para a sua operação eficaz. Isto é, sem esses direitos e bens, os cidadãos não teriam oportunidades iguais e adequadas para participar no processo democrático.¹⁸⁵ A esse respeito, lembra Dahl que, desde Aristóteles, os teóricos reconhecem que a democracia não é possível se os cidadãos forem agudamente desiguais em riqueza ou em outros recursos fundamentais (estado de pobreza extrema, analfabetismo etc.); e
- (3ª) – interesses substantivos que se traduzem em direitos ou bens *externos* ao processo democrático e *não necessários* a seu funcionamento adequado. Mas, ainda assim, seriam direitos e bens relevantes, que se fundariam na ideia de igualdade intrínseca entre os homens (exemplo: o direito dos acusados a um processo regular e a um julgamento imparcial).

Com relação aos conflitos entre essas três categorias de interesses substantivos e o processo democrático, haveria quatro soluções, em tese, para administrar tais colisões:¹⁸⁶

¹⁸³ *Idem, ibidem*, p. 166 e 169.

¹⁸⁴ *Idem, ibidem*, p. 167.

¹⁸⁵ Consequentemente, o primeiro critério do processo democrático (o da *participação efetiva*, cf. item 3.4.1, acima) não se realizaria, ou se realizaria imperfeitamente.

¹⁸⁶ Mas não necessariamente para *resolver* tais conflitos, já que a experiência demonstra que nem sempre divergências dessa natureza podem se encerrar pelo mero *fiat* de uma autoridade decisória.

-
- (i) *Expansão ou redução do demos.* – Um exemplo histórico de expansão do *demos* ocorreu nos Estados norte-americanos do sul, no momento em que se reconheceu aos negros o direito ao voto. Casos de redução do *demos* ocorrem quando uma minoria reiteradamente prejudicada pela maioria em questões fundamentais resolve, em reação, constituir a sua própria unidade democrática;
 - (ii) *Estabelecimento de novos arranjos institucionais.* – Em muitas situações, a proteção dos interesses substanciais das minorias pode ser adequadamente implementada com a introdução de reformas institucionais que aperfeiçoem os procedimentos legislativos, os sistemas eleitorais e as regras de votação (ou quaisquer outras instituições necessárias à democracia);¹⁸⁷
 - (iii) *Evolução da opinião pública.* – Para Dahl, a opinião pública nos países democráticos tende a ser cada vez mais comprometida com a ideia da igualdade intrínseca entre os seres humanos e com o princípio da igual consideração de interesses.¹⁸⁸ As culturas democráticas teriam, ao menos no longo prazo, uma considerável capacidade de corrigir as suas próprias falhas;¹⁸⁹ e
 - (iv) *Instituição de um processo não democrático para proteger os interesses substanciais.* – Segundo essa solução, o processo decisório relativo a esses interesses substanciais, incluídas as escolhas valorativas e políticas a ele inerentes, passaria a ser conduzido por juízes constitucionais. Tais magistrados assumiriam, então, o papel de guardiães desses valores sociais especialmente relevantes.

¹⁸⁷ Insere-se neste campo a proposta de Adrian VERMEULE na sua obra *Mechanisms of Democracy: institutional design writ small*. New York: Oxford University Press, 2007: “What institutional arrangements should a well-functioning constitutional democracy have? (...) I assume the basic or large-scale institutions of constitutional democracy. Even within such a framework, there is much work for institutional designers to do. In established constitutional polities, I argue, law can and should – and to some extent already does – provide *mechanisms of democracy*: a repertoire of small-scale institutional devices and innovations that promote democratic values against the background of standard large-scale institutions” (ob. cit., p. 1-2).

¹⁸⁸ Sobre o significado dessas duas ideias, v. item 3.4.1, *supra*.

¹⁸⁹ A propósito, convém lembrar que qualquer processo decisório é inevitavelmente falível. Um sistema de guardiães também pode falhar na proteção de interesses fundamentais. A experiência, de resto, demonstra o quão frequentes foram tais falhas na história das supremas cortes.

Como se percebe, as três primeiras estratégias (expansão ou redução do *demos*, novos arranjos institucionais e evolução da opinião pública) são num certo sentido *democráticas*, pois contam com a vontade do *demos* para chegar-se a um equacionamento satisfatório do conflito. Apenas a última é *não democrática*, uma vez que importa na alienação do poder decisório para os tribunais. Resumidamente, o caráter não democrático do processo decisório judicial decorre dos motivos a seguir expostos.

Em primeiro lugar, observa Dahl, há uma relação inversa entre a autoridade dos guardiães judiciais e a autoridade do *demos* e seus representantes. Quanto mais abrangente a competência dos guardiães judiciais, quanto mais escolhas substanciais lhes forem atribuídas, nesta mesma medida se estará reduzindo o campo de ação do processo democrático. A partir de um certo nível de transferência de poderes decisórios, o processo democrático poderá amesquinhar-se a ponto de não mais se poder dizer que há uma democracia em funcionamento. E, mesmo nos casos em que a autoridade dos juízes seja limitada a um certo número de questões (p.ex., questões sobre direitos fundamentais), em relação a essas questões, especificamente, o *demos* terá alienado o seu *controle de pauta*, na medida em que a decisão final não mais lhe tocará.¹⁹⁰

Em segundo lugar, a alegação de que os interesses ou direitos fundamentais seriam mais bem protegidos por uma corte judicial postula uma demonstração empírica. Poder-se-ia, quando menos, tentar demonstrar que, nas poliarquias em que não há controle judicial de constitucionalidade, ou em que esse controle é exercido de forma muito limitada, os direitos e interesses fundamentais são efetivamente *mais violados* do que nas nações com revisão judicial. No entanto, a impressão que se tem, comparando os dois grupos de poliarquias, é a de que não há diferença perceptível quanto à eficácia com que se protegem tais interesses fundamentais nesses países.

Em terceiro lugar, não é de afastar a hipótese de que a existência do controle judicial de constitucionalidade desestimule (em alguma medida) a formação de um senso de responsabilidade mais apurado entre os representantes do *demos*. Se essa conjectura for verdadeira, a ausência de um sistema de guardiães judiciais teria o efeito de induzir o *demos* e seus representantes a agirem com uma maior autocontenção, sobretudo nos temas sensíveis, em que estivessem envolvidos interesses fundamentais. Provavelmente, à falta de um mecanismo institucional como o do controle judicial de constitucionalidade (baseado na

¹⁹⁰ *Idem, ibidem*, p. 188.

lógica jurídica), os processos sociais e políticos de proteção dos interesses fundamentais se desenvolveriam e se robusteceriam ao longo do tempo.

Em quarto lugar, por fim, não se pode perder de vista que o processo democrático é, ele próprio, um valor substancial. Corporifica um direito fundamental: o *direito fundamental ao autogoverno por meio do processo democrático*. Esse direito fundamental, a seu turno, é especificado pelo conjunto de direitos políticos primários, entre os quais se podem citar a liberdade de expressão, a liberdade de imprensa, a liberdade de reunião, o direito de associação, o direito à formação de partidos políticos, o direito à cidadania, o direito ao voto igual e o direito à igualdade de oportunidades para participar de forma efetiva no processo decisório.

Por conseguinte, qualquer redução do âmbito do processo democrático deve ser avaliada a partir de um entendimento claro do que ela realmente significa: uma compressão do feixe de direitos fundamentais expressos pelo *direito fundamental ao autogoverno* e por todas as suas especificações.

Dito isso, é preciso agora retornar à pergunta inicial: admitindo-se as imperfeições do processo majoritário, haveria, em relação a determinados tipos de decisões coletivas, alternativas *superiores* ao processo democrático? Ou, mais especificamente, quais seriam as espécies de interesses substantivos fundamentais cuja proteção justificaria a instituição de métodos decisórios *externos* ao processo democrático (como, p.ex., a revisão judicial)?

Antes de responder a essa pergunta, deve-se lembrar que o que se busca aqui é a construção de um argumento *universal* de *justificação democrática* do controle judicial de constitucionalidade das leis. É “universal” porque corresponde a um desenvolvimento da versão mitigada do argumento de Waldron apresentada no item 3.1 do presente capítulo. De forma coerente com o argumento originário de Waldron, essa versão mitigada também se aplica a *quaisquer sociedades* em que estejam realizados os quatro pressupostos daquele argumento.¹⁹¹ E, por outro lado, é uma justificação “democrática” por postular que, mesmo nas sociedades avançadas às quais se aplica o argumento originário de Waldron – sociedades cujas instituições democráticas e judiciais são razoavelmente bem ordenadas e nas quais se forjou uma cultura de efetivo respeito aos direitos –, é politicamente legítimo instituir-se um controle judicial de constitucionalidade das leis para a *proteção, em termos estritos, do*

¹⁹¹ Recordando, os pressupostos de Waldron são: 1 – a existência de instituições democráticas razoavelmente bem ordenadas; 2 – a existência de um sistema judicial razoavelmente bem ordenado; 3 – um compromisso da maior parte dos membros da comunidade de levar os direitos a sério; e 4 – um desacordo substancial e de boa fé entre as pessoas acerca do sentido e alcance exatos dos direitos (cf. item 2.2.3 do capítulo 2. Ver, ainda, *The core of the case against judicial review*, ob. cit., p. 1359-1369).

próprio processo democrático. A teoria de Robert A. Dahl, neste contexto, desempenha a função de complementar tal argumento justificatório, haja vista que a versão mitigada da tese de Waldron, tendo um foco mais concentrado sobre o tema da legitimidade judicial, não cuidava de especificar a concepção democrática por ela pressuposta.

Feita essa breve lembrança do encadeamento do raciocínio, cabe aduzir que os cinco critérios do processo democrático da teoria de Robert Dahl (participação efetiva, igualdade de voto no estágio decisivo, compreensão esclarecida, controle de pauta e inclusividade) *não indicam* nenhum modo específico para a manutenção do próprio processo democrático. Não dizem, em suma, se o processo democrático haverá de ser preservado por mecanismos *internos* ao processo democrático ou se, ao contrário, podem instituir-se meios *externos* para a sua vigilância e guarda. Daí por que não é *prima facie* contraditório ou incoerente com a teoria de Dahl o estabelecimento de mecanismos não democráticos para ajudar a preservar a integridade do processo democrático.

Logo, conjugando-se a asserção do parágrafo antecedente com a versão mitigada do argumento de Waldron, chega-se à conclusão de que mesmo uma sociedade razoavelmente bem ordenada poderia, de forma democraticamente legítima, decidir por um arranjo institucional no qual os tribunais tivessem a função de controlar a constitucionalidade de leis que pusessem em risco direitos e interesses *essenciais* ao processo democrático. Nessa ordem de ideias, e considerando-se mais uma vez as três categorias de interesses substanciais propostas por Dahl,¹⁹² seria justificável a instituição de um processo decisório não democrático, como o dos guardiães judiciais, para controlar a constitucionalidade de leis que alegadamente: (a) criassem, de um modo geral, dificuldades à alternância do poder; (b) impedissem ou dificultassem o acesso de membros de minorias às posições de comando (requisitos de elegibilidade, impedimentos etc.); (c) modificassem o procedimento eleitoral de forma a beneficiar os que atualmente detêm o poder; (d) introduzissem mudanças desfavoráveis no *status* político das minorias; (e) prejudicassem o exercício do direito ao voto; (f) alterassem a distribuição dos corpos eleitorais para beneficiar alguns grupos em detrimento de outros; (g) infringissem o direito dos cidadãos a uma participação livre e igual no processo democrático; (h) ameaçassem o direito de divergir e fazer oposição; (i)

¹⁹² Quais sejam: interesses *essenciais* ao processo democrático; interesses *necessários* para o funcionamento do processo democrático, mas não essenciais (*i.e.*, são bens que não integram o próprio conceito de processo democrático); e interesses que não são nem essenciais nem necessários ao processo democrático, mas que ainda assim são relevantes porque se fundam na *ideia de igualdade intrínseca entre os homens*.

restringissem os direitos essenciais ao processo democrático, como o direito à livre expressão, o direito de reunião, o direito de associação, direito de ter acesso ao maior número de informações livremente produzidas, a liberdade de imprensa (consideradas apenas as dimensões desses direitos funcionalmente vinculadas ao exercício da cidadania¹⁹³).

Por outro lado, a versão mitigada do argumento de justificação *universal* não legitimaria a atuação dos guardiães judiciais na revisão de leis que (supostamente) vulnerassem os direitos *necessários* ao processo democrático (mas não *essenciais*) e os direitos *externos* ao processo democrático, porém imprescindíveis para a preservação da noção de igualdade intrínseca. É que, em tais sociedades bem ordenadas, seria de esperar que a norma legislativa abstrata equacionasse os desacordos envolvendo aquelas categorias de direitos de uma forma razoável (o que não significa que agradaria a todos), já que tal regra teria sido editada no âmbito de uma instituição parlamentar organizada de maneira satisfatória (ainda que imperfeita), por representantes populares que compartilham de uma cultura que leva os direitos a sério.

De mais a mais, não haveria nessa sociedade nenhuma razão *substancial* para acreditar-se que tais interesses estariam mais bem protegidos pelos juízes do que pelos legisladores. À falta de argumentos substanciais em favor da atribuição dessa parcela de poder decisório ao judiciário, restaria considerar a eventual existência de razões *processuais* que a justificassem. Sucede, porém, que, como já se demonstrou na exposição do argumento de Waldron (v. capítulo 2, item 2.2.3), as razões relacionadas ao *processo*¹⁹⁴ são claramente adversas à legitimação do controle judicial de constitucionalidade das leis, se comparadas com as razões que contam a favor do processo democrático. Neste ponto, parece conveniente reenfatizar que a versão mitigada proposta no item 3.1 do presente capítulo *não afastou* os

¹⁹³ Isto porque um conflito envolvendo (p.ex.) a liberdade de expressão nem sempre justificaria uma intervenção dos guardiães judiciais para proteger o processo democrático. Basta lembrar do conflito entre a liberdade de expressão das empresas de comunicação, de um lado, e o direito à intimidade e/ou à honra de um artista famoso, de outro. Uma eventual regulação por lei desse tipo de conflito pode ser considerada por alguns como ofensiva à liberdade de expressão da empresa de comunicação; porém, essa (suposta) ofensa à liberdade de expressão não terá conexão alguma com o processo democrático, em si considerado. A situação seria bem diferente se se tratasse, noutro exemplo, de uma lei cuidando de delimitar ou configurar o exercício do direito de crítica às autoridades públicas. Neste caso, a discussão sobre a validade da lei estaria diretamente relacionada ao processo democrático, pois, na medida em que se abafa indevidamente o direito de discordar e criticar os atuais detentores do poder, está-se enfraquecendo o processo democrático (especificamente, os critérios da *participação efetiva* e da *compreensão esclarecida*).

¹⁹⁴ Razões relacionadas ao processo são, recorde-se, as que reivindicam que certas pessoas elaborem ou participem da elaboração de uma dada decisão, independentemente de qualquer consideração a respeito de qual seja o resultado apropriado.

fundamentos do argumento originário de Waldron, mas apenas lhe agregou um elemento adicional, baseado na ideia de reforço do controle recíproco entre os poderes estatais. Por isso, *porque todos os motivos que embasam o argumento originário de Waldron continuam válidos*, a admissão do controle judicial nessas sociedades bem ordenadas não deve ir além dos interesses *essenciais* ao processo democrático, já que a ideia de um judiciário atuando como contrapoder, contendo os excessos do legislativo, se justifica exclusivamente naquelas situações em que há fundadas razões para supor que os mecanismos democráticos não seriam suficientes para resolver os conflitos surgidos.¹⁹⁵ Essas razões se fazem presentes, de forma inequívoca, quando se trata de um conflito gerado a partir da desconfiança de que os próprios mecanismos democráticos teriam sido de algum modo sabotados pelas maiorias parlamentares.

¹⁹⁵ Neste mesmo sentido, registre-se, é a opinião de Robert A. DAHL: “Parece-me extremamente razoável argumentar que *nenhum* interesse deveria ser tido como inviolável além daqueles que são parte integrante ou essencial do próprio processo democrático. Um povo democrático não invadiria esse domínio extenso senão por equívoco; e tal povo poderia também optar por criar salvaguardas institucionais para prevenir a ocorrência de tais equívocos. Mas, fora desse amplo domínio, um povo democrático poderia livremente escolher as políticas que seus membros mais desejam; eles poderiam decidir como balancear da melhor maneira a liberdade e o controle, como dirimir da melhor maneira os conflitos entre os interesses de uns e os interesses de outros, como organizar e controlar da melhor maneira sua economia, e assim por diante. Em resumo, afora os interesses invioláveis de um povo democrático na preservação do processo democrático, todo o mais corresponderia ao campo próprio para as decisões políticas. Por meio do processo democrático e de todos os pressupostos desse processo, os cidadãos maximizariam a sua liberdade coletiva para decidir sobre as leis e princípios sob os quais eles desejam viver” (ob. cit., p. 182).

4 A JUSTIFICAÇÃO CONTEXTUALIZADA

4.1. Os argumentos de justificação contextualizados

Como se viu no capítulo 2, item 2.2.3.2, o argumento de Waldron é deduzido de forma explicitamente *condicional*. Diz esse autor, no ensaio já citado, que “a [sua] proposta é a de que o argumento contra a revisão judicial seja condicional; se qualquer uma das condições falhar, o argumento não se mantém”,¹⁹⁶ e, conseqüentemente, o controle judicial de constitucionalidade das leis, naquele contexto específico, pode ser uma solução legítima para a solução dos desacordos razoáveis entre os membros dessa comunidade. Assim, o que se sustentará, no presente capítulo, é que na sociedade brasileira dois dos pressupostos de Waldron não se realizam suficientemente no mundo dos fatos. São eles:

- (i) a existência de instituições democráticas razoavelmente bem ordenadas, incluindo uma legislatura representativa eleita mediante sufrágio universal entre os adultos; e
- (ii) um compromisso da maior parte dos membros da sociedade e das autoridades públicas no sentido de levar a sério os direitos individuais e os direitos das minorias.

Todavia, como essa afirmação é eminentemente empírica, e como não se apresentam aqui provas cabais dos fatos que a embasam, parece de boa prudência limitá-la a duas situações presumivelmente menos sujeitas a controvérsias. Tais situações (de não realização dos requisitos acima indicados) se manifestam, respectivamente:

- (i) nas instituições legislativas *locais* (estaduais e municipais), que não podem ser consideradas “instituições razoavelmente bem ordenadas” (pelas razões que serão expostas adiante); e
- (ii) na má formação educacional de um contingente expressivo da população do país, fator este que impede – ou dificulta muito – o desenvolvimento pessoal mínimo necessário para realizar escolhas conscientes, deliberar esclarecidamente e partilhar de uma cultura pública de respeito aos direitos individuais e das minorias.

¹⁹⁶ *The Core of the Case Against Judicial Review*, ob. cit., p. 1360.

Esses problemas geram, cada qual, um específico argumento de justificação *contextualizado*, vale dizer, aplicável apenas no contexto particular da sociedade brasileira, em vista de um conjunto de fatos determinados existentes aqui e agora. Trata-se, pois, de argumentos *não universais* e essencialmente *contingentes*, já que a evolução dos fatos sociais pode torná-los prejudicados mais à frente, acaso as deficiências acima apontadas venham a ser sanadas no futuro.

Por outro lado, há ainda um segundo sentido (diferente do exposto acima) em que os argumentos de justificação podem se dizer “contextuais”. Deriva essa outra forma de justificação *contextualizada* do fato de que o controle judicial de constitucionalidade das leis é uma instituição em vigor, formalmente prevista na Constituição e nas leis do país, dotada de plena eficácia prática, e que conta com a aquiescência geral da sociedade brasileira e das autoridades públicas. Em vista dessa realidade, é possível conceber uma classe de argumentos de justificação que seja *contextual* no específico sentido de que toma em consideração o *contexto jurídico-positivo* para o qual a justificação é elaborada. Nessa ordem de ideias, propõe-se retirar o discurso de justificação do plano puramente metajurídico e pô-lo em contato com a realidade jurídico-positiva do ordenamento constitucional brasileiro, para que se busquem novas respostas, agora, à seguinte pergunta: numa sociedade que *já optou* por instituir o controle judicial de constitucionalidade das leis, e na qual os órgãos judiciais o praticam com desenvoltura, *até que ponto* ou *em que medida* se justifica o exercício desse controle, considerando que essa sociedade também adota como princípio fundamental a democracia?

Antes de prosseguir, convém resumir o que foi exposto até este ponto. Os argumentos de justificação podem, pois, dividir-se em três classes distintas, a saber:

(i) argumentos de justificação *universais*:

- são aplicáveis a quaisquer sociedades democráticas razoavelmente bem ordenadas, nas quais os quatro pressupostos da tese de Waldron estejam atendidos;
- no presente trabalho, em que se defende uma versão *mitigada* do argumento de Waldron, é admitida, em caráter universal, a legitimidade da revisão judicial para a salvaguarda dos direitos e interesses *essenciais* ao processo democrático;

-
- (ii) argumentos de justificação *contextualizados em relação à realidade política e social do país*:
- são construídos para uma sociedade concreta, levando-se em consideração o fato de que nessa sociedade um ou mais dos pressupostos de Waldron não se acham realizados;
 - neste estudo, sustenta-se que, especificamente no contexto brasileiro, os legislativos locais disfuncionais e o problema educacional caracterizam a não realização dos pressupostos relativos à existência de instituições democráticas bem ordenadas e de uma cultura social enraizada de respeito aos direitos; e
- (iii) argumentos de justificação *contextualizados pela referência à Constituição em vigor*:
- tomam em consideração o contexto jurídico-positivo em vista do qual a justificação é elaborada (*i.e.*, levam em conta o fato de que o controle judicial de constitucionalidade das leis é uma instituição em vigor, formalmente prevista na Constituição e em plena operação).

As três categorias acima aludidas não são estanques nem se excluem reciprocamente. Na realidade, elas servem principalmente para ordenar de forma racional os diferentes níveis de argumentação utilizados na análise do assunto. Mas, como se verá adiante, essas distintas estratégias de argumentação se complementam e imbricam, com diversas superposições parciais, reunindo-se no final para compor o quadro maior da justificação democraticamente limitada da jurisdição constitucional.

4.2. O desenvolvimento dos argumentos de justificação contextuais

Serão desenvolvidos, na sequência, os argumentos contextualizados: (i) baseados na disfuncionalidade dos órgãos legislativos locais (item 4.2.1); (ii) relacionados às deficiências do sistema educacional (item 4.2.2); e (iii) referidos ao texto constitucional vigente (item 4.2.3). No fim, para a boa sistematização da exposição, apresentar-se-á um quadro completo dos argumentos de justificação examinados nos capítulos 3 e 4 (item 4.3).

4.2.1. O argumento contextualizado relacionado à disfuncionalidade das instituições legislativas locais

Uma das condições de validade do argumento de Jeremy Waldron contrário à revisão judicial das leis é a de que, na sociedade em análise, estejam em funcionamento instituições democráticas razoavelmente bem ordenadas.¹⁹⁷ Waldron especifica o conteúdo desse requisito salientando, entre outros aspectos, que os processos legislativos devem ser no geral bem elaborados e responsáveis, além de incorporar salvaguardas tais como um “robusto controle por comitês” e “múltiplos níveis de consideração, debate e votação”. Presume-se, ainda, que esses processos se conectam formal e informalmente com os debates mais amplos que são travados na sociedade. E, mais, que há partidos políticos operando e que a filiação do parlamentar a um determinado partido é um dado relevante na medida em que o estimula a endossar visões que transcendem os interesses de seus eleitores imediatos.¹⁹⁸

Adota-se aqui a pressuposição de que, no Brasil, tais requisitos não se realizam nem mesmo razoavelmente em relação às *instituições legislativas locais* (assembleias legislativas estaduais e câmaras municipais). Não é necessário, para o argumento, investigar quais seriam as causas mais profundas da disfuncionalidade que acomete os poderes legislativos dos Estados e Municípios. Basta constatar a realidade do *modus operandi* e da produção legislativa atuais desses órgãos. A deliberação é esqualida; o clientelismo, endêmico; a qualidade da maior parte do material legislativo produzido, abaixo da crítica. Há uma ostensiva negligência institucional para com os aspectos técnicos da arte de legislar. O requisito de conformidade à Constituição é desdenhado, mesmo nas situações mais incontroversas, se isso convier a algum fim político imediato. As denúncias veiculadas incessantemente nos meios de comunicação narram todo tipo de desvio institucional: leis compradas, esquemas de financiamento de campanha espúrios, fraudes, corrupção aos borbotões. A frequência com que deputados estaduais e vereadores figuram em inquéritos policiais, ações penais, ações por improbidade administrativa e processos por ilícitos eleitorais é alarmante. Quanto a este último dado, relatórios acessíveis ao público elaborados pela organização não governamental “Transparência Brasil” põem a nu um quadro desolador:

¹⁹⁷ V. capítulo 2, item 2.2.3.

¹⁹⁸ *The Core of the Case Against Judicial Review*, ob. cit., p. 1361.

Ocorrências na Justiça e Tribunais de Contas

As informações sobre ocorrências nas Justiças estaduais e nos Tribunais de Contas dependem da disponibilidade de dados em cada Corte, havendo grande disparidade de estado a estado. Por isso, pode acontecer eventual ausência de menção a processo em que algum parlamentar é réu. Processos que correm em primeira instância só são incluídos quando movidos pelo Ministério Público ou outros órgãos públicos. Processos movidos por outras partes só são assinalados quando já existe decisão desfavorável ao parlamentar. No caso de contas de campanha rejeitadas, todas as decisões são assinaladas aqui (desde que o político *não* tenha obtido a anulação da decisão), mesmo que o parlamentar tenha corrigido o problema (no caso de erros meramente formais, por exemplo). São anotadas ocorrências relativas a homicídios, estupro e pedofilia, mas não são incluídos outros litígios de natureza privada (como disputas por pensão alimentícia), nem queixas relacionadas a crimes contra a honra (porque políticos são frequentemente alvo desse tipo de processo). Por fim, assinala-se aqui a inscrição do parlamentar na dívida ativa previdenciária e na lista de autuados por exploração do trabalho escravo.

Casa	Parlamentares		
	Total	Com ocorrências	%
Assembleia Legislativa/AC	24	6	25%
Assembleia Legislativa/AL	27	9	33%
Assembleia Legislativa/AM	23	8	35%
Assembleia Legislativa/AP	24	5	21%
Assembleia Legislativa/BA	63	20	32%
Assembleia Legislativa/CE	46	16	35%
Assembleia Legislativa/ES	30	11	37%
Assembleia Legislativa/GO	41	26	63%
Assembleia Legislativa/MA	42	13	31%
Assembleia Legislativa/MG	77	21	27%
Assembleia Legislativa/MS	24	6	25%
Assembleia Legislativa/MT	23	14	61%
Assembleia Legislativa/PA	41	8	20%
Assembleia Legislativa/PB	36	15	42%
Assembleia Legislativa/PE	49	14	29%
Assembleia Legislativa/PI	30	4	13%
Assembleia Legislativa/PR	54	14	26%

(continuação)

Casa	Parlamentares		
	Total	Com ocorrências	%
Assembleia Legislativa/RJ	70	28	40%
Assembleia Legislativa/RN	24	4	17%
Assembleia Legislativa/RO	24	14	58%
Assembleia Legislativa/RR	24	11	46%
Assembleia Legislativa/RS	55	28	51%
Assembleia Legislativa/SC	40	17	43%
Assembleia Legislativa/SE	24	5	21%
Assembleia Legislativa/SP	94	40	43%
Assembleia Legislativa/TO	24	9	38%

Câmara Legislativa/DF	24	10	42%
-----------------------	----	----	-----

Fonte: “Projeto Excelências: Parlamentares em exercício no País”
 In: <<http://www.excelencias.org.br/@casa.php?pr=1>>

Para que não se duvide da gravidade das condutas imputadas a esses representantes do povo, pode-se consultar, na mesma página virtual, o tipo específico de acusação que pesa sobre cada um deles, bem como a fase dos correspondentes processos. A título de ilustração, o quadro abaixo descreve os quantitativos gerais dos procedimentos e respectivos temas, tomando-se como amostra a Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, onde 40% dos deputados são indiciados ou réus em algum tipo de procedimento policial ou judicial:¹⁹⁹

- improbidade administrativa: quinze processos
- compra de votos: seis processos
- formação de quadrilha: seis processos
- estelionato: cinco processos
- corrupção: três processos
- fraude: dois processos
- extorsão: um processo
- homicídio qualificado: um processo
- crimes ambientais: dois processos
- crime contra o sistema nacional de armas: um processo
- abuso de poder econômico: três processos
- abuso de autoridade: dois processos
- crime de responsabilidade (por licitação irregular): um processo
- ações civis públicas promovidas pelo Ministério Público (objeto não especificado): três processos
- irregularidades em prestações de contas e/ou na aplicação de recursos públicos: três processos
- não aprovação e irregularidades de contas de campanha: dois processos
- multa aplicada pelo TCU: um processo
- danos contra o meio ambiente: um processo
- inelegibilidade: dois processos
- impugnação a registro de candidatura: um processo
- execução fiscal movida pelo INSS: dois processos

Assim, diante de tal cenário, um juízo prudencial aconselha que se considere não atendido o pressuposto teórico da existência de “instituições democráticas bem ordenadas”, relativamente aos poderes legislativos locais. As graves patologias estruturais e operacionais das assembleias estaduais e das câmaras municipais desautorizam qualquer crença na capacidade institucional dessas organizações para exercer com eficiência e responsabilidade o papel que lhes cabe num regime democrático.

¹⁹⁹ In: <<http://www.excelencias.org.br/@casa.php?pr=1&casa=19>>

Põe-se a questão, então, de saber como esse dado fático – próprio da sociedade brasileira – poderia ser levado em consideração na construção do argumento de justificação *contextual* do controle judicial de constitucionalidade das leis. Note-se, inicialmente, que a simples constatação de tal problema, por si só, nada diz sobre quais seriam, especificamente, os bens e interesses que ficariam comparativamente mais expostos a vulnerações e que, por essa razão, poderiam ter a sua proteção reforçada mediante processos decisórios não democráticos, tais como a revisão judicial. O desafio, portanto, é o de tentar responder à seguinte indagação: quais seriam os bens e interesses especialmente suscetíveis de serem violados pelas leis promulgadas, em decorrência da disfuncionalidade dos legislativos locais?

Para respondê-la com sucesso, ter-se-ia que demonstrar que, nas circunstâncias dadas (*i.e.*, aceitando-se que os legislativos dos Estados e dos Municípios são, de fato, instituições disfuncionais), os interesses “*i*₁”, “*i*₂”, “*i*₃” ... “*i*_n” ficariam especialmente vulneráveis a ofensas legislativas. E em seguida poder-se-ia afirmar, de uma forma cartesianamente “dedutiva”, que, para neutralizar tais ameaças, bastaria instituir um controle judicial finamente ajustado para revisar as leis que alegadamente infringissem os interesses “*i*₁”, “*i*₂”, “*i*₃” ... “*i*_n”. Sucede, porém, que a identificação precisa desse conjunto de interesses {“*i*₁”, “*i*₂”, “*i*₃” ... “*i*_n”} é impossível na prática. A realidade é infinitamente mais complexa: o caráter *geral* da disfuncionalidade dos órgãos legislativos locais, associado à diversidade inabarcável de interesses passíveis de serem violados, elide qualquer chance de se dar uma solução tão determinada e específica ao problema.

Assim, se se quiser evitar a formulação de proposições arbitrárias, o máximo que se pode dizer é que uma instituição legislativa disfuncional tenderá a *legislar mal* com uma frequência muito maior do que um órgão legislativo razoavelmente bem ordenado. Como essa constatação genérica não é de grande ajuda, pode-se tentar descobrir quais foram, no passado, as razões mais frequentes de impugnação à legislação local.²⁰⁰ Ora, a experiência brasileira demonstra que uma assembleia legislativa disfuncional tem uma probabilidade maior de

²⁰⁰ Esse não é, admita-se, um método de investigação totalmente imune a críticas, já que no presente estudo se está questionando precisamente os critérios hoje dominantes no julgamento da constitucionalidade das leis brasileiras. Assim, poder-se-ia levantar a objeção de que, se questionamos a validade de tais critérios, não poderíamos, neste momento, utilizá-los para fundamentar a crítica ao trabalho legislativo pretérito das assembleias estaduais e das câmaras municipais. Não é bem assim, contudo, porque a presente dissertação não nega que haja razões que justificam a anulação das leis. Apenas se afirma que essas razões deveriam ser, no geral, *comparativamente mais exigentes* do que as que hoje usualmente se invocam. E, de todo modo, não parece ser um exagero reconhecer que a quantidade de casos suscitados e a reiteração das impugnações acolhidas pelos tribunais fornecem, quando menos, um indício de que os órgãos legislativos locais estariam frequentemente à margem do “desacordo interpretativo razoável”.

incorrer em determinados vícios (constatáveis com um grau razoável de objetividade), como por exemplo: desrespeitar *regras claras* de competência material, usurpando, em consequência, competências pertencentes a outros entes federais; não observar as *prerrogativas básicas* dos outros poderes; ou, no varejo das barganhas, adotar uma postura de servilismo frente ao executivo; promulgar leis por puro impulso demagógico, criando privilégios não justificáveis, com o exclusivo propósito de agradar a determinados grupos sociais; e também o contrário, *i.e.*, editar leis com total desconsideração aos interesses legítimos da maioria da comunidade; legislar com base nos interesses próprios dos membros do corpo legislativo (tanto os interesses estritamente pessoais quanto os da classe política que integram), e assim por diante. Todos esses vícios são observáveis, com intensidade e frequência variáveis, na atuação institucional das assembleias estaduais e das câmaras municipais brasileiras.

Desse modo, a pergunta inicial (sobre quais seriam os interesses postos em risco por legislativos locais disfuncionais) pode ser respondida apenas num nível muito elevado de generalidade, da seguinte maneira: tais interesses especialmente sujeitos a violação seriam, grosso modo: (i) os interesses correspondente à preservação da partilha constitucional de competências federativas;²⁰¹ (ii) os interesses correspondentes à manutenção de uma relação adequada de separação funcional, harmonia e controle recíproco entre os poderes;²⁰² e (iii) os interesses relacionados à integridade do Estado de direito (no sentido de império da lei).²⁰³

²⁰¹ A desobediência às regras constitucionais de partilha de competência legislativa entre os entes da federação tem sido uma das causas mais frequentes de invalidação de leis estaduais pelo Supremo Tribunal Federal. O mesmo acontece em relação às leis municipais questionadas perante os Tribunais estaduais (tendo como parâmetro de validade as Constituições estaduais). Exemplificativamente, já foram declaradas inconstitucionais leis locais que (segundo o entendimento adotado) haviam legislado sobre: direito civil e comercial (ADI 238/RJ, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 24-2-10), direito processual penal (HC 90900/SP, rel. Min. Menezes Direito, j. 30-10-08), diretrizes e bases da educação (ADI 2501/MG, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 4-9-08), trânsito e transporte (ADI 3671 MC/DF, rel. Min. Cezar Peluso, j. 28-8-08), sistemas de consórcio e sorteios (ADI 3895/SP, rel. Min. Menezes Direito, j. 4-6-08), energia (ADI 855/PR, rel. Min. Octavio Gallotti, j. 6-3-08), direito do trabalho (ADI 2487/SC, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 30-8-07), além dos numerosíssimos casos de conflitos referentes à competência da União para estabelecer normas gerais no âmbito da competência legislativa concorrente (art. 24, § 1º, da CF/88).

²⁰² Problemas relacionados à cláusula da separação de poderes também têm sido objeto de exame repetidas vezes no Supremo Tribunal Federal. As causas dos conflitos são as mais variadas. Eis alguns exemplos: lei que restringia a competência do poder executivo para prover cargos em comissão (ADI 2997/RJ, rel. Min. Cezar Peluso, j. 12-8-09), lei editada com ofensa à iniciativa privativa do chefe do poder executivo (ADI 2801/RS, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 4-3-09 – esta, uma das causas mais frequentes de anulação de leis com base na separação de poderes), lei editada com ofensa à iniciativa privativa dos tribunais (ADI 3773, rel. Min. Menezes Direito, j. 4-3-09), lei que obrigava o poder executivo a submeter os contratos da administração pública a exame prévio de validade pelo Tribunal de Contas (ADI 916/MT, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 2-2-09), decreto autônomo do poder executivo

–

Donde, pode-se concluir que é contextualmente justificável a instituição de um mecanismo de controle judicial das leis que de algum modo contribua para abrandar o risco de tais vícios virem a se manifestar na prática legislativa das assembleias estaduais e municipais. (Mais adiante, em conjugação com os outros argumentos justificatórios, será dada uma maior concretude a essa conclusão.)

4.2.2. O argumento contextualizado relacionado ao problema educacional

Uma outra condição de validade da tese de Waldron é a de que haja, na sociedade em estudo, um compromisso da maior parte de seus membros e das autoridades públicas no sentido de levar a sério os direitos individuais e os direitos das minorias. Esse pressuposto, segundo Waldron, demanda que as pessoas tenham um “conhecimento do consenso global sobre os direitos humanos e da história do pensamento acerca dos direitos”. Presume, ainda, que essas pessoas “mantenham as suas próprias visões sobre os direitos – assim como as visões dos outros – num estado de permanente reflexão e debate”. Exige, por fim, que tais indivíduos sejam vigilantes em relação às questões de direitos que se relacionem com as decisões sociais debatidas em seu meio.²⁰⁴ O que se sustenta, neste tópico, é que o estado da educação no Brasil não permite uma realização satisfatória de tais pressupostos.

Não é nenhuma novidade que há uma estreita inter-relação entre educação e democracia. Com efeito, a participação política depende de cidadãos informados, dotados de um nível mínimo de habilidades comunicativas, capazes de fazer escolhas conscientes e aptos

que criava cargos públicos remunerados e estabelecia as respectivas denominações, competências e remunerações (ADI 3232/TO, rel. Min. Cezar Peluso, j. 14-8-08), norma de Constituição estadual que previa a possibilidade de reexame, pelo Tribunal de Contas, das decisões fazendárias de última instância contrárias ao erário (ADI 523/PR, rel. Min. Eros Grau, j. 3-4-08), dispositivo legal de iniciativa parlamentar que desencadeia aumento de despesa pública em matéria de iniciativa privativa do chefe do poder executivo (ADI 64/RO, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 21-11-07).

²⁰³ Essa rubrica (“leis que põem em risco interesses relacionados à manutenção do Estado de direito”) se refere especificamente às leis que violam textos *claros* e *incontroversos* da Constituição Federal. Nem todo o direito constitucional, obviamente, está debaixo de “desacordos interpretativos razoáveis” (este tema será extensamente tratado nos capítulos 5 a 7 da dissertação). Há leis que qualquer intérprete minimamente bem informado, imparcial e de boa fé consideraria incompatível com o texto constitucional. Um exemplo típico são as inúmeras leis estaduais que, no contexto da chamada “guerra fiscal”, concedem benefícios fiscais em matéria de ICMS *sem prévio convênio*, a despeito da letra expressa do art. 155, § 2º, inciso XII, “g”, da CF/88 (no qual se prevê a existência de uma “deliberação dos Estados e do Distrito Federal” como condição prévia para a concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais) e de uma tradição interpretativa antiga e consolidada no sentido que a deliberação antecedente dos Estados é impositiva para tais fins.

²⁰⁴ WALDRON, Jeremy. *The Core of the Case Against Judicial Review*, ob. cit., p. 1365.

a compreender os aspectos básicos dos problemas da sociedade em que vivem. Nenhum desses requisitos deve ser entendido com um sentido excessivamente exigente. Ao contrário, o que eles pressupõem corresponde a um estágio de desenvolvimento educacional que já foi concretamente atingido por dezenas de países do mundo. A situação da educação brasileira, no entanto, ainda é de grande atraso (comparativamente ao alcançado em outras sociedades), a despeito do progresso lento que vem ocorrendo nas últimas décadas. Para bem fundamentar a asserção, vale aqui rememorar as estatísticas mais recentes a respeito do assunto.

Segundo o Programa Nacional por Amostra Domiciliar – PNAD, para o ano de 2008, há no Brasil, entre as pessoas com 15 anos ou mais de idade, 14,2 milhões de analfabetos, o que corresponde a 10,0% da população nesse segmento etário. Porém, a taxa de *analfabetismo funcional*, bem mais relevante para fins de avaliar a capacidade de participação política, é significativamente maior. De acordo com dados apurados no mesmo PNAD, 21,0% da população com 15 anos ou mais são *analfabetos funcionais*, o que equivale a 30 milhões de brasileiros. Essas informações, no entanto, têm por base o conceito de alfabetizado funcional da UNESCO, que considera como tal a pessoa que “pode participar de todas as atividades em que a alfabetização é necessária para o funcionamento efetivo do seu grupo e comunidade e também para lhe permitir continuar a utilizar a leitura, a escrita e o cálculo para seu próprio desenvolvimento e da comunidade”.²⁰⁵ Caso se refine essa estatística, utilizando-se os conceitos de *analfabetismo*,²⁰⁶ *alfabetismo nível rudimentar*,²⁰⁷ *alfabetismo nível básico*²⁰⁸ e *alfabetismo nível pleno*,²⁰⁹ tem-se a seguinte evolução histórica na última década:

²⁰⁵ Todas essas informações foram extraídas do sítio <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/população/trabalhoerendimento/pnad2008/comentarios2008.pdf>>. Acesso em 5-5-2010.

²⁰⁶ *Analfabetismo*: “corresponde à condição dos que não conseguem realizar tarefas simples que envolvam a leitura de palavras e frases ainda que uma parcela destes consiga ler números familiares (números de telefone, preços etc.)”. In: <http://www.ipm.org.br/download/inaf_brasil_2009_relatorio_divulgacao.pdf>, p. 4. Acesso em 5-5-2010

²⁰⁷ *Analfabetismo nível rudimentar*: “corresponde à capacidade de localizar uma informação explícita em textos curtos e familiares (como um anúncio ou pequena carta), ler e escrever números usuais e realizar operações simples, como manusear dinheiro para o pagamento de pequenas quantias ou fazer medidas de comprimento usando a fita métrica” (*idem*, p. 4-5).

²⁰⁸ *Alfabetismo nível básico*: “as pessoas classificadas neste nível podem ser consideradas funcionalmente alfabetizadas, pois já leem e compreendem textos de média extensão, localizam informações mesmo que seja necessário realizar pequenas inferências, leem números na casa dos milhões, resolvem problemas envolvendo uma sequência simples de operações e têm noção de proporcionalidade. Mostram, no entanto, limitações quando as operações requeridas envolvem maior número de elementos, etapas ou relações” (*idem*, p. 5).

²⁰⁹ *Alfabetismo nível pleno*: “classificadas neste nível estão as pessoas cujas habilidades não mais impõem restrições para compreender e interpretar textos em situações usuais: leem textos mais longos, analisando e relacionando suas partes, comparam e avaliam informações, distinguem fato de opinião,

INAF/BRASIL – Evolução do Indicador de Analfabetismo (população de 15 a 64 anos)						
	2001/2002	2002/2003	2003/2004	2004/2005	2007	2009
Analfabeto	12%	13%	12%	11%	9%	7%
Rudimentar	27%	26%	26%	26%	25%	21%
Básico	34%	36%	37%	38%	38%	47%
Pleno	26%	25%	25%	26%	28%	25%

Fonte: INAF BRASIL – 2009. *Indicador de Alfabetismo Funcional: Principais Resultados*
Instituto Paulo Montenegro e IBOPE

In: http://www.ipm.org.br/download/inaf_brasil_2009_relatorio_divulgacao.pdf

Adotado o critério do INAF, apenas 25% dos brasileiros no ano de 2009 eram classificados como *alfabetizados plenos*. Os 75% remanescentes ou eram *analfabetos funcionais* (= 28%) ou *alfabetizados básicos* (= 47%). Obviamente, esse é um quadro problemático para a democracia, uma vez que um *alfabetizado básico* – assim definida a pessoa que, embora saiba ler e escrever, revela limitações para compreender textos que envolvam um maior número de elementos, etapas ou relações –, via de regra, não atende às expectativas do terceiro pressuposto da teoria de Waldron.²¹⁰ Numa aproximação matemática imperfeita (pois as estatísticas não têm bases homogêneas), pode-se dizer que, dentre os 130 milhões de eleitores brasileiros,²¹¹ cerca de 75%, ou 97,5 milhões de cidadãos, são analfabetos funcionais ou alfabetizados apenas no nível básico. São pessoas cuja capacidade de participação política esclarecida é, no geral, diminuída.

Assim, resta perguntar, tal como se fez no tópico antecedente, quais seriam os interesses especialmente postos em risco pelo estado de precário da educação no Brasil? Em resposta, pode-se afirmar que as deficiências educacionais básicas da maior parte da população põem em risco, em primeiro lugar, a própria democracia. De fato, um grau mínimo de educação formal é condição elementar para o exercício informado e crítico da cidadania. É que, como observa Ana Paula de Barcellos, “a educação constitui, modernamente, pressuposto básico para a participação no âmbito do Estado, para o exercício da cidadania e para (...) [a] decisão consciente a respeito do voto em cada eleição”.²¹² A relação entre

realizam inferências e sínteses. Quanto à matemática, resolvem problemas que exigem maior planejamento e controle, envolvendo percentuais, proporções e cálculo de área, além de interpretar tabelas de dupla entrada, mapas e gráficos” (*idem*, p. 5).

²¹⁰ V. capítulo 2, item 2.2.3.

²¹¹ No ano de 2008, segundo dados do Tribunal Superior Eleitoral, o Brasil tinha 130.604.430 eleitores. In: <<http://www.tse.gov.br/internet/cd/tse/Livro.pdf>>. Acesso em 5-5-2010.

²¹² *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*: O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 260-261. Na mesma obra, a autora refere ainda a lição de Jean Piaget sobre a importância fundamental da educação na formação do indivíduo: “(...) o indivíduo não poderia adquirir

educação e democracia é bem estabelecida, razão pela qual não há necessidade de alongar a demonstração.

Esse não é, porém, o único interesse especialmente ameaçado pelo problema educacional. A deseducação inibe também a formação de uma “cultura dos direitos” no país. Isso porque o desenvolvimento de uma ambiência social de valorização dos direitos requer, como frisa Waldron, que os cidadãos tenham algum conhecimento do consenso global (ou *quase* global) em torno da necessidade de se protegerem os direitos humanos, assim como é necessário que se preocupem genuinamente com a efetividade de tais direitos, e que discutam entre si as decisões públicas que tenham por objeto esse tipo de controvérsias.²¹³ Nada disso pode ocorrer satisfatoriamente numa sociedade como a brasileira, em que 75% dos membros da população estão inseridos nas classes dos *analfabetos funcionais* (28%) ou dos *alfabetizados apenas em nível básico* (47%), restando somente um quarto (25%) de pessoas *plenamente alfabetizadas*. Esse quadro impede que se espalhe entre a população e, conseqüentemente, também entre as autoridades públicas um sentimento generalizado de reverência aos direitos fundamentais, a reboque do qual viriam a valorização e o respeito aos direitos dos desfavorecidos em geral e das minorias, aí incluídas aquelas pessoas ou grupos destinatários de menor estima ou atenção por parte do restante da sociedade.

Logo, pode-se afirmar, para concluir o tópico, que o problema da educação deficiente no Brasil deixa mais vulneráveis as seguintes classes de interesses: (i) os interesses relacionados à efetividade do processo democrático; e (ii) os interesses protegidos pelos direitos fundamentais.

4.2.3. Argumentos contextualizados pela referência à Constituição

Neste tópico, investigar-se-á quais os argumentos que poderiam ser diretamente deduzidos do próprio texto constitucional para justificar a revisão judicial das leis. De início, porém, é importante observar que, rigorosamente falando, os argumentos que serão agora analisados se situam na linha de fronteira entre os discursos de *justificação* e de *aplicação*. São *justificatórios* porque recorrem a valores e concepções políticas e filosóficas que

suas estruturas mentais mais essenciais sem uma contribuição exterior, a exigir um certo meio social de formação, e que em todos os níveis (desde os mais elementares até os mais altos) o fator social ou educativo constitui uma condição de desenvolvimento” (ob. cit., p. 260, nota nº 414).

²¹³ Cf. WALDRON, Jeremy. *The Core of The Case Against Judicial Review*, ob. cit., p. 1365.

transcendem os dados do direito positivo e do caso concreto. Mas são também *aplicativos* no sentido de que se reportam especificamente a determinados dispositivos da Carta em vigor.

A Constituição brasileira prevê o controle judicial de constitucionalidade das leis em diversos de seus dispositivos: art. 52, inciso X, art. 97, art. 102, incisos I, “a”, III, “a”, “b” e “c”, §§ 1º e 2º, art. 103 e art. 125, § 2º.²¹⁴ Mas a Lei Fundamental não traz um manual de instruções que ensine *como* se deve usar esse formidável poder de rever as leis. Várias dúvidas podem surgir – e surgem de fato. *Em que grau* é apropriado que os juízes sejam deferentes para com a lei editada pelo legislador? Os juízes podem usar os seus valores pessoais para fundamentar uma declaração de inconstitucionalidade? Os juízes devem substituir as interpretações do legislador sempre que não concordem com elas, *i.e.*, sempre que tais interpretações não sejam as preferidas deles, juízes? As teorias de interpretação utilizadas pelo legislador devem ser desconsideradas pelos juízes, caso estes acolham uma teoria de interpretação diversa? A postura interpretativa dos juízes deve ser a mesma perante todos os dispositivos da Constituição? Ou essa postura pode variar de acordo com o contexto

²¹⁴ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...)

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

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.

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

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (...)

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; (...)

§ 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (...) [segue-se, em nove incisos, o rol das pessoas legitimadas] (...)

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. (...)

§ 2º - Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

aplicativo de que se trate? As perguntas são muitas, infundáveis. A questão do “como”, portanto, é essencialmente deixada em aberto pela Constituição. E a experiência histórica do Brasil e de dezenas de outros países comprova que as formas de uso do poder de revisão variam enormemente. Há países em que o controle judicial é exercido de forma modesta e autocontida; e há outros, de tradição ativista, em que os juízes são uma parte importante do governo nacional. Por tudo isso, mesmo nos países em que o controle de constitucionalidade se acha institucionalizado, há um relevante espaço para os discursos de justificação, que podem assumir o papel de complementar o discurso de aplicação do direito constitucional (cuja fundamentação, do contrário, seria lacunosa), fornecendo pautas e critérios para o uso “correto” daquele poder.

Dito isso, o que se vai verificar agora é se haveria, no próprio texto da Constituição, alguma pista sobre a melhor maneira de justificar o controle de constitucionalidade das leis em vigor, tendo em vista que essa mesma Constituição: (a) alça a democracia à categoria de “princípio fundamental”, consagrado logo em seu art. 1º, na cláusula do Estado *Democrático* de Direito, fundado na cidadania e no pluralismo político; e (b) estatui, ainda, que “[t]odo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente” (parágrafo único do art. 1º).

A ideia básica, da qual se parte, é a de que, sendo o processo democrático algo em si mesmo extremamente valioso, a justificação para se anular uma decisão democrática exige um *contravalor* que tenha, no mínimo, peso idêntico. Ora, as decisões que se materializam nas leis – decisões interpretativas, valorativas, políticas – são, com grande frequência, decisões às quais subjaz um ambiente de incerteza e desacordo razoável. Essas decisões, portanto, caracterizam-se como *escolhas* feitas pela instituição que, nos regimes democráticos, é primariamente encarregada de decidir quais são os termos justos da cooperação social: o parlamento, integrado por representantes eleitos pelo povo. Para que se admita a anulação dessas escolhas, alguma justificativa *suficiente* tem que ser dada. Assim, tendo presente que a democracia é um princípio positivado no texto constitucional, impõe-se perguntar: quais seriam os *outros* princípios e valores, igualmente abrigados no texto da Constituição, que poderiam justificar a substituição da escolha feita pelo legislador democrático por uma escolha diversa, feita pelos juízes constitucionais? Note-se bem: só poderão ser indicados princípios e valores constitucionais dotados de uma força justificatória *suficiente* para, no contexto aplicativo de que se trate, equiparar-se ao valor do processo democrático. Essa comparação entre valores deverá ser objeto de uma argumentação

constitucional que demonstre os motivos pelos quais esse valor concorrente, em determinado contexto, pode ter a força de neutralizar o valor democrático em que se apoia a lei editada pelo parlamento.

Com base nessas premissas, extraem-se da Constituição brasileira cinco valores com força suficiente para se contrapor ao valor da democracia. Adiante, cada um deles será examinado.

*O Estado de direito.*²¹⁵ – A primeira justificativa de todas é a mais intuitiva: a cláusula do *Estado de direito* (art. 1º da CF/88). Se a Constituição é *norma*, e se é além disso uma *norma suprema*, então todas as leis que integram o ordenamento devem a ela se conformar. Todos os poderes constituídos se submetem à lei constitucional, *inclusive o poder legislativo*.

Essa justificação, no entanto, não tem força suficiente para autorizar a “troca subjetiva de preferências”, isto é, a mera substituição das escolhas realizadas no âmbito do processo democrático por escolhas feitas na arena judiciária. E isso pela intuitiva razão de que, se a mera preferência (por um valor, uma tese interpretativa ou uma concepção política diversa) bastasse para autorizar a troca de uma decisão por outra, o princípio democrático perderia toda a sua força normativa. Todas as escolhas relevantes caberiam ao judiciário, e o poder político não mais estaria “emanando do povo”. Os cidadãos teriam sido privados de sua prerrogativa de exercer o poder “por meio de seus representantes *eleitos*”, como quer o parágrafo único do art. 1º da CF/88.

A cláusula do Estado de direito, portanto, só autoriza a revisão da lei se houver um *erro* por parte do legislador. Aqui não é o momento de antecipar o que se quer dizer precisamente com essa expressão, *erro do legislador*, pois o tema será amplamente tratado nos capítulos 5 a 7 desta dissertação. Por ora, basta esclarecer que a corte constitucional, para afirmar o erro do legislador, terá de demonstrar que, sob nenhum ponto de vista, as escolhas

²¹⁵ “O ideal político do Estado de Direito faz algumas promessas. Originalmente, esse ideal esteve associado a um regime de ‘governo das leis, não dos homens’, de proteção contra o arbítrio e o capricho no exercício de autoridade, a um regime de decisões justificadas racionalmente. No período moderno, ganhou alguns traços adicionais. Em nome da emancipação individual (e também do bom funcionamento das economias capitalistas), comprometeu-se também com a garantia de certeza no Direito e com a previsibilidade das decisões jurídicas. Somente posso ser livre e autônomo, nessa perspectiva, se tiver a capacidade de planejar minhas ações futuras. Para tanto, preciso ter segurança de que as consequências de tais ações serão certas e mensuráveis de antemão e de que minhas expectativas serão atendidas. Essa é uma virtude do Estado de Direito, uma conquista dotada de valor moral, a ‘ética do legalismo’” (MacCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. xv. O texto reproduzido consta da apresentação à edição brasileira e é de autoria conjunta de Cláudio Michelon e dos dois tradutores já referidos).

feitas pelo legislador (escolhas interpretativas, morais, políticas) poderiam ser consideradas racionalmente fundamentáveis. Ou seja: o erro equivale à *decisão implausível*, que não pode contar com nenhum argumento racional para justificá-la. A democracia não exige a manutenção de decisões implausíveis. A democracia, passe o truísmo, não presume que os legisladores sejam infalíveis. A existência de um desacordo razoável é inerente à democracia. Mas o desacordo comprovadamente *irrazoável* – fruto de concepções implausíveis, de equívocos crassos ou de escolhas absurdas – é nocivo à sociedade e deve ser evitado, na medida das possibilidades humanas.

Se, por outro lado, o legislador puder invocar em favor da lei argumentos racionalmente aceitáveis (ainda que não os melhores, ao ver do tribunal), *então já não mais valerá a justificção baseada na cláusula do Estado de Direito*. Neste caso, terá precedência o valor da democracia, e a lei, conseqüentemente, deverá ser mantida. A cláusula do Estado de direito, num ambiente de pluralismo e desacordo razoável, *não justifica* que os juízes substituam a escolha dos legisladores pelas suas (deles, juízes). Antes, se a divergência for razoável, a cláusula do Estado de direito tende a apoiar a prevalência da decisão do legislador, a bem da segurança jurídica e da previsibilidade do direito (elementos constitutivos da ideia de Estado de direito).

Tudo isso não afasta a possibilidade, como se verá na sequência, de que algum *outro valor* eventualmente tenha força suficiente para justificar a substituição de escolhas legislativas por escolhas judiciais. Mas aí a justificativa *será esse outro valor*, e não a cláusula do Estado de direito.

As cláusulas de intangibilidade como critério unificador para a determinação dos demais valores constitucionais com força justificatória suficiente. – Os outros valores constitucionais capazes de apresentar um peso justificatório suficiente para autorizar a limitação à democracia podem ser unificados debaixo de um único critério orientador, qual seja, o da correspondência com as cláusulas de intangibilidade da Constituição de 1988 (art. 60, § 4º).²¹⁶ As instituições referidas nesse dispositivo constitucional – federação, voto, separação de poderes e direitos individuais – condensam “as decisões políticas essenciais e os

²¹⁶ Art. 60. (...)

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

valores mais elevados [da] ordem jurídica”, razão pela qual “funcionam também como princípios fundamentais que irão orientar a interpretação constitucional, dando unidade e harmonia ao sistema”.²¹⁷ Esses princípios fundamentais constituem assim um núcleo de *valores políticos* cuja importância é equiparável no sentido de que todos eles, *em conjunto*, compõem a *identidade* do sistema constitucional brasileiro.²¹⁸ A ausência de qualquer um desses valores desfiguraria a Constituição, *i.e.*, importaria na fundação de uma nova ordem constitucional, distinta da atual.

É bem de ver, por outro lado, que a federação, o voto, a separação de poderes e os direitos individuais (§ 4º do art. 60 da CF) são também elementos estruturantes do Estado democrático desenhado pela Constituição de 1988. Logo, a promoção desses valores, via de regra, fortifica a democracia brasileira, tal como concebida pela decisão política fundamental do constituinte originário.

Importa notar, por fim, que, se esses valores receberam uma proteção especial até mesmo em face do constituinte derivado (consistente na vedação de emendas que lhes descaracterizem o núcleo essencial), é razoável supor que eles também devam ser tutelados *de uma forma especial* frente ao legislador infraconstitucional. Antecipando-se um pouco do que será visto mais à frente, pode-se dizer que essa “forma especial” de proteção, no controle judicial de constitucionalidade, se materializará na avaliação da lei mediante *juízos de correção* – e não por meio de juízos de *mera plausibilidade*. Tais juízos de correção, no entanto, deverão incidir apenas sobre a *ideia nuclear* de cada um daqueles valores, e não sobre os múltiplos detalhamentos que estão *fora* do núcleo essencial da *forma federativa de*

²¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 159.

²¹⁸ É claro que se pode sustentar que, de um ponto de vista puramente moral, alguns direitos fundamentais, como a dignidade humana, *p.ex.*, são, *no plano abstrato*, mais valiosos do que a democracia. Essa afirmação se baseia na noção intuitiva de que suprimir a dignidade humana é um mal comparativamente maior do que suprimir a democracia. Esse juízo, porém, não infirma o argumento de que, *para a constituição de uma polis bem ordenada*, ambos são igualmente cruciais e indispensáveis. Entre outras razões, porque a própria dignidade humana exige que cada pessoa tenha, tanto quanto possível, uma voz igual no processo por meio do qual serão tomadas as decisões coletivas que promoverão, de uma forma ou de outra, as inúmeras dimensões específicas da dignidade humana abstrata e, bem assim, de todos os demais direitos fundamentais. Não se deve perder de vista que a dignidade humana e os direitos fundamentais enunciados no texto constitucional são fórmulas linguísticas dotadas de alto grau de generalidade e, portanto, passíveis de diferentes compreensões razoáveis. Um sistema democrático robusto e bem desenvolvido – como a poliarquia de Robert Dahl – é, no mundo real, a melhor garantia (ainda que não infalível, obviamente) de que as decisões coletivas se preocuparão, na maior medida possível, com a realização da dignidade humana e dos direitos fundamentais dos membros da comunidade. Assim tem sido, ao menos, na história humana recente.

Estado, da separação de poderes, dos direitos fundamentais e da própria democracia. Tudo isso será explicado em detalhes nos capítulos 5 a 7 desta dissertação.

4.3. Uma ponte para a parte final da dissertação: o quadro completo das justificações

Para concluir a investigação dos argumentos de justificação, apresenta-se abaixo o esquema geral dos argumentos universais e contextuais que legitimam a atuação do poder judicial de controlar a constitucionalidade das leis.

I – ARGUMENTOS DE JUSTIFICAÇÃO UNIVERSAIS

• *Proteção dos bens e interesses essenciais ao processo democrático:*

- (a) abertura dos canais de alternância do poder político;
- (b) acesso igualitário, inclusive para os membros de minorias, às posições de comando (requisitos de elegibilidade, impedimentos etc.);
- (c) procedimento eleitoral justo e equânime (sem mecanismos que beneficiem os detentores do poder);
- (d) preservação de um *status* político igualitário para todos os cidadãos;
- (e) direito ao voto;
- (f) o direito dos cidadãos a uma participação livre e igual no processo democrático;
- (g) o direito de divergir e fazer oposição (sem risco de vir a sofrer danos pessoais);
- (h) direitos fundamentais essenciais ao processo democrático, como o direito à livre expressão, o direito de reunião, o direito de associação (incluindo o direito de formar partidos políticos), o direito de ter acesso ao maior número de informações livremente produzidas e a liberdade de imprensa, consideradas apenas as dimensões desses direitos funcionalmente vinculadas ao exercício da cidadania.

II – ARGUMENTOS DE JUSTIFICAÇÃO CONTEXTUALIZADOS EM RELAÇÃO À REALIDADE POLÍTICA E SOCIAL DO PAÍS

(1º subtipo) – ARGUMENTOS CONTEXTUALIZADOS RELACIONADOS À DISFUNCIONALIDADE DOS ÓRGÃOS LEGISLATIVOS LOCAIS

• *Rol dos interesses especialmente vulneráveis:*

- (i) interesses correspondente à preservação da partilha constitucional de competências federativas;
- (ii) interesses correspondentes à manutenção de uma relação adequada de separação funcional, harmonia e controle recíproco entre os poderes;
- (iii) interesses relacionados à integridade do Estado de direito (no sentido de império da lei).

(2º subtipo) – ARGUMENTOS CONTEXTUALIZADOS RELACIONADOS ÀS DEFICIÊNCIAS DE BASE NA FORMAÇÃO EDUCACIONAL DA MAIOR PARTE DA POPULAÇÃO

• *Rol dos interesses especialmente vulneráveis:*

- (iv) interesses relacionados à efetividade do processo democrático; e
- (v) interesses protegidos pelos direitos fundamentais.

III – ARGUMENTOS DE JUSTIFICAÇÃO CONTEXTUALIZADOS PELA REFERÊNCIA À CONSTITUIÇÃO EM VIGOR

• *Valores constitucionais com peso justificatório suficiente para autorizar limitações ao processo democrático:*

- (α) Estado de direito (art. 1º);
- (β) federação (arts. 1º e 18);
- (γ) democracia (arts. 1º e 14 a 16);
- (δ) separação dos poderes (art. 2º); e
- (ε) direitos fundamentais (arts. 5º a 13).

Esses argumentos de justificação, a seu turno, devem desempenhar o importante papel de coadjuvar o discurso de aplicação do direito constitucional. A ideia essencial é a de que, mesmo em sistemas que já preveem o controle judicial, faz sentido – ou melhor dizendo: é imprescindível – investigar a justificabilidade do exercício desse poder nas mais variadas situações que a prática oferece. É que o fato de o controle judicial estar normativamente previsto não elimina a sua conflituosidade com os valores democráticos. A colisão entre o controle judicial de constitucionalidade e a democracia continua existindo, e precisa ser considerada no momento em que se interpreta e aplica a Constituição. Na aplicação da Lei Fundamental, assim, o discurso de justificação servirá ao estabelecimento de parâmetros

gerais para o “uso democraticamente correto” do controle judicial de constitucionalidade das leis.²¹⁹

²¹⁹ Esses parâmetros gerais serão estudados nos capítulos 5, 6 e 7 desta dissertação. Todavia, as múltiplas especificações possíveis desses parâmetros gerais é tarefa própria para a casuística de interpretação e aplicação do direito constitucional.

5 CONTEXTOS APLICATIVOS DE CONTROLE “FORTE” E “FRACO”

Foram vistos no capítulo 4 os valores constitucionais que justificam a intervenção judicial limitadora da democracia: Estado de direito, federação, a própria democracia, separação de poderes e direitos fundamentais. A tarefa a ser cumprida, agora, é a de propor um método de obtenção de decisão que leve em conta as colisões que podem ocorrer entre tais valores, especificamente no momento do controle judicial de constitucionalidade das leis. Esse método será construído com o propósito de otimizar o princípio democrático, realizando-o *na maior medida possível*, tendo em vista as pretensões normativas contrapostas que advêm das exigências de igual realização otimizada daquele conjunto de valores constitucionais.²²⁰

5.1. O legislador como intérprete constitucional

Toda legislação encerra uma interpretação da Constituição. Pode até ser que o faça num grau mínimo, como seria o caso de um dispositivo legal de caráter técnico cuja estatuição pressuponha, unicamente, uma certa compreensão da respectiva norma constitucional de outorga de competência legislativa. Assim, p.ex., o art. 8º, § 1º, III, da Lei nº 9.782/99²²¹ estabelece que “cosméticos, produtos de higiene pessoal e perfumes” se inserem dentro da categoria dos “produtos (...) que envolv[e]m risco à saúde pública”. E, em razão dessa periculosidade normativamente estabelecida, tais produtos se sujeitam ao poder de polícia da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. Para pôr em vigor essa proposição jurídica,²²² o legislador, no mínimo, teve que interpretar previamente o art. 24,

²²⁰ Recorde-se que aqui se está querendo formular uma proposta de uso “democraticamente adequado” do poder judicial de rever as leis. Logo, a aplicação da Constituição referida no texto é, especificamente, a que ocorre no controle da constitucionalidade de uma lei.

²²¹ “Art. 8º. Incumbe à Agência [ANVISA], respeitada a legislação em vigor, regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública.

§ 1º. Consideram-se bens e produtos submetidos ao controle e fiscalização sanitária pela Agência: (...)

III – cosméticos, produtos de higiene pessoal e perfumes”.

²²² Trata-se, no caso, de uma *proposição jurídica aclaratória*. Tais são, na definição de Karl LARENZ, as proposições que “delimitam em pormenor um conceito ou tipo empregues em outras proposições jurídicas (proposições jurídicas delimitadoras), ou especificam ou completam o conteúdo de um termo utilizado no seu significado geral com respeito a distintas configurações do caso (proposições jurídicas complementadoras)” (*Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 360).

XII, da CF, que atribui à União competência para legislar sobre a “proteção e defesa da saúde”. Vale dizer, partiu o legislador da premissa de que a norma de competência do art. 24, XII, da CF possuía um sentido tal que o autorizava a definir, por meio de lei, que *cosméticos, produtos de higiene pessoal e perfumes* são produtos de interesse para a atividade pública de vigilância sanitária. Em suma, o legislador atribuiu à norma constitucional («N_c») um determinado sentido («S») e, apoiando-se nessa atribuição de sentido, editou a norma legal. Isso quer dizer que o legislador não só procedeu a uma interpretação do texto constitucional como, também, a uma interpretação dos próprios termos da proposição normativa de nível legal por ele mesmo criada, na medida em que pressupôs que a produção e a comercialização de *cosméticos, produtos de higiene pessoal e perfumes* estariam de algum modo conectadas com o dever estatal de promover a defesa da saúde pública. Logo, para editar a lei em questão teve o legislador, também, que subsumir previamente o conceito de *regulação de cosméticos, produtos de higiene pessoal e perfumes* («r») no conceito mais amplo de *regulação de proteção e defesa da saúde* («R»).

Mesmo nessa hipótese de *interpretação mínima da Constituição*, uma corte constitucional, revisando o trabalho do legislador, poderia em tese invalidá-lo por dois motivos, a saber: (i) o tribunal poderia julgar que o legislador compreendeu mal a norma constitucional de competência, atribuindo sentidos extravagantes («S₁») ao que seja “proteção e defesa da saúde”; ou seja, «S₁» não seria um sentido possível para «N_c»; e (ii) o tribunal poderia ainda afirmar que, embora a lei editada indique que o legislador de um modo geral compreendeu com aceitável precisão o que significa proteger e defender a saúde, ele, no entanto, se equivocou em relação às características do próprio objeto da regulação legal («r₁»), em razão do que acabou por disciplinar indevidamente temas que não se inserem no âmbito normativo²²³ da proteção e defesa da saúde; teria havido, neste caso, a formulação de um juízo errôneo a respeito da adequação entre o objeto concretamente regulado e a previsão

²²³ O *âmbito normativo* é o segmento da realidade tomado em consideração pelo legislador para fins de regulação. Contrapõe-se, na teoria hermenêutica de Friedrich Müller, ao *texto da norma*, também chamado de *programa normativo*. Segundo esse autor, “[o] teor literal expressa o ‘programa da norma’, a ‘ordem jurídica’ tradicionalmente assim compreendida. Pertence adicionalmente à norma, em nível hierárquico igual, o âmbito da norma, *i.e.*, o recorte da realidade social na sua estrutura básica, que o programa da norma ‘escolheu’ para si ou em parte criou para si como seu âmbito de regulamentação” (MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Trad. Peter Naumann. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 42).

constitucional; ou seja, «*r*₁» não seria um caso de «**R**». ²²⁴ Exemplos semelhantes poderiam ser construídos para todas as normas legais existentes no ordenamento jurídico.

Todavia, além dessa hipótese básica (em que a interpretação da Constituição é *mínima*), há situações outras que obrigam o legislador a desenvolver um trabalho de interpretação da Constituição mais extenso e complexo. São os casos em que o legislador, previamente à estatuição da regra legal, deve compreender a norma constitucional de competência (tal como na situação acima analisada) e, *além disso*, deve interpretar adicionalmente algum outro elemento normativo da Constituição, por meio do qual já se determinou (parcialmente) o conteúdo da norma legal a ser editada. ²²⁵ Assim, p.ex., o legislador estadual, ao dispor sobre o regime jurídico de seus servidores públicos *lato sensu* (com base na competência que lhe foi outorgada pelos arts. 18 e 25 da CF), não poderá criar uma ordenação que seja materialmente incompatível com o comando da Constituição segundo o qual os cargos em comissão devem destinar-se apenas às “atribuições de direção, chefia e assessoramento” (CF, art. 37, V). De forma semelhante, a União, ao legislar sobre os “serviços postais” (nos termos do art. 22, V, da CF), há de considerar, na regulação da matéria, que a atividade de “manter o serviço postal” foi a ela (União) expressamente atribuída por outro preceito constitucional (CF, art. 21, X); e que, de outra parte, vigora na ordem econômica brasileira o princípio da livre iniciativa (CF, art. 170) e a paridade obrigatória de regimes jurídicos entre as empresas privadas e as estatais que explorem atividade econômica (CF, art. 173, § 1º, II).

Nesses casos, em que há uma expansão da tarefa de interpretação da Constituição, a lei promulgada se sujeitaria não só a ser judicialmente invalidada em razão dos “erros” anteriormente aludidos – quais sejam (recordando): (1º) a má interpretação do texto constitucional em abstrato; e (2º) a inadequação entre o âmbito normativo regulado e a regra

²²⁴ Um terceiro motivo, que pode estar presente em todo e qualquer caso, é a *inconstitucionalidade formal*, decorrente de vícios no processo de elaboração da lei. No texto, para simplificar a exposição, fez-se referência apenas às questões de *incompatibilidade de conteúdo* entre a lei e a Constituição.

²²⁵ Em muitos casos, essas duas questões de interpretação não se apresentam separadamente, mas sim indissolúvelmente ligadas. Assim, a União tem competência geral para legislar sobre direito tributário, nos termos do art. 24, I, da CF. Mas, considerando-se o sistema de partilha constitucional de competências tributárias adotado pela Carta Política brasileira, a competência *específica* para legislar sobre o imposto de renda se funda no art. 153, III, da CF: “Compete à União instituir impostos sobre (...) renda e proventos de qualquer natureza”. Ocorre que este dispositivo (o art. 153, III), além de conter uma regra de competência legislativa particularizada, ainda pré-determina (parcialmente) o conteúdo da norma legal a ser editada, na medida em que o tributo em questão terá que ser um “imposto” e deverá incidir sobre a “renda” (significando isso, p.ex., que o legislador não poderá eleger como fato gerador um serviço público específico e divisível; ou a realização de uma operação de circulação de mercadorias etc.).

de competência fixada na Constituição – como, também, em decorrência de uma divergência de concepções sobre *até que ponto* esses dados normativos adicionais, esparsos no texto da Constituição, determinam materialmente a regulação legal.²²⁶ Voltando ao exemplo dos serviços postais: poderia questionar-se a validade da lei que estabelecesse um regime monopolístico para o exercício da atividade postal por empresa pública federal, ao argumento de que (a) a Constituição não previu explicitamente tal monopólio e, a par disso, (b) sujeitou as atividades econômicas ao regime geral da livre iniciativa (art. 170) e (c) ordenou que as empresas estatais que explorem atividade econômica se submetam ao regime jurídico próprio das empresas privadas (art. 173, § 1º, II). Daí já se vê que a tarefa de interpretação da Constituição, que incumbe ao legislador, pode variar do trivial ao extremamente complexo.

Sucedo que, em sistemas de Constituição rígida com controle de constitucionalidade a cargo de órgãos judiciais, esse ato interpretativo do legislador sempre é passível de ser submetido ao crivo revisor do juiz constitucional. Poderá este concordar, ou não, com a interpretação dada pelo legislador ao princípio ou regra constitucional que, no caso, serve de parâmetro normativo para o controle do dispositivo legal. Em caso de divergência, o juiz desfaz o trabalho do legislador, declarando a invalidade da lei. Essa limitação às funções legislativas não é, contudo, uma consequência “automática” da superioridade hierárquica da Constituição, como alguns equivocadamente sustentam. Na realidade, essa limitação resulta, de maneira bem mais direta, da *supremacia judicial*.²²⁷ É dizer, deriva da existência, no sistema jurídico, de uma compreensão difundida entre os seus operadores de que cabe ao juiz constitucional o papel de dizer a última palavra na interpretação das normas constitucionais, *substituindo* a interpretação do legislador pela sua própria, sempre que essa lhe pareça a medida adequada a tomar.

Pois bem: é precisamente esse paradigma de controle judicial que se quer aqui questionar, pelas razões fundadas no princípio democrático já expostas nos capítulos 2 e 3.

²²⁶ Determinação esta que pode se dar tanto para *impor* um conteúdo específico à lei (determinação positiva) como, ao contrário, para *proibir* que a lei contenha certas regulações constitucionalmente não desejadas (determinação negativa).

²²⁷ Mark TUSHNET esclarece o ponto ao argumentar que, nos sistemas em que vigora a supremacia judicial, caso se verifique uma divergência entre o legislador e a corte constitucional sobre a melhor maneira de interpretar a Constituição, vale a regra de que prevalece a interpretação fixada pela maioria dos membros da corte constitucional. Em tese, porém, é ao menos imaginável um sistema em que a regra fosse algo como: a interpretação constitucional da maioria dos membros da corte constitucional é a que se aplica em geral, mas, em havendo divergência, o poder legislativo pode, também pela maioria de seus membros, rejeitá-la por meio de uma legislação que exprima uma interpretação razoável dos princípios fundamentais da Constituição (*Taking the Constitution away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 2000, p. 26-30).

Propõe-se, assim, a superação do paradigma hoje vigente, no qual a substituição da interpretação constitucional do legislador pela interpretação constitucional do juiz depende apenas de o poder judiciário considerar que a sua interpretação é “melhor” do que a interpretação dada à Constituição pelo poder legislativo. O novo paradigma, a ser desenvolvido neste e nos próximos capítulos, apoia-se na premissa de que o princípio democrático impõe a abertura de espaços *mais amplos* para a interpretação *razoável* da Constituição feita pelo legislador.

Com base em tal premissa, desenvolver-se-á a seguir um método de obtenção de decisão que instrumentalizaria essa abertura de espaços para a interpretação razoável do legislador mediante a graduação do controle judicial de constitucionalidade em dois tipos básicos, quais sejam, o controle de tipo “forte” e o controle de tipo “fraco”. De maneira muito sintética, pode-se antecipar (a explicação mais detalhada virá ao longo dos próximos capítulos) que a distinção entre essas duas modalidades de controle reside no tipo de juízo a ser emitido na aferição da validade constitucional da lei. No controle “forte”, o julgamento se baseia em *juízos de correção*, mediante os quais o tribunal avalia se a interpretação constitucional incorporada à lei corresponde à “melhor” compreensão possível da norma constitucional. Já no controle “fraco”, a revisão da lei é feita com base em *juízos de plausibilidade*, mediante os quais o tribunal busca aferir, apenas, se a interpretação constitucional pressuposta pela lei é *razoável* ou *plausível* (mas não necessariamente a “melhor”, ao ver do tribunal). *Interpretação razoável*, neste sentido, é aquela passível de ser racionalmente sustentada por argumentos que seriam *discursivamente possíveis* no âmbito de uma teoria da argumentação jurídica racional.

Assim, é preciso, antes de todo o mais, indicar quais são as situações que ensejam um controle de constitucionalidade de tipo “forte” e quais reclamam um controle de tipo “fraco”. Essa distinção será feita por meio do recurso às noções de “contextos aplicativos” e “questões constitucionais”, cujo sentido passa-se a explicar no próximo tópico.

5.2. “Contextos aplicativos” e “questões constitucionais” (convenções terminológicas)

A expressão “contexto aplicativo”, tal como aqui será empregada, designa, de modo amplo, (i) o conjunto de proposições normativas *constitucionais* (princípios ou regras) em tese aplicáveis a um determinado caso, (ii) os elementos factuais tidos como relevantes na situação

de que se trate²²⁸ e (iii) as evidências disponíveis para a comprovação desses mesmos elementos factuais. Como a definição já deixa entrever, aqui só se cuidará de “contextos aplicativos” *constitucionais*, o que se explica por ser a interpretação da Constituição o objeto específico deste estudo.²²⁹

Na perspectiva do processo judicial onde ocorre o controle de constitucionalidade das leis, a ideia de *contexto aplicativo* pode ser esclarecida também mediante a noção de “questões”, entendido este vocábulo em seu sentido técnico processual, equivalente a *pontos duvidosos de fato ou de direito, que surgem no processo e que cumpre ao juiz resolver*.²³⁰ Sob essa ótica, o contexto aplicativo corresponde ao *conjunto de questões constitucionais substanciais suscitadas, ou suscitáveis, no controle de constitucionalidade de uma determinada norma legal*.

Ao ângulo material, os contextos aplicativos podem ser classificados com base no *conteúdo normativo predominante*. Assim, um contexto aplicativo será chamado “jusfundamental”, “federativo”, “relativo à separação de poderes” etc., conforme nele se trate, respectivamente, de aplicar normas constitucionais de direito fundamental, normas constitucionais configuradoras da forma federativa de Estado ou normas constitucionais que estruturam as inter-relações entre os três poderes. Alguns exemplos facilitarão a plena apreensão do critério classificatório que ora se propõe. Numa discussão sobre se a União

²²⁸ A importância decisiva dos *atos* no controle judicial de constitucionalidade das leis não pode mais ser posta em dúvida, no atual estágio evolutivo da dogmática constitucional. André Ramos TAVARES, a esse respeito, observa que “uma análise em abstrato da constitucionalidade dos atos estatais, ainda que restrito fosse o controle judicial da constitucionalidade aos atos normativos, não pode, jamais, situar-se no campo meramente teórico, sem referência ao mundo dos fatos. (...) Há uma comunicação inegável entre a norma jurídica e os fatos do mundo concreto. Não há controle de constitucionalidade sem prévia interpretação da Constituição, e esta contém a apreciação oriunda da realidade que circunda o intérprete. Ademais, a consideração dos fatos concretos está atada à consideração da norma, porque o pensamento jurídico não sobrevive sem a apreciação das hipóteses pressupostas ou adotadas pela norma (ou seu legislador). (...) É preciso fazer referência, ainda, ao caso da chamada ‘prognose do legislador’ e de sua avaliação pelos Tribunais Constitucionais, na qual há igual campo para o desenvolvimento de apreciação de fatos (futuros), já se trilhando, portanto, um passo adiante à admissão dos fatos no controle concentrado de constitucionalidade, para passar-se a admitir a apreciação de ‘atos futuros’” (*Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 242).

²²⁹ Evidentemente, pode-se usar a noção de contexto aplicativo para qualquer tipo de norma, *constitucional ou infraconstitucional*. Mas, no presente trabalho (em vista de suas finalidades), o emprego da expressão “contexto aplicativo” será referido, de modo específico, aos contextos aplicativos *de normas constitucionais*.

²³⁰ Confira-se, a propósito, a famosa definição carnelluttiana de “questão”: “Cuando una afirmación comprendida en la razón (de la pretensión o de la discusión) pueda engendrar dudas y, por tanto, haya de ser verificada, se convierte en una *cuestión*. La *cuestión* se puede definir, pues, como un *punto dudoso*, de hecho o de derecho” (CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Vol. II. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Uteha Argentina, 1944, p. 15).

pode, ou não, impedir os Estados e os Municípios de oferecerem a seus servidores determinadas prestações previdenciárias não autorizadas em lei da União, o contexto aplicativo envolve, em primeira linha, uma *controvérsia federativa* acerca dos limites dos poderes da União sobre os entes locais. Por convenção, então, dir-se-á que esse tipo de discussão se dá num *contexto aplicativo que envolve questões federativas* (ou expressões similares, como *contexto aplicativo federativo* etc.). Figurem-se outras hipóteses: (a) João alega ter tido a sua intimidade indevidamente violada por uma empresa de radiodifusão de sons e imagens: trata-se de um *contexto aplicativo que envolve questões jusfundamentais* (direito à intimidade e livre expressão); (b) a Constituição de um Estado obriga o respectivo poder executivo a submeter os contratos administrativos a um exame *prévio* da Assembleia Legislativa, para fins de controle de legalidade: cuida-se de um *contexto aplicativo referente à separação dos poderes*; e (c) determinada lei dificulta a fiscalização pelos partidos políticos do processo de apuração e contagem de votos: tem-se aí um *contexto aplicativo de questões relacionadas à democracia*.

Os contextos aplicativos podem ser *unitários*, se envolverem questões constitucionais substanciais relacionadas a um único setor normativo da Constituição (seria o caso, p.ex., de uma discussão que tivesse por objeto, exclusivamente, o alcance do princípio federativo). Ou podem se dizer *múltiplos*, se abarcarem questões constitucionais substanciais concernentes a diversos domínios da normatividade constitucional (imagine-se uma hipótese que reúna, a um só tempo, questões jusfundamentais e questões relacionadas à separação dos poderes).

Em relação aos contextos aplicativos *múltiplos*, há duas situações distintas a considerar. Na primeira delas, constata-se que num dado contexto aplicativo há um setor normativo constitucional (p.ex., um argumento de direito fundamental) claramente mais importante para a solução do caso, sendo as demais questões meramente derivadas (no sentido de não autônomas); neste caso, para fins de redução de complexidade, nada impede que esses contextos aplicativos sejam tratados como se *unitários* fossem. Na segunda hipótese, os distintos setores normativos integrados ao contexto aplicativo têm uma importância equiparável, sendo difícil ou impossível afirmar que um deles é mais relevante que o outro; ou, então, há de fato uma questão de importância primária e outra de importância secundária, mas esta última, ainda assim, revela-se autônoma para fins decisórios, *i.e.*, ela é capaz, por si só, de conduzir o resultado do controle a um desfecho distinto. Em tais situações, não restará outra solução senão designar esses contextos aplicativos como “mistos”.

Nesta última hipótese (contextos aplicativos *mistos*), o recurso ao conceito de contextos aplicativos deixará de ser operacionalmente útil. A diversidade de temas impede que se trate o contexto aplicativo como se nele houvesse *apenas um tipo* de conflito em discussão. Por isso, nessas hipóteses de heterogeneidade temática, deve-se substituir a ideia de *contexto aplicativo* pela noção mais restrita de *questão constitucional*. Donde, um *contexto aplicativo misto* pode envolver diversas *questões constitucionais*: uma que diga respeito à separação de poderes, outra de natureza jusfundamental, outra federativa, e assim por diante. Cada uma dessas questões corresponderá a um conjunto de argumentos e contra-argumentos envolvendo um tema constitucional específico. Exclusivamente para fins de simplificação da linguagem, na sequência se empregará com maior assiduidade a expressão “contexto aplicativo”; mas fica estipulado que tudo o que se disser acerca dos *contextos aplicativos* é válido, também, para as *questões constitucionais* isoladamente consideradas, e vice-versa.

Fixadas essas convenções terminológicas, pode-se finalmente propor, para o controle de constitucionalidade das leis, um método de obtenção de decisão que articule os valores constitucionais justificatórios vistos no capítulo 4 com os diferentes contextos aplicativos da Constituição de 1988. É o que se passa a fazer no próximo tópico.

5.3. Uma proposta metodológica: a correlação entre os diversos contextos aplicativos e os tipos “forte” e “fraco” de controle de constitucionalidade

O *primeiro passo* do método de obtenção de decisão que ora se propõe consiste em identificar o contexto aplicativo²³¹ no qual se insere o problema sob julgamento. Assim, com o propósito de estimular o intérprete da Constituição a considerar, no discurso de aplicação, os valores justificatórios referentes à federação, à democracia, à separação de poderes e aos direitos fundamentais, afigura-se útil dividir os contextos aplicativos da Constituição em cinco grandes grupos:

- (1º) – contextos aplicativos que envolvem questões relativas à *federação*;
- (2º) – contextos aplicativos que envolvem questões relativas ao *processo democrático*;
- (3º) – contextos aplicativos que envolvem questões relativas à *separação dos poderes*;
- (4º) – contextos aplicativos que envolvem questões de *direito fundamental*;

²³¹ Ou as *questões constitucionais*, quando se tratar de contextos aplicativos sem homogeneidade temática.

(5º) – contextos aplicativos *residuais*, que envolvem questões relativas a quaisquer outros temas constitucionais que não os quatro acima mencionados.

Identificado o contexto aplicativo do caso concreto, duas conclusões poderão ser obtidas: (a) o caso se amolda a um dos quatro primeiros contextos aplicativos (*federação, democracia, separação de poderes* ou *direitos fundamentais*); ou (b) o caso se refere a um contexto aplicativo *residual* (questões relativas a todo o resto da Constituição, afora aqueles quatro temas especificamente nomeados). Examine-se inicialmente o caso “(a)”.

Constatado que se trata de um contexto aplicativo relacionado à federação, à democracia, à separação de poderes ou aos direitos fundamentais, cumprirá ao intérprete – já agora numa *segunda etapa* – ajuizar se a controvérsia envolve *questões nucleares* ou *questões periféricas*. Isto é, deverá investigar se a controvérsia suscitada diz respeito a aspectos nucleares da federação, da democracia, da separação dos poderes ou de algum direito fundamental. Essa pesquisa deverá ser feita sem a intenção de antecipar a decisão final a ser tomada. A ideia é, apenas, que se emita um *juízo preliminar* sobre a localização do conflito constitucional, para definir se a controvérsia concerne, ou não, a aspectos nucleares daqueles princípios. Como se verá mais adiante, em alguns casos esse juízo preliminar acabará se confundindo com a resolução do problema em si. Isso será inevitável em certas situações, dependendo da conformação específica dos fatos e do tipo de discussão travada no caso concreto. Mas tal circunstância, que aqui se registra apenas por amor à clareza, não prejudica de forma alguma o método ora sugerido.

Pois bem: sempre que o tribunal, fundamentadamente, situar a discussão no campo dos conflitos *nucleares*, estará autorizado a usar *juízos de correção estrita*, isto é, juízos mediante os quais se avalia se a interpretação dada pelo legislador à Constituição é a “melhor” interpretação (ao ver da corte), ou não. O tribunal, nessas situações, decidirá de acordo com a *sua* forma de compreender as regras, princípios e valores da Constituição. Aplicará ao caso a *sua* teoria da interpretação e fundamentará a decisão em consonância com a *sua* teoria da argumentação. Não há, neste contexto, obrigatoriedade de deferência à interpretação constitucional *do legislador*. O tribunal exerce, pois, um controle de constitucionalidade do tipo “forte”, no qual os juízos de correção emitidos serão, para todos os fins, *substitutivos* dos juízos de correção formulados no âmbito do poder legislativo. Aqui se está, em plenitude, no campo da autoridade interpretativa final do tribunal.

A intervenção judicial, nesta hipótese, materializa uma opção de arranjo institucional que é politicamente legítima em razão: (i) de seu caráter excepcional, já que a revisão de tipo “forte” constituiria, por assim dizer, uma última trincheira para a defesa do núcleo daqueles valores fundamentais, reservada aos casos extremos em que, segundo as aparências, o resultado do processo democrático teria colocado em risco aqueles outros valores constitucionais; e (ii) da natureza crucial dos interesses envolvidos.

Por outro lado, se não se identificar qualquer controvérsia “nuclear”, ou se o caso sob julgamento disser respeito a um dos contextos aplicativos *residuais*,²³² o controle de constitucionalidade será do tipo “fraco”. No controle “fraco”, o tribunal utilizará *juízos de mera plausibilidade*, e não poderá substituir a interpretação razoável do legislador pela sua própria. Mesmo que o tribunal entenda que há uma interpretação constitucional preferível à do legislador, ele não terá, nesses casos, legitimidade política para decidir em lugar do legislador. A nota característica da atuação judicial será a deferência para com a obra do legislador, na maior medida possível. Em tais contextos, *pelo menos em parte*, a autoridade interpretativa final não caberá ao tribunal. A ressalva “pelo menos em parte” decorre da circunstância de que, mesmo no controle de tipo “fraco”, é o tribunal quem diz (1) se a controvérsia é nuclear, ou não, e (2) se a interpretação do legislador é razoável, ou não.

São dois os fundamentos para essa postura interpretativa de deferência para com o legislador democrático: o primeiro se liga ao campo das controvérsias *não nucleares*; e o segundo, aos contextos aplicativos *residuais*. Os dois serão examinados na sequência.

Justificação da postura interpretativa de deferência em relação às controvérsias não nucleares. – Em primeiro lugar, cumpre abordar a exigência de uma postura de deferência nas controvérsias que envolvem aspectos periféricos (não nucleares) dos princípios federativo, da separação de poderes, democrático e dos direitos fundamentais. Para desenvolver o argumento, figure-se, a título exemplificativo, a hipótese de um conflito federativo. Como assinala toda a doutrina constitucional, são inúmeras as concepções²³³ de Estado federal.

²³² Recordando: contextos aplicativos *residuais* são os que envolvem questões relativas a quaisquer outros temas constitucionais *que não* a federação, a democracia, a separação de poderes e os direitos fundamentais.

²³³ Parece útil, aqui, distinguir os sentidos dos vocábulos “conceito” e “concepção”. Segundo RAWLS, “o conceito é o significado de um termo, enquanto uma concepção particular compreende também os princípios necessários para sua aplicação. Exemplo: o conceito de justiça, aplicado a uma instituição, significa, digamos, que a instituição não faz distinções arbitrárias entre as pessoas ao lhes atribuir direitos e deveres básicos, e que suas regras estabelecem um equilíbrio apropriado entre as

Algumas com maior concentração de poderes no ente central (modelos *centrípetos*); outras, ao contrário, atribuindo uma grande quantidade de competências relevantes aos entes descentralizados (modelos *centríferos*). O inter-relacionamento entre os entes pode aproximar o modelo de federalismo de um tipo *dual*, com repartição rígida de competências, ou de um tipo *cooperativo*, com ampla mistura de competências conjugada com complexas articulações entre os níveis de regulação e de execução, entre os planos da estatuição de diretrizes gerais e de normas específicas etc. As exigências de simetria em relação aos padrões estabelecidos pelo ente central também podem intensificar-se ou abrandar-se, ensejando, conforme o caso, uma maior homogeneidade ou diversidade das estruturas normativas do Estado federal. Assim, considerando-se esse amplo arco de possibilidades teóricas, é certo dizer que o modelo federal implementado pela Carta de 1988 pode vir a assumir, ao longo do tempo, as mais variadas feições, de acordo com as configurações específicas que lhe sejam dadas no campo da política, mas sem que isso importe num abandono da “ideia federativa” do constituinte originário. Ideia federativa esta, aliás, que é, em seus aspectos principais, apoiada em conceitos revestidos de alto grau de indeterminação (pense-se nos conceitos de “autonomia”, “normas gerais e normas especiais”, “peculiaridades locais”, entre tantos outros).

Em regimes constitucionais mais estáveis, como o norte-americano – em que é possível fazer uma comparação abrangendo períodos históricos mais extensos –, essa variabilidade é uma realidade facilmente constatável. A tal propósito, Waldron observa, referindo-se ao caso dos Estados Unidos, que as mutações nas concepções de federalismo ocorreram a despeito de o texto constitucional ter-se mantido substancialmente inalterado ao longo do tempo:

Nos últimos anos (...), a Suprema Corte dos Estados Unidos declarou a inconstitucionalidade de um certo número de leis porque elas colidiam com a visão de federalismo da Suprema Corte. Hoje todos admitem que o país, no que concerne às relações entre os

reivindicações conflitantes. Já uma concepção inclui, além disso, os princípios e critérios para decidir quais distinções são arbitrárias e quando o equilíbrio entre reivindicações é apropriado” (*Liberalismo político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. 14^a ed. São Paulo: Ática, 2000, p. 56-57). Em sentido semelhante, Ronald DWORKIN: “Suppose I tell my children simply that I expect them not to treat others unfairly. I no doubt have in mind examples of the conduct I mean to discourage, but I would not accept that my ‘meaning’ was limited to these examples, for two reasons. First I would expect my children to apply my instructions to situations I had not and could not have thought about. Second, I stand ready to admit that some particular act I had thought was fair when I spoke was in fact unfair, or vice versa, if one of my children is able to convince me of that later; in that case I should want to say that my instructions covered the case he cited, not that I had changed my instructions. I might say that I meant the family to be guided by the concept of fairness, not by any specific conception of fairness I might have had in mind” (*Taking rights seriously*. 17^a ed. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 134).

estados e o ente central, é governado em bases muito distintas das que existiam ao fim do século dezoito, quando o texto constitucional foi ratificado, ou em meados do século dezenove, quando o texto sobre a estrutura federal foi substancialmente alterado pela última vez. Isso não obstante, as opiniões continuam a divergir quanto a quais deveriam ser as bases das relações entre os estados e o ente central. O texto da Constituição não define o assunto. De modo que o tema passou a ser definido pelos votos dos Ministros – alguns votando por uma determinada concepção de federalismo (que eles dizem estar lendo na Constituição), outros por outra, e o lado que tiver mais votos no tribunal prevalece. Não está claro, porém, que essa seja uma forma adequada para um povo livre e democrático definir os termos estruturais de sua associação.²³⁴

Ora bem, é precisamente essa relativa indeterminação do conceito de federação – também presente quando o assunto é separação de poderes, democracia ou direitos fundamentais – que torna politicamente ilegítima a atuação *substitutiva* dos tribunais em relação a matérias que se situam *fora* das áreas nucleares desses valores, princípios e direitos. A opção entre diferentes extensões, conformações e detalhamentos pertence ao campo da política. O princípio democrático postula que esse tipo de decisão seja tomada pelos representantes eleitos, e não pelos tribunais.

Dito isso, é preciso deixar claro que os juízes não estariam, de modo algum, se abstendo de exercer o poder de controle que a Constituição (inequivocamente) lhes outorgou. Ao contrário, eles reteriam, em primeiro lugar, o poder de dizer, *com autoridade interpretativa final*, se o conflito em apreciação envolve o *núcleo* ou o *halo* (a *periferia*) dos princípios. E, em segundo lugar, os juízes avaliariam, *também com autoridade interpretativa final*, se a lei objeto de controle:

- (i) – encerra uma interpretação constitucional *correta* ou *incorreta* (caso se trate de uma controvérsia *nuclear*); ou

²³⁴ “In recent years, for example, the Supreme Court of the United States has struck down a number of statutes because they conflict with the Supreme Court’s vision of federalism. Now, everyone concedes that the country is governed on a quite different basis so far as the relation between state and central government is concerned than it was at the end of the eighteenth century, when most of the constitutional text was ratified, or in the middle of the nineteenth century, when the text on federal structure was last modified to any substantial extent. But opinions differ as to what the new basis of state/federal relations should be. The text of the Constitution does not settle that matter. So it is settled instead by voting among Justices – some voting for one conception of federalism (which they then read into the Constitution), the others for another, and whichever side has the most votes on the Court prevails. It is not clear that this is an appropriate basis for the settlement of structural terms of association among a free and democratic people”. WALDRON, Jeremy. *The Core of the Case Against Judicial Review*, ob. cit., p. 1358.

(ii) – abriga uma interpretação constitucional *plausível* ou *implausível* (caso se trate de uma controvérsia *não nuclear*).²³⁵

Num país que consagra e pratica o controle judicial de constitucionalidade – no qual, portanto, não está em jogo saber se os juízes podem, ou não, invalidar uma lei –, esse método de obtenção de decisão teria a virtude de otimizar o princípio democrático, na medida em que se conferiria ao poder legislativo uma significativa *parcela* da autoridade interpretativa final da Constituição, ainda que em “condomínio” com os tribunais.

Justificação da postura interpretativa de deferência em relação aos contextos aplicativos residuais. – Examine-se agora o fundamento para uma postura interpretativa de deferência no que concerne, especificamente, aos contextos aplicativos *residuais*. Em relação a tais contextos (ou questões), o único valor com força para suplantar o processo democrático é o *Estado de direito*.²³⁶ O valor do Estado de direito (diferentemente do que ocorre com a federação, a democracia, a separação de poderes e os direitos fundamentais) não qualifica, de forma particularizada, *um* específico contexto aplicativo. Ele é, antes, um valor onipresente: a cláusula do Estado de direito tem pretensões normativas em relação a *todo e qualquer conflito constitucional*. O Estado de direito, entendido como uma exigência de império da Lei Fundamental, subjaz a todos os contextos aplicativos e a todas as questões constitucionais suscetíveis. Num Estado de direito dotado de uma Constituição rígida, que tem o *status* de fundamento de validade da legislação infraconstitucional, a atividade de conformação legislativa nunca é inteiramente livre. Há um limite normativo (posto) para os desacordos interpretativos, políticos, morais e filosóficos. As margens de ação do legislador são emolduradas, *i.e.*, demarcadas por uma linha de fronteira que lhe sinaliza: “até aqui pode; daqui em diante, não”. Este limite, nos contextos aplicativos (ou questões constitucionais) *residuais*, é, precisamente, o da *razoabilidade* ou *plausibilidade* interpretativa. A lei que incorpora uma interpretação *irrazoável* de um dispositivo constitucional deve ser anulada, pois, como já se disse, a democracia não exige

²³⁵ Não convém, neste passo, antecipar a explicação detalhada do que venho chamando aqui de interpretação “plausível” ou “razoável”. Esta explicação será feita no capítulo 7, adiante; por ora, conto com a paciência do leitor para prosseguirmos tendo em mãos apenas o caráter intuitivo – posto que vago – destas noções (plausibilidade/razoabilidade).

²³⁶ Sobre a ideia de Estado de direito como valor justificatório do controle judicial de constitucionalidade, v. capítulo 4, item 4.2.3.

que se presume a infalibilidade do legislador, nem tampouco impõe a preservação de leis baseadas em interpretações aberrantes da Constituição. O processo democrático pode conviver muito bem com controles institucionais que são estruturados, não para substituí-lo em qualquer eventualidade de desacordo, mas, sim, para atuar em situações especialmente graves, em que se consegue demonstrar, por meio de uma argumentação jurídica racional, que o resultado do processo democrático é inquestionavelmente vicioso. Mas é bom que não haja ilusões: mesmo esse “inquestionavelmente vicioso” da frase anterior, no mundo real, acabará sendo controvertido por algumas pessoas. Pode acontecer que essas pessoas achem que vicioso é, na realidade, o resultado do processo judicial. Esse desacordo último é inevitável, porém não causa embaraços à teoria, já que o objetivo da presente metodologia não é a eliminação do desacordo. Quer-se, apenas, sugerir uma modificação das pautas argumentativas do controle judicial de constitucionalidade das leis, já institucionalizado, com vistas à otimização do processo democrático, na melhor medida possível.

5.4. Sínteses definitórias

5.4.1. Definição formal de inconstitucionalidade

Diante do que foi exposto até aqui, pode-se enunciar a seguinte definição formal de inconstitucionalidade: o legislador incorre numa *inconstitucionalidade* quando a interpretação constitucional pressuposta pela lei revela-se, *ao ver do tribunal*:

(1º) NOS CONTEXTOS APLICATIVOS QUE ENVOLVEM QUESTÕES RELATIVAS À FEDERAÇÃO, AO PROCESSO DEMOCRÁTICO, À SEPARAÇÃO DE PODERES E AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:

- (i) *errada*, como tal entendida aquela que é incompatível com os *núcleos* dos princípios federativo, democrático, da separação de poderes ou dos direitos fundamentais; ou
- (ii) *irrazoável* ou *implausível*, se se tratar de uma controvérsia situada nas áreas *não nucleares* daqueles princípios, valores e direitos;

(2º) NOS CONTEXTOS APLICATIVOS RESIDUAIS:

(iii) *irrazoável* ou *implausível*.

5.4.2. Definição dos contextos aplicativos de tipo “forte” e “fraco”

A definição acima permite, finalmente, sugerir a seguinte dissociação de contextos aplicativos, com base nos diferentes níveis de rigor crítico que podem ser empregados no controle judicial de constitucionalidade das leis:²³⁷

(1º) CONTEXTOS APLICATIVOS DE CONTROLE “FORTE”:

MATÉRIAS:

- questões constitucionais relacionadas aos *núcleos* dos princípios federativo, democrático, da separação de poderes ou dos direitos fundamentais;

CARACTERÍSTICAS:

- juízos de *correção*;
- busca da “melhor” interpretação constitucional (= pretensão forte de correção);
- postura interpretativa de *não deferência*;
- autoridade interpretativa final *exclusiva* do poder judiciário;
- caráter *substitutivo* sempre que necessário para a adequada proteção do núcleo, ao ver do tribunal;

(2º) CONTEXTOS APLICATIVOS DE CONTROLE “FRACO”:

MATÉRIAS:

- questões constitucionais relacionadas às áreas *não nucleares* dos princípios federativo, democrático, da separação de poderes ou dos direitos fundamentais; e
- questões constitucionais de caráter *residual*.

CARACTERÍSTICAS:

- juízos de *razoabilidade/plausibilidade*;

²³⁷ O tema da variação do rigor crítico do controle judicial de constitucionalidade será aprofundado no capítulo 7 deste trabalho, onde será analisada a diferenciação entre o controle baseado em juízos de *correção* e o fundado em juízos de *plausibilidade*.

- aceitação da interpretação constitucional razoável do legislador (= pretensão branda de correção);
- postura interpretativa de *deferência*;
- autoridade interpretativa final *partilhada* entre o poder judiciário e o poder legislativo;
- caráter *substitutivo* apenas nas hipóteses em que, ao ver do tribunal, a opção interpretativa escolhida pelo legislador seja irrazoável ou implausível (insustentável por argumentos racionais).

6 UMA PROPOSTA DE MÉTODO DE OBTENÇÃO DE DECISÃO (I) – A DEFINIÇÃO DOS NÚCLEOS

No capítulo antecedente foram expostas as premissas básicas para o manuseio do método de obtenção de decisão que se propõe nesta parte final do trabalho, cuja aplicação – assim se supõe – tornaria o uso do controle judicial de constitucionalidade das leis mais democraticamente adequado. O presente capítulo (6) será dedicado ao detalhamento de determinados aspectos de tal método. Inicialmente, serão feitas algumas anotações sobre o problema da identificação dos *núcleos* em geral (item 6.1) e, em seguida, se discorrerá de forma particularizada sobre os núcleos da federação, da democracia, da separação de poderes e dos direitos fundamentais (itens 6.2 a 6.5). Após, no capítulo 7, fechando a exposição, examinar-se-á o tema da variação do rigor crítico do controle judicial de constitucionalidade, com o que se pretende demonstrar que a revisão das leis pode se pautar tanto por *juízos de correção* como por *juízos de mera plausibilidade*.

6.1. Considerações gerais sobre a definição dos núcleos

A ideia de um “núcleo”, como se sabe, é acentuadamente vaga. Precisar-lhe o conteúdo, por outro lado, não é uma tarefa fácil. Proteger ou resguardar o núcleo (de um princípio, direito, valor) significa, afinal de contas, exatamente o quê? A doutrina recorre a fórmulas linguísticas que tentam capturar a noção intuitiva que subjaz à ideia de núcleo. Neste sentido é que se procura traduzir o vocábulo *núcleo* por meio de paráfrases como “sentido essencial”, “unidade substancial autônoma”, “mínimo essencial”, “limite último de sentido”, “prerrogativas essenciais”, “última trincheira de proteção” etc. Ou, numa perspectiva finalista, ora se proclama que a proteção ao núcleo tem o objetivo de impedir que o princípio ou direito se torne um “invólucro vazio de conteúdo”, ora se afirma que essa tutela especial visa evitar a “erosão do conteúdo substantivo”, o “esvaziamento do núcleo de sentido”, entre outras expressões semelhantes.

Por trás de todas essas fórmulas genéricas há uma pressuposição básica, qual seja, a de que *faz sentido* dizer-se que um princípio ou valor produz efeitos, ou se exprime, com *densidades graduáveis*. Isto é, reconhece-se que há áreas providas de maior densidade

normativa e axiológica e de maior determinação semântica (são os “núcleos”), assim como há, correlatamente, áreas em que as forças normativa e valorativa se apresentam comparativamente mais fracas, e a determinação semântica, menos precisa (são as “periferias”, “halos” ou “franjas”).

O que se percebe, na realidade, é que o termo *núcleo* consubstancia um caso típico de conceito normativo “carecido de preenchimento valorativo”, conforme a terminologia dos juristas alemães.²³⁸ Com essa expressão, esclarece Engisch, “quer-se dizer que o volume normativo destes conceitos tem de ser preenchido caso a caso, através de atos de valoração”.²³⁹ Neste processo, é de importância fundamental a jurisprudência dos tribunais. Ao trabalhar mediante a comparação crítica de casos em que essas pautas foram invocadas, torna-se possível ao juiz constitucional, paulatinamente, formular novas ideias, mais específicas e bem determinadas, à medida que vai crescendo a variedade do material já apreciado. Por esse caminho, observa Larenz, consegue-se “enriquecer cada vez mais o conteúdo da pauta relativamente ‘indeterminada’, concretizá-la em relação a certos casos e grupos de casos e, deste modo, criar finalmente um entrelaçado de modelos de resolução em que possam ser arrumados, na sua maioria, os novos casos a julgar”.²⁴⁰

Não menos relevante para esse empreendimento de determinação dos conteúdos nucleares é o papel da doutrina, à qual cabe propor parâmetros “capazes de identificar o que deve ser considerado como prerrogativa essencial de cada direito, o que pode sofrer restrição, em que circunstâncias isso pode acontecer, dentre outros elementos necessários para a compreensão mais precisa dos direitos”.²⁴¹ Espera-se que, por meio desse esforço coletivo, se consiga chegar a um grau de determinação do núcleo *suficiente* para auxiliar o intérprete a discriminar os contextos aplicativos de controle “forte” dos de controle “fraco”.²⁴²

²³⁸ Cf. ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. J. Baptista Machado. 8ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 210 e ss; LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 406 e ss.

²³⁹ ENGISCH, Karl, ob. cit., p. 213.

²⁴⁰ LARENZ, Karl, ob. cit., p. 411.

²⁴¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 145.

²⁴² Cabe lembrar que o problema da identificação dos núcleos só se põe em relação aos contextos aplicativos que envolvem questões constitucionais relacionadas aos princípios federativo, democrático, da separação de poderes e de direitos fundamentais. Para os contextos aplicativos *residuais* – *i.e.*, para todo o resto das questões constitucionais –, não há necessidade de tal distinção, pois o controle é sempre do tipo “fraco”.

Assim, por mais difícil que possa parecer à primeira vista a tarefa de demarcar os limites de um conteúdo “nuclear”, não se trata de uma tarefa impossível. E, em especial, não é uma tarefa em nenhum sentido *mais exigente* do que a de concretização de tantas outras pautas valorativas que já foram satisfatoriamente preenchidas pela jurisprudência, com o auxílio de argumentos construídos pela dogmática e pelos operadores do direito nas situações concretas levadas à apreciação dos tribunais.

De resto, se o problema residisse na dificuldade prática de aplicação das teorias que postulam a existência de um núcleo dos princípios, o que se diria, então, de suas concorrentes mais habituais, as *teorias relativas*, que buscam determinar os conteúdos essenciais com base na técnica da *ponderação*? Certamente não é significativamente “mais difícil” delimitar o núcleo material de um princípio do que atribuir “pesos abstratos” e “pesos concretos” a princípios e valores contrapostos para, em seguida, comparar o grau de não satisfação de um princípio com a importância do outro e, por referência a essas estimativas, descobrir, a final, qual deles tem a precedência no caso concreto.²⁴³ O que se observa portanto é que, qualquer que seja a estratégia adotada, sempre haverá um vasto espaço para a argumentação prático-jurídica.

De todo modo, poder-se-ia questionar se vale mesmo a pena enfrentar tal dificuldade (a de fixar os núcleos) ou, dito em termos mais específicos, se não seria mais simples admitir logo um controle judicial amplo (*i.e.*, com base em *juízos de correção*) sobre *todos* os aspectos dos princípios em jogo, *tanto os nucleares como os periféricos*, já que os tribunais, inevitavelmente, remanescerão com uma notável margem de discricionariedade na fixação das linhas de fronteira dos núcleos.

A resposta no sentido de que há, sim, uma boa razão para enfrentar a dificuldade da determinação dos núcleos conecta-se com a ideia de que a Constituição, num Estado democrático, tem pelo menos duas funções especialmente relevantes. A primeira delas é a de veicular “consensos mínimos, essenciais para a dignidade das pessoas e para o funcionamento do regime democrático, e que não devem poder ser afetados por maiorias políticas

²⁴³ O mesmo se poderia dizer em relação ao *princípio da proporcionalidade*, também utilizado pelas *teorias relativas*, entre outras hipóteses, para a determinação dos conteúdos essenciais dos direitos fundamentais (naqueles casos em que há uma relação de *meio e fim* entre a restrição ao direito e o objetivo que essa restrição visa promover). Isto é, a aplicação de cada uma das sub-regras da proporcionalidade (idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) não parece ser “mais simples” ou “mais intersubjetivamente controlável” do que o trabalho de definição de um núcleo duro. Ambos, na realidade, são métodos revestidos de alguma complexidade teórica e que dão margem a uma ineliminável discricionariedade interpretativa.

ocasionais”.²⁴⁴ A segunda, de igual importância, é a de “garantir o espaço próprio do pluralismo político, assegurando o funcionamento adequado dos mecanismos democráticos”,²⁴⁵ de maneira que o povo possa, por meio de seus representantes, moldar as instituições sociais de acordo com as necessidades cambiantes, as concepções de justiça e os valores predominantes em cada época. Ora, a tensão evidente entre essas duas finalidades pode ser equacionada de forma muito satisfatória com a utilização do conceito de *núcleo*, compreendido aqui como um espaço normativo em que os princípios produzem efeitos determinados e necessários e, por consequência, operam como regras, ao modo subsuntivo, impondo comandos definitivos. Neste sentido, a bem inspirada proposição de Ana Paula de Barcellos, que, embora longa, vale a pena transcrever na íntegra:

Esse equilíbrio – consenso mínimo *versus* pluralismo político – guarda uma relação muito próxima com a estrutura de princípios e regras observada acima. As regras constitucionais – aí incluído, lembre-se, o núcleo dos princípios – respondem em geral pelas decisões associadas àquele consenso mínimo. Através delas, o poder constituinte procura estabelecer desde logo condutas determinadas, específicas. Os princípios, diversamente, estabelecem fins gerais a serem alcançados que, para além de seu núcleo, poderão ser preenchidos de sentido e delineados sob formas diversas em função das diferentes concepções do intérprete.

Em uma democracia, é natural que apenas um sentido mínimo de determinado princípio seja definido constitucionalmente – e, portanto, seja oponível a qualquer grupo que venha a exercer o poder político –; o restante da extensão possível do princípio deverá ser preenchido pela deliberação majoritária, em função da convicção das maiorias em cada momento político: e nesse ponto ter-se-á, em especial, as regras infraconstitucionais. Isto é: esse espaço de expansão do princípio fica reservado, pela Carta, à definição pelos meios próprios da deliberação democrática em um ambiente de pluralismo político. Em suma: caberá ao Legislativo e ao Executivo, no exercício de suas competências constitucionais, formularem as opções que darão conteúdo aos princípios para além de seu núcleo.

²⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 89.

²⁴⁵ *Idem, ibidem*, p. 89.

Para que essa situação de equilíbrio se realize, porém, é fundamental que os juízes se abstenham de substituir as escolhas valorativas “extranucleares”, incorporadas aos textos legais, pelas suas predileções pessoais. O que de imediato postula uma diferenciação entre o controle judicial de constitucionalidade concernente às controvérsias *nucleares* e o controle que tenha por objeto temas situados nas *periferias* dos princípios. O primeiro seria um controle de tipo “forte”, em que os *juízos substitutivos* seriam legítimos; o segundo, diferentemente, seria um controle de tipo “fraco”, que não autorizaria a substituição de escolhas *razoáveis*.

Nessa ordem de ideias, sempre que, no controle judicial de constitucionalidade das leis, se estivesse diante de um contexto aplicativo relacionado à federação, à democracia, à separação de poderes ou aos direitos fundamentais, a necessidade de definição dos correspondentes núcleos passaria a ser um *tópico necessário* do discurso de aplicação da Constituição. A ideia de núcleo cumpriria, assim, uma missão discursiva,²⁴⁶ estruturando a aplicação da Constituição de um modo tal que, em toda declaração de inconstitucionalidade de uma lei, o tribunal estaria obrigado a fornecer argumentos que demonstrassem:

(1º) – *nos contextos aplicativos de tipo “forte”*, a existência de uma controvérsia envolvendo *aspectos nucleares* dos princípios federativo, democrático, da separação de poderes ou dos direitos fundamentais; e a produção de efeitos, por parte da lei objeto de controle, capazes de *esvaziar* ou *restringir* injustificadamente tal núcleo essencial. Essa demonstração deverá, ainda, fazer sentido desde um ponto de vista comparativo, isto é: se o juiz afirma que a interferência “y” atinge o *núcleo* do princípio, ele deverá estar preparado para manter essa mesma orientação para interferências outras que exerçam um grau de restrição aproximadamente equiparável a “y”, e, além disso, deverá estar pronto também para descrever algumas interferências hipotéticas (diferentes de “y”) que atingiriam aspectos *não nucleares* do princípio, tudo isso de modo a comprovar que a sua argumentação leva a sério a ideia de núcleo, que pressupõe a possibilidade de se estabelecer uma graduação na densidade normativa do princípio;²⁴⁷ e

²⁴⁶ A ideia dos núcleos desempenhando uma “missão discursiva” foi extraída da obra de Jane Reis Gonçalves PEREIRA, *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 379.

²⁴⁷ Se alguém sustentasse, p.ex., que uma placa colocada numa praça municipal com os dizeres “não pise na grama” viola o *núcleo* do direito de ir e vir, a argumentação dessa pessoa provavelmente não estaria levando

(2º) – nos contextos aplicativos de tipo “fraco” (correspondentes à *periferia* dos princípios federativo, democrático, da separação de poderes ou dos direitos fundamentais), a existência de uma escolha interpretativa irrazoável por parte do legislador, como tal entendida aquela incapaz de ser sustentada por um argumento construído em conformidade com uma teoria da argumentação jurídica racional.

Por fim, vale registrar que essas cargas argumentativas não existem no modelo uniforme de controle judicial de constitucionalidade que hoje se aplica. No modelo atual, se o julgador entende que há uma restrição a *qualquer aspecto* dos princípios em jogo, isso poderá bastar (e, em muitos casos, tem bastado) para fundamentar a declaração de inconstitucionalidade. Não se lhe exige que demonstre a essencialidade do conteúdo restringido pela lei. Assim como também não se lhe impõe comprovar que a interpretação constitucional plasmada na lei era irrazoável, insustentável por qualquer argumento racional. Esse aumento de cargas argumentativas pode não ser muita coisa, dada a amplitude remanescente da discricionariedade interpretativa (inerente ao processo de aplicação do direito), mas já é sem dúvida melhor do que nada, do ponto de vista da otimização do princípio democrático.

Passa-se, agora, ao exame de alguns critérios que poderiam ser aventados para um começo de identificação dos aspectos nucleares dos princípios ora em consideração.

6.2. O núcleo do princípio federativo

6.2.1. Elementos essenciais da federação

O modelo de federação adotado pela Constituição brasileira se apoia nos seguintes elementos essenciais: (i) autonomia; (ii) indissolubilidade do vínculo federativo; (iii) representação das vontades parciais na enunciação da vontade nacional; e (iv) a existência de

a sério a ideia de núcleo. Pois, se uma limitação tão ínfima importasse numa agressão ao “núcleo” desse direito fundamental, então o que ficaria de fora? Da mesma forma, se alguém argumentasse que a circunstância de dois dos quinze membros do Conselho Nacional de Justiça serem escolhidos pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal importa numa ofensa ao *núcleo* do princípio da separação dos poderes, essa pessoa certamente não estaria levando a sério a noção de núcleo.

uma autoridade neutra para compor os conflitos entre os entes da federação. Adiante, resumem-se as características básicas de cada um desses elementos.

Em razão da *autonomia política e administrativa* (art. 18),²⁴⁸ os Estados editam as suas próprias Constituições e leis infraconstitucionais (art. 25), ao passo que os Municípios e o Distrito Federal elaboram as Leis Orgânicas municipais e as leis de interesse predominantemente local (arts. 29 e 30). Toda essa atividade normativa, porém, é limitada pelo dever de observância aos princípios e regras estabelecidos na Constituição Federal (arts. 25 e 27 a 32). A autonomia envolve ainda a capacidade de auto-organização, que se exprime na competência atribuída a cada um dos membros da federação para estruturar os seus próprios órgãos, de modo a possibilitar o desempenho das atribuições assinaladas na lei do ente que integram. Outra característica decorrente da autonomia é a capacidade de autogoverno. Tal atributo reclama que os entes federais possuam, cada qual, o seu próprio governo, com independência plena frente aos governos das demais pessoas políticas da federação. As características ora sumariadas (aptidão para criar normas, auto-organização e autogoverno) pressupõem a existência de uma Constituição Federal que (1º) discipline a partilha de competências legislativas e administrativas (arts. 21 a 25, 29, 30 e 32, § 1º), (2º) estabeleça o critério geral de divisão dos bens públicos (arts. 20 e 26) e (3º) preveja um sistema de repartição dos recursos financeiros que custearão as atividades desenvolvidas por cada ente federativo (arts. 145 a 169).

A *indissolubilidade do vínculo* entre os integrantes da federação (art. 1º) é o elemento essencial que distingue a forma federativa de Estado da confederação. Os entes federativos locais não têm o direito de secessão. Correlata à ideia de indissolubilidade do vínculo é a possibilidade (excepcional) de intervenção da União nos Estados e destes nos Municípios, em casos de emergência e de grave perturbação da ordem pública, ou para remediar violações de deveres fundamentais que decorrem do federalismo (arts. 34 a 36).

A *representação das vontades parciais na formação da vontade do ente central* é outra característica histórica e essencial do federalismo. No caso brasileiro, tal participação se dá no Senado Federal, para o qual são eleitos três representantes de cada Estado, com mandatos legislativos de oito anos (art. 46).

²⁴⁸ Todos os artigos indicados na sequência são do texto da Constituição Federal.

Por fim, também constitui um elemento essencial do modelo federativo adotado no Brasil a existência de uma *autoridade neutra* – o Supremo Tribunal Federal – com competência para resolver os conflitos federativos (art. 102, inciso I, “f”).

6.2.2. Crítérios para a identificação do núcleo do princípio federativo

Inicialmente, importa lembrar que a preocupação, neste momento, é a de sugerir *pautas de argumentação* para a identificação do núcleo do princípio federativo. Não se pretende, portanto, apontar a latitude e longitude exatas do porto de destino, mas, apenas, indicar o rumo a ser tomado.

Nessa linha, um critério útil, a servir de bússola para o trabalho de argumentação, é o de se exigir do aplicador a demonstração do “esvaziamento relevante” de algum aspecto daqueles quatro elementos do conceito de federação.

Considerando-se que o desafio do intérprete, nesta primeira etapa, consiste em definir se a controvérsia submetida a julgamento se situa na área *nuclear* ou na área *periférica* do princípio federativo, a pergunta que se deve responder é a seguinte: *a interferência produzida pela lei mostra-se, prima facie, capaz de esvaziar algum aspecto relevante da autonomia federativa do ente que sofrerá a restrição?*²⁴⁹ A atividade argumentativa do intérprete terá, assim, que se orientar pelos termos de valor²⁵⁰ “esvaziar” e “relevante” (as palavras poderiam ser quaisquer outras com um sentido semelhante; o que interessa, aqui, é que se forme uma percepção *provisória* de que *pode estar* ocorrendo uma *privação em grau elevado* de algum aspecto da autonomia federativa). Caberá, então, demonstrar que a interferência ocasionada pelo ato legal não é de pequena monta, que não se trata de um efeito colateral menor, mas, ao contrário, que a interferência tem efeitos *significativamente impactantes*, precisamente porque despoja o ente federativo de algum *aspecto relevante* de sua autonomia (na tríplice vertente de capacidade de criação de normas, capacidade de auto-organização e capacidade de autogoverno). A construção de um sentido mais preciso para todos esses termos avaliatórios,

²⁴⁹ Cuidaremos especificamente da hipótese de ameaça à *autonomia federativa*, por ser esta a situação mais comum. De fato, não tenho notícia de casos concretos em que a lei objeto de controle fosse acusada de vulnerar algum dos três outros aspectos essenciais do federalismo, quais sejam: a indissolubilidade do vínculo federal; a representação no Senado; e a existência de uma autoridade neutra para compor os conflitos federativos. Seja como for, raciocínios análogos aos desenvolvidos acima seriam igualmente aplicáveis para cada um desses outros elementos.

²⁵⁰ Sobre os termos avaliatórios na linguagem da moral, ver R. M. HARE: *A linguagem da moral*. Trad. Eduardo Pereira e Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 119 e ss.

por óbvio, ocorreria ao longo do tempo, à medida que os casos concretos fossem sendo apreciados pelos órgãos judiciais e, em meio à multiplicidade de argumentos e proposições de sentido produzidas, algumas acabassem se destacando e se consolidando, como resultado da jurisdição uniformizadora do Supremo Tribunal Federal.

Convém, neste ponto, chamar a atenção para uma peculiaridade deste método. É que, se o intérprete responde positivamente à pergunta inicial – dizendo, “sim, esta lei interfere de modo a esvaziar um aspecto relevante da autonomia do ente federado” –, ele, na prática, provavelmente já terá resolvido o problema todo, pois essa resposta deixaria subentendida a conclusão de que a interferência em causa é *constitucionalmente indevida*. Ou seja, ao estabelecer-se que o ato normativo interfere no núcleo do princípio, essa asserção, em um número significativo de casos, implicará também um juízo conclusivo de que a lei impugnada interpretou a autonomia federativa de forma inapropriada, *errada*.

Como já se antecipou, essa constatação não é de forma alguma problemática, pois não se persegue aqui um objetivo estético de “simetria arquitetônica” da teoria. O objetivo é, apenas, o de estruturar um método de obtenção de decisão apto a otimizar o princípio democrático. Não existe nenhuma exigência lógica de “paralelismo” entre os caminhos argumentativos percorridos a partir da resposta inicial (sobre se há, ou não, uma questão nuclear), até a resolução final do conflito. É perfeitamente aceitável, portanto, que, no caso da resposta inicial *positiva*, o “segundo passo” do método, *i.e.*, o *juízo de correção* (“a interpretação da lei está ‘certa’ ou ‘errada’?”), se aglutine com o próprio *juízo de afirmação da existência de uma hipótese nuclear*. Aliás, se se refletir bem no assunto, essa conclusão soará até natural, dado que a própria noção de “núcleo” é uma noção puramente normativa: núcleo é o que há de mais importante, mais “intocável” num certo sentido; logo, seria difícil conceber uma lei que “atingisse” o núcleo de um princípio mas, ainda assim, fosse válida.

O que decerto acontecerá, talvez até em numerosos casos, é que a eventual *incompletude da cognição do intérprete* na primeira fase do julgamento poderá ocasionar, no momento em que o contexto aplicativo for analisado de forma mais aprofundada (já na segunda fase do julgamento), uma reversão das expectativas iniciais, chegando-se à conclusão final de que a lei, na realidade, não produzia interferências indevidas no núcleo do princípio. Para ilustrar o que se está dizendo, figure-se uma hipótese (o “CASO I”, abaixo), adaptada de um litígio real, em que o juízo preliminar *positivo* (no sentido de que o tema versado no processo judicial é correlacionado com o núcleo temático do princípio federativo) *não implicaria* na declaração de inconstitucionalidade da lei.

—

CASO 1 – Suponha-se que, num determinado processo, estabeleceu-se uma controvérsia sobre se um Estado poderia deixar de repassar aos Municípios a *integralidade* da parcela de 25% do ICMS arrecadado de seus contribuintes (cf. art. 158, IV, da CF²⁵¹), sob o pretexto de ter conferido, *por lei local*, um diferimento de uma parte do imposto devido pelas empresas que se inserissem num determinado programa de desenvolvimento econômico. Assim, a dúvida que se punha era a seguinte: se uma empresa, ao invés de pagar R\$ 1.000,00 a título de ICMS, recolheu aos cofres estaduais apenas R\$ 500,00, diferindo o valor restante para pagamento 24 meses *após* a data de vencimento originária, estaria o Estado obrigado a repassar *imediatamente* aos Municípios a quantia de R\$ 250,00 (= 25% de R\$ 1.000,00) ou, diferentemente, estaria obrigado a repassar apenas R\$ 125,00 (= 25% do valor do imposto efetivamente recolhido naquele momento, correspondente a R\$ 500,00)? Suponha-se, ainda, que a mesma lei estadual houvesse determinado expressamente que, em tal situação, o repasse aos Municípios seria feito apenas sobre o valor efetivamente arrecadado, postergando-se a transferência dos 25% incidentes sobre a quantia diferida para o momento em que ocorresse o recolhimento desta parcela remanescente do imposto.

Pois bem: não há dúvida de que o tema das transferências financeiras obrigatórias se insere no núcleo temático do princípio federativo. A realização da autonomia dos entes da federação, num modelo de federalismo cooperativo como o brasileiro, é visceralmente dependente da percepção de receitas financeiras que possibilitem o exercício das competências materiais outorgadas pela Constituição. De fato, um dos aspectos centrais da autonomia federativa é precisamente a *autonomia financeira*, a qual só se concretiza num ambiente de respeito às regras de repasse obrigatório de receitas tributárias previstas na Lei Fundamental. Assim, seria lícito concluir, na primeira fase do exame, que a discussão se dá num contexto aplicativo que envolve questões relacionadas ao núcleo do princípio federativo. Isto é: há, *prima facie*, uma ameaça de “esvaziamento” de um aspecto relevante da autonomia federativa.

Isso não obstante, a lei poderá ser considerada válida. É que, ao avançar para a segunda fase do julgamento – na qual se investigará se o tratamento dado pela lei estadual ao repasse do imposto diferido é “correto” ou “equivocado”, à luz da Constituição –, o tribunal

²⁵¹ Art. 158. Pertencem aos Municípios: (...)

IV – vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

poderá concluir que a interpretação constitucional plasmada na lei afigurava-se correta, porquanto o ICMS diferido não ingressou nos cofres estaduais e, logo, não chegou a ser “arrecadado”, como é pressuposto pela regra do art. 158, IV, da CF.²⁵² Conseqüentemente, o Estado tinha, no caso, o direito de repassar aos Municípios apenas a parcela de R\$ 125,00, calculada sobre o imposto efetivamente pago (R\$ 125,00 = 25% de R\$ 500,00).²⁵³

Até este ponto apenas se examinou a hipótese em que o intérprete respondeu *afirmativamente* à pergunta inicial (cujo teor, recorde-se, era o seguinte: *a interferência produzida pela lei mostra-se, prima facie, capaz de esvaziar algum aspecto relevante da autonomia federativa do ente que sofrerá a restrição?*), identificando no conflito uma temática nuclear. Convém investigar, agora, os desdobramentos de uma resposta *negativa* do intérprete. Esta é a hipótese em que o julgador, na primeira etapa da apreciação do caso, conclui que a lei sob revisão, embora interfira nas relações entre os entes federativos, não priva o ente federado de um *aspecto relevante* de sua autonomia. Neste caso, fica inteiramente em aberto se os efeitos produzidos pela lei, relacionados a *aspectos periféricos* do princípio federativo, se mostram justificáveis, ou não, já que é concebível que uma determinada restrição legal, ainda que não esvazie significativamente a autonomia federativa, se revele constitucionalmente indevida, *por qualquer outra razão* (inclusive, p.ex., porque viola o texto claro de um dispositivo específico da Constituição). O exemplo do “CASO 2”,²⁵⁴ abaixo, ajudará a tornar mais claro o que se vem de dizer.

²⁵² O art. 158, IV, da CF obriga os Estados a transferirem ao Município 25% do “produto da arrecadação” do ICMS. Logo, o que não é “produto da arrecadação” não há de ser repassado.

²⁵³ Houve um caso real *assemelhado* (mas não igual) ao do exemplo ora exposto, no qual se instaurou uma controvérsia factual sobre se o ICMS fora, ou não, “arrecadado” pelo Estado de Santa Catarina (RE nº 572.762-9/SC, rel. Min. Ricardo Lewandowski). Concluiu-se, a final, que o Estado *havia arrecadado* o ICMS e só *posteriormente* o repassara para uma instituição financeira que, a seu turno, entregara a mesma quantia em dinheiro à contribuinte do imposto, a título de financiamento. Diante dessa estrutura legal do benefício, entendeu-se, com razão, que era inconstitucional a ausência de repasse aos Municípios da parcela correspondente àquele valor financiado, uma vez que esse dinheiro, para todos os efeitos jurídicos, havia sido “arrecadado” pelo Estado. Dados complicadores desse tipo, porém, nem sempre serão inteiramente apreciados na fase inicial do exame. Daí a possibilidade de se chegar a um resultado inesperado na segunda fase do julgamento.

²⁵⁴ Este “CASO 2” corresponde à ADI 285, relatora a Min. Cármen Lúcia, j. 4-2-2010. O argumento relacionado à autonomia federativa não era o único fundamento do acórdão, que invocou também a cláusula da separação de poderes e a vedação constitucional à vinculação da remuneração de servidores públicos. Aqui, porém, só nos interessa a questão federativa.

–

CASO 2 – Lei *estadual* fixou a remuneração de uma categoria de servidores públicos e previu que o valor nela estabelecido seria reajustado periodicamente, de acordo com a variação do Índice de Preços ao Consumidor (IPC), calculado pelo IBGE, entidade integrante da administração pública *federal*. Em controle concentrado de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal declarou a lei inconstitucional, ao fundamento de que o ato normativo impugnado feria a autonomia federativa do Estado-membro, pois o deixaria “submisso a índice de correção monetária fixado pela União”.²⁵⁵ O argumento federativo utilizado no acórdão, em resumo, é o de que, com a aplicação de índice inflacionário editado por entidade da União, e apurado mediante critérios estabelecidos na esfera federal, o Estado-membro perderia a capacidade de controlar a política de remuneração de seus próprios servidores, o que importaria numa restrição indevida à sua autonomia.

Examinando apenas o lado federativo do problema – *i.e.*, supondo, para fins de argumentação, a inexistência de *outros* óbices constitucionais à indexação remuneratória –, não se pode afirmar que a lei em questão haja tocado num *aspecto nuclear* da autonomia estadual *apenas* porque a apuração do IPC era feita por uma entidade federal. A fixação *heterônoma* do percentual de variação dos preços da economia importa numa *restrição mínima* à autonomia estadual, já que, para dar cumprimento ao comando legal, a inflação do período teria que ser apurada *de algum modo*, quer seja diretamente por um órgão do próprio Estado, quer seja, na ausência de um órgão capacitado, por alguma instituição contratada para esse fim. Caso se adotasse uma dessas opções, o Estado, reconheça-se, teria, na comparação com o regime instituído pela lei, um controle *mais direto* sobre a eleição do índice e, logo, também sobre as características específicas da metodologia de apuração da variação dos preços. Mas isso não aumentaria em nada o seu controle sobre o *fato da inflação*, e nem se poderia supor que o Estado estivesse autorizado a “manipular” o índice de mensuração da inflação de acordo com as suas conveniências financeiras. Logo, a restrição em causa parece incidir, na hipótese, sobre um aspecto realmente secundário (marginal) da autonomia federativa.

Assim, situado o caso na *área periférica* da autonomia federativa, restaria, na segunda etapa do julgamento, apurar a razoabilidade da restrição em causa. Nesse contexto, dois elementos poderiam legitimamente ser levados em linha de consideração: (i) a credibilidade institucional do IBGE no que concerne ao aspecto técnico do assunto, decorrente de sua

²⁵⁵ Supremo Tribunal Federal, ADI 285.

–

expertise e tradição em matéria de estatísticas econômicas e, mais em particular, de sua notória especialização na confecção de índices de inflação; e (ii) a necessidade (*sob a perspectiva do legislador*) de eleger-se “algum” índice para realizar a finalidade de recompor periodicamente as remunerações dos servidores defasadas pela inflação. Pois bem: consideradas essas duas motivações, não pareceria uma escolha implausível aquela que recaísse sobre o IPC/IBGE, índice, de resto, que durante muito tempo funcionou como indexador oficial de toda a economia brasileira. Em conclusão, a disposição legal (ao contrário do que entendeu o STF) não violaria o princípio federativo.

6.3. O núcleo do princípio democrático²⁵⁶

A identificação do núcleo do princípio democrático já foi feita no capítulo 3 (item 3.4.2), quando se tratou da justificação democrática do controle judicial de constitucionalidade das leis. Viu-se ali que há um conjunto de interesses, bens e direitos que são *essenciais* ao funcionamento do processo democrático.²⁵⁷ Faltando qualquer um deles, o processo democrático perde boa parte de sua significação como método decisório que, na melhor medida possível, realiza o direito fundamental ao autogoverno de uma forma igualitária entre os cidadãos de um país. Assim, toda interferência sobre um desses elementos *essenciais* consubstancia uma intervenção sobre a área nuclear do princípio democrático.

Por conseguinte, ao aplicar o método de obtenção de decisão que ora se sugere, deverá o intérprete, na primeira etapa do julgamento, verificar se a controvérsia constitucional diz respeito a um desses interesses *essenciais* ao processo democrático. *Em caso positivo*, a

²⁵⁶ Este item 6.3 é propositalmente sintético, uma vez que o tema da democracia já foi longamente tratado nos capítulos 2 e 3 desta dissertação.

²⁵⁷ No capítulo 3, item 3.4.2, foram identificados quais seriam esses interesses *essenciais* ao processo democrático. Para comodidade de leitura, reproduzo-os aqui: (a) abertura dos canais de alternância do poder político; (b) acesso igualitário, inclusive para os membros de minorias, às posições de comando (requisitos de elegibilidade, impedimentos etc.); (c) procedimento eleitoral justo e equânime (sem mecanismos que beneficiem os detentores do poder); (d) preservação de um *status* político igualitário para todos os cidadãos; (e) direito ao voto; (f) o direito dos cidadãos a uma participação livre e igual no processo democrático; (g) o direito de divergir e fazer oposição (sem risco de vir a sofrer danos pessoais); (h) direitos fundamentais essenciais ao processo democrático, como o direito à livre expressão, o direito de reunião, o direito de associação (incluindo o direito de formar partidos políticos), o direito de ter acesso ao maior número de informações livremente produzidas e a liberdade de imprensa, consideradas apenas as dimensões desses direitos funcionalmente vinculadas ao exercício da cidadania.

constitucionalidade da lei impugnada será analisada sob a modalidade de controle “forte”, cabendo ao órgão judicial decidi-la por meio de *juízos de correção* (“a interpretação constitucional pressuposta pela lei está *certa* ou *errada*?”), substitutivos dos juízos formulados pelo legislador ao elaborar a lei. *Em caso negativo, i.e.*, se a controvérsia estiver relacionada a aspectos *não essenciais* do processo democrático, o conflito será apreciado sob o *standard* do controle “fraco” (“a interpretação constitucional acolhida na lei é *plausível*?”), descabendo, nesta hipótese, a substituição da interpretação legislativa pela judicial, a menos que se trate de uma interpretação *irrazoável*, insuscetível de ser defendida por meio de argumentos jurídicos racionais.

6.4. O núcleo do princípio da separação de poderes

6.4.1. Elementos essenciais da separação de poderes

A relevância da separação de poderes para o constitucionalismo moderno foi expressa de forma eloquente no famoso art. XVI da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, segundo o qual uma sociedade que *não* estabeleça a separação de poderes é uma sociedade *sem Constituição*. A separação de poderes, graças ao sistema de freios e contrapesos que nela se materializa, consubstancia ainda hoje uma das mais importantes salvaguardas para a proteção dos indivíduos contra os abusos do poder. Todavia, à semelhança do que ocorre com o federalismo e a democracia, a ideia de separação de poderes também pode ser especificada de muitas maneiras diferentes. Daí afirmar André Ramos Tavares que à separação de poderes “não corresponde uma precisão terminológica e material que seria de supor que existisse”, o que “tem levado às mais diversas concepções, da mesma forma como tem gerado as mais incômodas e inconvenientes questões aos práticos e teóricos que se ocupam do tema”.²⁵⁸

A despeito dessa multiplicidade de concepções, pode-se dizer que há um razoável acordo entre os constitucionalistas a respeito de quais seriam os *elementos básicos* do princípio da separação de poderes. Antes de enunciá-los, contudo, convém advertir para o caráter equívoco do vocábulo “poder”, inserto no princípio de que ora se trata. O *poder*, segundo a melhor doutrina, consiste numa “energia capaz de coordenar e impor decisões

²⁵⁸ *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1021.

visando à realização de determinados fins”²⁵⁹ e, nesse sentido, exprime uma noção essencialmente unitária e indivisível. Como, porém, o poder estatal se manifesta por meio de diferentes órgãos, o que se institui nas sociedades modernas é, na realidade, uma divisão das diversas *funções* em que se desdobra o poder político, atribuindo-se cada uma dessas *funções* a um órgão especializado no respectivo desempenho. Assim é que as tarefas legislativas, executivas e jurisdicionais são partilhadas entre os órgãos que compõem as estruturas dos “poderes” legislativo, executivo e judiciário. A denominação de cada um desses conjuntos de órgãos estatais decorre basicamente de um critério de predominância: *poder legislativo* é aquele que, predominantemente, exerce a função de editar as regras gerais e abstratas que inovam no ordenamento jurídico; *poder executivo*, o que predominantemente pratica atos concretos voltados para a realização de fins estatais e necessidades coletivas, em consonância com a lei; e, finalmente, *poder judiciário*, o que predominantemente atua para solucionar conflitos e aplicar a lei coativamente, sempre que as partes interessadas não o façam por conta própria. Voltemos, agora, ao ponto de partida.

São três os elementos essenciais do princípio da separação de poderes. Em primeiro lugar, a *especialização funcional*, “significando que cada órgão é especializado no exercício de uma função”,²⁶⁰ o que impõe o respeito aos limites das competências funcionais de cada um, tal como demarcadas no texto da Constituição. Em segundo lugar, a *independência orgânica*, a exigir que “cada órgão seja efetivamente independente dos outros, o que postula ausência de meios de subordinação”.²⁶¹ Em terceiro lugar, a *existência de controles recíprocos*, correspondente à ideia de “vedação da existência, no âmbito do Estado, de *instâncias hegemônicas*, que não estejam sujeitas a controle”.²⁶²

6.4.2. Critérios para a identificação do núcleo do princípio da separação de poderes

Nos contextos aplicativos que envolvem questões relacionadas à separação de poderes, deverá o intérprete, no *primeiro passo* do julgamento, averiguar se a lei impugnada é capaz,

²⁵⁹ SILVA, José Afonso. “Harmonia entre os Poderes e Governabilidade”. In: *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, nº 95, ano XXXV. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p. 110.

²⁶⁰ “Harmonia entre os Poderes e Governabilidade”, *in ob. cit.*, p. 112.

²⁶¹ *Idem, ibidem*, p. 112.

²⁶² Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 173-174.

em tese, de esvaziar a *especialização funcional* de um dos poderes, vulnerar a sua *independência orgânica* ou restringir de forma significativa a operacionalidade de algum *controle recíproco* previsto no texto constitucional. A delimitação do núcleo, porém, deve levar em conta o fato de que o princípio da separação de poderes já não mais apresenta, hoje, a mesma rigidez e inflexibilidade que o caracterizava em outras épocas. A própria Constituição, nos noventa e dois artigos que tratam da organização dos poderes (arts. 44 a 135), cria inúmeros mecanismos de interferência recíproca, estabelecendo uma complexa rede de inter-relacionamento e de influências de um poder sobre as atividades típicas do outro.

Seja como for, a partir daqueles três elementos essenciais do princípio da separação de poderes (*especialização funcional, independência orgânica e controles recíprocos*), é possível afirmar que essa norma-princípio deve, *no mínimo*, assegurar a realização dos seguintes efeitos: (i) que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependa da confiança nem da vontade dos outros,²⁶³ salvo nas hipóteses expressamente excepcionadas pela Constituição; (ii) que, no exercício de atribuições próprias, os titulares de um poder não precisem consultar os demais, nem tampouco obter qualquer tipo de autorização (ressalvadas, mais uma vez, as exceções constitucionais); (iii) que, na organização dos respectivos serviços, cada um dos poderes seja livre, observadas apenas as limitações decorrentes da própria Constituição;²⁶⁴ (iv) que sejam respeitados os limites das competências funcionais dos poderes legislativo, executivo e judiciário, tal como estabelecidos nas regras constitucionais que atribuem diferentes tarefas a cada um dos ramos do poder; e (v) que não se constituam nichos de poder subtraídos de qualquer tipo de controle ou meio de contenção, haja vista ser uma das finalidades da separação de poderes a de “neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional”.²⁶⁵ Por fim, cumpre registrar que, na aplicação prática desses critérios, deve-se ter sempre presente que a finalidade última da divisão de funções é a de impedir a concentração excessiva de poderes e, por essa via, evitar o abuso que daí poderia advir, em detrimento dos direitos dos indivíduos.

Na sequência, analisam-se dois casos concretos para ilustrar como se daria, na prática, a identificação do núcleo do princípio da separação de poderes.

²⁶³ Cf. SILVA, José Afonso. “Harmonia entre os Poderes e Governabilidade”, ob. cit., p. 112.

²⁶⁴ *Idem, ibidem*, p. 112.

²⁶⁵ Supremo Tribunal Federal, MS nº 23.452, j. .16-9-1999, rel. Min. Celso de Mello.

—

CASO I – Em ação direta de inconstitucionalidade,²⁶⁶ discutia-se sobre a validade de uma medida provisória por meio da qual haviam sido abertos créditos extraordinários para fazer face a despesas a cargo da Justiça Eleitoral e de diversos órgãos do Poder Executivo, com base no art. 167, § 3º, da CF.²⁶⁷ Inicialmente, no primeiro passo do exame do caso, é de se reconhecer que tal questão constitucional diz respeito ao núcleo do princípio da separação de poderes, pois a solução do conflito pressupõe que se fixem os limites do poder normativo do Presidente da República no uso de medidas provisórias. Ora, a identificação da extensão material do poder de legislar do Presidente toca, sem dúvida, na essência do princípio da separação de poderes, porquanto a exacerbação indevida dessa prerrogativa, em tese ao menos, poderia ter o efeito de esvaziar a principal atribuição funcional do parlamento, que é a de legislar. Assim, em se tratando de controvérsia nuclear, o seu exame deve ser feito mediante *juízos de correção* (e não por meio de *juízos de mera plausibilidade*).

Ao debruçar-se sobre a questão de fundo – que corresponde à segunda etapa do método de obtenção de decisão ora sugerido –, o Supremo Tribunal Federal considerou que a medida provisória impugnada era de fato inconstitucional, pois as despesas que seriam atendidas pelo crédito extraordinário não se qualificavam como “imprevisíveis” e “urgentes”, tal como exigido pelo § 3º do art. 167 da CF. Essa conclusão decorreu de um exame aprofundado das finalidades que seriam promovidas com os recursos financeiros remanejados pela medida provisória.²⁶⁸ Afirmou o Supremo, então, que “os créditos abertos são destinados a prover despesas correntes, que não estão qualificadas pela imprevisibilidade ou pela urgência”. Essa interpretação se baseou no fato de que o § 3º do art. 167 da CF, à guisa de explicação do que sejam “despesas imprevisíveis e urgentes”, arrolou três exemplos densificadores do conceito relativamente indeterminado, considerando como tais as despesas decorrentes de “guerra”, de “comoção interna” ou de “calamidade pública”. Essas três situações, por outro lado, são velhas conhecidas do constitucionalismo brasileiro, pois sempre estiveram associadas à excepcionalidade extrema que autoriza a decretação do estado de defesa ou do estado de sítio. São, em suma, situações de extrema gravidade e anormalidade,

²⁶⁶ ADIn-MC nº 4048/DF, j. 14-5-08, rel. Min. Gilmar Mendes, Supremo Tribunal Federal. Todos os trechos colocados entre aspas constam do voto do Ministro relator.

²⁶⁷ Art. 167. (...)

§ 3º A abertura de crédito extraordinário somente será admitida para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública, observado o disposto no art. 62.

²⁶⁸ Essas finalidades haviam sido minuciosamente descritas na exposição de motivos da medida provisória.

em cuja presença se justificaria a abertura de créditos extraordinários por medida provisória. Como os problemas que seriam atacados com os recursos financeiros liberados pela medida provisória não tinham, de fato, qualquer semelhança com os eventos paradigmáticos indicados pela Constituição (“guerra”, “comoção interna” e “calamidade pública”), concluiu-se que o Presidente da República, ao chamar de “créditos extraordinários” o que razoavelmente não poderia ser assim qualificado, exercera de forma ilegítima o seu poder normativo, fora de suas atribuições constitucionais, em violação à cláusula da separação de poderes.²⁶⁹

CASO 2 – Lei estadual de iniciativa parlamentar determinava a criação de um órgão denominado “Conselho Estadual de Controle e Fiscalização do Sangue – CONFISAN”, atribuindo-lhe a competência para controlar e fiscalizar a coleta, o armazenamento, o transporte, a guarda, o processamento e a transfusão de sangue e seus derivados. Em ação direta ajuizada por Governador do Estado,²⁷⁰ arguiu-se a inconstitucionalidade da lei, por violação ao art. 2º (princípio da separação de poderes) e ao art. 61, § 1º, II, “e”, da CF²⁷¹ (iniciativa privativa do chefe do poder executivo para deflagrar o processo legislativo).

²⁶⁹ Na conclusão de seu voto, o Ministro Gilmar Mendes (relator) afirmou: “Há, aqui, um patente desvirtuamento dos parâmetros constitucionais que permitem a edição de medidas provisórias para a abertura de créditos extraordinários. E esse não é um caso raro. Impressiona a quantidade elevada de medidas provisórias editadas, no último ano, pelo Presidente da República, para abertura de créditos suplementares ou especiais, travestidos de créditos extraordinários. Desde o início do ano de 2007, já se podem contar mais de 20 medidas provisórias destinadas à abertura de créditos de duvidosa natureza extraordinária (...). É papel desta Corte assegurar a força normativa da Constituição e estabelecer limites aos eventuais excessos legislativos dos demais Poderes”. Esse é um típico julgamento baseado no *critério de correção*, em que prevalece o *juízo de correção* adotado pela maioria dos Ministros que compuseram a turma julgadora. Segundo aqui se defende, esta é uma forma de decidir legítima *em relação às questões nucleares*. Mas é interessante notar que, se a controvérsia fosse de natureza *não nuclear*, o resultado do julgamento poderia ser outro. Isto é, poder-se-ia, nesta hipótese, admitir como *plausível* a interpretação de que, com a transformação da medida provisória em lei (ocorrida no caso concreto), haveria a convalidação de eventuais vícios originários da medida provisória. Neste sentido, aproximadamente, a seguinte passagem do voto do Ministro Ricardo Lewandowski: “A edição de medidas provisórias (...) é um ato de governo, que se caracteriza pela ampla discricionariedade. Ou seja, a vontade do Executivo conjugada com a vontade do Parlamento sopesa esses critérios de urgência, relevância, imprescindibilidade, impossibilidade de previsão, imprevisibilidade, etc. O Judiciário, que é um fiscal, um fator de equilíbrio do relacionamento entre esses dois Poderes eminentemente políticos, a meu juízo, só interfere em momentos excepcionais de teratologia, de abuso, de absoluta irracionalidade. Ou seja, passada a medida provisória pelo crivo do Executivo e pelo Parlamento, e, para que nós possamos rever esses critérios, é preciso que se caracterize realmente uma situação absolutamente excepcional”.

²⁷⁰ ADIn nº 1275/SP, j. 16-5-07, rel. Min. Ricardo Lewandowski.

²⁷¹ Art. 61. (...)

§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: (...)

II – disponham sobre: (...)

e) criação e extinção de (...) órgãos da administração pública (...).

Cumpra, em primeiro lugar, definir se a controvérsia concerne, ou não, ao núcleo da separação de poderes. Parece razoável, no caso, afirmar que o assunto ali versado – saber se a matéria da lei se inclui na iniciativa privativa do Governador – não se situa no núcleo do princípio da separação de poderes. Com efeito, o tema das iniciativas reservadas do processo legislativo configura um aspecto *acidental*, localizado na *periferia* do princípio, já que é perfeitamente concebível, em tese, a existência de um princípio de independência e harmonia entre os poderes mesmo sem as inúmeras reservas de iniciativa legislativa concretamente previstas na CF/88. Assim, constatado que a lei estadual não produz uma intervenção no núcleo da separação dos poderes, resta investigar se a interpretação constitucional do legislador é *razoável*.

Nas informações prestadas pela Assembleia Legislativa, sustentou-se que a lei em questão disciplinava a saúde de uma forma genérica, razão pela qual não teria aplicação, no caso, o art. 61, § 1º, II, “e”. O argumento, porém, é *implausível* do ponto de vista racional. O texto da Constituição Federal é expresso ao atribuir ao chefe do poder executivo, em caráter privativo, a iniciativa de leis que criem órgãos da administração pública.²⁷² A lei objeto de controle, em sua literalidade, fez exatamente isso: criou um órgão da administração pública. É irrelevante, portanto, se a lei tem como tema de fundo a saúde, a educação, a assistência social, a fiscalização tributária, ou o que for; pois, qualquer que fosse o tema, a criação de órgãos estaria inexoravelmente submetida à regra de iniciativa do art. 61, § 1º, II, “e”.

Logo, a decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou a inconstitucionalidade do ato normativo impugnado pode ser justificada, legitimamente, com base no princípio do Estado de direito.²⁷³ Isto é, estando a controvérsia sob análise fora daquela zona cinzenta em que ocorrem os desacordos interpretativos razoáveis, a invalidação da lei era uma medida necessária para afastar uma interpretação que afrontava a literalidade do texto constitucional e, além disso, se mostrava incompatível com uma antiga e consolidada orientação jurisprudencial da Suprema Corte.

²⁷² Vale observar, no caso, que o art. 24, § 2º, II, da Constituição do Estado de São Paulo, onde a lei em questão foi editada, contém regra de iniciativa privativa (do Governador do Estado) substancialmente idêntica à do art. 61, § 1º, II, “e”, da CF.

²⁷³ Cf., a propósito, o capítulo 4, item 4.2.3.

6.5. Os direitos fundamentais e seu conteúdo essencial

O último valor justificatório que autoriza a compressão do princípio democrático é o dos direitos fundamentais. Também aqui se mostra pertinente a estratégia de definição dos núcleos normativos, já que os direitos fundamentais, via de regra, são consagrados em disposições constitucionais de textura acentuadamente aberta, vazadas em linguagem polissêmica, e cujo alcance específico costuma ser objeto de grandes polêmicas. É certo, ainda, que “o conteúdo concreto e a significação dos direitos fundamentais (...) dependem de numerosos fatores extrajurídicos, especialmente das peculiaridades, da cultura e da história dos povos”.²⁷⁴ Por tudo isso, há uma margem de apreciação própria para a deliberação democrática, correspondente à periferia dos princípios de direitos fundamentais,²⁷⁵ na qual não deve a corte constitucional intervir, salvo para anular interpretações teratológicas ou manifestamente irrazoáveis. O método de obtenção de decisão ora proposto pretende, a um só tempo, salvaguardar esse espaço de livre conformação do legislador e garantir a integridade dos conteúdos essenciais dos direitos fundamentais.

Nos tópicos 5.1 e 5.2, a seguir, serão discutidos, respectivamente, os problemas da abrangência do conceito de direitos fundamentais e da identificação dos respectivos núcleos. A abordagem, porém, não será exaustiva, pois o presente trabalho não comportaria um exame

²⁷⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 239.

²⁷⁵ A quase totalidade dos direitos fundamentais apresenta-se normativamente estruturada sob a forma de *princípios*. Assim, com o objetivo de simplificar a exposição, no texto é presumido, de um modo geral, o caráter principiológico dos direitos fundamentais. Na hipótese, porém, de um determinado direito fundamental corresponder a uma *regra* (como, p.ex., o direito do preso de “permanecer calado”, previsto no art. 5º, LXIII, da CF), há de se verificar o grau de complexidade dos efeitos pretendidos e a possível variação das condutas capazes de realizar esses efeitos. Se os efeitos da regra forem simples e demandarem uma única conduta para realizá-lo, não haverá espaço para falar-se em “aspectos nucleares”, de um lado, e “aspectos periféricos”, de outro. Todavia, há normas que, a despeito de se qualificarem como *regras*, exigem a produção de efeitos bastante complexos, para cuja realização inúmeras condutas apresentam-se como possíveis à primeira vista. Essa variabilidade de condutas pode, em tese, autorizar a distinção, mesmo em relação a uma *regra* – e *especificamente para fins de controle judicial de constitucionalidade de uma lei* –, entre *aspectos nucleares* da regra, por um lado, e *aspectos periféricos* da regra, por outro. Mas este é um exame que só poderá ser feito caso a caso. Registre-se, por relevante, que as considerações precedentes partem de uma adesão conceptual à definição proposta por Ana Paula de BARCELLOS, para quem as *regras* caracterizam-se como “enunciados [normativos] que estabelecem desde logo os efeitos que pretendem produzir no mundo dos fatos, efeitos determinados e específicos”. Como a mesma autora registra, porém, “[d]ependendo da complexidade do efeito pretendido, a regra pode demandar uma única conduta (...) ou condutas diversas, que variam em função dos fatos subjacentes, ainda que o efeito pretendido seja sempre o mesmo” (*Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 171; itálicos acrescentados).

pormenorizado de tais temas, notoriamente complexos e repletos de polêmicas ainda não resolvidas. O objetivo, assim, é apenas o de expor, em linhas gerais, como se daria a aplicação do método de obtenção de decisão sugerido neste estudo a partir de uma determinada concepção de direitos fundamentais e de seus núcleos de conteúdos essenciais. Mas nada impede, em tese, que o mesmo método se aplique a partir de *outras* concepções de direitos fundamentais e de conteúdos essenciais, diferentes das que servem de base ao presente trabalho.

6.5.1. Sobre a abrangência do conceito de direitos fundamentais

Há dois critérios básicos para se definir em que hipóteses um direito pode ser qualificado como “fundamental”: por meio da mera referência ao texto *formal* da Constituição em vigor ou por meio de algum critério *material* de jusfundamentalidade.

Segundo o critério *formal*, são “fundamentais”, no ordenamento jurídico brasileiro, os direitos descritos no Título II da Constituição (“Dos direitos e garantias fundamentais”), abrangendo os *direitos individuais e coletivos* (art. 5º), os *direitos sociais* (arts. 6º a 11), os *direitos da nacionalidade* (art. 12) e os *direitos políticos* (arts. 14 a 17).²⁷⁶ Note-se, entretanto, que a precisão definitória – que seria a grande virtude de um critério formal baseado no texto do direito positivo – é, no caso da Constituição brasileira, mais aparente que real, uma vez que o § 2º do art. 5º admite a existência de direitos fundamentais não expressos no catálogo, decorrentes “do regime e dos princípios” adotados pela Constituição e, bem

²⁷⁶ Em relação à Constituição alemã, Robert ALEXY entendeu ser possível e adequada uma definição formal deste tipo: “Más conveniente que la fundamentación del concepto de norma de derecho fundamental sobre criterios materiales y/o estructurales es su vinculación con un criterio *formal*, que apunte a la forma de positivización. De acuerdo con este criterio, todos los enunciados del capítulo de la Ley Fundamental titulado ‘Derechos fundamentales’ (artículos 1-19 LF) son disposiciones de derechos fundamentales, independientemente del contenido y la estructura de lo que ellos estatuyan. El problema es que el círculo de aquello que es abarcado de esta manera es demasiado restringido. No hay duda de que otras disposiciones de la Ley Fundamental (...) expresan una norma de derecho fundamental. Para la identificación de estas disposiciones (...) se ofrece como criterio formal el catálogo de derechos designados simplemente como ‘derechos’ en el artículo 93 párrafo 1 nº 4 a LF, y con respecto a los cuales esta disposición admite el recurso de amparo. Si se vinculan los dos criterios que se refieren al texto de la Constitución, es posible definir provisionalmente los conceptos de disposición de derecho fundamental y de norma de derecho fundamental de la siguiente manera: *disposiciones de derecho fundamental* son los enunciados formulados en los artículos 1 a 19 LF y los enunciados contenidos en los artículos 20 párrafo 4, 33, 38, 101, 103 y 104 LF que confieren derechos individuales. *Normas de derecho fundamental* son las normas directamente expresadas por estos enunciados” (*Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 48).

assim, dos “tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. E, por outro lado, a indicar que o argumento topográfico não pode ser compreendido com excessiva rigidez, deve-se lembrar que há no catálogo dos arts. 5º a 17 da Constituição diversas normas que não preveem direito algum, como, p.ex., o art. 5º, XLIV, que declara ser “crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”; ou o § 2º do art. 17, segundo o qual “os partidos políticos, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral”.²⁷⁷

Já os critérios *materiais*, diferentemente, buscam no *conteúdo* dos direitos, e não no texto constitucional escrito, a justificativa para qualificá-los como *fundamentais*. A fundamentalidade de um direito seria consequência da relevância do respectivo conteúdo normativo, que contemplaria um conjunto de posições jurídicas merecedoras de especial proteção, em virtude de sua conexão com os valores prioritários da dignidade humana, da liberdade e da igualdade. Tais direitos guardariam correspondência, ainda, com a ideia de Constituição em sentido material, na medida em que consubstanciariam “decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade”.²⁷⁸

O problema das definições materiais de direitos fundamentais, no entanto, está na ausência de uma convergência entre os estudiosos do tema acerca de qual seria o conceito substancial capaz de unificar essa categoria de direitos. Faz-se abaixo um registro sintético acerca de algumas das principais teorias sobre a fundamentalidade material dos direitos, com o objetivo de ilustrar a enorme dificuldade de se chegar a uma concepção puramente material e abstrata dos direitos fundamentais (subitem 6.5.1.1). Em seguida, para lidar com esse problema conceitual, será sugerida a adoção de um conceito simultaneamente formal e material de direitos fundamentais, construído à luz do texto vigente da Constituição brasileira de 1988 (subitem 6.5.1.2).

²⁷⁷ A propósito do tema, observa Ingo Wolfgang SARLET que “no rol dos direitos fundamentais foram incluídas diversas posições jurídicas de ‘fundamentalidade’ ao menos discutível, conduzindo (...) a um desprestígio do especial *status* gozado pelos direitos fundamentais (...). Além disso, em todos os capítulos, mas de modo especial no art. 5º e nos arts. 12 a 17, encontram-se diversos preceitos que, não obstante sua louvada finalidade (e aqui não se discute sua importância), não revelam as características de direitos fundamentais, mas, sim, de normas organizacionais (como é o caso do art. 14, § 3º, incs. I a VI, e §§ 4º a 8º) ou até mesmo de normas de natureza penal (art. 5º, incs. XLII e XLIII). Cuida-se, na maior parte, de dispositivos que poderiam ter sido remetidos ao legislador infraconstitucional ou mesmo enquadrados na parte orgânica da Constituição” (*A eficácia dos direitos fundamentais*. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 81-82).

²⁷⁸ Neste sentido, v. SARLET, Ingo Wolfgang, ob. cit., p. 89.

6.5.1.1. Algumas definições materiais de direitos fundamentais

Convém referir, em primeiro lugar, as teorias que consideram *fundamentais* os direitos cuja realização seja uma *condição* para a existência da democracia. Os direitos fundamentais, segundo essa ótica, incorporam certos requisitos que devem estar assegurados para que seja possível o funcionamento eficaz de um regime democrático, em que os cidadãos possam efetivamente informar-se, participar do processo político e fazer escolhas conscientes e autônomas acerca de seus interesses e do bem coletivo. Não há consenso sobre quais seriam, mais especificamente, essas condições da democracia. Um elenco básico haveria de abarcar pelo menos o direito de votar e ser votado, o direito à participação política, as liberdades de consciência, de expressão, de imprensa, de reunião, de associação, de organização partidária e os direitos assecuratórios de condições materiais de vida mínimas, sem as quais nenhuma liberdade pode ser exercida de maneira significativa. No detalhe, porém, conforme sejam as premissas adotadas, a interpretação de quais são essas condições pode variar enormemente.

Um dos representantes mais conspícuos dessa corrente teórica é o filósofo alemão Jürgen Habermas, para quem há cinco categorias de direitos *materialmente* fundamentais que devem ser assegurados como *condições da deliberação democrática*. São eles: (1) os direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação*; (2) os direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status de membro numa associação voluntária de parceiros de direito*; (3) os direitos fundamentais que resultam imediatamente da *possibilidade de postulação judicial* de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual; (4) os direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os cidadãos exercitam a sua *autonomia política* e por meio dos quais eles criam direito legítimo; e (5) os direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) até (4).²⁷⁹ Para Habermas, essas seriam as cinco categorias de direitos que justificariam o controle da constitucionalidade das leis pelo poder judiciário. A intervenção do tribunal, ao ver desse filósofo, seria “normativamente exigida”, sempre que se tratasse de

²⁷⁹ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: Tempo Brasileiro, 1997, p. 159-160.

impor o procedimento democrático e a forma deliberativa da elaboração política da vontade coletiva.²⁸⁰

Noutra vertente, busca-se atrelar a fundamentalidade material a valores intrínsecos a determinados direitos. Assim é que, para o liberalismo político de John Rawls (um dos adeptos dessa visão), os direitos fundamentais corresponderiam às liberdades básicas iguais de seu primeiro princípio de justiça.²⁸¹ Compreenderiam, entre outras, a liberdade política (o direito de votar e ocupar um cargo público), a liberdade de expressão e reunião, a liberdade de consciência e de pensamento, as liberdades da pessoa (que incluem a proteção contra a opressão psicológica e a agressão física), o direito à propriedade privada²⁸² e a proteção contra a prisão e a detenção arbitrárias (de acordo com o conceito de Estado de direito). A especificação completa dessas liberdades, contudo, dependeria das “circunstâncias particulares, sociais, econômicas e tecnológicas”²⁸³ de cada sociedade.

Ronald Dworkin, a seu turno, enxerga a fundamentalidade material na Declaração de Direitos da Constituição norte-americana “compreendida como um conjunto de princípios morais”.²⁸⁴ Para esse jurista, a democracia é definida por seu objeto, o qual conteria uma exigência de que “as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e o mesmo respeito”.²⁸⁵ Assim, quando as leis promulgadas pelo parlamento não respeitam ou não garantem essa igualdade essencial de *status* para todos os cidadãos, ou quando forem deficientes ao fazê-lo, nenhum óbice há a que outras instituições estatais – como o poder judiciário – atuem para remediar tal falha. Assim, não se instauraria qualquer conflito entre a leitura moral da Constituição (feita pelos juízes) e

²⁸⁰ HABERMAS, Jürgen, ob. cit., p. 346-347.

²⁸¹ Em *O liberalismo político* John RAWLS apresentou uma nova formulação de seu primeiro princípio de justiça, nos seguintes termos: “Todas as pessoas têm igual direito a um projeto inteiramente satisfatório de direitos e liberdades básicas iguais para todos, projeto este compatível com todos os demais; e, nesse projeto, as liberdades políticas, e somente estas, deverão ter seu valor equitativo garantido” (*O Liberalismo político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. 14ª ed. São Paulo: Ática, 2000, p. 47).

²⁸² RAWLS esclarece, no entanto, que o direito a certos tipos de propriedade (como a propriedade dos meios de produção) e a liberdade contratual (tal como a entende a doutrina do *laissez-faire*) não são básicas. Logo, não estariam protegidas pela prioridade do primeiro princípio (*Uma teoria da justiça*. Ob. cit., p. 66).

²⁸³ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 65.

²⁸⁴ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 18.

²⁸⁵ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade...*, ob. cit., p. 26.

a democracia, nem mesmo quando essa leitura produzisse resultados restritivos dos processos políticos majoritários, já que o princípio de igual consideração e respeito traduziria a própria essência da democracia.

Robert Alexy, por outro lado, apresenta uma definição por remissão, na qual afirma que os direitos fundamentais, substancialmente, equivalem aos *direitos humanos* transformados em *direito constitucional positivo*.²⁸⁶ Tais seriam os direitos imprescindíveis para o desenvolvimento e a existência da pessoa humana, o que justificaria o caráter *prioritário* dos direitos fundamentais, se comparados a qualquer outra classe de direitos.²⁸⁷ Infelizmente, porém, como reconhece o próprio Alexy, não foi possível até o momento estabelecer-se um consenso sobre quais sejam, exatamente, os conteúdos de tais direitos. A concepção específica de quais sejam as posições jurídicas abarcadas por tais direitos depende, inevitavelmente, das visões filosófica, moral e política que se adotem.

No Brasil, Claudio Pereira de Souza Neto propõe uma interessante conciliação entre os modelos justificatórios fundados na teoria da justiça de John Rawls e na teoria democrática procedimental de Jürgen Habermas. Partindo do desafio de construir uma justificação que efetivamente se restrinja ao campo da política democrática – *i.e.*, que não erija restrições à deliberação com base em argumentos substantivos, liberais ou comunitários –, Souza Neto elabora uma justificação que aglutina a ideia de “condições procedimentais da democracia” (Habermas) com a noção de termos justos para a “cooperação social por um longo espaço de tempo em uma sociedade plural e democrática” (Rawls).²⁸⁸ Em decorrência dessa justificação, seriam *materialmente fundamentais* apenas os direitos que constituíssem condições para a contínua cooperação na deliberação democrática. Somente enquanto esses direitos estiverem assegurados será possível, numa sociedade pluralista, “a instauração de um contexto adequado para a cooperação democrática”,²⁸⁹ em que todos se vejam como dignos de igual respeito e consideração e, assim, se sintam estimulados a prosseguir cooperando para a realização do bem comum. O controle judicial de constitucionalidade estaria justificado sempre que se tratasse de defender essa classe de direitos materialmente fundamentais.

²⁸⁶ Cf. ALEXY, Robert. *Tres Escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 26.

²⁸⁷ Cf. ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y derechos constitucionales*. Trad. Pablo Larrañaga. Cidade do México: Distribuciones Fontamara S.A., 2005, p. 53.

²⁸⁸ *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa: Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 158-159.

²⁸⁹ SOUZA Neto, Claudio Pereira de. Ob. cit., p. 159.

Todas essas teorias são atraentes e requintadamente bem formuladas. Por isso mesmo, é muito difícil, senão impossível, decidir-se em abstrato por uma delas, com exclusão das demais. Afora essa dificuldade, caberia ainda objetar que a escolha de uma teoria de jusfundamentalidade material com total abstração do direito positivo vigente não seria o procedimento mais adequado, se o que se pretende é elaborar um método de obtenção de decisão aplicável a uma específica Carta Constitucional. Desse modo, afigura-se apropriado recorrer também ao aspecto *formal*, pois um conceito constitucionalmente adequado de direito fundamental só será válido (e utilizável na prática) se levar em consideração o que foi concretamente estatuído pela Constituição a respeito do tema. No próximo tópico, em coerência com tal premissa, apresentar-se-á uma definição de direito fundamental a um só tempo formal e material.

6.5.1.2. O conceito simultaneamente formal e material proposto por Ingo Sarlet

Em sua obra seminal sobre a eficácia dos direitos fundamentais, o jurista gaúcho Ingo W. Sarlet observa, criticamente, que as definições que buscam descrever as características da jusfundamentalidade material de forma completa e abstrata, com validade universal, estão fadadas, “no mínimo, a um certo grau de dissociação da realidade de cada ordem constitucional individualmente considerada”.²⁹⁰ Assim, embora não negue a existência de categorias universais (como, p.ex., os valores da vida, da liberdade, da igualdade e da dignidade humana), entende Sarlet que um “conceito satisfatório [de direitos materialmente fundamentais] somente poderia ser obtido com relação a uma ordem constitucional concreta”.²⁹¹ Disso decorre uma concepção de direitos fundamentais que congrega, de forma indissolúvel, aspectos formais e substanciais. Para tal concepção, são materialmente fundamentais: (i) os direitos que, por decisão expressa do poder constituinte,²⁹² foram

²⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, ob. cit., p. 90.

²⁹¹ *Idem, ibidem*, p. 90-91. SARLET oferece em seu livro uma conceituação genérica e aberta, que leva em conta o dado do direito constitucional positivo: “Direitos fundamentais são (...) todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo)” (ob. cit., p. 91).

²⁹² Trata-se de uma daquelas *decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade*, integrantes do próprio conceito material de Constituição.

integrados ao catálogo de direitos fundamentais da Constituição de 1988 (previstos no Título II, arts. 5º a 17 da CF); e (ii) os direitos que, embora não constem de tal catálogo, podem, “por seu conteúdo e por sua importância”, ser “equiparados aos direitos formalmente (e materialmente) fundamentais”²⁹³ (*i.e.*, podem ser equiparados aos direitos previstos no Título II, arts. 5º a 17 da CF). Note-se, a propósito, que a possibilidade de existirem direitos fundamentais *fora do catálogo* decorre de uma opção inequívoca da própria Carta Política, cujo art. 5º, § 2º,²⁹⁴ consagrou o caráter *materialmente aberto* do sistema de direitos fundamentais.

À luz de tais considerações, e tendo em vista que o citado § 2º do art. 5º da CF prevê a existência de *outros direitos fundamentais* – para além dos *expressos* no catálogo de direitos da Constituição –, decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, bem como dos tratados internacionais assinados pelo Brasil, sugere Ingo W. Sarlet a seguinte classificação geral dos direitos fundamentais no ordenamento constitucional brasileiro.²⁹⁵

(I) – direitos fundamentais expressamente positivados (ou escritos), abrangendo as duas categorias abaixo mencionadas:

- I.a. – direitos expressamente previstos no catálogo dos direitos fundamentais (arts. 5º a 17) *ou* em outras partes do texto constitucional; e
- I.b. – direitos fundamentais sediados em tratados internacionais e que também foram positivados de forma expressa;

²⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang, *ob. cit.*, p. 95. Para esse autor, portanto, todos os direitos fundamentais *em sentido formal* (*i.e.*, os integrantes do Título II da CF/88) também são, ao mesmo tempo, *materialmente* fundamentais. Em sentido idêntico, confirma-se a lição de Jorge Miranda: “Participante por via da Constituição formal da própria Constituição material, tal posição jurídica subjectiva fica, só por estar inscrita na Constituição formal, dotada da protecção a esta ligada, nomeadamente quanto a garantia da constitucionalidade e a revisão. É inconstitucional uma lei que a viole e só por revisão (seja qual for o sistema de revisão constitucional adoptado) pode ser eliminada ou ter o seu conteúdo essencial modificado. Ou seja: todos os direitos fundamentais em sentido formal são também direitos fundamentais em sentido material. Mas há direitos fundamentais em sentido material para além deles” (*Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. Tomo IV. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 9).

²⁹⁴ Art. 5º. (...)

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

²⁹⁵ Os elementos da classificação ora exposta estão dispersos ao longo do item 4.3. (intitulado “O conceito materialmente aberto de direitos fundamentais no direito constitucional brasileiro”), p. 92-165, da obra já citada do Prof. Ingo W. SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais*.

(II) – **direitos fundamentais não expressos (ou não escritos)**, como tais considerados aqueles que não foram objeto de previsão expressa pelo direito positivo (constitucional ou internacional), subdivididos em duas categorias:

II.a. – direitos fundamentais *implícitos*, correspondentes a posições fundamentais subentendidas nas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Estes direitos *implícitos* podem caracterizar-se, conforme o caso:

II.a.1. – como um direito novo deduzido a partir dos direitos constantes do catálogo,²⁹⁶ ou

II.a.2. – como uma extensão do âmbito de proteção de um direito fundamental expressamente positivado;²⁹⁷ e

II.b. – direitos fundamentais *decorrentes do regime ou dos princípios* adotados pela Constituição (cf. § 2º do art. 5º da CF).

O caráter aberto do elenco constitucional de direitos fundamentais suscita, de imediato, o problema da identificação dos direitos *apenas* materialmente fundamentais (vale dizer, direitos fundamentais *fora do catálogo*). Para enfrentar tal problema, Ingo W. Sarlet sugere três *critérios gerais de identificação da fundamentalidade material*. Em primeiro lugar, afirma esse autor, deve-se tratar de um direito que possa, “por sua *substância* (conteúdo) e *importância*”,²⁹⁸ ser equiparado aos direitos fundamentais constantes do catálogo.²⁹⁹ Em segundo lugar, exige-se que tal direito seja diretamente deduzido do *regime* e dos *princípios fundamentais* da Constituição, como tais considerados aqueles previstos no Título I (arts. 1º a

²⁹⁶ Os direitos referidos em “II.a.1” são direitos judiciais, criados pela jurisprudência dos tribunais, que os deduz a partir das normas de direitos fundamentais integrantes do catálogo.

²⁹⁷ Os direitos referidos em “II.a.2” são deduzidos a partir da redefinição do campo de incidência de determinado direito fundamental já expressamente positivado no texto constitucional.

²⁹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang, ob. cit., p. 106. Detalhando esse “princípio de equivalência”, afirma o autor que “toda e qualquer posição jurídica, seja ela enquadrada na noção de direitos implícitos ou decorrentes, seja ela encontrada na Constituição (fora do catálogo), ou em algum tratado internacional, deverá, para ser considerada autêntico direito fundamental, equivaler – em seu conteúdo e dignidade – aos direitos fundamentais do catálogo” (ob. cit., p. 107).

²⁹⁹ É de se observar que o referido “princípio de equivalência” não se aplica aos *direitos implícitos* (correspondentes a posições fundamentais subentendidas nas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais), uma vez que, neste caso específico, “a própria norma constitucional já reconhece – ainda que não expressamente – o direito fundamental não escrito (implícito), nela subentendido. Trata-se, portanto, de extrair do texto o que nele já está contido” (SARLET, Ingo Wolfgang, ob. cit., p. 107).

4º) da Lei Fundamental,³⁰⁰ conferindo-se uma especial ênfase ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), uma vez que é essencial, para a identificação de um direito (apenas) *materialmente* fundamental, que o seu conteúdo corresponda a uma concretização das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana.³⁰¹ Em terceiro lugar, o “candidato” a direito fundamental deve ter uma função protetiva do indivíduo (isoladamente ou na condição de integrante de uma coletividade), isto é, deve ter por objetivo “assegurar e proteger certos bens individuais ou coletivos considerados essenciais”.³⁰² Esses três critérios referenciais não têm a pretensão de esgotar o assunto,³⁰³ seu propósito, antes, é o de servir como um primeiro auxílio ao intérprete, cumprindo a função de esboçar os passos argumentativos básicos da difícil tarefa de identificação dos direitos *apenas* materialmente fundamentais, *i.e.*, dos direitos (*expressos* ou *não*) localizados fora do Título II (arts. 5º a 17) da Constituição brasileira.

Para os fins da presente dissertação, o esquema definitório proposto por Ingo W. Sarlet pode ser integralmente adotado, em razão de seu caráter abrangente e de sua plena adequação ao ordenamento constitucional brasileiro. Além disso, essa definição se mostra bem ajustada às premissas democráticas do presente trabalho, na medida em que ela não adere a uma concepção forte de materialidade jusfundamental, abstendo-se assim de acrescentar, por via da pura especulação dogmática, restrições adicionais à deliberação democrática. Uma definição que confira primazia ao aspecto formal, *i.e.*, ao dado do direito constitucional positivo, proporciona ainda a vantagem comparativa (*vis-à-vis* das teorias predominantemente materiais) de dar maior segurança e previsibilidade à aplicação do direito. Isso é ainda mais verdadeiro no caso de uma Constituição como a brasileira, provida de um catálogo de direitos extremamente minucioso e analítico, que tem o efeito prático de limitar as oportunidades para a criação judicial de direitos fundamentais não escritos, haja vista que quase todos os direitos

³⁰⁰ *Idem, ibidem*, p. 110. Convém esclarecer que este critério de identificação (“b”) é aplicável tanto aos direitos decorrentes do regime e dos princípios (cf. § 2º do art. 5º da CF) como aos direitos encontrados na Constituição (mas fora do catálogo) e nos tratados internacionais.

³⁰¹ Para SARLET, “nada impede que se considerem, para efeitos de identificação de direitos fora do catálogo, materialmente fundamentais apenas as posições que constituem exigências diretas (ou, no mínimo, indiretas) do princípio da dignidade da pessoa humana” (ob. cit., p. 130).

³⁰² *Idem, ibidem*, p. 131. Este requisito é chamado pela doutrina de “radical subjetivo”, designando tal expressão a circunstância de que a estrutura normativa dos direitos fundamentais deve, necessariamente, outorgar ao indivíduo certas posições subjetivas.

³⁰³ Neste sentido, cf. SARLET, ob. cit., p. 135.

fundamentais hoje concebíveis já se acham contemplados na vasta enumeração do catálogo ou, se não ali, nos tratados internacionais assinados pelo Brasil.

Assim, com base nessa definição *formal e material* de direitos fundamentais, pode-se dizer que pertencem aos *contextos aplicativos jusfundamentais* as controvérsias que envolvam: **(i)** os direitos fundamentais expressos constantes do Título II da Constituição, abrangendo, portanto, os *direitos de liberdade típicos e as suas garantias* (art. 5º), os *direitos sociais* (arts. 6º a 11), os *direitos de nacionalidade* (art. 12) e os *direitos políticos* (arts. 14 a 17); **(ii)** os outros direitos escritos que puderem ser encontrados no restante do texto constitucional (fora do catálogo) *ou* em tratados internacionais; e **(iii)** os direitos não expressos,³⁰⁴ correspondentes aos *direitos implícitos* (posições fundamentais subentendidas nas normas definidoras de direitos do catálogo constitucional) e aos *direitos decorrentes* do regime ou dos princípios adotados pela Constituição (cf. art. 5º, § 2º).

Resta agora, para finalizar o presente capítulo, tratar da identificação dos *conteúdos nucleares* dos direitos fundamentais.

6.5.2. Os núcleos (ou conteúdos essenciais) dos direitos fundamentais

Há sistemas jurídicos em que a Constituição, por meio de disposição expressa, põe o *núcleo* (ou o *conteúdo essencial* – expressão sinônima) dos direitos fundamentais a salvo de quaisquer restrições ou regulamentações legais. É o que ocorre, p.ex., nos ordenamentos alemão, espanhol e português,³⁰⁵ entre outros. Para que esses preceitos constitucionais tenham alguma eficácia, é necessário que se possa apontar, em relação a cada direito fundamental,

³⁰⁴ A criação judicial de direitos fundamentais não expressos deve ser vista com muita reserva por qualquer um que preze o valor democrático. É certo que essa criação não está peremptoriamente vedada, mas ela só será politicamente legítima em situações especialíssimas, nas quais se possa demonstrar que o constituinte não poderia ter previsto a necessidade de proteger de modo reforçado a posição jurídica cuja fundamentalidade material esteja em discussão, com o que se afastaria o argumento de que a ausência de positivação traduziria, por si só, uma decisão negativa do legislador constituinte.

³⁰⁵ *Constituição alemã*, art. 19, II: “Em nenhuma hipótese um direito fundamental poderá ser afetado em sua essência”. *Constituição espanhola*, art. 53: “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades (...)”. *Constituição portuguesa*, art. 18, nº 3: “As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”.

quais são as faculdades de agir ou as prerrogativas subjetivas irreduzíveis, insuscetíveis de serem afetadas negativamente por atos normativos infraconstitucionais. Por isso, a doutrina e a jurisprudência, nesses países, se viram a braços com o complicado problema de definir os tais “conteúdos essenciais” dos direitos fundamentais, aos quais as respectivas Constituições conferem uma proteção absoluta.

Basicamente, duas correntes teóricas se formaram na busca de uma solução para essa dificuldade interpretativa: as *teorias relativas* e as *teorias absolutas*. De maneira sintética, pode-se dizer que as teorias relativas defendem uma concepção dinâmica de núcleo, afirmando que o conteúdo essencial de um direito fundamental é o que resta após levar-se a cabo a ponderação entre o direito restringido e o princípio, bem, interesse ou direito a ele contraposto, que tanto pode ser um outro direito fundamental como um interesse coletivo; ou, quando for o caso, é o que sobra após aplicar-se o postulado da proporcionalidade, naquelas hipóteses em que se configure uma relação de causalidade entre o meio restritivo e o fim visado pelo legislador, *i.e.*, entre a limitação ao direito fundamental e o objetivo que por intermédio dessa restrição se pretende alcançar.³⁰⁶ Por outro lado, as teorias absolutas, diferentemente, afirmam que cada direito fundamental possui um núcleo normativo “duro”, que não pode ser legalmente restringido ou relativizado em nenhuma hipótese. Postulam, ainda, que esse conteúdo essencial é passível de ser abstratamente identificado pelo intérprete.³⁰⁷

Em comum, essas duas correntes teóricas têm apenas o fato de serem, ambas, objeto de severas críticas por parte de seus adversários. No que concerne às teorias relativas, diz-se que, ao confundir a determinação do conteúdo essencial com a aplicação das técnicas da ponderação e da proporcionalidade, elas nulificam a tutela especial – o espaço de

³⁰⁶ Neste sentido, ALEXY, Robert: “Según la teoría relativa, el contenido esencial es aquello que queda después de una ponderación. Las restricciones que son acordes con el principio de proporcionalidad no vulneran la garantía del contenido esencial aun cuando en el caso particular no dejen nada del derecho fundamental. La garantía del contenido esencial se reduce al principio de proporcionalidad” (*Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 259).

³⁰⁷ Segundo a lição de Jane Reis Gonçalves PEREIRA, “[a] teoria absoluta, diversamente da relativa, não adota uma visão relacional e dinâmica da garantia do conteúdo essencial, entendendo-a como um reduto estático e incondicional que não pode, sob nenhum fundamento, ser ultrapassado. Partindo de uma visão ontológica da garantia em análise, os que defendem essa perspectiva pressupõem que o direito fundamental pode ser desdobrado em duas partes: *uma parte essencial*, e, portanto, inviolável, e *uma parte não essencial*, que pode ser objeto de restrição. Pode-se explicar essa concepção a partir da imagem gráfica de círculos concêntricos. O *círculo exterior* é composto por faculdades periféricas ou acidentais, que podem ser sacrificadas para salvaguardar outros bens jurídicos, enquanto o *círculo interior* constitui um núcleo fixo e de contornos precisos, que não pode ser transposto sem que se incorra em inconstitucionalidade” (*Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, ob. cit., p. 373).

intangibilidade – que se quis atribuir aos direitos fundamentais por meio da ideia de núcleo. Essa é, por certo, uma acusação especialmente séria nos ordenamentos constitucionais que prescrevem de forma expressa a proteção incondicional aos conteúdos essenciais dos direitos fundamentais. Já em relação às teorias absolutas, levanta-se a objeção de que a determinação de um núcleo duro para cada direito fundamental seria, na realidade, um procedimento carente de parâmetros intersubjetivamente controláveis, e que, por isso, fatalmente redundaria num decisionismo judicial mais ou menos arbitrário.³⁰⁸

Essas críticas têm, cada qual, a sua parcela de razão. Todavia, como a Constituição brasileira não consagrou em seu texto um mandamento expresso de proteção ao núcleo dos direitos fundamentais, a polêmica dogmática não se põe, entre nós, com a mesma intensidade. O que é uma grande vantagem, pois permite uma abordagem de cunho mais pragmático, que, sem tomar partido naquela disputa, aproveita elementos tanto de uma quanto de outra corrente teórica.

Assim, propõe-se aqui que a ideia de núcleo dos direitos fundamentais desempenhe uma função primordialmente argumentativa, não para determinar de forma abstrata, universal e atemporal os elementos irreduzíveis de cada direito – tarefa certamente impossível –, mas, sim, para esboçar ao menos os contornos aproximados de um núcleo consistente (ainda que não absolutamente rígido), que permita ao intérprete argumentar, conforme o caso, que a controvérsia sob apreciação envolve ou não um elemento nuclear do direito fundamental. Isso para que, uma vez estabelecida essa premissa sobre a localização do conflito, possa o intérprete, numa segunda etapa, apreciá-lo com base em *juízos de correção*, se se tratar de uma controvérsia nuclear, ou mediante *juízos de mera plausibilidade*, se a questão, ao contrário, disser respeito à periferia do princípio de direito fundamental.

O recurso à ideia de “núcleo consistente” se dará, pois, em caráter preliminar, como um *topos* argumentativo do procedimento decisório, apenas para que o julgador situe o caso na esfera do controle de tipo “forte”, em que são legítimos os juízos de correção substitutivos

³⁰⁸ Ao ver de Jane Reis Gonçalves PEREIRA, apoiada nas lições de Luis Prieto Sanchís, as críticas às teorias relativas e absolutas acabariam por conduzir a um “beco sem saída”: “Fica claro, assim, que as disputas dogmáticas relativas ao conteúdo essencial levam a um beco sem saída: ou se entende que o núcleo essencial é uma grandeza absoluta, caso em que não há critérios consistentes que permitam demarcá-lo, nem tampouco é possível explicar inúmeras situações em que a compressão dos direitos é inevitável; ou se entende que se trata de uma garantia relativa – equivalente à exigência de proporcionalidade das restrições – mas então se torna imperativo reconhecer que o conteúdo essencial é, em última análise, um instituto desvestido de sentido jurídico útil autônomo, podendo, no máximo, desempenhar um papel de reforço da exigência de justificação nas hipóteses em que os direitos sofram restrições severas” (*Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, ob. cit., p. 375-376).

das valorações e interpretações previamente feitas pelo legislador; ou no campo de controle de tipo “fraco”, em que a invalidação da lei só se legitima se a interpretação legislativa for claramente irracional.

Convém neste ponto reiterar as observações que já foram feitas no item 6.2.2., acima,³⁰⁹ acerca da possibilidade de que, em muitos casos, a resposta *positiva* à primeira questão (“esta controvérsia diz respeito a *aspectos nucleares* do direito fundamental?”) importe na própria solução do conflito. Tal acontecerá sempre que o julgador, já nesta etapa inicial da análise do caso, se convença em definitivo de que a intervenção produzida pela lei é inconstitucional, precisamente porque “toca” naqueles conteúdos essenciais. Mas não necessariamente isso será sempre assim, haja vista que a construção do núcleo se faz sob o signo da provisoriedade, na “primeira fase” do julgamento, ainda sem uma exigência de cognição exauriente.³¹⁰ Logo, poderá ocorrer, muitas vezes, que o intérprete chegue a conclusões diversas no momento de resolver o conflito propriamente dito. Poderá suceder, portanto, que o tribunal afirme que o caso envolve um conflito relativo ao conteúdo essencial de um direito (o que não significa dizer que houve “violação” a esse conteúdo essencial, pois este mérito da questão ainda não terá sido apreciado) e, *na segunda etapa*, conclua, fundamentadamente, que a compressão do direito era *justificada*, em razão dos argumentos só então esmiuçados. Nessa segunda etapa, inclusive, nada impedirá que o tribunal lance mão da *ponderação* ou do *postulado da proporcionalidade*, se entender que tais técnicas de decisão são as mais adequadas para solucionar o mérito do caso sob julgamento.³¹¹ Não há aqui incompatibilidade teórica, já que, repita-se, a ideia de núcleo consistente tem uma função simplesmente argumentativa e instrumental, visando à fixação do nível de rigor crítico do

³⁰⁹ Relativas à identificação do núcleo do princípio federativo.

³¹⁰ Isto é, nesta primeira fase ainda não se tem a pretensão de decidir “toda” a controvérsia constitucional.

³¹¹ É claro que, se o intérprete houver reconduzido o caso à esfera de controle de tipo “fraco”, ele deverá, para ser coerente, se valer das versões “menos exigentes” das técnicas da ponderação e da proporcionalidade. Nessa ordem de ideias, o intérprete deverá admitir, por exemplo, que, em havendo *empates* na ponderação, há de prevalecer a decisão do legislador; ou, na aplicação do postulado da proporcionalidade, deverá reconhecer, em relação ao subprincípio da idoneidade, que basta que a restrição se mostre idônea ao atendimento de um *fim constitucionalmente legítimo*, como tal entendido aquele *fim* que *não é vedado* pela Constituição (ao invés de exigir que o *fim* seja *expressamente previsto* pelo texto constitucional); ou, ainda com referência ao mesmo subprincípio da idoneidade, deverá aceitar como instrumentalmente adequados para alcançar o *fim* almejado todos os *meios* que se revelem aptos a contribuir de alguma forma para a implementação, ainda que parcial, do *fim* em questão (ao invés de exigir que o *meio* seja totalmente eficaz para atender ao *fim*, *i.e.*, que seja apto para realizar o *fim* plenamente). Ou seja, sempre que possível, cumpre ao intérprete, entre as alternativas disponíveis, escolher a que otimize em maior escala o princípio democrático, resguardando as margens de livre conformação do legislador.

controle de constitucionalidade. Por fim, nada impediria, também, que o intérprete, no segundo estágio do julgamento, mantivesse a sua adesão a uma concepção de *núcleo resistente* e julgasse o caso, em definitivo, com base em tal concepção. O método de obtenção de decisão que ora se sugere não precisa tomar partido em relação a tais questões (teorias do núcleo duro *versus* ponderação/proporcionalidade), pois a sua proposta não é a de criar uma teoria completa da interpretação constitucional, mas, apenas, a de estruturar um procedimento decisório que leve em consideração, na maior medida possível, as margens de apreciação que o princípio democrático exige que se reservem ao legislador.

O método proposto, no entanto, postula a demarcação de um núcleo consistente na *primeira etapa do julgamento*, pois neste momento a utilização da ideia de núcleo auxilia o intérprete a separar o que é *elemento essencial* daquilo que é *acidental*. Com isso, empreende-se um esforço dirigido especificamente à delimitação de quais são as características ou prerrogativas do direito fundamental intangíveis à mão do legislador, e quais são as que podem ser legitimamente conformadas no âmbito da política. Como já foi visto, essa delimitação tem importantes consequências no plano argumentativo, pois obriga o juiz a demonstrar, na fundamentação de sua decisão, que a lei impugnada é inconstitucional porque atingiu um aspecto nuclear, essencial, correspondente àquele “mínimo de sentido” do direito em questão, e não um aspecto periférico, já que este seria lícito e legítimo ao legislador regulamentar, de acordo com o seu juízo político, valorativo e filosófico, desde que a regulamentação em questão possa sustentar-se numa interpretação plausível da Constituição (caso em que faltaria legitimidade política ao juiz para substituir essa decisão do legislador pela sua própria). Uma tal função não pode ser desempenhada a contento pela teoria relativa, pois essa doutrina, ao defender uma concepção de conteúdo essencial *relativo*, oblitera a divisão entre aquele sentido nuclear do direito fundamental que exprime o “consenso mínimo” da sociedade, cuja proteção é confiada à instituição judiciária, e os conteúdos das áreas periféricas dos direitos, que, ao contrário, sujeitam-se à conformação no campo da política. Por essa razão, o recurso à ideia de um “núcleo consistente” dos direitos fundamentais, na primeira etapa do método decisório ora sugerido, cumpre também a função de robustecer a dimensão de justificação da própria competência decisória do tribunal.

Vale anotar, ainda, que a possibilidade de um uso “modesto” – sem a pretensão de formulação de juízos do tipo “all things considered” – das teorias absolutas é endossada por Ana Paula de Barcellos, que também sugere a construção de um *núcleo consistente* na etapa decisória do procedimento de ponderação entre enunciados normativos colidentes; confira-se:

O que se acaba de registrar [sobre a inexecutabilidade da tarefa de delinear os núcleos dos direitos fundamentais de forma definitiva], porém, não significa que a impossibilidade de se atingir o ideal das teorias absolutas condene o intérprete e os jurisdicionados às teorias flexíveis ou relativas. É perfeitamente possível e desejável, por meio da reflexão abstrata e/ou do estudo e tabulação dos precedentes judiciais, que a doutrina se ocupe de construir os sentidos próprios de cada direito, propondo parâmetros ou *standards* específicos capazes de identificar o que deve ser considerado como prerrogativa essencial de cada direito, o que pode sofrer restrição, em que circunstâncias isso pode acontecer, dentre outros elementos necessários para a compreensão mais precisa dos direitos. Esse esforço hermenêutico contínuo não produzirá um núcleo duro nem permanente ou não-histórico, mas fornecerá um núcleo suficientemente consistente para funcionar como limite à atuação do intérprete e proteger em alguma medida os direitos fundamentais de ações arbitrárias e abusivas.³¹²

Dito isso, faz-se na sequência uma breve análise de dois casos ilustrativos, com o propósito de demonstrar como se daria, em linhas gerais, a aplicação do método de obtenção de decisão sugerido neste capítulo em relação aos *contextos aplicativos jusfundamentais*. Mediante tais exemplos, pretende-se dar um pouco mais de concretude às ideias acima expostas.

CASO I – Em ação direta de inconstitucionalidade, impugnou-se o preceito legal contido no § 1º do art. 4º da Lei nº 9.612/98 (“Institui o Serviço de Radiodifusão Comunitária e dá outras providências”),³¹³ cuja redação é a seguinte:

§ 1º É vedado o proselitismo³¹⁴ de qualquer natureza na programação das emissoras de radiodifusão comunitária.

³¹² BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, ob. cit., p. 145. Faça-se o registro de que o presente trabalho, no tema de que ora se trata, se beneficiou fortemente de algumas das ideias desenvolvidas por essa autora na obra citada.

³¹³ Supremo Tribunal Federal, ADI-MC nº 2.566, j. 22-5-2002, rel. Min. Sydney Sanches.

³¹⁴ *Proselitismo*, segundo o dicionário Houaiss, é a “atividade ou esforço de fazer prosélitos; catequese, apostolado”. “Prosélito”, a seu turno, tem a seguinte definição: “pessoa que foi atraída e que se converteu a uma religião, uma seita, uma doutrina ou um partido, um sistema, uma idéia etc.; adepto, sectário, partidário”.

Alegou-se, na inicial, que essa norma legal contrariava o direito fundamental à *liberdade de expressão*.³¹⁵ O Supremo Tribunal, na análise do pedido cautelar, indeferiu a suspensão da eficácia da norma, ao argumento de que a lei poderia ser teleologicamente interpretada para extrair-se dela a intenção de evitar, apenas e tão somente, o *desvirtuamento* do serviço de radiodifusão comunitária. O propósito da lei seria, assim, o de vedar o uso desse meio de comunicação “como instrumento (...) de pregação político-partidária, religiosa, de promoção pessoal, com fins eleitorais, ou mesmo certos sectarismos e partidarismos de qualquer ordem”.³¹⁶ Na mesma decisão ressaltou-se, ainda, que ao poder judiciário caberia, na análise de casos concretos, à luz dos fatos e das circunstâncias específicas de cada situação levada ao conhecimento dos tribunais, controlar a constitucionalidade e a legalidade tanto dos atos das concessionárias do serviço de radiodifusão comunitária quanto das eventuais intervenções sancionatórias do poder público baseadas naquele preceito legal.

Do ponto de vista da tese defendida neste trabalho, tal decisão consubstancia um uso exemplarmente correto do poder judicial de rever as leis, pois o tribunal, entre diversas opções interpretativas em tese possíveis, escolheu aquela que atribuía ao diploma legal um sentido *razoável* e que o compatibilizava em abstrato com a Constituição, prestigiando-se, assim, a competência do legislador democrático para disciplinar esse setor da realidade. Propõe-se, agora, reconstruir a fundamentação da decisão do STF, em consonância com o método de obtenção de decisão aqui defendido.

No primeiro passo, cumpre verificar se a questão em debate diz respeito ao *núcleo* da liberdade de expressão ou se, ao contrário, está situada na *periferia* desse princípio. No caso, não parece difícil sustentar a natureza periférica do conflito, pelos motivos a seguir expostos. Inicialmente, deve-se atentar para o fato de que a controvérsia envolve o exercício da liberdade de expressão no âmbito reduzido dos *serviços de radiodifusão comunitária*. Ora, o serviço de radiodifusão comunitária instituído pela Lei nº 9.612/98 é apenas uma modalidade particular dos *serviços de radiodifusão sonora* (o qual, a seu turno, é uma das espécies dos serviços de radiodifusão de sons e de sons e imagens; sendo este último, ainda, espécie do gênero mais amplo dos serviços de comunicação social, abrangentes de todos os meios e veículos de comunicação). Além disso, a radiodifusão comunitária, por definição legal, serve ao

³¹⁵ Embora a petição inicial da ação direta de inconstitucionalidade desenvolvesse também outras linhas de argumentação, a análise do caso, para fins de simplificação, será aqui circunscrita ao tema da liberdade de expressão em sentido amplo (tema este que, de resto, constituía o principal fundamento do pedido).

³¹⁶ Supremo Tribunal Federal, ADI-MC nº 2.566, j. 22-5-2002, rel. Min. Sydney Sanches.

atendimento de finalidades específicas – que lhe conformam como entidade jurídica individualizada, dotada de uma essência própria –, assim definidas no art. 3º da Lei nº 9.612/98:

I – dar oportunidade à difusão de idéias, elementos de cultura, tradições e hábitos sociais da comunidade;

II – oferecer mecanismos à formação e integração da comunidade, estimulando o lazer, a cultura e o convívio social;

III – prestar serviços de utilidade pública, integrando-se aos serviços de defesa civil, sempre que necessário;

IV – contribuir para o aperfeiçoamento profissional nas áreas de atuação dos jornalistas e radialistas, de conformidade com a legislação profissional vigente;

V – permitir a capacitação dos cidadãos no exercício do direito de expressão da forma mais acessível possível.

A concessão do serviço de radiodifusão comunitária só pode ser feita em favor de “fundações e associações comunitárias, sem fins lucrativos, (...) sediadas na área da comunidade para a qual pretendem prestar o serviço” (art. 7º da Lei citada). Esse serviço, ademais, é operado em baixa potência (até 25 Watts) e com cobertura restrita a um raio de 1 quilômetro a partir da antena transmissora, o que o torna um meio de comunicação social relativamente barato e, por conseguinte, acessível às organizações comunitárias, via de regra carentes de recursos financeiros.

Por outro lado, a leitura do texto da Lei nº 9.612/98 deixa evidenciada a preocupação do legislador em evitar a “captura” desse meio de comunicação para a defesa de interesses pessoais ou para a doutrinação religiosa, partidária ou política dos membros da comunidade. A Lei, ao contrário, estabelece o pluralismo como princípio básico da radiodifusão comunitária. Esses objetivos estão normativamente traduzidos nos §§ 2º e 3º do art. 4º da Lei:

§ 2º As programações opinativa e informativa observarão os princípios da pluralidade de opinião e de versão simultâneas em matérias polêmicas, divulgando, sempre, as diferentes interpretações relativas aos fatos noticiados.

§ 3º Qualquer cidadão da comunidade beneficiada terá direito a emitir opiniões sobre quaisquer assuntos abordados na programação da emissora, bem como manifestar idéias, propostas, sugestões, reclamações ou reivindicações, devendo observar apenas o momento

adequado da programação para fazê-lo, mediante pedido encaminhado à Direção responsável pela Rádio Comunitária.

Ou seja, fica claro que o serviço de radiodifusão comunitária constitui um serviço *especial*, cujo desenvolvimento pelos respectivos concessionários (somente fundações ou associações comunitárias sem fins lucrativos) é condicionado ao atendimento de determinados requisitos e, bem assim, à persecução das finalidades expressamente previstas na Lei. A limitação ao proselitismo tem, assim, um caráter contextual, circunscrito ao âmbito da rádio comunitária. Com efeito, a Lei nº 9.612/98 não proscreeu o proselitismo para todo e qualquer serviço de radiodifusão sonora, nem tampouco o fez para todos os meios e veículos de comunicação. Esse diploma normativo não impede que missionários religiosos divulguem suas mensagens para converter as pessoas; não proíbe que líderes partidários tentem atrair a simpatia de eleitores para a agremiação política à qual são afiliados; não veda que ideólogos propaguem o seu sistema de ideias em busca de novos adeptos para a filosofia que defendem. Tudo isso continua podendo ser feito, por todos os *outros* (numerosíssimos) meios de comunicação existentes. Mas, em relação a *este* específico meio, a *radiodifusão comunitária*, criada pela Lei nº 9.612/98, quis o legislador atrelá-la à consecução de determinadas finalidades e evitar o desvirtuamento dessas finalidades que poderia advir da abertura desse meio de comunicação ao proselitismo. Não fosse essa vedação legal, tal instrumento correria o risco de ser utilizado primariamente para a divulgação de propaganda política ou de crenças religiosas, o que não corresponderia ao intento do legislador quando instituiu o serviço de radiodifusão comunitária. Analogamente, as rádios *educativas* também sofrem restrições de conteúdos, pois visam especificamente à divulgação de programas educativos. O que não quer dizer, por óbvio, que essa especialização temática – tanto a das rádios *educativas* quanto a das *comunitárias* – restrinja o núcleo da liberdade de expressão das pessoas que em tese desejem veicular esses “outros” conteúdos, já que elas terão à sua disposição uma miríade de meios alternativos para fazê-lo. Por todos esses motivos, pode-se afirmar que a Lei em questão *não disciplinou* um aspecto nuclear da liberdade de expressão.³¹⁷ Logo, residindo a controvérsia

³¹⁷ Apenas para estabelecer uma comparação, pode-se dizer que seria *nuclear*, por exemplo, uma controvérsia a respeito da constitucionalidade (frente ao princípio da liberdade de expressão) das normas da Lei nº 4.177/62 (Código Brasileiro de Telecomunicações) que tipificam os “abusos” no exercício da liberdade de expressão. O assunto é tratado no art. 53 do Código, que menciona condutas como as de “ultrajar a honra nacional”; “ofender a moral familiar, pública, ou os bons costumes”; “colaborar na prática de rebeldia, desordens ou manifestações proibidas”, entre outras. Ora, a descrição dos comportamentos abusivos é acentuadamente vaga, repleta de conceitos indeterminados e de conteúdo hiperabrangente. A restrição é de ordem geral (*i.e.*, abarca todos os meios de

na área periférica desse direito fundamental, deve o caso ser analisado por um controle de constitucionalidade de tipo “fraco”, vale dizer, *mediante juízos de simples plausibilidade*.

Na segunda etapa do julgamento, cumpre examinar se existe alguma versão interpretativa *razoável* que compatibilize a vedação ao proselitismo, constante do § 1º do art. 4º da Lei, com o princípio constitucional da liberdade de expressão. Logo de início, deve-se admitir que há um antagonismo entre a proibição legal ao proselitismo e a liberdade de expressão. O princípio da liberdade de expressão, em abstrato, postula a máxima realização de todas as manifestações “livres” do pensamento humano, seja na propagação de ideias, de opiniões ou de informações.³¹⁸ Resta saber se essa restrição ao princípio pode ser *razoavelmente* justificada.

Por duas razões, é legítima a limitação em causa. Em primeiro lugar, cabe mencionar que a arregimentação de prosélitos é, ela própria, uma atividade que interfere nas liberdades de consciência e de crença alheias, na medida em que o orador (o missionário, o político, o ideólogo), com a sua fala, tem o objetivo de *alterar* as convicções pessoais de seus interlocutores, introjetando neles uma *nova crença ou opinião*, ou fazendo surgir o desejo de adesão a um *novo sistema de valores*. Os receptores do discurso de captação, porém, podem legitimamente não querer sujeitar-se a semelhantes pregações. Imagine-se a hipótese de a programação de uma rádio comunitária vir a ser dominada por programas dedicados à conversão dos membros da comunidade a alguma confissão evangélica; ora, tal uso desse meio de comunicação, *sob a perspectiva da minoria dos membros da comunidade adeptos do candomblé*, poderia parecer ilegítima, já que a radiodifusão comunitária estaria sendo usada, não para a promoção de “finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas em benefício do desenvolvimento geral da comunidade” (art. 4º, I, da Lei nº 9.612/98), mas, sim, como um instrumento de opressão religiosa. Esta atividade, ainda, poderia ser vista como incompatível com o princípio básico de “não discriminação de raça, religião, sexo, preferências sexuais, convicções político-ideológico-partidárias e condição social nas relações comunitárias” (art. 4º, IV, da Lei nº 9.612/98). Assim, precisamente porque a atividade

telecomunicação) e poderia servir para restringir a veiculação de uma variedade imensa de mensagens, inclusive, e especialmente, mensagens contrárias à ideologia dos detentores do poder. Uma restrição dessa natureza, sem dúvida, atinge o núcleo do princípio em questão, pois interfere em aspectos dessa liberdade que, uma vez vulnerados, tornariam sem sentido continuar falando na existência efetiva de uma “liberdade de expressão”.

³¹⁸ “No direito de expressão cabe, segundo visão generalizada, toda mensagem, tudo o que se pode comunicar – juízos, propaganda de ideias e notícias sobre fatos” (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, ob. cit., p. 361).

comunicativa que busca formar prosélitos intervém na liberdade alheia, a sua restrição é inevitável, pois sempre será necessário estabelecer os limites em que aquela liberdade pode ser exercida, sem prejudicar os iguais direitos e liberdades dos receptores. De modo que, como orientação geral e abstrata, não se afigura irrazoável excluir do âmbito da programação da rádio comunitária a pregação político-partidária, religiosa ou de promoção pessoal com fins eleitorais (entre outras semelhantes).

Por fim, é bem de ver que a Lei nº 9.612/98 pode ser interpretada como se proibisse apenas o proselitismo incompatível com a pluralidade de opiniões e com os princípios de integração entre os membros da comunidade e de não discriminação. Não seria, assim, qualquer divulgação de ideias com intento de persuadir que estaria vedada, mas apenas aquela que se inserisse num contexto de pregação política, religiosa, sexista etc., e que se mostrasse contrária às finalidades e aos princípios do serviço de radiodifusão comunitária (devidamente descritos nos arts. 3º e 4º da Lei).

Em suma, admite-se uma pequena restrição à liberdade de expressão daquelas pessoas que gostariam de se valer da rádio comunitária para a *conversão (lato sensu)* dos demais membros da comunidade – restrição mínima, se se tiver presente a ampla disponibilidade de *outros* meios de comunicação para a divulgação de tais mensagens –, mas essa diminuta restrição é plenamente justificada pelo peso maior dos benefícios que, em contrapartida, o serviço de radiodifusão comunitária pode trazer ao desenvolvimento e à integração da comunidade e, considerado o pluralismo que lhe é inerente, à própria liberdade de expressão da generalidade dos membros da comunidade.

Acresce ainda que, para a máxima garantia dos direitos fundamentais em jogo, deixa-se em aberto a possibilidade de virem a ser discutidos, em cada caso concreto, os eventuais abusos por parte do poder público ou das concessionárias do serviço. Tal debate, porém, se daria no contexto de um litígio específico, e não afetaria a validade da norma legal em abstrato.

CASO 2 – Examine-se, por fim, um conjunto de situações típicas envolvendo, de um lado, o direito fundamental de uma pessoa à incolumidade física³¹⁹ e, de outro, o interesse

³¹⁹ O direito à incolumidade física, ou direito à integridade corporal, constitui, segundo entendimento amplamente acatado, uma das manifestações do direito fundamental à intimidade e à vida privada, previsto no art. 5º, X, da CF. A esse propósito, leciona Paulo Gustavo Gonet BRANCO que, “na expressão [vida privada], estaria abarcada a proteção contra ‘ataques à integridade física, moral e sobre a liberdade intelectual e moral (do indivíduo) e contra o uso impróprio do nome e da imagem de alguém,

social na descoberta da *verdade real* no âmbito de um processo judicial ou para fins de apuração de alguma infração administrativa ou criminal. O objetivo, neste passo, é comparar quatro situações assemelhadas em que ocorrem restrições ao direito fundamental à integridade corporal e sugerir um critério de diferenciação entre questões “nucleares” e “periféricas”. As situações, todas extraídas de casos reais, são as seguintes:

(i) coleta de material genético da placenta, logo em seguida ao parto, contra a vontade da mãe, com vistas à realização de exame de DNA para pesquisa da paternidade do recém-nascido, no âmbito de inquérito policial no qual se investigava a veracidade da alegação (feita pela própria mãe-parturiente) de que a concepção do nascituro teria ocorrido por meio de um “estupro carcerário”;³²⁰

(ii) obrigatoriedade de submissão de condutores de veículos automotores a teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (*etilômetro*), para apurar se o motorista estava, ou não, dirigindo sob a influência de bebidas alcoólicas;³²¹

contra atividades de espionagem ou de controle ou de perturbação da tranquilidade da pessoa e contra a divulgação de informações cobertas pelo segredo profissional” (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, ob. cit., p. 379).

³²⁰ Tal discussão foi suscitada na Reclamação nº 2.040-1/DF, j. 21-2-2002, rel. Min. Néri da Silveira. A reclamante, Gloria de los Ángeles Treviño Ruiz, alegava ter sido estuprada (mas não dizia por quem) enquanto estivera detida na carceragem da Polícia Federal, lançando suspeitas sobre todos os policiais que lá trabalhavam na ocasião. Para a apuração do fato foi instaurado inquérito policial, no âmbito do qual dezenas de funcionários se submeteram a exame de sangue para negar uma possível paternidade. Mas essa prova somente seria conclusiva se se coletasse também uma amostra do DNA do filho da reclamante. Sugeriu-se então, no inquérito, que tal exame se fizesse mediante análise de amostra extraída do material placentário, a ser coletada no momento do parto. O Supremo Tribunal Federal, por maioria de dez votos contra um, deferiu a realização do exame.

³²¹ A conduta de dirigir alcoolizado é expressamente proibida pelos arts. 165 e 276 da Lei nº 9.503/97:

Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: [redação de todo o art. 165 dada pela Lei nº 11.705/08]

Infração – gravíssima;

Penalidade – multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses; (...).

Art. 276. Qualquer concentração de álcool por litro de sangue sujeita o condutor às penalidades previstas no art. 165 deste Código. [redação dada pela Lei nº 11.705/08]

A respeito da obrigatoriedade da submissão ao exame mediante etilômetro – popularmente conhecido como “bafômetro” –, dispõe o art. 277, § 3º, da Lei nº 9.503/97:

Art. 277. Todo condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de dirigir sob a influência de álcool será submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado. [redação dada pela Lei nº 11.275/06]

(iii) coleta compulsória de uma amostra de sangue do réu em ação de investigação de paternidade, para a realização de exame de DNA cujo resultado atestaria ou negaria a relação de filiação discutida no litígio civil;³²² e

(iv) retirada compulsória do líquido cefalorraquiano e medular de acusado em processo penal, para o fim de verificar se procedia a suspeita de que o réu sofria de enfermidade do sistema nervoso central e, conseqüentemente, era penalmente inimputável.³²³

É possível estabelecer, em relação a essas quatro situações, uma ordem crescente de intensidade da intervenção na integridade corporal da pessoa, desde a mais branda até a mais severa. Assim é que, em primeiro lugar, caracteriza-se o exame do material placentário como a intervenção mais suave dentre as quatro apresentadas, uma vez que a placenta, após o parto, é considerada “lixo biológico”, *i.e.*, material inservível, que se destina ao descarte tão logo encerrado o procedimento de expulsão do feto e de seus anexos do corpo da mãe. Logo, a coleta de amostra da placenta equivale, no máximo, a uma intervenção na *intimidade* da mãe e do bebê, mas não chega realmente a afetar a integridade corporal (*stricto sensu*) dessas pessoas, pois ocorre num momento em que a placenta já não tem mais qualquer ligação física com o corpo da mãe. Em seguida, em segundo lugar, vem o teste de nível alcoólico dos condutores de veículos. Nesta intervenção, o corpo humano também permanece rigorosamente íntegro. Todavia, a pessoa fiscalizada é obrigada a praticar um ato físico, a desempenhar um *facere* corporal, consistente em soprar o ar dos pulmões para dentro do etilômetro. Essa imposição pode ser classificada como uma intervenção *levíssima* na incolumidade física da pessoa. Em terceiro lugar aparece a obrigatoriedade de submissão a exame de sangue para a coleta de DNA em ação de investigação de paternidade. Neste caso, embora a retirada do sangue requeira tão somente uma “simples espetadela” (Min. Marcos Aurélio), embora a incolumidade física do réu seja “afetada em proporção ridícula” (Min.

§ 3º. Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165 deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no *caput* deste artigo. [redação dada pela Lei nº 11.705/08]

A constitucionalidade do art. 276 e do § 3º do art. 277 é questionada na ADIn nº 4.103, ainda sem decisão do Supremo Tribunal Federal.

³²² Esta, a controvérsia travada no Habeas Corpus nº 71.373-4/RS, j. 10-11-1994, rel. Min. Marco Aurélio. Decidiu o Supremo Tribunal Federal, na ocasião, por maioria de seis votos contra quatro, que o exame não poderia ser feito, por contrário aos direitos fundamentais do paciente (réu na ação de investigação de paternidade).

³²³ Tal tema foi discutido pelo Tribunal Constitucional Federal alemão na decisão de 10-6-1963 (BVerfGE 16, 194), concluindo-se pela desproporcionalidade do pretendido exame.

Ilmar Galvão), embora seja “risível” o “sacrifício imposto à integridade física” (Min. Francisco Rezek)³²⁴, há uma vulneração comparativamente maior da integridade corporal (em relação às duas situações anteriores), uma vez que neste caso ocorre a penetração de uma agulha no corpo da pessoa investigada. Trata-se, portanto, de um procedimento objetivamente *invasivo*, ainda que o seja em grau mínimo e inofensivo. Essa intervenção, assim, pode ser considerada de grau *leve*. Por fim, em quarto e último lugar, a intervenção mais intensa é, sem dúvida, a de extração compulsória do líquido cefalorraquiano e medular. Consta da decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Federal alemão (BVerfGE 16, 194) que tal intervenção, conquanto “normalmente não traga perigo, se realizada conforme os preceitos da medicina”, pode por vezes causar “alterações no estado de saúde, como dores e náuseas e, no caso da punção lombar, em até 10% dos casos”. Registrou-se ainda que, “[e]m casos especiais, a retirada do líquido pode levar a sérias complicações”.³²⁵ Há, por conseguinte, uma intervenção *grave* na incolumidade física do titular do direito fundamental.

Ora, supondo-se, para simplificar, que todas essas interferências hajam sido autorizadas por lei, soa intuitivo, à luz do princípio democrático, que a decisão do legislador de autorizar uma intervenção *levíssima* na integridade corporal (a bem de algum outro interesse constitucionalmente legítimo) não deve ser revisada da mesma forma – com o mesmo rigor crítico – que a decisão de autorizar uma intervenção *severa e invasiva*. Isso porque a intervenção *levíssima* está situada naquela zona periférica do princípio, em que os conflitos são normais e até mesmo esperáveis, não se podendo dizer, por outro lado, que a solução de tais conflitos esteja pré-determinada por algum “consenso mínimo” existente no seio da sociedade, ou por alguma “decisão fundamental” tomada pelo constituinte originário no passado. Ao contrário, tais conflitos são essencialmente polêmicos e suscitam desacordos permanentes mesmo entre pessoas bem informadas e igualmente motivadas a procurar a melhor e mais justa solução para o problema. Por isso, o equacionamento autoritativo de tais conflitos é matéria típica da política, e não da decisão judicial. A enunciação do direito fundamental no texto da Constituição não tem densidade normativa suficiente para resolver tais conflitos, seja em que sentido for. Consequentemente, se há uma decisão infraconstitucional, tomada pela autoridade competente – o legislador –, essa decisão deve ser

³²⁴ Todas as expressões citadas entre aspas constam dos votos desses Ministros no HC nº 71.373-4/RS.

³²⁵ Leonardo MARTINS (org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão* (coletânea de decisões judiciais). Trad. Beatriz Hennig et. al. Montevidéu: Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p. 295.

respeitada e aplicada (seja ela, ou não, a decisão preferida do juiz constitucional). Nesses casos extranucleares, cabe ao judiciário – o que não é pouco – a função importantíssima de rever a lei para analisar se a solução legal é extravagante, implausível ou, numa palavra, se a interpretação legislativa desborda de qualquer racionalidade aceitável.

Diferentemente, se o conflito é visto como um caso “nuclear”, então já passa a ser razoável supor, *prima facie*, que a questão suscitada envolve um tema já abarcado pelo “consenso mínimo” ou pela “decisão fundamental” incorporada ao conteúdo essencial do direito em jogo. Tome-se como exemplo a quarta situação narrada acima (a da punção compulsória para a retirada do líquido cefalorraquiano e medular): é pouco provável que algum intérprete da Constituição venha a negar que uma tal intervenção atinge a essência da incolumidade corporal da pessoa que é forçada a se submeter a esse exame. Neste caso, então, o judiciário deve atuar com maior desenvoltura na revisão da lei, para verificar se está presente, ou não, alguma justificativa suficientemente forte para legitimar a vulneração do conteúdo essencial do direito fundamental à incolumidade física. Em tese, ao menos, não é impossível que haja uma justificativa cujo peso normativo supere o das razões favoráveis à preservação da incolumidade física. Mas, ao fazer tal análise, não deve o órgão encarregado de controlar a constitucionalidade da lei sofrer qualquer limitação, já que a pressuposição de que se parte – em razão do juízo prévio quanto à natureza nuclear do conteúdo restringido³²⁶ – é a de que a compressão do direito revela-se *prima facie* excessiva. Para saber *em definitivo* se a restrição é de fato excessiva, compete ao judiciário rever com amplitude a interpretação do legislador, empregando as técnicas decisórias que lhe pareçam mais adequadas para esse fim (ponderação, proporcionalidade ou mesmo uma técnica de definição de núcleos duros).³²⁷ Deve, pois, submeter o caso a um controle de tipo “forte”, com o que exercerá a sua autoridade interpretativa final para zelar pela observância daquilo que, segundo se supõe,

³²⁶ Esse juízo prévio, recorde-se, é feito apenas para fixar o tipo de controle a ser exercido, dentre duas opções: controle de tipo “forte” (= juízos de correção); ou controle de tipo “fraco” (= juízos de mera plausibilidade). Esse juízo prévio, insista-se, não tem pretensões *decisórias definitivas*; serve, apenas, para fundamentar o nível de rigor crítico que se aplicará na análise (subsequente) da questão de fundo.

³²⁷ Uma vez que a questão esteja situada no campo do controle de constitucionalidade de tipo “forte”, a corte constitucional deverá escolher os métodos hermenêuticos que repute mais adequados à descoberta da solução “correta” para o conflito constitucional. O presente trabalho não toma partido em relação a qual seja o método mais apropriado para tal fim. Isso porque, como já se disse, este estudo não tem o propósito de formular uma *teoria completa* de interpretação constitucional. Contenta-se, ao revés, em afirmar que há contextos aplicativos que merecem um controle mais intenso e outros que reclamam um controle mais deferente para com legislador; e que, nestes últimos, os métodos hermenêuticos devem ser tais que conduzam apenas à confirmação (ou não) da *plausibilidade* da decisão legislativa (entendendo-se que aferir a “plausibilidade” de uma decisão é uma operação mental substancialmente diferente da de apreciar se essa mesma decisão está “correta” ou “errada”).

realmente corresponde aos “consensos mínimos” da sociedade, às “decisões fundamentais” de fato tomadas pelo constituinte originário.

Assim, com base em tais fundamentos, as quatro situações acima apresentadas poderiam ser assim ordenadas: (i) submeter-se-iam ao controle de tipo “fraco” as intervenções até o grau *leve*, correspondentes ao exame de amostra do material placentário, ao teste do etilômetro e ao exame de sangue compulsório em ação de investigação de paternidade; e (ii) sujeitar-se-ia ao controle de tipo “forte” a intervenção *grave*, consistente na extração do líquido cefalorraquiano e medular de acusado em processo penal. Segundo o entendimento que aqui se adota, esta última seria a única intervenção realmente “nuclear”, vale dizer, a única que efetivamente afeta um “conteúdo essencial” do direito fundamental à incolumidade física. Não é necessário que todos concordem com essa classificação. O objetivo, neste momento, é só o de demonstrar que é possível estabelecer juízos comparativos e, com base neles, construir-se um “núcleo consistente” dos direitos fundamentais, com densidade suficiente para embasar a adoção de um tipo ou outro de controle (“forte” ou “fraco”), conforme o caso.³²⁸

Admitindo-se, hipoteticamente, que uma ordenação semelhante à acima estabelecida houvesse sido adotada por um tribunal constitucional, a jurisprudência já poderia, a partir dela, formular parâmetros mais concretos para auxiliar na definição do núcleo em casos futuros. Por exemplo, poderiam ser estabelecidos “testes”, enunciados sob a forma de perguntas objetivas, para averiguar o caráter nuclear da intervenção no direito fundamental à incolumidade física. Eis algumas sugestões: (a) a intervenção causa risco à saúde da pessoa?; (b) a intervenção causa dor em algum grau superior ao mínimo?; (c) a intervenção é de tipo invasivo?; (d) a intervenção corresponde a um procedimento médico rotineiro na vida de qualquer pessoa ou, ao contrário, corresponde a um procedimento médico relativamente inusual, ao qual a maior parte das pessoas provavelmente jamais se submeterá ao longo de suas vidas? À medida que a variedade de casos analisados fosse aumentando, cresceria

³²⁸ Muito se discute, até hoje, sobre qual deveria ser amplitude do controle judicial na tutela dos direitos fundamentais *sociais*. O tema é vasto e não haveria espaço neste trabalho nem mesmo para abordá-lo de forma resumida. Isso não obstante, o método de obtenção de decisão ora sugerido é perfeitamente aplicável a tais controvérsias. Poder-se-ia sustentar, p.ex., que o núcleo dos direitos fundamentais sociais corresponde ao conteúdo de tais direitos necessários para assegurar o “mínimo existencial” do titular do direito. (Não se ignora que há múltiplas concepções de mínimo existencial. Mas aqui basta a referência geral.) Aceita essa formulação, daí se seguiria que o judiciário aplicaria o controle de tipo “forte” aos contextos aplicativos em que estivesse presente uma controvérsia respeitante ao mínimo existencial assegurado pelo direito social em jogo; e, alternativamente, aplicaria o controle de tipo “fraco” aos contextos aplicativos em que a discussão envolvesse apenas o conteúdo periférico do direito social, como tal entendido tudo aquilo que excede ao mínimo existencial.

também a quantidade e a precisão destes testes, com o que a ideia de núcleo do direito à incolumidade física ganharia contornos cada vez mais determinados.

Por fim, embora aqui se esteja tratando apenas do exame da constitucionalidade de leis em abstrato, é claro que tal esforço interpretativo seria também de grande valia para o exame da constitucionalidade de atos concretos de aplicação da lei. Um simples exemplo o demonstra: imagine-se que um determinado motorista comprove numa ação judicial que o aparelho de medição do nível de álcool (o “bafômetro”) estava sendo utilizado pelas autoridades policiais sem observância dos cuidados higiênicos indispensáveis, sujeitando-o, assim, ao risco de contaminação por microorganismos patogênicos provenientes de outros usuários. Ora, uma vez comprovado este fato, a resposta ao teste “a” do parágrafo anterior (“a intervenção causa risco à saúde da pessoa?”) seria positiva. E, conseqüentemente, a controvérsia passaria a se situar na área “nuclear” do princípio, pois a intervenção, em tais circunstâncias, causaria risco efetivo à saúde do titular do direito. Esta é, de resto, uma outra vantagem do método ora proposto: a postura de deferência que aqui se sugere tende a preservar a lei em abstrato, prestigiando assim a decisão do legislador democrático, mas não obsta a que, *nas múltiplas situações concretas*, se faça um controle da constitucionalidade *do ato de aplicação da norma infraconstitucional*, já que a validade da lei em abstrato não afasta o risco de ocorrer algum excesso ou desproporcionalidade em sua aplicação a casos individuais.

7 UMA PROPOSTA DE MÉTODO DE OBTENÇÃO DE DECISÃO (II) – Variações no rigor crítico do controle de constitucionalidade –

Como se viu nos capítulos 5 e 6, a diferença crucial entre os contextos aplicativos de controle “forte” e de controle “fraco” reside no fato de que, no primeiro, os juízes se pautam por critérios de *correção*, ao passo que no último basta submeter a lei a um teste de *razoabilidade* ou *plausibilidade*. Agora, para complementar o método de obtenção de decisão proposto, esta parte final do trabalho será dedicada a demonstrar, em termos práticos, a factibilidade de uma distinção entre revisões judiciais “mais críticas” e “menos críticas”. O que se deseja, em síntese, é comprovar (1º) que os juízes podem controlar a constitucionalidade das leis com um padrão *menos exigente* do que os da busca da única resposta “correta”, ou da “melhor” resposta perante o direito, sem que tal procedimento implique no abandono da racionalidade inerente à argumentação jurídica; e (2º) que, em determinados casos – quais sejam, os casos que se enquadram nos contextos aplicativos de controle “fraco” –, é *democraticamente adequado* (o que equivale a dizer que é também *constitucionalmente adequado*) que assim o façam.

A demonstração de que essa distinção é possível será articulada ao longo deste capítulo, mediante o estudo de dois métodos de abordagem da Constituição, criados pela Suprema Corte norte-americana e pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, cuja premissa básica é precisamente a variabilidade do rigor crítico da revisão judicial das leis (v. itens 7.2 e 7.3, adiante). Em seguida, far-se-á ainda uma breve anotação sobre a utilização, no direito brasileiro, da ideia de que o judiciário pode – e *deve* –, em determinadas situações, empregar um nível de rigor crítico menos exigente do que o padrão habitual da revisão orientada pelo critério do *certo* ou *errado* (item 7.4). Finalmente, no tópico final, serão tecidas algumas observações conclusivas sobre o que significa, em termos gerais, interpretar a Constituição de forma *razoável* (item 7.5).

Antes de iniciar a exposição, porém, cumpre fazer um registro introdutório sobre a influência que os padrões e pautas decisórias exercem sobre o processo de obtenção do direito aplicável a um caso concreto.

7.1. A importância dos *standards* decisórios

Suponha-se que um jurista estrangeiro desejasse investigar, para fins de pesquisa acadêmica, qual é, no direito brasileiro, o critério adequado para a concretização do princípio constitucional que determina a fundamentação de todas as decisões judiciais (art. 93, IX, da CF/88).³²⁹ Após informar-se sobre o assunto, esse estudioso encontrou duas orientações judiciais básicas, bastante divergentes entre si. São elas:

(1ª orientação)

– considera-se atendido o princípio da fundamentação das decisões judiciais quando se cumprem as exigências descritas pelo Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, no voto proferido no mandado de segurança nº 25.787/DF:

Há muito vem a doutrina constitucional enfatizando que o direito de defesa não se resume a um simples direito de manifestação no processo. Efetivamente, o que o constituinte pretende assegurar – como bem anota Pontes de Miranda – é uma pretensão à tutela jurídica. (...) [E]ssa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito do indivíduo de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar (...). Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos: 1) direito de informação, que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; 2) direito de manifestação, que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; 3) direito de ver seus argumentos considerados, que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo para contemplar as razões apresentadas (...). Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador, que corresponde, obviamente, ao dever do juiz ou da Administração de a eles conferir atenção, pode-se afirmar que ele envolve não só o dever de tomar conhecimento, como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (...). É da obrigação de considerar

³²⁹ “Art. 93. (...)”

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...).

as razões apresentadas que deriva o dever de fundamentar as decisões;³³⁰ e

(2ª orientação)

– para que se tenha por atendido o princípio da fundamentação das decisões judiciais, basta ao juiz solucionar a controvérsia que lhe foi submetida e dar um fundamento *específico* para o resultado obtido. O juiz, porém, não está de modo algum obrigado a se manifestar sobre os diversos argumentos apresentados pelas partes ou a refutar os fundamentos por elas aduzidos em seus arrazoados. Esta é a linha predominante no Superior Tribunal de Justiça e virtualmente unânime no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

A função teleológica da decisão judicial é a de compor, precipuamente, litígios. Não é peça acadêmica ou doutrinária, tampouco se destina a responder a argumentos, à guisa de quesitos, como se laudo pericial fora. Contenta-se o sistema com a solução da controvérsia, observada a *res in iudicium deducta*;³³¹

[A] jurisprudência do STJ é no sentido de que o julgador, desde que fundamente suficientemente sua decisão, não está obrigado a responder todas as alegações das partes, a ater-se aos fundamentos por elas apresentados nem a rebater um a um todos os argumentos levantados;³³²

Inexiste omissão a sanar através de embargos declaratórios, quando o acórdão não enfrentou todas as questões arguidas pelas partes, desde que uma delas tenha sido suficiente para o julgamento do recurso.³³³

Note-se que essas duas orientações jurisprudenciais oferecem padrões decisórios distintos, que inevitavelmente conduzirão a resultados bastante diferentes na prática. Com efeito, o intérprete que examine uma decisão judicial à luz do primeiro *standard* (o do Min. Gilmar Mendes) terá uma postura *muito mais exigente e rigorosa* em relação ao que deve

³³⁰ STF, Tribunal Pleno, MS nº 25.787/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 8-11-2006, DJ 14-9-2007. Na transcrição acima foram omitidos os parênteses contendo referências bibliográficas e expressões originais em alemão.

³³¹ STJ, 2ª Turma, rel. Min. Franciulli Netto, EDcl no AgRg no REsp 373.499/DF, j. 28-10-2003, DJ 2-2-2004.

³³² STJ, 1ª Turma, rel. Min. Benedito Gonçalves, EDcl no AgRg no AgRg no Ag 1.072.371/SP, j. 19-11-2009, DJe 30-11-2009.

³³³ Súmula nº 52 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

conter a decisão judicial, para que se possa reconhecer como atendido o princípio da fundamentação. Esse intérprete exigirá que a decisão examine os argumentos apresentados pelas partes e os refute, se for o caso, mediante contra-argumentos racionalmente estruturados; que as premissas empíricas da decisão sejam cuidadosamente fixadas e, bem assim, que se explicitem as razões pelas quais os enunciados factuais propostos pelo autor e réu foram afastados ou acatados; que a decisão discorra sobre a valoração atribuída a cada elemento de prova carreado ao processo, deixando claro por que emprestou maior importância a um do que a outro, ou por que desconsiderou tal ou qual prova produzida pelas partes. O não atendimento a tais requisitos importaria na violação ao dever de fundamentar, com a consequente *nulidade* da decisão judicial.

Bem diferentemente, o intérprete que adira ao segundo *standard* (o do STJ e da Súmula nº 52 do TJRJ) exigirá *muito menos* da decisão judicial. Neste caso, bastará que o órgão jurisdicional profira uma decisão (“solucione a controvérsia”) e articule o correspondente fundamento. Nada mais é necessário: os argumentos das partes não precisam ser respondidos, o exame e a valoração da prova são feitos de forma independente pelo juiz, que não tem o dever de demonstrar a errônea das proposições factuais formuladas pelas partes. O juiz *compõe o litígio*, apenas isso. Não está obrigado a “considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas” pelos demais atores do processo. Neste modelo de compreensão do princípio da fundamentação, será difícil, quase impossível, viciar-se uma decisão judicial por insuficiência de motivação.

Como se percebe, a divergência de padrões decisórios deixará o hipotético estudioso estrangeiro aturdido. Pois ele perceberá que a adoção do *standard* do Ministro Gilmar Mendes importará num *nível de rigor* para com a motivação da decisão judicial *muito maior* do que o do critério alternativo do STJ e da Súmula nº 52 do TJRJ. Também constatará que cada um desses padrões postula do juiz comportamentos totalmente distintos: no primeiro caso, as sentenças terão que ser analíticas, fortemente argumentativas, exaurientes dos pontos em debate; no segundo, elas serão sintéticas e argumentativas apenas num sentido fraco do termo, já que bastará ao juiz apresentar “o” fundamento em que se apoia a sua conclusão, e nada mais. Por fim, deduzirá o estudioso que a adoção do primeiro sistema resultaria num índice bem mais elevado de decisões judiciais nulas. Isso porque, na comparação, o cumprimento de seus requisitos é inegavelmente mais difícil do ponto de vista intelectual, haja vista a maior complexidade da tarefa atribuída aos juízes; e é mais difícil também do ponto de vista prático, por exigir uma quantidade de tempo bem superior para o estudo do caso e para a preparação da decisão.

Essa diversidade de consequências gerada pela adoção de um ou outro padrão de fundamentação serve para demonstrar como a escolha do *standard* decisório, em qualquer matéria, pode ter um efeito profundo na conformação do resultado final do processo de aplicação do direito.

Dito isso, passa-se, no tópico seguinte, à análise da doutrina dos níveis de escrutínio da Suprema Corte norte-americana.

7.2. Os níveis de escrutínio da Suprema Corte norte-americana

A doutrina dos três níveis de escrutínio foi sendo paulatinamente elaborada pela Suprema Corte norte-americana, a partir da década de 1940, com o propósito de oferecer uma estrutura racional e minimamente previsível para o julgamento de determinados conflitos constitucionais. Contemporaneamente, a fórmula dos níveis de escrutínio é aplicada a uma impressionante quantidade de casos versando sobre o princípio da igualdade³³⁴ ou sobre controvérsias em torno de direitos considerados fundamentais.

Os níveis de escrutínio consubstanciam, em essência, um *standard* decisório. Não se pretende por meio dele obter diretamente a solução final das controvérsias submetidas ao judiciário. O propósito deste método, antes, é o de estruturar o raciocínio desenvolvido no julgamento dos conflitos entre leis³³⁵ e normas constitucionais, fornecendo pautas argumentativas básicas e organizando-as segundo uma escala de três níveis de rigor cognitivo: o mais severo (*strict scrutiny*), o equivalente ao meio-termo (*intermediate scrutiny*) e o mais brando (*rational basis*).³³⁶

³³⁴ O princípio da igualdade – a *equal protection clause* da Constituição norte-americana – tem fundamento na Quinta Emenda, como componente da cláusula do devido processo legal (“No person shall be [...] deprived of life, liberty, or property, without due process of law”), e na Décima-Quarta Emenda, em cujo texto a *igual proteção das leis* é expressamente assegurada (“No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws”).

³³⁵ As controvérsias que tenham por objeto atos do poder executivo e até mesmo decisões judiciais também podem ser submetidas aos testes de validade da doutrina dos níveis de escrutínio. No texto mencionou-se apenas a *lei* por ser esta a preocupação mais imediata do presente trabalho.

³³⁶ Segue uma pequena lista de casos paradigmáticos de cada um dos níveis de escrutínio: (1º) escrutínio estrito: *Richmond v. J. A. Croson Co.*, 488 U.S. 469 (1989), *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200 (1995), *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497 (1954), *Kramer v. Union School District*, 395 U.S. 621 (1969), *Shapiro v. Thompson*, 394 U.S. 618 (1969) e *United States v. Paradise*, 480 U.S. 149 (1987); (2º) escrutínio intermediário: *Tuan Anh Nguyen et. al. v. Immigration and Naturalization Service*, 533

O pano de fundo, que inspirou a criação desses critérios diferenciados, é a ineliminável tensão entre o poder da corte constitucional de rever as leis editadas pelos representantes do povo, em defesa de interesses e valores considerados fundamentais à luz da Constituição, e a necessidade de salvaguardar em alguma medida a competência decisória do legislador democrático.

A doutrina dos níveis de escrutínio, contudo, está longe de ser uma unanimidade entre os juristas norte-americanos. Há quem a critique por entender que ela mais complica do que ajuda, assim como há os que duvidam de sua capacidade de incrementar a objetividade da argumentação jurídica. Aqui não será possível discorrer sobre tais críticas, pois fugiria aos propósitos deste trabalho. Basta, portanto, mencioná-las, até para deixar claro que não é de esperar que tal doutrina sirva como panacéia para a resolução dos árduos problemas metodológicos que a interpretação constitucional suscita.

Seja como for, mesmo com todas as dificuldades que a aplicação desse *standard* pode encerrar, parece razoável reconhecer-lhe ao menos três méritos. Em primeiro lugar, essa forma de abordagem dos casos, ao separá-los em tipos elementares, adiciona racionalidade ao trabalho da corte, na medida em que baliza a argumentação a ser desenvolvida na fundamentação da decisão judicial. Isso é feito por meio da fixação de determinados pontos que necessariamente têm que ser investigados e resolvidos na decisão, num sentido ou noutro. Em segundo lugar, tal método, aplicado de forma relativamente consistente ao longo de décadas, produz um incremento na previsibilidade do direito, contribuindo para a otimização possível do princípio da segurança jurídica. Finalmente, o permanente debate acerca do nível adequado de deferência induz à problematização explícita, num grande número de casos, do tema da legitimidade da atuação do judiciário no controle de constitucionalidade das leis. Estimula-se, assim, uma saudável reflexão por parte do tribunal a respeito dos limites de sua própria competência decisória.

U.S. 53 (2001), *United States v. Virginia et. al.*, 518 U.S. 515 (1996), *Barnes v. Glen Theatre, Inc.*, 501 U.S. 560 (1991), *Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202 (1982) e *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 (1976); e (3º) teste de racionalidade: *Lucas v. Colorado Gen. Assembly*, 377 U.S. 713 (1964), *San Antonio School District v. Rodriguez*, 411 U.S. 1 (1973), *Massachusetts Bd. of Retirement v. Murgia*, 427 U.S. 307 (1976), *Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc.*, 473 U.S. 432 (1985), *Ambach v. Norwick*, 441 U.S. 68 (1979), *Califano v. Aznavorian*, 439 U.S. 170 (1978), *Maher v. Roe*, 432 U.S. 464 (1977), *Labine v. Vincent*, 401 U.S. 532 (1971) e *Steffan v. Perry, Secretary of Defense, et. al.*, 41 F. 3d 677 (1994) (este último julgado pela Corte de Apelação dos Estados Unidos para o Distrito de Columbia). Todos os julgados da Suprema Corte norte-americana citados neste capítulo foram consultados em <<http://www.findlaw.com/casecode/supreme.html>>.

Adiante, nos itens 7.2.1, 7.2.2 e 7.2.3, descrevem-se as características de cada um dos três níveis de escrutínio, com base na casuística da Suprema Corte norte-americana.

7.2.1. Escrutínio estrito (*strict scrutiny*)

O escrutínio estrito é empregado pelos tribunais norte-americanos no controle de constitucionalidade de leis que estabelecem discriminações baseadas em “classificações suspeitas” ou que restringem determinados “direitos fundamentais”.

O conceito do que sejam *classificações suspeitas* foi sendo gradativamente construído pela jurisprudência. Hoje é possível afirmar que as discriminações baseadas em raça, nacionalidade, na qualidade de estrangeiro, afiliação política ou riqueza³³⁷ se enquadram no rol das classificações consideradas especialmente suspeitas. Como a definição deste pressuposto (qual seja, a existência de uma discriminação erigida sobre um daqueles critérios) é decisiva para a recondução do caso ao nível de escrutínio mais rigoroso, o debate em torno do ponto costuma ser acirrado, suscitando profundas divergências.

O outro motivo que deflagra o escrutínio estrito é a ocorrência de uma restrição a direitos que a Suprema Corte repute *fundamentais*. Numa primeira fase de aplicação do escrutínio estrito, eram assim consideradas as chamadas liberdades preferenciais (*preferred freedoms*),³³⁸ correspondentes aos direitos de livre expressão, associação e reunião, bem como

³³⁷ *Raça, nacionalidade e qualidade de estrangeiro*: “The highly suspect character of classifications based on race, nationality, or alienage is well established. The reasons why such classifications call for close judicial scrutiny are manifold. Certain racial and ethnic groups have frequently been recognized as ‘discrete and insular minorities’ who are relatively powerless to protect their interests in the political process. Moreover, race, nationality, or alienage is ‘in most circumstances irrelevant’ to any constitutionally acceptable legislative purpose” (omitidas as referências a precedentes). *San Antonio Independent School Dist. v. Rodriguez*, 411 U.S. 1, 105 (1973).

Afiliação política: “The fact is, however, that the Ohio system does not merely favor a ‘two-party system’; it favors two particular parties – the Republicans and the Democrats – and in effect tends to give them a complete monopoly. (...) New parties struggling for their place must have the time and opportunity to organize in order to meet reasonable requirements for ballot position, just as the old parties have had in the past. (...) [H]ere the totality of the Ohio restrictive laws taken as a whole imposes a burden on voting and associational rights which we hold is an invidious discrimination, in violation of the Equal Protection Clause” (omitidas as referências a precedentes). *Williams v. Rhodes*, 393 U.S. 23, 32-34 (1968).

Riqueza: “Lines drawn on the basis of wealth or property, like those of race, are traditionally disfavored. To introduce wealth or payment of a fee as a measure of a voter’s qualifications is to introduce a capricious or irrelevant factor. (...) In this context – that is, as a condition of obtaining a ballot – the requirement of fee paying causes an ‘invidious’ discrimination” (omitidas as referências a precedentes). *Harper v. Virginia Board of Elections*, 383 U.S. 663, 668 (1966).

³³⁸ Como esclarece Craig R. DUCAT, a aplicação do *strict scrutiny* teve origem nos casos envolvendo a liberdade de expressão, na década de 1940: “Early applications of strict scrutiny refer to the requirement

às demais liberdades necessárias ao bom desenvolvimento do processo democrático. Hoje, no entanto, o discurso da corte consolidou o uso da expressão, “direitos fundamentais”, embora ainda haja uma persistente imprecisão a respeito de quais seriam os direitos enquadrados em tal categoria. Especificamente no contexto de aplicação da *equal protection clause*, destacam-se como casos claros de escrutínio estrito os direitos fundamentais relacionados ao exercício da cidadania (casos de denegação do direito ao voto ou de “diluição” do voto) e ao direito de ir e vir (casos de migração interestadual).³³⁹

Pois bem: uma vez assentado que o caso reclama um escrutínio estrito, a corte passa a indagar, em primeiro lugar, se a medida legislativa atenderia a algum *interesse estatal relevante e irresistível* (“*compelling interest*”).³⁴⁰ E, se houver um interesse dessa natureza em jogo, o tribunal examina em seguida se a providência determinada na lei se mostra estritamente ajustada (“*narrowly tailored*”) à consecução daquela finalidade e, bem assim, se não haveria algum meio menos gravoso à disposição do legislador.

Outro aspecto importante é o do ônus argumentativo. No escrutínio estrito, o ônus de justificar a discriminação cabe inteiramente à parte que defende em juízo a validade da classificação discriminatória. De outro lado, impõe-se que tais justificações sejam “genuínas, e não hipotéticas ou concebidas *post hoc* em resposta à ação judicial”.³⁴¹

É interessante constatar como a Suprema Corte, na aplicação desse *standard*, leva ao paroxismo o seu rigor crítico. Não é à toa, aliás, que uma das principais objeções dirigidas ao

that government demonstrate the existence of a ‘clear and present danger’ rather than a compelling interest. That is because this mode of interpretation got its start in free speech cases during the 1940s where the battle lines were drawn between those who sought to toughen the ‘clear and present danger’ test that had been put forward by Justices Holmes and Brandeis and those who argued that abridgements of free speech should be judged, as limitations on other rights were judged, by the test of reasonableness” (*Constitutional Interpretation*. 9ª ed. Boston: Wadsworth – Cengage Learning, 2009, p. 87).

³³⁹ *Direito ao voto*: “[S]ince the right to exercise the franchise in a free and unimpaired manner is preservative of other basic civil and political rights, any alleged infringement of the right of citizens to vote must be carefully and meticulously scrutinized. Almost a century ago, the Court referred to ‘the political franchise of voting’ as ‘a fundamental political right, because preservative of all rights’” (omitidas as referências a precedentes). *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533, 562 (1964).

Direito de ir e vir: “Since the classification here touches on the fundamental right of interstate movement, its constitutionality must be judged by the stricter standard of whether it promotes a compelling state interest” *Shapiro v. Thompson*, 394 U.S. 618, 638 (1969).

³⁴⁰ Optou-se aqui por traduzir o adjetivo “*compelling*” por meio da paráfrase “relevante e irresistível”, tentando-se assim capturar a força expressiva da palavra inglesa que, sem dúvida, transmite algo *mais* do que as noções isoladas de “importante” ou “irresistível”.

³⁴¹ *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515, 533.

strict scrutiny foi justamente a de que ele seria “estrito em teoria, mas fatal na prática”,³⁴² tal a raridade com que alguma lei resiste a esse tipo de exame.

Na sequência, para ilustrar o método de raciocínio próprio do escrutínio estrito, faz-se uma breve exposição da decisão proferida pela Suprema Corte em *Richmond v. Croson*, na qual, após rechaçar com singular severidade as razões do legislador, declarou-se a inconstitucionalidade de um programa de ação afirmativa da Cidade de Richmond, Virginia.

– *Richmond v. J. A. Croson Co.*, 488 U.S. 469 (1989)

Discutia-se, neste caso, a constitucionalidade da legislação da Cidade de Richmond que instituíra um programa de ação afirmativa em benefício de determinados grupos minoritários, quais sejam, os cidadãos “negros, hispânicos, orientais, indígenas, esquimós ou aleútes”.³⁴³ De acordo com esse programa, as pessoas contratadas pela administração municipal para a execução de obras públicas estavam obrigadas a alocar pelo menos 30% do valor do negócio na subcontratação de empresas controladas por membros pertencentes a uma daquelas minorias. A finalidade da medida era a de promover uma maior participação das empresas controladas por minorias socialmente desfavorecidas na execução das obras públicas realizadas na Cidade de Richmond.

O programa em questão apoiava-se em uma série de dados estatísticos previamente apurados. Em primeiro lugar, fora demonstrado que, apesar de 50% da população de Richmond ser negra, apenas 0,67% dos contratos de obras públicas no período de 1978 a 1983 haviam sido outorgados a empresas controladas por negros. Além disso, verificou-se que nas diversas associações locais de construtores era extremamente reduzida (próxima a zero) a participação de empresas controladas por representantes daquelas minorias. Por outro lado, depoimentos testemunhais colhidos confirmavam a prática de discriminação e exclusão racial na indústria da construção civil de Richmond.

³⁴² A frase é do Justice MARSHALL (*Fullilove v. Klutznick*, 448 U.S. 448, 519), em passagem na qual buscava explicar por que, a seu ver, determinados programas de ação afirmativa *não* deveriam ser submetidos ao *standard* do *strict scrutiny*: “Because the consideration of race is relevant to remedying the continuing effects of past racial discrimination, and because governmental programs employing racial classifications for remedial purposes can be crafted to avoid stigmatization, we concluded that such programs should not be subjected to conventional ‘strict scrutiny’ – *scrutiny that is strict in theory, but fatal in fact*” (itálicos acrescentados).

³⁴³ “‘Minority group members’ were defined as ‘[c]itizens of the United States who are Blacks, Spanish-speaking, Orientals, Indians, Eskimos, or Aleuts’” (488 U.S. 469, 478). (Aleútes são os habitantes das ilhas Aleutas, situadas na região do Alasca, no ponto oriental extremo dos Estados Unidos.)

–

Apreciando a alegação de violação ao princípio da igualdade, deduzida pela empresa *J. A. Croson Company*, que se dizia concretamente prejudicada por tal medida discriminatória, a Suprema Corte aplicou à legislação em apreço o *standard* do escrutínio estrito e declarou inconstitucional o programa de ação afirmativa.

Ao ver da maioria, conduzida pela *Justice O'Connor*, a lei sob controle não passava em nenhum dos dois testes do escrutínio estrito. Assim, entendeu a Suprema Corte que o interesse perseguido por essa ação governamental – interesse de *compensar* as referidas minorias, para em alguma medida remediar os males causados pela discriminação histórica de que foram vítimas no passado – não se qualificava como um *interesse estatal relevante e irresistível* (“*compelling interest*”). Para fundamentar esse ponto de vista, afirmou-se que: (i) os dados empíricos sobre os quais se sustentava o programa não haviam comprovado a existência de atos discriminatórios específicos e concretos em prejuízo de empresas pertencentes a membros das minorias protegidas; (ii) a afirmação *em termos gerais* da existência de práticas discriminatórias pretéritas não bastava para justificar o uso de uma cota racial fixa, porquanto tal afirmação genérica impedia que se determinasse a precisa extensão do mal a ser remediado, abrindo-se assim uma perigosa brecha para a permanência indefinida do critério racial de decisão; (iii) essa justificação generalista, ademais, mostrava-se falha porque não considerava a existência de outros fatores, não raciais, que poderiam igualmente explicar a baixa presença dos grupos minoritários na indústria da construção civil; (iv) os dados estatísticos que relacionavam a participação das empresas controladas por minorias nos contratos de obras públicas (= 0,67% do total dos contratos) com o peso demográfico dessas minorias (= 50% da população municipal) afiguravam-se totalmente impróprios para a análise do caso, pois a estatística relevante, para o fim de demonstrar a discriminação racial, deveria comparar as seguintes grandezas: de um lado, a percentagem de empresas controladas por minorias no segmento de mercado capacitado para executar os subcontratos de obras civis da Cidade de Richmond; e, de outro, a percentagem de dólares pagos a essas empresas sobre o total gasto pela administração pública nessas subcontratações. Esta apuração estatística, porém, jamais havia sido feita; (v) de forma análoga, o fato de ser baixa a participação das empresas controladas por minorias nas associações locais de construção civil não poderia, por si só, induzir a qualquer conclusão relevante, uma vez que não se possuía nem mesmo uma estimativa aproximada de qual seria o número de empresas de grupos minoritários aptas a participar de tais associações.

Embora tais argumentos já bastassem para invalidar o programa de ação afirmativa, a corte prosseguiu em seu exame para demonstrar que o segundo requisito, referente ao *ajustamento estrito* entre os meios e os fins, também estava ausente no caso. Os argumentos apresentados, neste passo, foram os seguintes: (i) o plano não se mostrava estritamente ajustado para remediar os efeitos atuais da discriminação passada, pois conferia a empresários negros, hispânicos, orientais, indígenas, esquimós ou aleútes, *oriundos de qualquer região do país*, uma preferência absoluta sobre os demais cidadãos, baseada apenas na sua raça (em certo ponto de seu voto, a *Justice O'Connor* chega a observar que “não é improvável que Richmond jamais tenha tido um cidadão esquimó ou aleúte”); (ii) ademais, não havia um só elemento de prova que ao menos insinuasse a existência, na indústria da construção civil local, de discriminação passada contra hispânicos, orientais, indígenas, esquimós ou aleútes; (iii) apesar de existirem barreiras “racialmente neutras” à participação de grupos minoritários na indústria da construção civil de Richmond, o legislador sequer havia cogitado de utilizar meios alternativos, igualmente neutros do ponto de vista racial, para atacar tais obstáculos e, por esse meio, incrementar a participação dessas minorias nas contratações públicas; (iv) por fim, considerando-se que o programa em questão já previa a realização de várias análises individualizadas sobre aspectos financeiros – além de outros mais – relacionados aos contratos e às pessoas indicadas para a sua execução, poderia o poder público ter instituído, sem maiores dificuldades, procedimentos ou rotinas administrativas adicionais, específicas para a apuração da necessidade de medidas compensatórias nos casos particulares.

Por esse conjunto de razões, entendeu a corte que a preferência racial estabelecida na lei municipal tinha um embasamento muito mais *político* do que propriamente *reparatório*. Nessas circunstâncias, não se considerou justificado à luz do *strict scrutiny* o uso da classificação racial, em razão de seu caráter intensamente suspeito.

7.2.2. Escrutínio intermediário (*intermediate scrutiny*)

O escrutínio intermediário configura, de certo modo, uma versão suavizada do escrutínio estrito. Por meio dele, examinam-se atos normativos (i) que estabelecem classificações ou diferenciações que suscitem alguma desconfiança, mas não aquela suspeita intensa que dá ensejo ao *strict scrutiny*; ou (ii) que restringem direitos subjetivos importantes, porém não “fundamentais” em sentido estrito.

Tal como ocorre na aplicação do escrutínio estrito, também aqui costuma haver muita controvérsia sobre a presença, em cada caso, dos requisitos autorizadores da adoção desse específico *standard*. O que, aliás, parece ser inevitável, tanto num caso como noutro, em razão da relativa indeterminação e fluidez com que se definem os respectivos pressupostos. Em linhas gerais, a casuística aponta como situações típicas do nível intermediário aquelas em que a lei discrimina com base no gênero, na qualidade de estrangeiro e no estado de filiação ilegítima, ou interfere em certos direitos relacionados à liberdade de expressão, aí incluída a liberdade de expressão comercial.

No que concerne ao rigor do controle, o escrutínio intermediário é *um pouco menos exigente* do que o estrito. De fato, para o *standard* intermediário basta que se demonstre que a lei atende a algum *objetivo importante* do governo (“*important governmental objective*”) e que as providências nela determinadas se correlacionam substancialmente com a consecução desses objetivos (“*must be substantially related to achievement of those objectives*”).³⁴⁴

Para uma melhor compreensão do modo como opera esse padrão decisório, faz-se a seguir um breve exame da decisão proferida pela Suprema Corte em *Craig v. Boren*, caso em que a lei não resistiu ao escrutínio da corte e foi declarada inconstitucional.

– *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 (1976)

No julgamento em questão, cuidava-se de examinar a constitucionalidade de uma lei do Estado de Oklahoma que proibia a venda de cerveja não intoxicante (com teor alcoólico de 3,2%)³⁴⁵ para homens de idade inferior a 21 anos e para mulheres abaixo de 18 anos. Arguia-se que essa lei estabelecia uma discriminação em desfavor dos homens entre 18 e 20 anos de idade e, por essa razão, violava o princípio da igualdade consagrado na Décima-Quarta Emenda.

Em defesa da lei estadual, o procurador-geral do Estado de Oklahoma argumentou que o estatuto em questão perseguia o importante objetivo da segurança no tráfico de veículos e,

³⁴⁴ Assim, por exemplo, o Justice Brennan afirma em *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190, 197 (1976), a respeito das classificações baseadas no gênero, que: “[t]o withstand constitutional challenge, previous cases establish that classifications by gender must serve important governmental objectives and must be substantially related to achievement of those objectives”.

³⁴⁵ Trata-se de um tipo de cerveja com baixo teor alcoólico. O percentual de 3,2% corresponde ao peso do álcool contido no total da bebida. Nos Estados Unidos, é conhecida sob a denominação de “low-point beer”.

mais, que a consecução desse fim era substancialmente relacionada com a medida restritiva adotada. Para comprovar essa última asserção, foram apresentadas estatísticas de prisões que demonstravam que a quantidade de homens entre 18 e 20 anos detidos por dirigirem sob a influência de bebidas alcoólicas era significativamente superior à de mulheres na mesma faixa etária. Fez-se prova, ainda, de que a taxa de mortalidade dos homens entre 18 e 20 anos, em acidentes de trânsito, era bem maior do que a das mulheres. Por fim, exibiu-se uma pesquisa feita na Cidade de Oklahoma segundo a qual os jovens do sexo masculino apresentavam uma maior propensão a dirigirem após a ingestão de bebidas alcoólicas do que as suas companheiras do sexo feminino.

Aplicando o *standard* do escrutínio intermediário, a Suprema Corte, inicialmente, admitiu que a lei do Estado de Oklahoma pudesse ter a finalidade de promover a segurança no tráfico. Aceitou, ainda, que esse propósito consubstanciava um importante objetivo estatal. Ficou superada, assim, a primeira etapa do teste.

Todavia, passando à segunda parte do exame, a corte não reconheceu a existência de uma correlação substancial entre a medida discriminatória concretamente adotada (a proibição da cerveja a 3,2% para homens entre 18 e 20 anos) e a finalidade de segurança do tráfico. De um modo geral, entendeu-se que os dados empíricos trazidos ao conhecimento da corte não eram suficientes para demonstrar a existência de uma conexão substancial entre os meios e os fins. Ilustrativamente, a estatística das detenções demonstrava que, no conjunto de pessoas na faixa etária dos 18 aos 20 anos, 2% dos homens e 0,18% das mulheres haviam sido detidos por condução de veículos sob o efeito do álcool. Para a corte, porém, essa diferença de apenas 1,82% entre homens e mulheres constituía uma justificativa muito tênue para estabelecer-se a correlação entre os meios escolhidos (que importavam numa restrição à liberdade baseada no gênero) e o fim perseguido (a segurança no trânsito). Lembrou-se, então, que em *Reed v. Reed* – precedente que guiava a análise do presente caso – tentara-se justificar a preferência legal dos homens sobre as mulheres, em relação à inventariança de bens hereditários,³⁴⁶ com o argumento de que tal desigualação forneceria um critério prático e razoável para prevenir conflitos, baseado na pressuposição empírica de que, como regra geral, os homens possuíam uma maior experiência na gestão de negócios e assuntos patrimoniais do que as mulheres.³⁴⁷ Ora, certamente a pressuposição empírica de *Reed* se comprovaria factualmente correta em favor dos homens numa proporção bem maior do que a diferença de 1,82% revelada na

³⁴⁶ Tratava-se de uma preferência instituída por lei local do Estado de Idaho.

³⁴⁷ Vale anotar que *Reed v. Reed* foi julgado em 1971.

estatística de detenções trazida aos autos pelo Estado de Oklahoma. Isso não obstante, a Suprema Corte, no julgamento do precedente citado, não se deixou impressionar com o argumento e declarou inconstitucional a lei que privilegiava os homens em matéria de inventariança.

Alguns outros problemas, ademais, foram apontados: (i) o número de condutores de veículos *homens*, na faixa dos 18 aos 20 anos, era substancialmente maior do que o de *mulheres* (78% dos condutores eram do sexo masculino), o que naturalmente repercutia na comparação estatística das detenções por gênero; (ii) especificamente em relação à condução de veículos sob a influência de bebidas alcoólicas, constatou-se que a disparidade entre homens e mulheres era comparativamente mais acentuada nas faixas etárias superiores a 20 anos, e nem por isso jamais se cogitara de adotar medidas discriminatórias baseadas no gênero para todos os adultos; e (iii) todas as estatísticas apresentadas no curso do processo diziam respeito a bebidas alcoólicas em geral, porém tais estatísticas não traziam nenhuma informação sobre o uso e as consequências do consumo, em particular, da cerveja não intoxicante a 3,2% (lembrando que a ação impugnava unicamente a proibição de consumo desta espécie de bebida). Assim, por entender que a correlação substancial entre meios e fins não havia sido demonstrada, a corte declarou inconstitucional a proibição de consumo de cerveja a 3,2% dirigida apenas aos homens entre 18 e 20 anos de idade.³⁴⁸

7.2.3. Teste de racionalidade (*rational basis test*)

A ideia básica do teste de racionalidade é a de que uma lei não viola o princípio da igualdade se o seu conteúdo está racionalmente vinculado a um fim legítimo do estado. O legislador desfruta, nesse terreno, de uma ampla margem de discricionariedade. Não há

³⁴⁸ Veja-se o interessante trecho do voto divergente do *Justice Rehnquist*, a respeito da exigência de precisão na análise das premissas factuais: “O poder legislativo do Estado de Oklahoma poderia ter presumido que os jovens do sexo masculino entre 18 e 20 anos de idade dirigem veículos com maior frequência do que as mulheres da mesma faixa etária, e que eles além disso revelam uma maior propensão de se embriagarem do que as suas companheiras do sexo feminino; o legislador poderia ter presumido que os jovens dessa idade costumam preferir cerveja a outros tipos de bebidas, e que eles têm o hábito de dirigir após o consumo de álcool em frequência maior do que as jovens moças; e poderia ter presumido, ainda, que esses rapazes se envolvem em acidentes de trânsito em uma percentagem muito acima da proporção que eles representam da população em geral. Sob o teste da base racional [que o *Justice Rehnquist* entendia ser o *standard* aplicável ao caso], não seria nem irracional nem arbitrário proibir esses jovens de adquirir a cerveja a 3,2%. (...) Não posso conceber como o mero *direito de comprar*, aqui envolvido, possa suscitar uma questão de violação à cláusula do devido processo legal” (429 U.S. 190, 227-228).

inconstitucionalidade no fato de a lei provocar incidentalmente algum tipo de desigualdade. Ao contrário, só ficará configurado tal vício se “os tratamentos [forem] tão incongruentes, em relação à diferença que fundamentou a classificação, que a medida legal assim estatuída resulte completamente arbitrária”.³⁴⁹

Outra característica relevante diz respeito aos ônus probatório e argumentativo. Para o critério da *rational basis*, a parte que defende a validade da classificação discriminatória não está obrigada a produzir provas que sustentem no plano empírico a racionalidade do *discrimen* legal. Ao revés, cabe àquele que impugna o arranjo da lei o ônus de refutar todos os fundamentos concebíveis para o tratamento diferenciado.³⁵⁰ Nesse nível de escrutínio, não se exige nem mesmo que uma dada classificação legal tenha um específico suporte empírico. Pois, como afirmado pela Suprema Corte em *FCC v. Beach Communications, Inc.*, “a escolha feita pelo legislador não está sujeita a dilações probatórias perante os tribunais e pode basear-se apenas em especulação racional, independentemente de sua comprovação empírica”.³⁵¹

Para que a lei satisfaça o teste de racionalidade é desnecessário comprovar que uma dada justificação foi a que *realmente* serviu de móvel ao legislador. Considera-se suficiente que seja possível construir uma justificação *no plano teórico*, sem se perquirir se o que levou o legislador a editar a lei foi aquele motivo em particular, ou um outro qualquer. Sendo possível atribuir uma justificação razoável à lei, “é irrelevante, do ponto de vista constitucional, qual a razão que de fato subjazia à decisão do legislador”.³⁵² Daí por que esse *standard* autoriza os tribunais a formularem *hipóteses* sobre os eventuais interesses que poderiam fundamentar as distinções feitas pelo legislador. No nível do escrutínio estrito, por comparação, uma tal conduta seria rigorosamente vedada, uma vez que, nesse controle mais rigoroso, o discurso de justificação da lei se limita ao campo das realidades empíricas passíveis de comprovação.

Ainda em acentuado contraste com o escrutínio estrito, que não tolera generalizações a respeito de capacidades, talentos ou preferências, o teste da *rational basis* é “muito mais condescendente com o uso de generalizações de amplo espectro para o estabelecimento de

³⁴⁹ *Walters v. City of St. Louis*, 347 U.S. 231, 237 (1954), JACKSON J.

³⁵⁰ *Heller v. Doe*, 509 U.S. 312, 320 (1993).

³⁵¹ 508 U.S. 307, 315 (1993).

³⁵² *Railroad Retirement Board v. Fritz*, 449 U.S. 166, 179 (1980).

diferentes classes de indivíduos, contanto que a classificação resultante não se revele arbitrária ou irracional”.³⁵³

Outra distinção de maior repercussão prática entre os diversos níveis de escrutínio reside na forma como se encara a exigência de adequação entre os meios e os fins. No *escrutínio estrito*, exige-se um ajustamento estrito entre os fins e os meios e a existência de qualquer meio menos oneroso invalida a escolha do legislador.³⁵⁴ No *nível intermediário*, o exame de adequação entre meios e fins se mostra ainda consideravelmente rigoroso, pois impõe a demonstração de uma *correlação substancial* entre a medida discriminatória e os importantes fins estatais que ela visa assegurar. Já no nível da *rational basis*, a única exigência que se faz é a de que se possa estabelecer uma conexão racional entre os meios escolhidos e um fim estatal legítimo qualquer. Não se dá relevância alguma, no nível da *rational basis*, ao fato de eventualmente existirem outros meios para atingir aquela mesma finalidade, ainda que esses meios alternativos se revelem menos onerosos. A esse propósito, afirmou a Suprema Corte em *Massachusetts Board of Retirement v. Murgia* que “o Estado talvez não tenha escolhido o melhor meio para realizar o seu objetivo. Mas se o teste aqui empregado é o da mera racionalidade, considera-se inexistir violação ao princípio da igualdade apenas em virtude de eventuais imperfeições das classificações legais”.³⁵⁵

O teste de racionalidade não exige uma absoluta exatidão matemática na correlação entre meios e fins. Nesse nível de escrutínio, é amplamente reconhecido que o legislador e o governo lidam com problemas práticos que impõem algumas acomodações aproximativas dos interesses em jogo. E, a menos que não se possa conceber nenhum embasamento plausível capaz de sustentar tais acomodações, elas devem sobreviver ao controle de constitucionalidade.

Quanto aos casos aos quais se aplica o teste da *rational basis*, são basicamente aqueles em que estão em pauta classificações “não suspeitas” e direitos subjetivos “não fundamentais”. A identificação dessas hipóteses tem sido feita sem grande rigor definitivo pela jurisprudência da Suprema Corte. Já foram apreciadas sob esse *standard* leis que discriminavam com base em critérios etários, leis que davam tratamento diferenciado a

³⁵³ *Kimel v. Florida Board of Regents*, 528 U.S. 62, 84 (2000).

³⁵⁴ Trata-se de um requisito difícilimo de se ultrapassar, como é fartamente demonstrado pela jurisprudência, sobretudo em razão do intenso rigor com que se analisam as premissas empíricas nesta fase do raciocínio justificatório.

³⁵⁵ Neste caso, discutia-se a validade da regra de aposentadoria compulsória de policiais aos 50 anos (v. 427 U.S. 307, 316 [1976]).

estrangeiros em situações que envolviam também o exercício de importantes funções do estado, leis de zoneamento urbano, leis sobre indigentes, entre inúmeras outras hipóteses definidas de forma mais ou menos casuística. Nesse mesmo nível foram examinados, ainda, casos que versavam sobre o direito à educação, o direito à habitação e o direito a prestações previdenciárias e assistenciais.³⁵⁶

A seguir, apresentam-se dois acórdãos em que se aplicou o teste de racionalidade: *Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc.*, onde uma lei de zoneamento urbano foi considerada inconstitucional por discriminar injustificadamente em desfavor de deficientes mentais; e, para fins de contraste, *San Antonio School District v. Rodriguez*, em que a Suprema Corte absteve-se de invalidar a legislação sobre o financiamento das escolas públicas do Estado do Texas.

(a) *Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc.*, 473 U.S. 432 (1985)

Neste caso, estava em jogo a constitucionalidade da legislação de zoneamento e ocupação do solo urbano da Cidade de Cleburne, Texas. De acordo com essa legislação, a administração pública poderia exigir uma licença especial para a instalação, em certos locais, de grupos domiciliares de apoio a deficientes mentais. Essa licença especial foi negada à *Cleburne Living Center, Inc.* (adiante, “CLC”), que pretendia acomodar num determinado imóvel – para esse fim adquirido – treze deficientes mentais, os quais ficariam sob a permanente supervisão de sua equipe profissional de acompanhantes. Inconformada, a CLC ajuizou uma ação contra a Cidade de Cleburne, alegando que a legislação em questão violava o princípio da igualdade, na medida em que se revelava discriminatória para com os deficientes.

Ao apreciar o caso, entendeu a Suprema Corte, inicialmente, que a lei municipal deveria ser analisada sob o *standard* da mera racionalidade, utilizado em geral para a legislação

³⁵⁶ Essa fluidez excessiva dá ensejo a uma das críticas mais contundentes à doutrina dos níveis de escrutínio, tal como aplicada pela Suprema Corte. Diz-se que, no fundo, a escolha do nível adequado de escrutínio traduz frequentemente uma escolha “orientada ao resultado”, *i.e.*, eleger-se-ia o nível da *rational basis* quando se quisesse validar a lei; e, diferentemente, o do *strict scrutiny* (ou o *intermediate*), se a intenção fosse declará-la inconstitucional.

–

econômica e social. Assim, bastaria verificar se os meios empregados se mostravam racionais e serviam à consecução de fins legítimos.

Analisando os elementos do processo, o tribunal concluiu que a diferenciação estabelecida na lei, tal como aplicada pela Cidade de Cleburne na espécie, era inconstitucional. Para chegar a esse resultado, foi fundamental a comprovação empírica de que, precisamente para a mesma zona urbana onde se localizava o imóvel da CLC, não havia restrições de qualquer espécie à instalação de prédios de apartamentos, residências múltiplas, pensões, dormitórios, casas para associações estudantis, apart-hotéis, hospitais, sanatórios, enfermarias para convalescentes, casas para idosos, clubes privados e sedes de associações em geral. Assim, embora julgasse admissível, em tese, um tratamento diferenciado para uma residência destinada ao acolhimento de deficientes mentais, a corte questionou se faria algum sentido impedir a instalação do grupo domiciliar da CLC e, simultaneamente, no mesmo espaço territorial, permitir todos aqueles outros tipos de usos e estabelecimentos.

Desse modo, conquanto reconhecesse que a administração até poderia invocar interesses legítimos que justificassem a vedação de estabelecimentos como o da CLC em determinadas áreas do município, a corte afirmou que, à luz das circunstâncias do caso concreto, não havia como sustentar racionalmente que a instalação do grupo de deficientes mentais, naquela específica zona urbana, traria alguma “ameaça” a tais interesses que se pudesse distinguir, sob qualquer ângulo relevante, do mesmo tipo de “ameaça” oferecida pelos outros inúmeros estabelecimentos e atividades que eram livremente permitidos para aquela mesma zona.

Em conclusão, afirmou a corte que a distinção, no caso concreto, carecia de base racional, o que sugeria ainda que o indeferimento da licença especial para a instalação do grupo domiciliar da CLC pudesse estar apoiada num preconceito irracional contra os deficientes mentais.

(b) San Antonio School District v. Rodriguez, 411 U.S. 1 (1973)

Nesta ação coletiva os autores arguíam a inconstitucionalidade do sistema legal de financiamento da educação pública no Estado do Texas. Tal sistema se apoiava em duas fontes de receitas: (1ª) um fundo composto pelas receitas gerais do Estado, que provia aproximadamente 80% das despesas do sistema de educação pública estadual; e (2ª) um imposto sobre a propriedade imobiliária, destinado ao custeio dos 20% remanescentes. Essa segunda fonte constituía uma das notas distintivas do sistema, pois o imposto em questão era

fixado de forma descentralizada pelos distritos escolares, aos quais se outorgavam, ainda, consideráveis poderes para alocar as respectivas receitas na gestão local do ensino público. Ao ver dos autores, porém, esse arcabouço normativo era discriminatório, por possibilitar aos distritos com maior valorização imobiliária (os distritos mais ricos) realizar uma medida superior de gastos nas escolas de sua área, enquanto os distritos mais pobres, ao contrário, se viam impedidos de incrementar o investimento em educação e, por essa via, melhorar a qualidade do ensino em suas escolas.

Enfrentando inicialmente o problema da escolha do nível de escrutínio adequado para o caso, entendeu o tribunal que a ação consubstanciava uma impugnação direta a todo o sistema legal de financiamento da educação pública do Estado do Texas. Significava isso que, ao examinar tal matéria, o tribunal inevitavelmente se imiscuiria em área tradicionalmente atribuída à discricionariedade do legislador. Por essa razão, concluiu a Suprema Corte que o caso deveria ser revisto sob o *standard* mais deferente da *rational basis*.

Aplicando o teste de racionalidade, a corte encontrou inúmeros fundamentos capazes de justificar a racionalidade do sistema legal impugnado. A título de ilustração, expõem-se aqui apenas os mais importantes: (i) o sistema em questão buscava a conciliação possível entre *duas metas* em permanente tensão, a saber: *em primeiro lugar*, a meta de universalizar o ensino, assegurando uma qualidade mínima de educação igual para todas as crianças; e, *em segundo lugar*, e simultaneamente, o objetivo de atender ao desejo dos pais de oferecer a melhor educação que eles sejam capazes de prover para os seus próprios filhos; (ii) ao conferir às comunidades locais o poder de fixar as alíquotas do imposto imobiliário e alocar as correspondentes receitas, o sistema atribuía a essas comunidades um papel da maior relevância no processo decisório da política educacional em nível local; (iii) essa última característica produzia ainda o efeito de fomentar o pluralismo de ideias na administração da educação pública, dando azo a experimentos e inovações, bem como a uma saudável competição em busca da excelência educacional; (iv) não era possível estabelecer uma correlação estrita entre o padrão econômico de uma dada família e o fato de viver em distritos de baixa valorização imobiliária; ao revés, pesquisas demonstravam que era grande o contingente de pessoas pobres residentes nas imediações de afluentes áreas comerciais e industriais, dotadas de grande volume de arrecadação do imposto sobre a propriedade imobiliária; (v) de todo modo, como se tratava de um simples teste de racionalidade, não se fazia necessário comprovar que o meio escolhido pelo estado era o melhor e o mais eficiente possível; bastava que fosse um meio racionalmente vinculável aos fins estatais perseguidos; e (vi) o povo do Estado do Texas poderia perfeitamente

acreditar que um sistema alternativo de financiamento educacional, que unificasse a arrecadação e atribuísse maiores responsabilidades ao estado, teria o efeito indesejado de amesquinhar a autonomia local; e, com base nessa crença, e também num juízo de valor pró-autonomia, poderia escolher um sistema de financiamento como o vigente, a despeito de uma ou outra desvantagem inerente a tal escolha. Por todas essas razões, a legislação impugnada foi declarada válida pela Suprema Corte.

7.3. Os diferentes níveis de rigor no controle dos prognósticos do Tribunal Constitucional Federal alemão

Seguindo o roteiro inicialmente fixado, cumpre agora fazer referência ao *standard* decisório proposto pelo Tribunal Constitucional Federal alemão para o controle dos prognósticos legislativos contidos nas regulações que restringem direitos fundamentais. Como a inspiração de fundo do *standard* germânico é muito semelhante à da doutrina dos níveis de escrutínio – pois ambos partem de uma ideia básica de modulação do rigor crítico do trabalho de revisão das leis –, o exame aqui poderá ser mais sucinto.

A fórmula em questão foi sugerida pelo Tribunal Constitucional Federal em 1979, no julgamento do caso da cogestão (BVerfGE 50, 290). Questionava-se, então, a constitucionalidade da recente legislação que ampliara os mecanismos de participação dos empregados na administração e fiscalização das empresas, ao fundamento de que a lei promulgada seria ofensiva ao direito fundamental de propriedade, à liberdade de associação, à liberdade profissional e à liberdade de ação em geral.³⁵⁷ Segundo a argumentação apresentada, a implementação das novas regras prejudicaria o bom funcionamento das corporações, em razão da ingerência excessiva dos empregados em vários setores da atividade empresarial. Alegava-se, ainda, que a lei poderia vir a desequilibrar o esquema de partilha de poder entre empregados e empregadores nas negociações coletivas, com consequências nocivas para a saúde financeira das empresas.

O Tribunal Constitucional Federal, apreciando o caso, entendeu que a lei era compatível com os direitos fundamentais das sociedades, dos acionistas e das associações de empregadores. A premissa geral da decisão está assentada na seguinte passagem:

³⁵⁷ Cf. art. 14, I; art. 9, I; art. 12, I; art. 2º, I; e art. 9º, III, da Lei Fundamental alemã.

A *Grundgesetz* [Lei Fundamental] (...) não contém nenhuma fixação ou garantia imediata de uma determinada ordem econômica. (...) Consoante sua história e seu conteúdo atual, os direitos fundamentais são, em primeira linha, direitos individuais, direitos humanos e direitos do cidadão, que têm por objeto a proteção de áreas concretas e especialmente sensíveis da liberdade humana. (...)

Corresponde a esse reconhecimento a expressão do Tribunal Constitucional Federal quando afirma que a *Grundgesetz* é neutra do ponto de vista político-econômico: o legislador pode perseguir qualquer política econômica que lhe pareça apropriada, contanto que ele respeite a *Grundgesetz*, sobretudo os direitos fundamentais. (...) A ele é dada, portanto, uma ampla margem de configuração. (...) A tarefa [do controle de constitucionalidade] consiste, portanto, em unir a liberdade fundamental própria da configuração político-econômica e político-social, que deve permanecer reservada ao legislador, com a proteção da liberdade, à qual o indivíduo tem direito justamente também em face do legislador.³⁵⁸

Estabelecida essa premissa geral, o tribunal abordou o tema do *grau de certeza* que se pode exigir, no controle de constitucionalidade, em relação aos prognósticos que fundamentam as intervenções legislativas sobre os direitos fundamentais. Assim, entendeu-se que seria adequado, inicialmente, distinguir três tipos de contextos aplicativos, levando-se em consideração, de um lado, a intensidade da intervenção no direito fundamental e, de outro, o grau de certeza existente quanto à exatidão das premissas empíricas utilizadas pelo legislador. Fixando a correlação entre essas variáveis, afirmou o tribunal que, nos casos em que a intervenção estatal sobre os direitos fundamentais seja de alta intensidade, a corte deverá empregar um “controle material intensivo” (o mais rigoroso) para aferir a adequação das premissas empíricas adotadas pelo legislador. Se, por outro lado, a intervenção estatal for de média intensidade, bastará submeter a lei a um “controle de plausibilidade” (nível de rigor mediano). E, por fim, se a intervenção se mostrar branda, será suficiente proceder a um “controle de evidência negativa”, *i.e.*, exigir-se-á apenas que *não seja evidente* a falsidade das premissas empíricas pressupostas pela lei (nível de rigor mais débil). Confira-se o excerto da decisão em que se faz menção aos três níveis de análise dos prognósticos legais:

³⁵⁸ BVerfGE 50, 290 (336-338). In Leonardo MARTINS (org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão* (coletânea de decisões judiciais). Trad. Beatriz Hennig et. al. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p. 158-159.

A incerteza em relação às repercussões futuras da lei não elimina a competência do legislador para editá-la, ainda que as suas disposições tenham grande impacto sobre a vida da sociedade. Por outro lado, a falta de certeza, por si só, não é suficiente para fundamentar a existência de uma margem legislativa para prognósticos imune ao controle de constitucionalidade. Os prognósticos sempre contêm um juízo de probabilidade, cujas bases empíricas podem e devem ser pesquisadas. Não podem, pois, ser excluídos da avaliação judicial. De modo mais específico, a prerrogativa de apreciação do legislador depende de fatores distintos, como sejam as particularidades do tema em discussão, a possibilidade de se formar um juízo seguro sobre o assunto e a importância dos bens jurídicos em jogo. Levando em conta esse conjunto de circunstâncias, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, ainda que em conexão com outras questões, definiu padrões diferenciados para a avaliação dos prognósticos do legislador, os quais vão do *controle de evidências* (p.ex., BVerfGE 36, 1 [17] – Contrato base; 37, 1 [20] – Fundo de estabilização; 40, 196 [223] – Lei de transporte de carga), passando pelo *controle de plausibilidade* (p.ex., BVerfGE 25, 1 [12f, 17] – Lei dos moinhos; 30, 250 [263] – Lei da compensação; 39, 210 [225f] – Lei de estrutura dos moinhos), até chegar ao nível mais elevado de exigência, o do *controle material intensivo* (p.ex., BVerfGE 7, 377 [415] – Farmácias; 11, 30 [45] – Médicos de seguros de saúde; 17, 269 [276 ff.] – Lei de produtos medicinais; 39, 1 [46, 51 ff.] – § 218 StGB; 45, 187 [238] – Pena de prisão perpétua).³⁵⁹

Passando em seguida ao exame das premissas empíricas que fundamentavam os prognósticos legais no caso concreto, pareceu ao tribunal que as disposições da lei da cogestão poderiam ser analisadas de acordo com o *standard* da plausibilidade

³⁵⁹ Tradução ligeiramente editada. Segue o texto original em alemão: “Ungewißheit über die Auswirkungen eines Gesetzes in einer ungewissen Zukunft kann nicht die Befugnis des Gesetzgebers ausschließen, ein Gesetz zu erlassen, auch wenn dieses von großer Tragweite ist. Umgekehrt kann Ungewißheit nicht schon als solche ausreichen, einen verfassungsgerichtlicher Kontrolle nicht zugänglichen Prognosespielraum des Gesetzgebers zu begründen. Prognosen enthalten stets ein Wahrscheinlichkeitsurteil, dessen Grundlagen ausgewiesen werden können und müssen; diese sind einer Beurteilung nicht entzogen. Im einzelnen hängt die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers von Faktoren verschiedener Art ab, im besonderen von der Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, den Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, und der Bedeutung der auf dem Spiele stehenden Rechtsgüter. Demgemäß hat die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, wenn auch im Zusammenhang anderer Fragestellungen, bei der Beurteilung von Prognosen des Gesetzgebers differenzierte Maßstäbe zugrunde gelegt, die von einer Evidenzkontrolle (etwa BVerfGE 36, 1 [17] - Grundvertrag; 37, 1 [20] - Stabilisierungsfonds; 40, 196 [223] - Güterkraftverkehrsgesetz) über eine Vertretbarkeitskontrolle (etwa BVerfGE 25, 1 [12f, 17] - Mühlengesetz; 30, 250 [263] - Absicherungsgesetz; 39, 210 [225f] - Mühlenstrukturgesetz) bis hin zu einer intensivierten inhaltlichen Kontrolle reichen (etwa BVerfGE 7, 377 [415] - Apotheken; 11, 30 [45] - Kassenärzte; 17, 269 [276 ff.] - Arzneimittelgesetz; 39, 1 [46, 51 ff.] - § 218 StGB; 45, 187 [238] - Lebenslange Freiheitsstrafe)”. BVerfGE 50, 290 [332-333]; *itálicos acrescentados (in <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv050290.html>>).*

(*Vertretbarkeitskontrolle*).³⁶⁰ E, ao proceder a tal investigação, concluiu a corte constitucional que os prognósticos legais – como tais entendidos os efeitos que, segundo a suposição do legislador, adviriam da implementação da participação ampliada dos empregados na gestão das empresas – estavam suficientemente embasados em dados materiais e em investigações levadas a efeito no curso do processo legislativo, razão pela qual tais prognósticos deveriam ser considerados ao menos *plausíveis*.

O *standard* sugerido no caso da cogestão (BVerfGE 50, 290) foi objeto de interessante análise metodológica por parte de Robert Alexy, que o associou aos contextos decisórios em que o legislador dispõe de uma *margem de ação epistêmica*.³⁶¹ Para esse autor, o legislador, ao criar a norma legal, se depara frequentemente com um quadro de incerteza irreduzível sobre o que a Constituição *ordena* ou *proíbe*, por um lado, e o que ela *confia à discricionariedade do parlamento*, por outro. Essa incerteza cognitiva pode residir tanto nas premissas *empíricas* como nas premissas *normativas*.³⁶² Em tais situações, o princípio democrático – considerado um “princípio formal”, porque não estabelece nenhum conteúdo normativamente relevante para o conflito a ser resolvido – entra em cena e postula que se decida a favor da competência do legislador democrático.

Robert Alexy cita ainda, como outro caso paradigmático de reconhecimento das margens de ação epistêmicas do legislador, o famoso julgado em que o Tribunal Constitucional Federal apreciou a constitucionalidade da tipificação penal da aquisição e porte para consumo próprio de produtos derivados da *cannabis sativa* (BVerfGE 90, 145). Em tal processo, punha-se a questão de saber se a norma criminalizadora, que previa a pena privativa de liberdade, era compatível com o princípio da proporcionalidade. Para tanto, cumpria avaliar se a proibição de porte e consumo da droga constituía um meio adequado e necessário

³⁶⁰ O tribunal, na realidade, não chegou a definir se a análise da lei teria, *obrigatoriamente*, que ser feita por meio do *controle de plausibilidade* (nível intermediário). Antes, afirmou-se no acórdão que “não era necessário, nas circunstâncias, definir se os prognósticos do legislador poderiam, ou não, ser submetidos ao *controle de mera evidência*”, já que tais prognósticos, ao ver da corte, se revelavam sem dúvida “plausíveis”. Ou seja, como os prognósticos atendiam *também* às exigências do nível médio do *standard*, mais rigoroso do que o simples controle de evidência, não havia maior utilidade em discutir-se a questão de qual, dentre esses dois níveis, seria especificamente aplicável na hipótese.

³⁶¹ *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 547-557.

³⁶² Diz-se que há uma margem de ação epistêmica de tipo *empírico* naquelas hipóteses em que se verifica alguma incerteza em relação ao conhecimento dos fatos relevantes sobre os quais se estrutura a previsão normativa. Já a margem de ação epistêmica de natureza *normativa* tem lugar quando há falta de certeza sobre qual seria a melhor maneira de sopesar os princípios constitucionais em jogo, o que significa que o legislador dispõe de um espaço para adotar uma decisão segundo a sua própria valoração. Cf. ALEXY, Robert. Ob. cit., p. 548.

para atingir o fim perseguido pela lei (a proteção da saúde humana). Uma resposta segura a essa questão, no entanto, dependia da difícil comprovação de premissas empíricas complexas e multifacetadas, como observou o tribunal à ocasião:

A avaliação original do legislador dos perigos à saúde é, hodiernamente, polêmica. Entretanto, também a hipótese da falta de periculosidade do consumo dos produtos da *cannabis* que norteiam as apresentações judiciais [que ensejaram o controle concreto] é insegura. (...)

Embora, sob o ponto de vista atual, os riscos à saúde advindos dos produtos de *cannabis* se apresentem como menores do que o legislador presumiu por ocasião da promulgação da lei, continuam existindo, porém – também segundo o estágio atual do conhecimento –, perigos e riscos não desconsideráveis, de tal modo que a concepção geral da lei em relação aos produtos de *cannabis* também continua tendo vigência.³⁶³

Admitiu-se, ademais, que a própria escolha dos *meios*, em tal assunto, era objeto de inúmeras polêmicas ainda não resolvidas até aquele momento:

Também com base no estágio atual do conhecimento, como se pode deduzir das fontes supramencionadas (...), a concepção do legislador, segundo a qual não teria à sua disposição, para o alcance dos objetivos legais, nenhum outro meio igualmente eficaz, mas de menor interferência que a previsão da pena, é defensável. (...) A discussão político-criminal sobre se uma redução do consumo de *cannabis* possa ser melhor alcançada por meio do efeito geral preventivo do direito penal ou, ao contrário, pela liberação de *cannabis* [– com a consequente separação dos mercados das drogas –], ainda não foi concluída. Não existem conhecimentos cientificamente fundamentados que falem, necessariamente, a favor de um ou de outro caminho. (...) Se, observando-se esse desenvolvimento (...), haveria êxito no sentido de provocar uma separação dos mercados de drogas no âmbito nacional ou se, pelo contrário, a República Federal da Alemanha se transformaria num novo entreposto comercial internacional de drogas, resta, no mínimo, em aberto. Igualmente incerto é se, com a exclusão do ‘sabor do proibido’ ou com as medidas de esclarecimento sobre os perigos do consumo de *cannabis*, seria

³⁶³ BVerfGE 90, 145. In Leonardo MARTINS (org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão* (coletânea de decisões judiciais). Trad. Beatriz Hennig et. al. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p. 255.

provocada a diminuição de seu uso. Se o legislador nesse contexto se fixa na interpretação de que a proibição geral de *cannabis* sancionada criminalmente afastaria um número maior de consumidores em potencial do que a suspensão da previsão de pena e que, portanto, seria melhor adequada para a proteção dos bens jurídicos, isto deve ser tolerado constitucionalmente, pois o legislador tem a prerrogativa de avaliação e de decisão na escolha entre diversos caminhos potencialmente apropriados para o alcance do objetivo de uma lei.³⁶⁴

Sucedem, porém, que o reconhecimento da existência de margens de ação epistêmicas implicaria aceitar que os princípios constitucionais – e, em especial, os direitos fundamentais – não seriam realizados *na maior medida possível*, sempre que o legislador os restringisse com base em premissas empíricas incertas. É que a realização máxima dos princípios exigiria, ao contrário, que a lei restritiva estivesse apoiada em pressupostos fáticos seguros, devidamente comprovados pelos meios disponíveis. Ou, se porventura não houvesse como atingir esse nível de segurança cognitiva, o princípio afetado imporia, então, que o legislador simplesmente se abstinhasse de intervir com base na premissa empírica incerta. É neste momento, porém, que o princípio democrático exerce a sua influência, postulando, em sentido contrário, que as decisões importantes para a comunidade sejam tomadas, na maior medida possível, pelo legislador democraticamente legitimado.³⁶⁵ O que se percebe então é que, nessas situações de incerteza, ocorre sempre uma colisão entre o princípio material (*i.e.*, o direito fundamental) que a lei almeja restringir e o princípio formal da competência do legislador democrático.

Neste ponto, retorna-se ao acórdão proferido no caso da cogestão (BVerfGE 50, 290, examinado no início deste tópico), para dele extrair a lição de que as duas soluções extremas para essa colisão entre direitos fundamentais e democracia são inadequadas. Com efeito, não se pode atribuir, nas situações de incerteza, uma prevalência absoluta ao princípio material, em detrimento da competência do legislador, pois, como afirmou o Tribunal Constitucional Federal, “[a] incerteza em relação às repercussões futuras da lei não elimina a competência do legislador para editá-la, ainda que as suas disposições tenham grande impacto sobre a vida da sociedade” (BVerfGE 50, 290 [332]). De forma análoga, seria equivocado sustentar em tal contexto que a competência decisória do legislador democrático é insindicável pelo judiciário, já que “a falta de certeza, por si só, não é suficiente para fundamentar a existência de uma

³⁶⁴ *Idem, ibidem*, p. 256-257.

³⁶⁵ Neste sentido, v. ALEXY, Robert. *Ob. cit.*, p. 550.

margem legislativa para prognósticos imune ao controle de constitucionalidade” (BVerfGE 50, 290 [332]).

A conciliação possível, segundo R. Alexy, também se deduz do acórdão da cogestão. Basta que se admita – como fez o Tribunal Constitucional naquele julgado – que o *grau de certeza* sobre as premissas empíricas é inevitavelmente *fluido*. Algumas situações ensejam uma certeza maior, outras uma certeza menor. Ora, conjugando-se esse dado da realidade com a variabilidade da intensidade da intervenção no direito fundamental, torna-se possível enunciar uma fórmula que correlacione adequadamente essas duas grandezas e as suas respectivas inconstâncias. É o que faz Alexy ao apresentar a “lei epistêmica da ponderação”: “Quanto mais intensa for a intervenção sobre um direito fundamental, tanto maior deverá ser a certeza das premissas que sustentam tal intervenção”.³⁶⁶

O *standard* em análise, deduzido do acórdão proferido pelo Tribunal Constitucional Federal alemão no caso da cogestão, busca em última análise fixar um parâmetro para orientar a variação do grau de rigor crítico com que os órgãos judiciais apreciam as decisões interpretativas do legislador infraconstitucional. Analiticamente, esse *standard* pode ser desdobrado nos três níveis de controle já referidos: o controle material intensivo, o controle de plausibilidade e o controle de evidência negativa. Tudo isso é feito com o propósito de aliviar a tensão entre a jurisdição constitucional e o princípio democrático.

7.4. Breve nota sobre algumas aplicações do *standard* da razoabilidade ou plausibilidade no direito brasileiro

O nível de escrutínio da *rational basis* (Suprema Corte norte-americana), assim como os controles de plausibilidade ou de mera evidência negativa (Tribunal Constitucional alemão), baseiam-se numa ideia geral de aceitação do ato legislativo que contém uma interpretação constitucional *razoável* ou *plausível*. Embora seja impossível definir teoricamente o que é *razoável* e *plausível*, essas noções são de certo modo intuitivas para qualquer aplicador do direito. Esta simples constatação, no entanto, não encerra de modo algum o problema, dado que as intuições do *razoável* diferem consideravelmente de pessoa para pessoa.³⁶⁷ Diante de tal dificuldade, impõe-se responder à seguinte pergunta: o critério

³⁶⁶ ALEXY, Robert. Ob. cit., p. 552.

³⁶⁷ Poder-se-ia tentar dizer que um julgador imparcial e dotado de bom senso geralmente seria capaz de discernir o que é razoável e o que é irrazoável em cada caso. Mas o regresso infinito parece inevitável: o

de razoabilidade interpretativa constitui um *standard* judicial viável na prática, *i.e.*, passível de ser utilizado no dia a dia do ofício jurisdicional de forma minimamente objetiva e controlável? A resposta é afirmativa em pelo menos dois sentidos relevantes.

Em primeiro lugar, deve-se reconhecer que, para a teoria do direito, o juízo de razoabilidade interpretativa não é nem mais nem menos “objetivo” do que o juízo de correção: ambos se sujeitam a divergências, ambos deverão ser fundamentados mediante argumentos racionais articulados no âmbito de um discurso submetido a diversas condições limitadoras (*v.g.*, tempo escasso, conhecimento deficiente, restrições procedimentais) e ambos só produzirão um grau maior de certeza e estabilidade no momento em que puderem ser autoritativamente definidos por alguma pessoa, ou conjunto de pessoas, que tenham – por força de regras de direito positivo – o poder de ditar a última palavra, em caráter vinculante para toda a sociedade.

Em segundo lugar, é importante ter presente que a cognição judicial baseada em juízos de *razoabilidade* ou de *mera plausibilidade* é velha conhecida dos aplicadores do direito brasileiro e que, em decorrência disso, a sua utilização no método de obtenção de decisão que ora se sugere não introduz nenhum elemento radicalmente novo na forma de raciocinar dos juízes. Com efeito, podem-se citar, a título de ilustração, três situações típicas (uma histórica e as outras duas atuais) em que os órgãos jurisdicionais decidem questões mediante juízos de *plausibilidade* e, ao fazê-lo, utilizam raciocínios e formas de argumentação jurídica que se prestam a servir como um parâmetro inicial para a aplicação do método de obtenção de decisão aqui proposto. Essas situações são as seguintes: (a) o exame da admissibilidade de recursos extraordinários (no regime anterior à Constituição de 1988); (b) o julgamento de ações rescisórias fundadas no art. 485, V, do CPC (violação a literal disposição de lei); e (c) a apreciação de requerimentos de medidas cautelares. Adiante, tecem-se alguns comentários um pouco mais detalhados a respeito de cada uma delas.

(a) *O exame da admissibilidade de recursos extraordinários e a Súmula nº 400 do STF*

que é, afinal de contas, o “bom senso”? Não seria demais relembrar, a propósito, o famoso chiste com o qual René DESCARTES inicia o seu *Discurso do Método*: “O bom senso é a coisa mais bem distribuída do mundo: pois cada um pensa estar tão bem provido dele, que mesmo aqueles mais difíceis de se satisfazerem com qualquer outra coisa não costumam desejar mais bom senso do que têm” (*Discurso do Método*. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 5).

Antes da Constituição de 1988, o recurso extraordinário era cabível tanto na hipótese de violação à Constituição como de contrariedade à lei federal.³⁶⁸ Durante décadas, sob esse regime, vigorou e foi aplicado o enunciado da Súmula nº 400 do STF, cuja dicção era a seguinte:

Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra “a” do art. 101, III, da Constituição Federal.

Por força dessa Súmula, os tribunais locais e o próprio Supremo Tribunal Federal emitiam diuturnamente juízos avaliatórios da razoabilidade ou plausibilidade da interpretação dada à lei pelas decisões recorridas, para julgar se o recurso extraordinário era, ou não, cabível. É importante deixar bem claro, neste ponto, que não se pretende aqui defender a adequação de um semelhante requisito de admissibilidade recursal – desde logo problemático no que concerne à exigência de uniformidade do direito federal –, mas, apenas, salientar o fato de que tal *standard* decisório, fundado na mera exigência de plausibilidade, fazia parte do dia a dia do direito processual brasileiro, sendo rotineiramente aplicado pelos juízes e tribunais e invocado pelas partes em suas postulações judiciais. Discutia-se sobre o que era razoável e o que não era, da mesma forma como se debate em geral sobre se uma interpretação é correta ou errada. Havia, contudo, uma diferença relevante: o juízo de razoabilidade, sendo por essência menos exigente, não buscava aferir se uma determinada interpretação era a única “correta”, ou se era a “melhor” dentre as alternativas cogitadas, porém, apenas, se ela correspondia a uma leitura racionalmente admissível do texto legal.

Ao aplicar a Súmula nº 400, os tribunais reconheciam que uma interpretação era razoável, por exemplo, naqueles casos em que uma das partes lograva demonstrar que o entendimento sustentado pelo órgão judicial correspondia a uma das correntes doutrinárias existentes sobre o tema, sendo esta corrente acolhida por um ou mais

³⁶⁸ O tema era tratado no art. 101, III, “a”, da Constituição de 1946:

“Art. 101. Ao Supremo Tribunal Federal compete: (...)

III – julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais ou juízes:

a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou a letra de tratado ou lei federal”.

Posteriormente, tal competência recursal, sem alterações substanciais, passou a ser prevista no art. 114, III, “a”, da Constituição de 1967 e, com a entrada em vigor da Emenda nº 1/69, no art. 119, III, “a”, do texto constitucional emendado.

juristas respeitáveis (valendo observar que, naquela época, a invocação de uma opinião doutrinária tinha no debate judicial uma força persuasiva e um prestígio muito maiores do que na prática forense atual). Outro método que os tribunais empregavam para averiguar a plausibilidade da interpretação dada à lei pela decisão impugnada consistia em percorrer analiticamente cada passo argumentativo constante da fundamentação do acórdão questionado para checar se em algum ponto desse caminho se esconderia, até então não percebido, um ilogismo no raciocínio, um manifesto erro na compreensão do sistema em que inserido o dispositivo legal ou uma afronta injustificável ao sentido possível da lei.

Hoje a Súmula nº 400 é apenas uma reminiscência histórica, pois os tribunais, salvo decisões isoladas e cada vez mais raras, deixaram de aplicá-la.^{369 e 370} Para o presente estudo, porém, é digno de nota o fato de que esse foi um *standard* decisório importante, com o qual operaram durante longo período as autoridades judiciais, no específico contexto do exame de admissibilidade dos recursos extraordinários fundados na violação à lei federal. Logo, independentemente de qualquer julgamento que se faça sobre a adequação do *standard* para aquele específico contexto, não pode haver dúvida quanto à possibilidade prática de se desenvolver e aplicar um padrão decisório diferenciado, próprio para situações especiais, fundado no critério da mera plausibilidade.

³⁶⁹ Vale registrar que Superior Tribunal de Justiça, nos anos iniciais após a sua instauração, chegou a aplicar a Súmula nº 400 do STF com alguma frequência. Posteriormente, no entanto, repudiou-a expressamente, afirmando a sua inaplicabilidade ao recurso especial: “Quanto à aplicabilidade da Súmula 400 do STF ao recurso especial, não assiste razão à ora embargante. O próprio Supremo vem deixando de aplicá-la, cedendo ao argumento tecido pelo E. Min. Moreira Alves no voto que proferiu no RE 81.429-SP, interpretando o art. 119, III, da Constituição Federal/67. Disse o emérito julgador que a decisão contrária não apenas negando vigência, mas também dando interpretação menos exata. Em se tratando de dispositivo constitucional, é cabível o recurso extraordinário para examinar se correta, ou não, a interpretação que as instâncias ordinárias lhe deram (*in* RTJ 89/873 e 878). Como bem assinalou o mestre Seabra Fagundes, estabelecido o recurso por divergência jurisprudencial, supõe-se que só exista uma interpretação válida para a lei federal. (...) O enunciado nº 400 da Súmula STF é incompatível com a teleologia do sistema recursal introduzido pela Constituição de 1988 (...)” (EDcl no REsp nº 475.378/SP – STJ, 2ª T., rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. em 25-10-05).

³⁷⁰ Ainda a título de notícia histórica, cabe registrar que também o Supremo Tribunal Federal, no regime da Constituição de 1988, repudiou expressamente a aplicabilidade da Súmula nº 400 em matéria constitucional, ao fundamento de que: “Essa formulação sumular não tem qualquer pertinência e aplicabilidade às causas que veiculem, perante o Supremo Tribunal Federal, em sede recursal extraordinária, questões de direito constitucional positivo. Em uma palavra: em matéria constitucional não há que cogitar de interpretação razoável. A exegese de preceito inscrito na Constituição da República, muito mais do que simplesmente razoável, há de ser juridicamente correta” (AI nº 145.680 AgR – STF, 1ª T., rel. Min. Celso de Mello, j. 13-4-93).

(b) O julgamento das ações rescisórias fundadas em violação a literal disposição de lei

Um segundo exemplo de aplicação de padrões decisórios menos exigentes do que o da “correção” pura e simples é o do julgamento de ações rescisórias propostas com base na violação a literal disposição de lei, nos termos do art. 485, V, do CPC. O *standard* que os tribunais brasileiros empregam ao examinar o cabimento de ações rescisórias por ofensa à lei mostra-se muito semelhante, *mutatis mutandis*, ao *controle de evidência negativa* utilizado pelo Tribunal Constitucional alemão para avaliar os prognósticos legislativos em sede de controle de constitucionalidade das leis. Com efeito, assim como a corte alemã, ao utilizar esse *standard*, só anula uma lei se a base empírica pressuposta pelo legislador for *evidentemente falsa*, também os tribunais brasileiros só desconstituem uma sentença judicial transitada em julgado se a interpretação legal por ela adotada for “de tal forma extravagante que infrinja o preceito em sua literalidade”.³⁷¹ Afirma-se, por outro lado, que a interpretação *razoável*, ainda que não a melhor, jamais enseja o cabimento de ação rescisória por violação a literal disposição de lei. Nesse sentido, é reiterado o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: “a ofensa a dispositivo de lei capaz de ensejar o ajuizamento da ação rescisória é aquela evidente, direta, aberrante, observada *primo oculi*, não a configurando a interpretação razoável, ainda que não seja a melhor dentre as possíveis”.³⁷² Essa exigência de que a violação à lei esteja evidenciada de forma clara e indiscutível é expressa pelos órgãos julgadores das mais variadas maneiras, como se vê dos excertos abaixo reproduzidos:

A violação da lei que autoriza o remédio extremo da ação rescisória é aquela que consubstancia desprezo pelo sistema de normas no julgado rescindendo. (...) Se, ao contrário, o acórdão rescindendo elege uma dentre as interpretações cabíveis, ainda que não seja a melhor, a ação rescisória não merece vingar.³⁷³

A ofensa de que trata o dispositivo supracitado [art. 485, V, do CPC] tem de ser direta, flagrante, visível, e não advinda de interpretações ou de questionamentos de aspectos axiológicos, da justiça ou da injustiça da decisão.³⁷⁴

³⁷¹ STJ, 1ª S., AR 3.104/RS, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 24-3-10.

³⁷² STJ, 3ª S., AR nº 2.771/CE, rel. Min. Laurita Vaz, j. 28-10-09.

³⁷³ STJ, 1ª T., REsp nº 943.604/CE, rel. Min. Luiz Fux, j. 5-3-09.

³⁷⁴ TJRS, ação rescisória nº 70031446669, 5º Gr. Cív., rel. Des. Íris Helena Medeiros Nogueira, j. 16-4-10.

O conceito de ‘literal violação da lei’, para efeito de desconstituição ou rescisão de sentença ou acórdão (...), deve ser entendido como a ofensa de preceito de lei, por decorrência da equivocada e errônea fundamentação e conclusão da sentença ou acórdão que, à guisa de interpretar, conduza ao abuso, ao absurdo lógico que ofenda e conspurque o preceito, aplicando-o quando não era lícito fazê-lo ou deixando de aplicá-lo quando pertinente.³⁷⁵

A doutrina recorre ao mesmo gênero de perífrases para explicar o que é a interpretação *razoável*, cuja ocorrência afasta a possibilidade de êxito da ação rescisória:

Por que se teria o legislador preocupado em incluir na redação do art. 485, V, o termo ‘literal’?

Porque não se tem considerado haver infração de lei quando se a tenha interpretado em um dos seus possíveis sentidos. Se um dispositivo legal comporta diversas interpretações, todas elas razoáveis, optando-se por uma ou outra, não se a estará afrontando. Ao contrário, ignorando-a ou dando-lhe interpretação absurda, a norma terá sido violada;³⁷⁶

No juízo rescindente, o tribunal tem de verificar se a aplicação [da lei] seria perniciosa, tola, extemporânea;³⁷⁷

(...) não se admite a utilização da ação rescisória nos casos em que exista divergência sobre a interpretação estabelecida na sentença (...). Em outras palavras: a sentença que possui interpretação divergente daquela que é estabelecida pela doutrina e pelos tribunais, exatamente pelo fato de que interpretações diversas são plenamente viáveis e lícitas, não abre ensejo para ação rescisória (...). A ação rescisória somente é cabível nos casos de ofensa indiscutível a disposição de lei.³⁷⁸

Assim, esse *standard* – ou pelo menos algo próximo a ele – poderia ser também utilizado nos contextos aplicativos de controle “fraco”. Isto é, da mesma maneira que o

³⁷⁵ TJRS, ação rescisória nº 70031976996, 1º Gr. Civ., rel. Des. Arno Werlang; o trecho citado consta do voto do Des. rev. Carlos Roberto Lofego Canibal.

³⁷⁶ ALVIM, Arruda; e PINTO, Teresa Arruda Alvim. *Ação rescisória: repertório de jurisprudência e doutrina*. São Paulo: RT, 1988, p. 14.

³⁷⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo VI. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 300.

³⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; e ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: processo de conhecimento*. V. 2. 7ª ed. São Paulo: RT, 2008, p. 665.

–

judiciário admite a manutenção de uma sentença transitada em julgado naquelas situações em que a interpretação jurídica nela esposada é *razoável*, ainda que não a “melhor” (e ainda que o órgão julgador da ação rescisória efetivamente discorde de tal interpretação), poder-se-ia também preservar a lei votada no parlamento e sancionada pelo chefe do poder executivo naqueles casos em que a interpretação constitucional plasmada na lei fosse *plausível*, a despeito de não ser a interpretação “mais adequada”, ao ver do tribunal. O mesmo valor da segurança jurídica que, no julgamento das ações rescisórias, motiva a aplicação de um *standard* menos exigente para a revisão da sentença rescindenda está presente, com intensidade ainda maior, no controle da constitucionalidade de uma lei vigente. Com a diferença, bastante significativa, de que na hipótese do controle de constitucionalidade das leis concorre, adicionalmente, o peso do princípio democrático para justificar a permanência no ordenamento da lei que encerra uma interpretação razoável da norma constitucional.

(c) *A apreciação das medidas cautelares*

Por fim, uma terceira hipótese corriqueira de utilização de juízos de plausibilidade consiste na apreciação de medidas cautelares. Como sabido, tais medidas sujeitam-se ao requisito da “aparência do bom direito”, o *fumus boni iuris* da praxe forense. Assim é que, para deferir a tutela cautelar, os juízes não são obrigados a reconhecer que o requerente tem um direito certo e inequívoco, mas, apenas, que as alegações por ele apresentadas (tanto no plano da interpretação do direito quanto no plano probatório) se revestem de uma aparente plausibilidade. Especificamente em relação aos aspectos jurídicos, deve o juiz certificar-se de que o direito alegado é *verossímil*, bastando, portanto, que haja uma dúvida razoável quanto à existência do direito acautelado. Neste sentido, ensina Galeno Lacerda:

Claro está que, se a dúvida inexistir, porque já declarado o direito por sentença inatacada, ou confessado pelo próprio devedor, ou réu, o problema desaparece. Não deve o juiz, porém, condicionar a segurança a esse grau prévio e absoluto de certeza, para não cercear e coibir a realização futura de direitos autênticos.³⁷⁹

³⁷⁹ LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. VIII. Tomo I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 164.

Em toda a doutrina, está sempre presente essa alusão a um exame *menos rigoroso*, voltado apenas à constatação de uma situação de probabilidade de existência do direito. O provimento cautelar não se pauta pela “busca da verdade e da certeza”, mas exige a demonstração de que o direito invocado tem ao menos uma “razoável possibilidade” de ser reconhecido na sentença do processo principal.³⁸⁰ Distinguem os processualistas, ainda, entre a *convicção de certeza* e a *convicção de verossimilhança*, a primeira exigível para o processo de conhecimento e a segunda, própria do processo cautelar. A *convicção de certeza* é um ideal regulativo: no julgamento da lide (no processo principal), o juiz deve buscar, tanto quanto possível, convencer-se de que a alegação de uma das partes é procedente e verdadeira. Já a *convicção de verossimilhança* – característica da tutela cautelar – reclama, apenas, que o juiz se convença de que o direito afirmado pelo autor da ação cautelar apresenta, comparativamente, uma verossimilhança preponderante sobre a posição jurídica do réu.³⁸¹

Essas ideias têm uma aplicação muito pertinente no controle de constitucionalidade de leis que tratam de temas inovadores ou que projetam para o futuro experimentos sociais ainda não testados. Em casos dessa natureza, costuma não ser possível antecipar quais serão, precisamente, as repercussões que a lei terá no meio social e nas relações jurídicas já constituídas. Nesse ambiente de incerteza, por conseguinte, não se deveria exigir – ao menos não num primeiro momento – uma *convicção absoluta* de que a lei impugnada *não causará* tal ou qual efeito tido por contrário à Constituição. Antes, deveria ser suficiente que o tribunal se convencesse da verossimilhança, da possibilidade razoável de que a lei não dará ensejo a tais impactos ofensivos à Constituição.

Em conclusão, o que ocorre nas três situações aqui referidas – aplicação da Súmula nº 400 do STF no exame da admissibilidade de recursos extraordinários, julgamento de ações rescisórias por violação a literal disposição de lei e apreciação do *fumus boni iuris* em medidas cautelares – é a adoção de formas de raciocínio jurídico especiais, adaptadas para os problemas específicos que por meio delas se quer resolver, caracterizadas por uma menor

³⁸⁰ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; e ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil: *processo cautelar*. V. 4. 2ª tir. São Paulo: RT, 2008, p. 28-29.

³⁸¹ Esta é a *teoria da verossimilhança preponderante*, assim explicada por Luiz Guilherme MARINONI e Sérgio Cruz ARENHART: “o juiz decide, no processo cautelar, com base em *convicção de verossimilhança preponderante*. Decidir com base na verossimilhança preponderante significa sacrificar o improvável em benefício do provável. Se a tutela cautelar tem como pressupostos o *fumus boni iuris* e o perigo de dano, não se pode exigir mais que a verossimilhança preponderante, quando o próprio direito que se mostra verossímil está ameaçado por dano. Portanto, o requisito da fumaça do bom direito quer dizer que é bastante, para a concessão da tutela cautelar, a *convicção de que o direito afirmado pelo autor prepondera sobre a posição jurídica do réu*” (*Curso de Processo Civil...*, ob. cit., p. 146).

exigência de rigor na apuração da correção ou da verdade, comparativamente às formas de raciocínio geralmente utilizadas pelo poder judiciário na solução dos conflitos.

São formas de raciocínio como essas – não necessariamente iguais, mas ao menos próximas, semelhantes – que se pretende sejam adotadas na revisão judicial das leis, quando se trate de julgar uma questão constitucional inserida num contexto aplicativo de controle do tipo “fraco”. Desse modo, assegurar-se-ia uma maior medida de autoridade interpretativa ao legislador, restringindo-se a substituição de escolhas legislativas por escolhas judiciárias em temas sujeitos a desacordos razoáveis, mas sem que o judiciário abandonasse o controle efetivo e final sobre o ato legislativo. Na realidade, mudar-se-ia apenas a qualidade do controle judicial, que passaria a se pautar por uma pretensão de plausibilidade, e não mais por uma pretensão de correção (como ocorre hoje).

7.5. A interpretação razoável da Constituição

Neste último tópico, cumpre repassar, à guisa de síntese final, as principais características do tipo de controle de constitucionalidade adequado aos contextos aplicativos³⁸² (i) que não envolvem aspectos *nucleares* da federação, da democracia, da separação de poderes e dos direitos fundamentais; e (ii) residuais.³⁸³ Em conjunto, recorde-se, tais contextos correspondem ao que se convencionou designar como contextos aplicativos de controle “fraco”.

Em tais contextos, a otimização do princípio democrático se realizará com a utilização de um *standard* decisório que se aproxime, nos aspectos relevantes, do nível de escrutínio da *rational basis*³⁸⁴ e do *controle de mera evidência negativa*³⁸⁵. Por meio de tais *standards*, o tribunal, no julgamento de casos inseridos nos contextos aplicativos de controle “fraco”, é levado a reconhecer que o legislador democrático também detém uma *parcela* de autoridade interpretativa final da Constituição. Isso ocorre porque esses parâmetros de controle são estruturados para a verificação, apenas, da *razoabilidade* da opção interpretativa adotada pelo

³⁸² Ou às *questões constitucionais* (v. capítulo 5, item 5.2).

³⁸³ Chamam-se “residuais” os contextos aplicativos (ou questões constitucionais) que *não contêm* referências diretas aos temas da federação, da democracia, da separação de poderes e dos direitos fundamentais (cf. capítulo 5, itens 5.3 e 5.4).

³⁸⁴ Utilizado pela Suprema Corte norte-americana, cf. item 7.2.3, acima.

³⁸⁵ Utilizado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, cf. item 7.3, acima.

legislador – *i.e.*, da leitura que o legislador fez da Constituição –, e não para que o judiciário apure se a interpretação do legislador é a “única correta”, ou a “melhor” dentre todas as alternativas disponíveis.

Concede-se, ainda, que o *controle de plausibilidade* da corte alemã, sem embargo de corresponder a um nível *intermediário* de rigor crítico, também poderia ser utilizado para a análise de numerosos conflitos normativos nos contextos aplicativos de controle “fraco”. Explica-se por quê. O *standard* de três níveis do Tribunal Constitucional Federal alemão foi concebido para orientar a avaliação de prognósticos legais ou, mais precisamente, a avaliação das *premissas empíricas* sobre as quais se assenta a prognose legislativa. No entanto, esse não é um tipo de problema que surja necessariamente em todos os conflitos de constitucionalidade suscitados nos contextos aplicativos de controle “fraco”. Ao contrário, são frequentes as controvérsias de interpretação puramente normativas, que têm por objeto questões de coerência e coesão, de semântica, de influência axiológica dos princípios constitucionais etc. Assim, para as situações em que a divergência interpretativa se apresente desconectada da avaliação de premissas empíricas, nada impede que se use também a noção geral de *plausibilidade* do *standard* intermediário do Tribunal Constitucional Federal alemão, entendida aqui como equivalente à *racionalidade e razoabilidade* postuladas pelo teste da *rational basis* da Suprema Corte norte-americana. No entanto – e a ressalva é importante –, *se estiver em jogo a avaliação de prognósticos empíricos*, o padrão utilizado não deverá ser mais rigoroso do que o do *controle de evidência negativa*. Isso porque, sendo a avaliação de prognósticos inevitavelmente sujeita a incertezas, não há justificativa, num sistema democrático, para a substituição dos prognósticos legislativos pelos judiciais, senão em casos de manifesta erronia dos juízos emitidos pelo legislador. Afinal de contas, regular a vida social *para o futuro*, procurando lidar com todas as suas incertezas, constitui uma das missões mais características do poder legislativo e, ao contrário, é uma tarefa que não se adapta bem ao *ethos* do controle judicial de constitucionalidade, instituição retrospectivamente orientada, que se define pela finalidade de conter os eventuais excessos dos outros poderes, de modo a preservar os consensos mínimos de cada comunidade.

No direito brasileiro contemporâneo, a seu turno, encontram-se exemplos de critérios decisórios semelhantes – menos rigorosos do que os juízos de *certo* ou *errado* – na técnica de decisão empregada pelos tribunais nas ações rescisórias fundadas em violação a literal disposição de lei (art. 485, V, do CPC) e nas formas de raciocínio que embasam a apreciação do *fumus boni iuris* nas medidas cautelares. E, além desses dois, havia ainda no passado o

caso da admissibilidade dos recursos extraordinários, guiada por um juízo de razoabilidade interpretativa, em consonância com o verbete da Súmula nº 400 do STF (“Decisão que deu razoável interpretação à lei federal, ainda que não a melhor, não autoriza recurso extraordinário...”).

Esse conjunto de parâmetros, aplicado ao controle judicial de constitucionalidade das leis, pode ser compreendido como uma exigência no sentido de que a interpretação da Constituição plasmada na lei se mostre *racional*. Ou seja, deve ser uma interpretação razoável e plausível, com isso se querendo significar aquela interpretação que pode ser defendida mediante argumentos racionais. Mas não se impõe que seja a “melhor” dentre todas as interpretações em competição. Do que se segue a importante consequência normativa de impedir que o juiz constitucional, no trabalho de revisão das leis, a substitua pela sua interpretação preferida, salvo se puder demonstrar que o legislador infringiu o requisito da racionalidade.

Como já se observou, não é possível detalhar o significado mais preciso dessa exigência geral de racionalidade. Caberá à jurisprudência, à dogmática e aos operadores do direito em geral desenvolver critérios e testes de racionalidade, mediante a comparação de casos e dos argumentos neles utilizados, submetendo as decisões, assim, a um constante reexame crítico. No presente trabalho, será preciso contentar-se com a seguinte explicação remissiva: é racional a interpretação que se obtém por meio de um discurso que siga as *regras de fundamentação* próprias do discurso prático-jurídico racional,³⁸⁶ ou, dizendo o mesmo com outras palavras, *a interpretação deverá estar apoiada em argumentos prático-jurídicos construídos em consonância com uma teoria da argumentação jurídica racional.*³⁸⁷

Desse modo, considerando-se que as regras de argumentação apenas delimitam o campo do *discursivamente possível*, sem apontar, para todo caso, um resultado final necessário, daí se segue que pode haver mais de uma interpretação racional em relação ao mesmo conflito, ambas aceitáveis como razoáveis e plausíveis. O que, por outro lado,

³⁸⁶ Adere-se, neste ponto, à tese de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático.

³⁸⁷ Não se põe aqui a questão de saber “qual” teoria da argumentação, especificamente, deveria servir de parâmetro normativo. Há muitas teorias da argumentação, o que torna problemática a escolha, em bloco, de uma só teoria em particular. Além do mais, a sugestão de uma teoria da argumentação não só reclamaria a justificação dessa escolha, com base em alguma metateoria, como pressuporia também uma concepção específica do direito, já que “uma teoria da argumentação jurídica exige uma teoria do direito e é exigida por esta. (...) [Q]ualquer explicação da argumentação jurídica (...) faz pressuposições sobre a natureza do direito” (MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 299). Não seria possível, no entanto, tratar nesta dissertação de todos esses desdobramentos.

evidencia também o caráter “processual” dessa exigência: os argumentos que podem fundamentar a interpretação constitucional do legislador não estão inteiramente pré-determinados por algum referencial material exterior ao discurso de aplicação do direito (à espera de serem “descobertos” pelo órgão controlador da constitucionalidade), mas, antes, *basta que tais argumentos sejam construídos com obediência às regras de uma teoria da argumentação jurídica racional*.

Reivindica-se, por conseguinte, que a interpretação do legislador satisfaça o conjunto de condições, critérios, regras e formas de argumentação, tal como expostos por uma teoria da argumentação racional,³⁸⁸ para que se possa considerar que tal interpretação é juridicamente admissível. Cabe lembrar, porém, que nenhuma teoria da argumentação é capaz de determinar todos os passos da argumentação jurídica. Ao contrário, reconhece-se ser inevitável a infiltração, nos interstícios da argumentação, de escolhas valorativas que dificilmente podem ser contrastadas com referência a uma concepção de correção intersubjetivamente compartilhável. Daí dizer-se que

[e]ssas regras [as que são prescritas por uma teoria da argumentação] não determinam, de nenhuma maneira, o resultado da argumentação em todos os casos. Todavia, elas sem dúvida excluem da classe dos enunciados normativamente possíveis alguns (considerando-os discursivamente impossíveis) e, por essa mesma razão, impõem os enunciados opostos àqueles (como discursivamente necessários). Em relação a numerosos enunciados normativos ocorre que, se se parte tão-somente dessas regras, tanto alguns enunciados como as suas negações são compatíveis com as regras do discurso (são, portanto, enunciados discursivamente possíveis). Isso se explica porque as regras do discurso prático racional não prescrevem as premissas das quais devem partir os participantes do discurso. O ponto de partida do discurso é formado no início pelas convicções normativas, desejos e interpretações de necessidades dadas (é dizer, existentes faticamente), assim como pelas informações empíricas disponíveis para os participantes. As regras do discurso indicam como se pode chegar a enunciados normativos fundamentados a partir deste ponto de partida, mas não determinam completamente cada passo desse itinerário. Assim, considerando-se que são possíveis, como

³⁸⁸ São exemplos de teorias da argumentação jurídica racional as de Robert ALEXY e de Neil MACCORMICK, desenvolvidas, respectivamente, nas obras: *Teoría de la argumentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 205-280; e *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ponto de partida, convicções normativas, desejos e interpretações de necessidades completamente diferentes; e considerando-se, ainda, que não está determinado como se modificam as interpretações de necessidades, como se alteram as convicções normativas e como se devem limitar os desejos, há de se concluir que diferentes resultados são possíveis.³⁸⁹

Note-se que a *pretensão de correção*, relativamente aos casos enquadrados nos contextos de controle judicial “fraco”, será atendida se se concluir que a lei está dentro do campo do discursivamente possível. E, ao contrário, a *pretensão de correção* seria mal compreendida se, nessas mesmas circunstâncias, o juiz constitucional declarasse a lei inconstitucional apenas por entender que a interpretação ‘x’, do legislador, *a despeito de sua plausibilidade*, é em algum aspecto inferior à interpretação ‘y’, escolhida por ele, juiz. Por isso, e até para evitar confusões terminológicas, a pretensão de correção, em tais contextos aplicativos, pode ser chamada simplesmente de *pretensão de razoabilidade* (ou *de plausibilidade*). Nesses casos, a meta – aquilo que se pretende alcançar – é aferir a razoabilidade interpretativa, *i.e.*, confirmar se a interpretação constitucional do legislador está, ou não, inserida no campo do discursivamente possível.

Não colheria argumentar que essa solução esgarçaria a superioridade normativa da Constituição. O método proposto não infirma em nada a superioridade hierárquica da Lei Fundamental, mas apenas atribui uma parcela da autoridade interpretativa final ao legislador. Não é demais lembrar, a propósito, que o legislador, tanto quanto o juiz, está obrigado a atuar com subordinação aos parâmetros normativos da Constituição. Em muitos casos, é certo, a interpretação razoável do legislador poderá não coincidir com a do juiz. O que, porém, não quer dizer que a do legislador seja a “errada” e a do juiz, a “correta”. Na realidade, é perfeitamente concebível – e muito comum até – que ambas sejam racionalmente aceitáveis. Sobre a possibilidade de haver mais de uma interpretação admissível para o mesmo caso, é de interesse lembrar a ilustrativa situação de conflito interpretativo relatada por Chaïm Perelman em seu estudo a respeito do desacordo e da racionalidade das decisões:

À tradição filosófica do Ocidente, que procurou resolver os problemas práticos assimilando-os a problemas de conhecimento, a problemas científicos e, sobretudo, a problemas matemáticos, e que só

³⁸⁹ *Teoría de la argumentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 36-37.

concebia a própria ideia de razão em função do conhecimento teórico, opõe-se o pensamento judaico talmúdico, nutrido por uma reflexão sobre os problemas suscitados pela interpretação da Bíblia e pela aplicação da Lei. Conhecem-se os desacordos e as controvérsias que podem surgir a propósito disso. As mais célebres, no Talmude, são as que opõem a escola de Hillel à do Chamai, tendendo a primeira, muito amiúde, a permitir o que a segunda proibia. Como tal controvérsia se eternizava por três anos, como se cada uma das duas escolas pretendia que a lei era conforme ao seu ensinamento, o Talmude relata o que disse o Rabino Abba, em nome do Rabino Samuel. Dirigindo-se este ao céu para conhecer a verdade, uma voz de cima respondeu que as duas teses expressavam a palavra do Deus Vivo. As duas teses, mesmo sendo diametralmente opostas, merecem igual respeito, pois expressam um parecer refletido e abalizado; nesse sentido, são ambas razoáveis.³⁹⁰

Esse mesmo autor, aludindo a um ensaio filosófico de Peter Winch (*Universalizability of Moral Judgements*), afirma que, numa discussão prática, a maior ou menor importância que cada pessoa pode atribuir a esta ou aquela espécie de consideração, segundo critérios de avaliação frequentemente não controláveis, é a chave para explicar a possibilidade do desacordo razoável:

Daí [Peter Winch] tira a conclusão, que poderia parecer paradoxal, a saber: Se A diz, ‘X é o que devo fazer para agir moralmente’ e se B diz, numa situação essencialmente semelhante, ‘X não é o que devo fazer para agir moralmente’, é possível que ambos tenham razão. E, isto, afirma Winch, não porque admite o relativismo moral e porque basta que um homem esteja em paz com sua consciência para que possa pretender que agiu bem, mas porque a importância que um homem atribui a esta ou aquela espécie de consideração pode conduzi-lo, por razões objetivas, a uma decisão diferente daquela que outro, que avalia diferentemente, poderia, com toda honestidade e boa-fé, ser levado a adotar.³⁹¹

³⁹⁰ PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, 353-354. No caso relatado, decidiu-se a controvérsia, para fins práticos, em favor da escola de Hillel, uma vez que “seus membros (...) são conhecidos por sua modéstia, por sua humildade e por jamais deixarem de apresentar o parecer de seus adversários” (ob. e loc. cit.). Utilizou-se um critério de oportunidade para resolver a controvérsia, mas não se descartou a tese derrotada porque ela era “equivocada” ou “falsa”.

³⁹¹ PERELMAN, Chaïm. Ob. cit., p. 356.

No mesmo sentido, Neil MacCormick defende o ponto de vista segundo o qual a existência de divergências práticas na aplicação do direito não significa que uma das posições sustentadas seja “errada” ou “irracional”. Pois, para esse autor,

a divergência prática autêntica, a respeito da qual as partes realmente se importam, surge não em decorrência da irracionalidade, não por existir uma resposta realmente correta que alguém não conseguiu enxergar, mas porque – ou quando – a decisão favorável a um lado ou ao outro não pode ser evitada e deve ser tomada por pessoas que não têm como ‘seguir cada qual seu próprio caminho’, mas que precisam decidir juntas de uma forma ou de outra e conviver com a decisão.³⁹²

Até mesmo Ronald Dworkin, famoso defensor da tese da única resposta correta,³⁹³ reconhece que a Constituição é um documento que “funde questões jurídicas e morais, fazendo com que a validade de uma lei dependa da resposta a problemas morais

³⁹² *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 324. Em linha semelhante, Richard POSNER também afirma que nem todos os desacordos podem ser resolvidos pelo recurso à razão. Em um grande número de conflitos, é inevitável a influência decisiva das opções valorativas dos juizes: “Values based on personal, including ethnic and religious, background influence judicial decisions not because judges are especially willful but because many cases cannot be decided by reasoning from shared premises of fact and value. (...) One argument for political democracy is that majority rule is a civilized method of accommodating unbridgeable differences of opinion, compared either to physical force or to interminable debate” (*Law, Pragmatism, and Democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 120).

³⁹³ Uma refutação robusta à tese da única resposta correta é feita por Aulis AARNIO, nos seguintes termos: “Una manera de formular el núcleo de la crítica es preguntar: ¿qué ocurre si hay dos Hércules J.? Ambos son ciertamente seres racionales pero ¿son capaces de resolver genuinos *problemas axiológicos*? Esto es importante, porque las elecciones finales en el razonamiento jurídico no descansan solamente sobre la racionalidad del procedimiento del razonamiento y las estructuras libres que aseguran la discusión ideal. El otro factor decisivo es el *‘input’*, es decir, los datos que se introducen en la discusión. En fin, Hércules J. también está vinculado *v.g.* a los *intereses* que presenta o está obligado a presentar en el discurso. Hablando toscamente, ellos no abordan el problema desde el mismo – o incluso similar – punto de vista. *Por consiguiente* dos o más Hércules J. *pueden* alcanzar varias respuestas no equivalentes pero igualmente bien fundadas. Si se pretende ahora que una de las respuestas dadas es ‘mejor’ que las otras o que es la única correcta, hay que tener algún criterio para esta postura. Y además, hay que salir fuera de la discusión, lo que significa recurrir a un *metaHércules J.*, y así sucesivamente. Cada intento de probar que una de las respuestas alternativas es la ‘correcta’ conduce así a un regreso al infinito argumentativo, y ello está condenado necesariamente al fracaso. Esto también puede expresarse refiriéndose al concepto de *coherencia*. Lo que es necesario para una mejor solución posible es un argumento material coherente. Si hay dos o más conjuntos de razones igualmente coherentes, entonces la comparación no es posible. Desde un punto de vista justificatorio, todas ellas son igualmente buenas. Por medios racionales no podemos hacer más, porque no hay argumentos disponibles” (“La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”. *In: Doxa* nº 8, 1990, p. 23-38).

complexos”,³⁹⁴ para logo em seguida concluir resignadamente que, “quando os homens discordam sobre os direitos morais, nenhuma das partes tem como provar o seu ponto de vista e alguma decisão deve prevalecer, se não quisermos que a anarquia se instale”.³⁹⁵

É exatamente essa divergência prática *não irracional* que, segundo a tese defendida neste trabalho, impõe ao juiz constitucional uma atitude de deferência para com o ato legislativo que incorpora uma dentre duas ou mais interpretações plausíveis da norma constitucional, nos contextos aplicativos de controle “fraco”. A invalidação da lei só deverá ter lugar, por conseguinte, se a divergência decorrer da adoção, pelo legislador, de uma interpretação *irracional* (não racionalmente justificável, sob nenhum ponto de vista) da Constituição.

Existindo a possibilidade de justificação racional da interpretação legislativa – seja porque a interpretação é consistentemente apoiada em “elementos inter-relacionados da argumentação consequencialista, da argumentação a partir da coerência e da argumentação a partir da coesão” (MacCormick),³⁹⁶ seja porque a interpretação observou as regras da justificação interna (seguiu-se logicamente das premissas aduzidas) e da justificação externa (demonstrou a correção dessas premissas) (Alexy)³⁹⁷ –, não cabe ao juiz constitucional invalidá-la por simples escolha de uma interpretação rival, apenas porque esta lhe pareceu (por qualquer razão) preferível à do legislador.

Assim, observados os parâmetros de avaliação e as formas de raciocínio jurídico ora sugeridos,³⁹⁸ caberá à jurisprudência desenvolver e especificar, no exame dos múltiplos casos, quais são precisamente os requisitos necessários à racionalidade da decisão. Neste sentido, convém lembrar que o Tribunal Constitucional Federal alemão, na já citada decisão da *cannabis sativa*, compreendeu à perfeição que a determinação do *racional* não pode ser exaurida em abstrato: “[o] que será (...) defensável racional ou irracionalmente, não é possível determinar de uma forma geral e abstrata, mas tão-somente e sempre com base na

³⁹⁴ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. 17ª ed. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 285.

³⁹⁵ *Idem, ibidem*, p. 286.

³⁹⁶ *Argumentação jurídica e teoria do direito*, ob. cit., p. 327.

³⁹⁷ *Teoría de la argumentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 213-214.

³⁹⁸ Quais sejam: os parâmetros de avaliação da *rational basis*, do controle de mera evidência e do controle de plausibilidade; e as formas de raciocínio empregadas na decisão sobre a admissibilidade dos recursos extraordinários à luz da Súmula nº 400 do STF, no julgamento de ações rescisórias fundadas na violação a literal disposição de lei (CPC, art. 485, V) e na apreciação do requisito do *fumus boni iuris* das medidas cautelares.

particularidade da área concreta que deve ser regulamentada”.³⁹⁹ Com o tempo, presume-se, as pessoas serão capazes de prever numa quantidade significativa de situações o que é efetivamente exigido para atender-se ao requisito da racionalidade, para os fins do controle de constitucionalidade do tipo “fraco”. O que não significa, por evidente, que as controvérsias constitucionais cessarão. De fato, não só os critérios adotados pela jurisprudência estarão permanentemente abertos à crítica (do que sempre poderá resultar a alteração de tais critérios) como, também, novas questões e novas necessidades surgirão, impondo o aperfeiçoamento dos critérios já existentes e a criação de outros, adaptados a essas novas realidades.

Não se deve perder de vista, por fim, que todo esse esquema metodológico de interpretação e aplicação da Constituição é sugerido com o objetivo de tornar *justificável* o controle judicial de constitucionalidade das leis nos contextos aplicativos de controle “fraco”. Pretende-se que esse seja um modelo adequado (não o único, por certo, mas *um dentre os possíveis*) para compatibilizar a revisão judicial com a ideia de otimização do princípio democrático e a sua correspondente exigência de que as decisões relevantes para a comunidade sejam tomadas, *na maior medida possível*, pelo legislador democrático (e não pelas cortes, em processos judiciais).

³⁹⁹ BVerfGE 90, 145. In Leonardo MARTINS (org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão* (coletânea de decisões judiciais). Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p. 260.

8 CONCLUSÕES

As conclusões centrais do presente trabalho podem ser compendiadas por meio das seguintes proposições sintéticas:

- (a) a constitucionalização do direito não é um fenômeno que se manifesta sob a forma disjuntiva de um “tudo ou nada”, como se apenas duas alternativas extremas se oferecessem: ou um ordenamento infraconstitucional está inteiramente “impregnado” de Constituição ou, ao contrário, se acha imune a qualquer influência da normatividade constitucional. Na realidade, a constitucionalização do direito é, em essência, uma questão de medida, comportando um “mais” e um “menos”, uma escala modulável segundo diversos fatores e circunstâncias;
- (b) um dos fatores que influem na medida de constitucionalização do ordenamento jurídico é o conjunto de posturas interpretativas da Constituição que prevalece entre os seus operadores;
- (c) com alguma simplificação, pode-se dizer que os dois tipos básicos de posturas interpretativas são os seguintes:
 - c.1 – o juiz entende que a Constituição sempre tem “algo a dizer” – do ponto de vista material – para a solução dos casos conflituosos. Por conseguinte, a decisão de qualquer controvérsia jurídica (minimamente complexa) pressupõe que o intérprete tome em consideração, em seu raciocínio jurídico, algum dado normativo extraído da Constituição;
 - c.2 – o juiz admite, diferentemente, (a) que há situações em que a Constituição nada tem a dizer de relevante para a solução do problema; ou (b) que a Constituição pode até conter alguma norma genérica em tese invocável naquele contexto aplicativo, mas, sendo essa norma dotada de grande generalidade, afigura-se perfeitamente possível que diferentes precisões legislativas se mostrem compatíveis com ela;

-
- (d) a cada postura interpretativa corresponde uma concepção de Constituição. Por “concepção de Constituição” entende-se aqui, mais especificamente, a forma de conceber as inter-relações entre a norma constitucional e o restante do ordenamento jurídico;
 - (e) as posturas interpretativas constituem uma das circunstâncias potencialmente otimizadoras da democracia. Reunindo aspectos culturais, históricos e jurídicos, as posturas interpretativas dos juízes constitucionais, e os hábitos de raciocínio jurídico que elas engendram, influem de modo relevante na medida de realização do princípio democrático;
 - (f) a escolha de uma dada postura interpretativa – e da concepção de Constituição que lhe corresponde – é em grande parte condicionada, não pelo que se lê no texto da Constituição, mas sim pelo conjunto de crenças de natureza política, filosófica e moral, às quais adere o intérprete constitucional;
 - (g) a concepção que se tenha acerca do papel da Constituição frente ao legislador democrático constitui um *antecedente necessário* de qualquer discurso de aplicação de normas constitucionais. É preciso, antes de iniciar a argumentação de *aplicação*, fundamentar (*justificar*) a concepção de Constituição de que se parte;
 - (h) a concepção de Constituição (no sentido especificado em “d”, acima) é um dos elementos centrais do discurso de justificação do controle judicial de constitucionalidade das leis. Esse discurso se destina a justificar – na medida do possível – o arranjo institucional que permite a uma classe de agentes não eleitos partilhar com o legislador, de forma relevante, a função de estabelecer a formulação final das leis;
 - (i) nos últimos anos, tem-se intensificado a preocupação dos estudiosos da teoria constitucional em relação ao tema da difícil compatibilização entre o controle judicial de constitucionalidade das leis (cada vez mais expansivo) e as instituições democráticas;
 - (j) entre os autores de língua inglesa, destacam-se as três obras recentes de Larry D. Kramer, Mark Tushnet e Jeremy Waldron, nas quais são desenvolvidas teses contrárias ao controle judicial de constitucionalidade das leis e à supremacia judicial;
 - j.1** – Larry D. Kramer e Mark Tushnet apresentam um argumento geral em defesa do *constitucionalismo popular*, doutrina esta que tem como um de seus principais

motes a reivindicação de uma maior descentralização da autoridade interpretativa final da Constituição;

- j.2** – Jeremy Waldron, a seu turno, apresenta um argumento universal contrário ao controle judicial de constitucionalidade das leis. O argumento de Waldron é, no entanto, explicitamente condicional, na medida em que se aplica apenas às sociedades nas quais estejam realizados os quatro pressupostos por ele indicados, quais sejam: (1) instituições democráticas razoavelmente bem ordenadas, incluindo uma legislatura representativa eleita mediante sufrágio universal entre os adultos; (2) instituições judiciais igualmente bem ordenadas, estruturadas de forma não representativa e aparelhadas para dirimir conflitos e manter o império do direito; (3) um compromisso da maior parte dos membros da sociedade e das autoridades públicas no sentido de levar a sério os direitos individuais e os direitos das minorias; (4) um desacordo persistente, substancial e de boa fé, entre os membros dessa sociedade, acerca do sentido e alcance exatos dos direitos;
- (k) procurando construir uma síntese entre as ideias do constitucionalismo popular e o argumento geral de Waldron, podem-se destacar cinco razões principais para que se repute indesejável o expansionismo do poder judicial em detrimento da política. São elas: (1º) a falta de credenciais democráticas do poder judiciário (juízo comparativo); (2º) as limitações de forma e de conteúdo do debate público travado nos processos judiciais nos quais se realiza o controle de constitucionalidade das leis; (3º) o impedimento a novas experimentações sociais; (4º) o caráter elitista da revisão judicial; e (5º) o esmorecimento do ideal de autogoverno e da responsabilidade moral dos cidadãos em relação aos destinos comuns;
- (l) adota-se, no presente trabalho, uma versão mitigada do argumento de Jeremy Waldron. Essa versão não abandona nem recusa as premissas em que se funda o argumento waldroniano, contrário à revisão judicial, porém lhe agrega uma *premissa adicional*, baseada na ideia de *fortalecimento do controle recíproco entre os poderes*. Tal versão se qualifica como “mitigada” porque o seu antagonismo ao controle judicial é de menor alcance do que o da tese originária de Waldron. Enquanto para Waldron a revisão judicial *jamaís se justificaria* numa sociedade em que as quatro pré-condições (v. “**j.2**”, *supra*) estivessem implementadas, o argumento sustentado pela versão mitigada sugere,

diferentemente, que, *mesmo nessas sociedades razoavelmente bem ordenadas*, um controle judicial de constitucionalidade das leis seria legítimo se exercido com a finalidade de proteger bens e interesses *essenciais* à democracia;

- (m) todavia, essa formulação ainda não define qual é o tipo de democracia pressuposto. Tal especificação, entretanto, é fundamental, por duas razões. Em primeiro lugar, porque, dependendo da concepção de democracia que se tenha em mente, *proteger o processo democrático* pode significar coisas muito distintas. Em segundo lugar, porque se afigura impossível determinar se uma instituição como o controle judicial de constitucionalidade das leis contribui, ou não, para proteger a democracia, ou se é mesmo compatível com a democracia, se, antes, não se fixar com razoável clareza o que significa “democracia”;
- (n) o vocábulo *democracia* tem um sentido difuso e multifacetado, sendo utilizado para referir realidades muito distintas entre si. Por outro lado, a despeito de existirem em todos os regimes democráticos críticas ao seu funcionamento, essas objeções jamais questionam o caráter obrigatório da democracia. Percebe-se então que “democracia”, seja lá o que isso signifique, se tornou um rótulo universalmente reverenciado. Todavia, não se forjou um correspondente ideal comum, em torno do qual a humanidade haja alcançado um consenso relevante. Ao contrário, as divergências terminológicas e a distorção ideológica tornaram impossível a fixação de uma definição consensual;
- (o) é importante, na formulação do discurso de justificação democrática do controle judicial de constitucionalidade das leis, esclarecer com um nível mínimo de precisão qual é a teoria democrática pressuposta. Para demonstrar como a justificação democrática da revisão judicial pode ir de um extremo ao outro, conforme se adote uma ou outra doutrina, examinaram-se duas teorias democráticas claramente opostas: a *teoria da democracia protetiva* de Friedrich A. Hayek e a *teoria participativa* de Benjamin R. Barber;
 - o.1** – assim, o intérprete que se propusesse a elaborar um discurso de justificação democrática do controle judicial de constitucionalidade, e adotasse como referencial normativo a teoria da democracia protetiva (Hayek), chegaria à conclusão de que é perfeitamente legítimo, do ponto de vista dessa concepção democrática, que o juiz constitucional controle com intensidade – sem nenhum tipo de deferência ou autocontenção – a validade de todos os atos emanados dos representantes do povo.

–

É que, para a teoria da democracia protetiva, o importante é limitar, frear e conter, sem tréguas, as atividades do governo e do legislador, de modo a impedir quaisquer cerceamentos indevidos à liberdade individual. E, para que esse controle seja eficaz, atribui-se primordialmente ao poder judiciário a incumbência de obstruir as ameaças à liberdade provenientes das leis e dos atos de governo;

- o.2** – por contraste, o intérprete que desejasse justificar democraticamente o controle judicial de constitucionalidade, e adotasse como teoria de base a da democracia participativa (Barber), chegaria a um resultado negativo, *i.e.*, a uma *não justificação*. Concluiria esse intérprete que em hipótese alguma é justificável, sob a perspectiva daquela teoria, o controle judicial de constitucionalidade da legislação elaborada pelos cidadãos, no exercício de seus poderes de autogoverno;
- (p)** no presente trabalho, sugere-se a adoção da teoria democrática do cientista político norte-americano Robert A. Dahl (tal como exposta em *Democracy and Its Critics*) para complementar o argumento justificatório baseado na versão mitigada da tese de Waldron;
- p.1** – a proposta de Robert Dahl é a de conceber a democracia como um *processo para a tomada de decisões coletivas e vinculantes (decisões políticas)*. Para esse fim, Dahl constrói um ideal normativo para o processo democrático, representado por cinco critérios que servirão como parâmetros para a avaliação dos processos *reais* de tomada de decisões coletivas. Esses cinco critérios são os seguintes: *participação efetiva, igualdade de voto no estágio decisivo, compreensão esclarecida, controle de pauta e inclusividade*;
- p.2** – segundo esse mesmo autor, há no mundo real determinadas sociedades que, levando-se em conta os padrões históricos da humanidade, atingiram um considerável grau de realização daqueles cinco critérios ideais. Nesses regimes, as decisões coletivas importantes são, em razoável medida, tomadas mediante um *processo democrático*. Tais ordens sociais, Dahl designa-as pelo termo *poliarquia*;
- p.3** – é certo, porém, que as instituições democráticas do mundo real, mesmo as das mais avançadas poliarquias, carregam consigo a marca da imperfeição humana. Isso não obstante, a história demonstra que, nos poucos países em que a poliarquia

–

existe há várias gerações, instituiu-se um conjunto amplo de liberdades, direitos humanos e relativa prosperidade material que nenhum regime político alternativo jamais conseguiu igualar;

- p.4** – por considerar que a democracia é um ideal valioso, Robert Dahl sugere que o melhor caminho a trilhar seria, não o da busca de um regime alternativo – um governo de guardiães, por exemplo –, mas sim o do aprimoramento dos regimes democráticos já existentes, nos limites da capacidade humana. Este é, de resto, um ponto essencial da teoria democrática de Dahl: é uma teoria que *defende a democracia*, encara-a como um bem humano precioso, mas aceita realisticamente que o processo democrático se depara com limitações inevitáveis. Daí a sua proposição normativa de que, sempre que for possível, as soluções mais democráticas (as que melhor realizam os critérios do processo democrático) devem ser preferidas aos meios alternativos, de caráter não democrático;
- (q) os cinco critérios do processo democrático (v. “**p.1**”, acima) não indicam, no entanto, nenhum modo específico para a manutenção do próprio processo democrático. Não dizem, em suma, se o processo democrático haverá de ser preservado por mecanismos *internos* ao processo democrático ou se, ao contrário, podem-se instituir meios *externos* para a sua guarda e vigilância;
- (r) assim, não é *prima facie* contraditório ou incoerente com a teoria de Dahl o estabelecimento de mecanismos não democráticos para ajudar a preservar a integridade do processo democrático. Daí por que uma sociedade pode, de forma democraticamente legítima, decidir por um arranjo institucional no qual os tribunais judiciais tenham a função de controlar a constitucionalidade de leis que ponham em risco interesses *essenciais* ao processo democrático. Nessa ordem de ideias, seria justificável a instituição de um processo decisório não democrático, como o dos guardiães judiciais, para controlar a constitucionalidade de leis que alegadamente: (a) criassem, de um modo geral, dificuldades à alternância do poder; (b) impedissem ou dificultassem o acesso de membros de minorias às posições de comando (requisitos de elegibilidade, impedimentos etc.); (c) modificassem o procedimento eleitoral de forma a beneficiar os que atualmente detêm o poder; (d) introduzissem mudanças desfavoráveis no *status* político das minorias; (e) prejudicassem o exercício do direito ao voto; (f) alterassem a distribuição

- dos corpos eleitorais para beneficiar alguns grupos em detrimento de outros; (g) infringissem o direito dos cidadãos a uma participação livre e igual no processo democrático; (h) ameçassem o direito de divergir e fazer oposição; (i) restringissem os direitos essenciais ao processo democrático, como o direito à livre expressão, o direito de reunião, o direito de associação, direito de ter acesso ao maior número de informações livremente produzidas, a liberdade de imprensa;
- (s) o argumento de justificação resumido nos tópicos “q” e “r” é aplicável somente às sociedades em que estejam realizados os quatro pressupostos ideais da tese de Waldron. Contudo, se essas condições não houverem sido implementadas numa dada sociedade, é possível cogitar da revisão judicial como um mecanismo apropriado para compensar as disfunções das instituições ou para lidar com o fato de que em tal sociedade não se forjou uma cultura de efetivo respeito aos direitos. Neste caso, poderá haver justificações *contextuais* – particularizadas e contingentes – para o controle judicial de constitucionalidade das leis, especificamente atreladas aos problemas sociais que deram causa à não realização das condições de Waldron;
- (t) sustenta-se, neste trabalho, que a sociedade brasileira é um dos “casos marginais” do argumento de Waldron, em razão da não realização de dois dos seus pressupostos, quais sejam: (1º) a existência de instituições democráticas razoavelmente bem ordenadas; e (2º) um compromisso da maior parte dos membros da sociedade no sentido de levar a sério os direitos;
- t.1** – a inexistência do primeiro pressuposto acima referido se manifesta nas instituições legislativas *locais* (estaduais e municipais), que não podem ser consideradas “instituições razoavelmente bem ordenadas”;
- t.2** – a inexistência do segundo pressuposto decorre, a seu turno, da má formação educacional de um contingente expressivo da população do país, fator este que impede o desenvolvimento pessoal mínimo necessário para realizar escolhas conscientes, deliberar esclarecidamente e partilhar de uma cultura pública de respeito aos direitos individuais e das minorias;
- (u) há ainda um segundo sentido (diferente do exposto em “s”, acima) em que os argumentos de justificação podem se dizer “contextuais”. Deriva essa outra forma de justificação

contextualizada do fato de que o controle judicial de constitucionalidade das leis é uma instituição em vigor, formalmente prevista na Constituição e nas leis do país, dotada de plena eficácia prática, e que conta com a aquiescência geral da sociedade brasileira e das autoridades públicas. Em vista dessa realidade, é possível conceber uma classe de argumentos de justificação que seja *contextual* no específico sentido de que toma em consideração o *contexto jurídico-positivo* para o qual a justificação é elaborada;

- (v) assim, em resumo de toda a argumentação que foi desenvolvida nos capítulos 2 a 4 do presente trabalho, apresenta-se abaixo o esquema geral das justificações *universais* e *contextuais* do controle judicial de constitucionalidade das leis:

I – ARGUMENTOS DE JUSTIFICAÇÃO UNIVERSAIS

• *Proteção dos bens e interesses essenciais ao processo democrático:*

- (a) abertura dos canais de alternância do poder político;
- (b) acesso igualitário, inclusive para os membros de minorias, às posições de comando (requisitos de elegibilidade, impedimentos etc.);
- (c) procedimento eleitoral justo e equânime (sem mecanismos que beneficiem os detentores do poder);
- (d) preservação de um *status* político igualitário para todos os cidadãos;
- (e) direito ao voto;
- (f) o direito dos cidadãos a uma participação livre e igual no processo democrático;
- (g) o direito de divergir e fazer oposição (sem risco de vir a sofrer danos pessoais);
- (h) direitos fundamentais essenciais ao processo democrático, como o direito à livre expressão, o direito de reunião, o direito de associação (incluindo o direito de formar partidos políticos), o direito de ter acesso ao maior número de informações livremente produzidas e a liberdade de imprensa, consideradas apenas as dimensões desses direitos funcionalmente vinculadas ao exercício da cidadania.

II – ARGUMENTOS DE JUSTIFICAÇÃO CONTEXTUALIZADOS EM RELAÇÃO À REALIDADE POLÍTICA E SOCIAL DO PAÍS

(1º subtipo) – ARGUMENTOS CONTEXTUALIZADOS RELACIONADOS À DISFUNCIONALIDADE DOS ÓRGÃOS LEGISLATIVOS LOCAIS

• *Rol dos interesses especialmente vulneráveis:*

- (i) interesses correspondente à preservação da partilha constitucional de competências federativas;
- (ii) interesses correspondentes à manutenção de uma relação adequada de separação funcional, harmonia e controle recíproco entre os poderes;
- (iii) interesses relacionados à integridade do Estado de direito (no sentido de império da lei).

(2º subtipo) – ARGUMENTOS CONTEXTUALIZADOS RELACIONADOS ÀS DEFICIÊNCIAS DE BASE NA FORMAÇÃO EDUCACIONAL DA MAIOR PARTE DA POPULAÇÃO

• *Rol dos interesses especialmente vulneráveis:*

- (iv) interesses relacionados à efetividade do processo democrático; e
- (v) interesses protegidos pelos direitos fundamentais.

III – ARGUMENTOS DE JUSTIFICAÇÃO CONTEXTUALIZADOS PELA REFERÊNCIA À CONSTITUIÇÃO EM VIGOR

• *Valores constitucionais com peso justificatório suficiente para autorizar limitações ao processo democrático:*

- (α) Estado de direito (art. 1º);
- (β) federação (arts. 1º e 18);
- (γ) democracia (arts. 1º e 14 a 16);
- (δ) separação dos poderes (art. 2º); e
- (ε) direitos fundamentais (arts. 5º a 13);

(w) toda legislação encerra uma interpretação da Constituição. Sucede que, em sistemas de Constituição rígida com controle de constitucionalidade a cargo de órgãos judiciais, esse ato interpretativo do legislador é sempre passível de ser submetido ao crivo revisor do juiz constitucional. Poderá este concordar, ou não, com a interpretação dada pelo legislador ao princípio ou regra constitucional que, no caso, serve de parâmetro normativo para o controle do dispositivo legal. Em caso de divergência, o juiz desfaz o trabalho do legislador, declarando a invalidade da lei. Essa limitação às funções legislativas não é, contudo, uma consequência “automática” da superioridade hierárquica da Constituição. Na realidade, essa limitação resulta, de maneira bem mais direta, da *supremacia judicial*. É dizer, deriva da existência, no sistema jurídico, de uma compreensão difundida entre os seus operadores de que cabe ao juiz constitucional o papel de dizer a última palavra na interpretação das normas constitucionais, *substituindo* a interpretação do legislador pela sua própria, sempre que essa lhe pareça a medida adequada a tomar;

(x) é precisamente esse paradigma de controle judicial que se quer aqui questionar, pelas razões fundadas no princípio democrático expostas nos capítulos 2 e 3. Propõe-se, assim, a superação do paradigma hoje vigente, no qual a substituição da interpretação constitucional do legislador pela interpretação constitucional do juiz depende apenas de o

poder judiciário considerar que a sua interpretação é “melhor” do que a interpretação dada à Constituição pelo poder legislativo. O paradigma ora sugerido apoia-se na premissa de que o princípio democrático impõe a abertura de espaços *mais amplos* para a interpretação *razoável* da Constituição feita pelo legislador;

(y) para tanto, apresenta-se nos capítulos 5 a 7 um método de obtenção de decisão que instrumentalizaria essa abertura de espaços para a interpretação razoável do legislador mediante a graduação do controle judicial de constitucionalidade em dois tipos básicos, quais sejam, o controle de tipo “forte” e o controle de tipo “fraco”;

y.1 – o *primeiro passo* desse método de obtenção de decisão consiste em identificar o contexto aplicativo no qual se insere o problema sob julgamento. Assim, com o propósito de estimular o intérprete da Constituição a considerar, no discurso de aplicação, os valores justificatórios referentes à federação, à democracia, à separação de poderes e aos direitos fundamentais, dividem-se os contextos aplicativos da Constituição em cinco grandes grupos:

- (1º) – contextos aplicativos que envolvem questões relativas à *federação*;
- (2º) – contextos aplicativos que envolvem questões relativas ao *processo democrático*;
- (3º) – contextos aplicativos que envolvem questões relativas à *separação dos poderes*;
- (4º) – contextos aplicativos que envolvem questões de *direito fundamental*;
- (5º) – contextos aplicativos *residuais*, que envolvem questões relativas a quaisquer outros temas constitucionais que não os quatro acima mencionados;

y.2 – identificado o contexto aplicativo do caso concreto, duas conclusões poderão ser obtidas: (a) o caso se amolda a um dos quatro primeiros contextos aplicativos (*federação, democracia, separação de poderes* ou *direitos fundamentais*); ou (b) o caso se refere a um contexto aplicativo *residual* (questões relativas a todo o resto da Constituição, afora aqueles quatro temas especificamente nomeados);

y.3 – constatado que se trata de um contexto aplicativo relacionado à federação, à democracia, à separação de poderes ou aos direitos fundamentais, cumprirá ao intérprete – já agora numa *segunda etapa* – ajuizar se a controvérsia envolve *questões nucleares* ou *questões periféricas*. Noutras palavras, deverá o órgão jurisdicional investigar se a controvérsia suscitada diz respeito, ou não, a aspectos nucleares da federação, da democracia, da separação dos poderes ou de algum direito fundamental;

-
- y.4** – caso o tribunal, fundamentadamente, situe a discussão no campo dos conflitos *nucleares*, estará autorizado a usar *juízos de correção estrita*, isto é, juízos mediante os quais se avalia se a interpretação dada pelo legislador à Constituição é a “melhor” interpretação (ao ver da corte), ou não. O tribunal, nessas situações, decidirá de acordo com a *sua* forma de compreender as regras, princípios e valores da Constituição. Aplicará ao caso a *sua* teoria da interpretação e fundamentará a decisão em consonância com a *sua* teoria da argumentação. Não há, neste contexto, obrigatoriedade de deferência à interpretação constitucional *do legislador*. O tribunal exerce, pois, um controle de constitucionalidade do tipo “forte”, no qual os juízos de correção emitidos serão, para todos os fins, *substitutivos* dos juízos de correção formulados no âmbito do poder legislativo. Aqui se está, em plenitude, no campo da autoridade interpretativa final do tribunal;
- y.5** – por outro lado, se não se identificar qualquer controvérsia “nuclear”, ou se o caso sob julgamento disser respeito a um dos contextos aplicativos *residuais*, o controle de constitucionalidade será do tipo “fraco”. No controle “fraco”, o tribunal utilizará *juízos de mera plausibilidade*, e não poderá substituir a interpretação *razoável* do legislador pela sua própria. Mesmo que o tribunal entenda que há uma interpretação constitucional preferível à do legislador, ele não terá, nesses casos, legitimidade política para decidir em lugar do legislador. A nota característica da atuação judicial será a deferência para com a obra do legislador, na maior medida possível;
- (z)** as explicações constantes do item precedente (“y”) permitem sugerir a seguinte dissociação de contextos aplicativos, com base nos diferentes níveis de rigor crítico que podem ser empregados no controle judicial de constitucionalidade das leis:

(1º) CONTEXTOS APLICATIVOS DE CONTROLE “FORTE”:

MATÉRIAS:

- questões constitucionais relacionadas aos *núcleos* dos princípios federativo, democrático, da separação de poderes ou dos direitos fundamentais;

CARACTERÍSTICAS:

- juízos de *correção*;
- busca da “melhor” interpretação constitucional (= pretensão forte de correção);
- postura interpretativa de *não deferência*;
- autoridade interpretativa final *exclusiva* do poder judiciário;
- caráter *substitutivo* sempre que necessário para a adequada proteção do núcleo, ao ver do tribunal;

(2º) CONTEXTOS APLICATIVOS DE CONTROLE “FRACO”:

MATÉRIAS:

- questões constitucionais relacionadas às áreas *não nucleares* dos princípios federativo, democrático, da separação de poderes ou dos direitos fundamentais; e
- questões constitucionais de caráter *residual*.

CARACTERÍSTICAS:

- juízos de *razoabilidade/plausibilidade*;
- aceitação da interpretação constitucional razoável do legislador (= pretensão branda de correção);
- postura interpretativa de *deferência*;
- autoridade interpretativa final *partilhada* entre o poder judiciário e o poder legislativo;
- caráter *substitutivo* apenas nas hipóteses em que, ao ver do tribunal, a opção interpretativa escolhida pelo legislador seja irrazoável ou implausível (insustentável por argumentos racionais);

- (aa)** a ideia de um “núcleo” (de um princípio, direito, valor) é acentuadamente vaga. O que se percebe, na realidade, é que o termo *núcleo* consubstancia um caso típico de conceito normativo “carecido de preenchimento valorativo”. Todavia, por mais difícil que possa parecer à primeira vista a tarefa de demarcar os limites de um conteúdo “nuclear”, não se trata de uma tarefa impossível. E, em especial, não é uma tarefa em nenhum sentido *mais exigente* do que a de concretização de tantas outras pautas valorativas que já foram satisfatoriamente preenchidas pela jurisprudência, com o auxílio de argumentos construídos pela dogmática e pelos operadores do direito nas situações concretas levadas à apreciação dos tribunais;
- (bb)** seja como for, há uma boa razão para enfrentar a dificuldade da determinação dos núcleos. É que a Constituição, num Estado democrático, tem pelo menos duas funções especialmente relevantes. A primeira delas é a de veicular *consensos mínimos*, que não devem ser afetados por maiorias políticas ocasionais. A segunda, de igual importância, é

a de garantir o espaço próprio do pluralismo político, assegurando o funcionamento dos mecanismos democráticos. Ora, a tensão evidente entre essas duas finalidades pode ser equacionada de forma muito satisfatória com a utilização do conceito de *núcleo*, compreendido aqui como um espaço normativo em que os princípios produzem efeitos determinados e necessários e, por consequência, operam como regras, ao modo subsuntivo, impondo comandos definitivos. Neste sentido, os núcleos correspondem às decisões associadas àquele consenso mínimo, ao passo que as zonas periféricas, em que o sentido do princípio é relativamente indeterminado (sujeito a distintas leituras razoáveis), se correlacionam com o espaço de livre conformação do legislador democrático;

(cc) assim, sempre que, no controle judicial de constitucionalidade das leis, se estiver diante de um contexto aplicativo relacionado à federação, à democracia, à separação de poderes ou aos direitos fundamentais, a necessidade de definição dos correspondentes núcleos passará a ser um *tópico necessário* do discurso de aplicação da Constituição. A ideia de núcleo cumprirá, portanto, uma missão discursiva, estruturando a aplicação da Constituição de um modo tal que, em toda declaração de inconstitucionalidade de uma lei, o tribunal estará obrigado a fornecer argumentos que demonstrem: (1º) – *nos contextos aplicativos de tipo “forte”*, a existência de uma controvérsia envolvendo *aspectos nucleares* dos princípios federativo, democrático, da separação de poderes ou dos direitos fundamentais; e a produção de efeitos, por parte da lei objeto de controle, capazes de *esvaziar* ou *restringir* injustificadamente tal núcleo essencial; e (2º) – *nos contextos aplicativos de tipo “fraco”*, a existência de uma escolha interpretativa irrazoável por parte do legislador, como tal entendida aquela incapaz de ser sustentada por um argumento construído em conformidade com uma teoria da argumentação jurídica racional;

(dd) a diferença crucial entre os contextos aplicativos de controle “forte” e de controle “fraco” reside no fato de que, no primeiro, os juízes se pautam por critérios de *correção*, ao passo que no último basta submeter a lei a um teste de *razoabilidade* ou *plausibilidade*. São duas as pressuposições que subjazem a tal distinção entre os níveis de rigor crítico da revisão judicial: (1ª) que os juízes podem controlar a constitucionalidade das leis com um padrão *menos exigente* do que os da busca da única resposta “correta”, ou da “melhor” resposta perante o direito, sem que tal procedimento

implique no abandono da racionalidade inerente à argumentação jurídica; e (2ª) que, em determinados casos – quais sejam, os casos que se enquadram nos contextos aplicativos de controle “fraco” –, é *democraticamente adequado* que assim o façam;

(ee) nos setores da normatividade constitucional correspondentes aos contextos aplicativos de controle “fraco”, a divergência entre duas ou mais interpretações racionalmente possíveis não pode ser resolvida mediante a simples substituição da interpretação do legislador pela interpretação preferida pelo juiz constitucional. Em tais contextos, deve bastar a mera demonstração de que a interpretação constitucional plasmada na lei é *racionalmente justificável*;

(ff) uma semelhante modulação do rigor crítico na apreciação dos conflitos de constitucionalidade pode ser encontrada na doutrina dos níveis de escrutínio da Suprema Corte norte-americana. Essa doutrina preconiza a adoção de *standards* decisórios diferenciados, que se organizam segundo uma escala de três níveis de rigor cognitivo: o mais severo (*strict scrutiny*), o meio termo (*intermediate scrutiny*) e o mais brando (*rational basis*);

ff.1 – o escrutínio estrito é empregado no controle da constitucionalidade de leis que estabelecem discriminações baseadas em “classificações suspeitas” ou que restringem determinados “direitos fundamentais”. Em sua aplicação, a corte indaga, em primeiro lugar, se a medida legislativa atenderia a algum *interesse estatal relevante e irresistível* (“*compelling interest*”); e, caso haja um interesse dessa natureza em jogo, o tribunal examina em seguida se a providência legal se mostra estritamente ajustada (“*narrowly tailored*”) à consecução daquela finalidade e, bem assim, se não haveria algum meio menos gravoso à disposição do legislador;

ff.2 – o escrutínio intermediário serve à revisão de atos normativos que estabelecem classificações que não chegam a ser especialmente “suspeitas”, ou que restringem direitos importantes, porém não “fundamentais” em sentido estrito. Para atender a esse *standard*, basta demonstrar que a lei almeja a realização de algum *objetivo importante* do governo (“*important governmental objective*”) e que as providências determinadas se correlacionam substancialmente com a

consecução desses objetivos (“*must be substantially related to achievement of those objectives*”);

- ff.3** – o teste da base racional (“*rational basis test*”) se aplica aos casos envolvendo classificações “não-suspeitas” e direitos não “fundamentais”. A ideia básica é a de que uma lei não viola a Constituição se o seu conteúdo está racionalmente vinculado a um fim legítimo do Estado. Basta que a providência determinada pela lei não seja absolutamente incongruente ou arbitrária. O legislador desfruta, nesse terreno, de uma ampla margem de discricionariedade;
- (gg)** também o Tribunal Constitucional Federal alemão elaborou um *standard* decisório para orientar a variação do rigor crítico do controle judicial de constitucionalidade das leis, especificamente no que toca às premissas empíricas pressupostas pelo legislador nas regulações que interferem em direitos fundamentais. Segundo esse paradigma, cumpre distinguir três tipos de contextos aplicativos, levando-se em consideração, de um lado, a intensidade da intervenção no direito fundamental e, de outro, o grau de certeza existente quanto à exatidão das premissas empíricas utilizadas pelo legislador. Assim, nos casos em que a intervenção estatal sobre os direitos fundamentais seja de alta intensidade, a corte deverá empregar um “controle material intensivo” (o mais rigoroso) para aferir a adequação das premissas empíricas utilizadas pelo legislador. Se, por outro lado, a intervenção estatal for média, bastará submeter a lei a um “controle de plausibilidade” (nível de rigor mediano). E, por fim, se a intervenção se mostrar branda, será suficiente proceder a um “controle de evidência negativa”, *i.e.*, exigir-se-á apenas que *não seja evidente* a falsidade das premissas empíricas consideradas pelo legislador (nível de rigor mais débil);
- (hh)** a cognição judicial baseada em juízos de *razoabilidade* ou de *mera plausibilidade* é velha conhecida dos aplicadores do direito brasileiro. Em decorrência disso, a sua utilização no método de obtenção de decisão que ora se sugere não introduz nenhum elemento radicalmente novo na forma de raciocinar dos juízes. Com efeito, podem-se citar, a título de ilustração, três situações típicas (uma histórica e as outras duas atuais) em que os órgãos jurisdicionais decidem questões mediante juízos de *plausibilidade* e, ao fazê-lo, utilizam raciocínios e formas de argumentação jurídica que se prestam a servir como um parâmetro inicial para a aplicação do método de obtenção de decisão

aqui proposto. Essas situações são as seguintes: (a) o exame da admissibilidade de recursos extraordinários (no regime anterior à Constituição de 1988); (b) o julgamento de ações rescisórias fundadas no art. 485, V, do CPC (violação a literal disposição de lei); e (c) a apreciação de requerimentos de medidas cautelares;

hh.1 – antes da Constituição de 1988, o recurso extraordinário era cabível tanto na hipótese de violação à Constituição como de contrariedade à lei federal. Sob esse regime, vigorava e era aplicado o enunciado da Súmula nº 400 do STF, cuja dicção era a seguinte: “Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra “a” do art. 101, III, da Constituição Federal”. Hoje a Súmula nº 400 é apenas uma reminiscência histórica, pois os tribunais, salvo decisões isoladas e cada vez mais raras, deixaram de aplicá-la. Para o presente estudo, porém, é digno de nota o fato de que esse foi um *standard* decisório importante, com o qual operaram durante longo período as autoridades judiciais, no específico contexto do exame de admissibilidade dos recursos extraordinários fundados na violação à lei federal. Logo, independentemente de qualquer julgamento que se faça sobre a adequação do *standard* para aquele específico contexto, não pode haver dúvida quanto à possibilidade prática de se desenvolver e aplicar um padrão decisório diferenciado, próprio para situações especiais, fundado no critério da mera plausibilidade;

hh.2 – um segundo exemplo de aplicação de padrões decisórios menos exigentes do que o da “correção” pura e simples é o do julgamento de ações rescisórias propostas com base na *violação a literal disposição de lei*, nos termos do art. 485, V, do CPC. Ao apreciar tais ações, os tribunais brasileiros só desconstituem a sentença judicial transitada em julgado se a interpretação legal por ela adotada for “evidente, direta, aberrante, observada *primo oculi*, não a configurando a interpretação razoável, ainda que não seja a melhor dentre as possíveis” (STJ, AR nº 2.771/CE);

hh.3 – por fim, uma terceira hipótese corriqueira de utilização de juízos de plausibilidade consiste na apreciação de medidas cautelares. Como sabido, tais medidas sujeitam-se ao requisito da “aparência do bom direito”. Assim é que,

para deferir a tutela cautelar, os juízes não são obrigados a reconhecer que o requerente tem um direito certo e inequívoco, mas, apenas, que as alegações por ele apresentadas (tanto no plano da interpretação do direito quanto no plano probatório) se revestem de uma aparente plausibilidade;

- (ii) esses exemplos (itens “ff” a “hh”, acima) podem servir de inspiração para a adoção, no direito constitucional brasileiro, de um padrão decisório que se aproxime, nos aspectos relevantes, do nível de escrutínio da *rational basis* ou dos *controles de mera evidência negativa ou de plausibilidade*. Tal padrão decisório poderá valer-se de formas de raciocínio semelhantes às que são (ou foram) utilizadas pelos tribunais brasileiros na admissibilidade dos recursos extraordinários à luz da Súmula nº 400 do STF, no julgamento de ações rescisórias fundadas na violação a literal disposição de lei (CPC, art. 485, V) e na apreciação do requisito do *fumus boni iuris* das medidas cautelares. Esse padrão decisório, precisamente em razão de seu menor rigor crítico, revela-se adequado para orientar a revisão judicial das leis nos contextos aplicativos de controle “fraco”;
- (jj) esse conjunto de parâmetros pode ser compreendido como uma exigência no sentido de que a interpretação da Constituição plasmada na lei se mostre *racional*. Por tal se entende uma interpretação passível de ser defendida mediante argumentos construídos em consonância com uma teoria da argumentação jurídica racional. Logo, nos contextos aplicativos de controle “fraco”, apenas a lei que encerra uma interpretação constitucional fundada em argumentos irracionais (violadores das regras do discurso jurídico racional) deverá ser declarada inválida;
- (kk) o esquema metodológico de interpretação e aplicação da Constituição sumariado nos itens “dd” a “jj”, acima, é sugerido com o objetivo de tornar *justificável* o controle judicial de constitucionalidade das leis nos contextos aplicativos de controle “fraco”. Pretende-se que esse seja um modelo adequado (não o único, por certo, mas *um dentre os possíveis*) para compatibilizar a revisão judicial com a ideia de otimização do princípio democrático e a sua correspondente exigência de que as decisões relevantes para a comunidade sejam tomadas, *na maior medida possível*, pelo legislador democrático (e não pelas cortes, em processos judiciais).

REFERÊNCIAS

- AARNIO, Aulis. “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”. *In: Doxa* nº 8, 1990.
- ALEXY, Robert. *Tres Escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- _____. *Teoría del discurso y derechos constitucionales*. Trad. Pablo Larrañaga. Cidade do México: Distribuciones Fontamara S.A., 2005.
- _____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2007.
- _____. *Teoría de la argumentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2007.
- _____. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- _____; FIGUEROA, Alfonso García. *Star Trek y los derechos humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
- ALVIM, Arruda; e PINTO, Teresa Arruda Alvim. *Ação rescisória: repertório de jurisprudência e doutrina*. São Paulo: RT, 1988.
- ARAGÓN, Manuel. *Constitución y control del poder: Introducción a una teoría constitucional del control*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1995.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino e rev. Sylmara Beletti. São Paulo: Landy, 2000.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____. *Sistema constitucional tributário*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BARBER, Benjamin R. *Strong Democracy: participatory politics for a new age*. 20th Anniversary Edition. Berkeley: University of California Press, 1984.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

- _____. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.
- _____. “O Começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro”. In: *Temas de Direito Constitucional*. T. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- _____. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- _____. (Org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- _____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. “A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo”, *mimeo*, 2009.
- BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. Trad. Denise Agostinetti e rev. Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- _____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo, Ícone, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BOTERO, Juan José (Org.). *Con Rawls y contra Rawls: una aproximación a la filosofía política contemporánea*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2005.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. A. Menezes Cordeiro. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Vol. II. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Uteha Argentina, 1944.
- COHEN, Joshua. “Deliberation and Democratic Legitimacy”. In: BOHMAN, James e REHG, William (orgs.). *Deliberative Democracy: essays on reason and politics*. Cambridge: The MIT Press, 1997.

- CUNHA, Sérgio Sérulo da. *Princípios constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CUNNINGHAM, Frank. *Teorias da Democracia: uma introdução crítica*. Trad.: Delamar Volpato Dutra. Porto Alegre: Artmed, 2009.
- CYRINO, André Rodrigues. “Revolução na Inglaterra? Direitos Humanos, Corte Constitucional e Declaração de Incompatibilidade das Leis. Novel Espécie de *Judicial Review*?”. In: *Revista de Direito do Estado* nº 5. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- DAHL, Robert Alan. *A Preface to Democratic Theory*. 50th anniversary edition. Chicago: The University of Chicago University Press, 2006.
- _____. *Democracy and Its Critics*. New Haven: Yale University Press, 1989.
- _____. *On Democracy*. New Haven: Yale University Press, 1998.
- DESCARTES, René. *Discurso do Método*. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. 17ª ed. Cambridge: Harvard University Press, 1999.
- _____. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1006.
- DUCAT, Craig R. *Constitutional Interpretation*. 9ª ed. Boston: Wadsworth – Cengage Learning, 2009.
- ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. 14ª ed. Cambridge: Harvard University Press, 2002.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. J. Baptista Machado. 8ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.
- FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, Estado, direitos humanos e outros temas*. Barueri: Manole, 2007.
- FERRO, Ana Luiza Almeida. *Interpretação constitucional: a teoria procedimentalista de John Hart Ely*. Belo Horizonte: Decálogo, 2008.
- GARRIDO, Alexandre. “Direitos humanos, constituição e discurso de legitimação: possibilidades e limites da teoria do discurso”. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia? A genealogia filosófica de uma grande aventura humana*. Trad. Claudia Berliner. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

- GRASSO, Pietro Giuseppe. *El problema del constitucionalismo después del estado moderno*. Colección *Prudentia iuris*. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GRECO, Marco Aurélio. “ICMS – Créditos pela aquisição de bens destinados ao ativo permanente”. In *Estudos de Direito Tributário em Homenagem à Memória de Gilberto de Ulhoa Canto* (obra coletiva). Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- GUASTINI, Riccardo. “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”. Trad. José María Lujambio. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.
- GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Trad. Claudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: Tempo Brasileiro, 1997.
- _____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: Tempo Brasileiro, 1997.
- _____. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Trad. William Rehg. Cambridge: MIT Press, 1998.
- _____. *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. Guido A. de Almeida. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HARE, R. M. *A linguagem da moral*. Trad. Eduardo Pereira e Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- HAYEK, Friedrich August von. *Law, Legislation and Liberty: The Political Order of a Free People*. Vol. 3. Chicago: The University of Chicago Press, 1979.
- HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. Trad. João Vergílio Gallerani Cuter e rev. Sérgio Sérvulo da Cunha. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2007.
- KÄGI, Werner. *La constitución como ordenamiento jurídico fundamental del estado: investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno derecho constitucional*. Madrid: Dykinson, 2005.

- KRAMER, Larry D. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University Press, 2004.
- LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. VIII. Tomo I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamago. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.
- LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.
- LIJPHART, Arend. *Patterns of Democracy: government forms and performance in thirty-six countries*. New Haven: Yale University Press, 1999.
- LINARES, Sebastián. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Trad. Julio Fischer. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- LUSKY, Louis. *By what right? A commentary on the Supreme Court's power to revise the Constitution*. Virginia: The Michie Co., 1975.
- MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- _____. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MACHADO, Hugo de Brito. “Créditos de Entradas de Bens de Consumo ou de Ativo Permanente e a Não Cumulatividade do ICMS”. In *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 16, jan/1997.
- MARINONI, Luiz Guilherme; e ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: processo de conhecimento*. V. 2. 7ª ed. São Paulo: RT, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme; e ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: processo cautelar*. V. 4. 2ª tir. São Paulo: RT, 2008.
- MARMOR, Andrei (Org.). *Direito e interpretação*. Trad. Luís Carlos Borges e rev. Silvana Vieira e Gildo Sá Leitão Rios. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

- MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão* (coletânea de decisões judiciais). Trad. Beatriz Hennig et. al. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.
- MENDES, Conrado Hübner. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. Tomo IV. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2000.
- MORTON, Adam. *A guide through the theory of knowledge*. 3rd ed. Malden: Blackwell Publishing, 2003.
- MOSER, Paul K; MULDER Dwayne H.; TROUT, J.D. *The theory of knowledge: a thematic introduction*. New York: Oxford University Press, 1998.
- MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Trad. Peter Naumann. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- NOBRE Júnior, Edilson Pereira. *Revista de Direito do Estado nº 3*. “Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo”. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- PERELMAN, Chaïm; OLDBRECHTS-Tyteca, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- _____. *Ética e direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo VI. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
- POSNER, Richard A. *Law, Pragmatism and Democracy*. Harvard University Press: Cambridge, 2003.

- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- _____. *Liberalismo político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. 14ª ed. São Paulo: Ática, 2000.
- _____. *Justiça e democracia*. Trad. Irene A. Paternot. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. *Justiça como equidade: uma reformulação*. Trad. Claudia Berliner. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. *O direito dos povos*. Trad. Luís Carlos Borges. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- _____. *História da filosofia moral*. Trad. Ana Aguiar Cotrim. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- RAZ, Joseph; ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. *Una discusión sobre la teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Justiça, interpretação e elisão tributária*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2003.
- SAAVEDRA, Giovanni Agostini. *Jurisdição e democracia: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SANCHÍS, Luis Prieto. “El constitucionalismo de los derechos”. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro, Lumen Iuris, 2006.
- SARTORI, Giovanni. *The Theory of Democracy Revisited: Part One: The Contemporary Debate*. Chatham: Chatham House Publishers, Inc., 1987.
- SHAPIRO, Ian. *The State of Democratic Theory*. Princeton: Princeton University Press, 2003.

- SILVA, José Afonso. “Harmonia entre os Poderes e Governabilidade”. In: *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, nº 95, ano XXXV. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____. (Org.) *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SOUZA NETO, Claudio Pereira de. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- _____. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- STAMATO, Bianca. *Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.
- STARCK, Christian. *La Constitution: cadre et mesure du droit*. Trad. Nicolas Schmitt e rev. Frédéric Weill. Aix-em-Provence: Presses Universitaires D’Aix-Marseille, 1994.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.
- _____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- TERCHEK, Ronald J. e CONTE, Thomas C. (ed.). *Theories of Democracy: a Reader*. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 2001.
- TIPKE, Klaus; LANG, Joachim. *Direito Tributário*. Trad. Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, vol. I.
- TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- _____. *Curso de Direito Financeiro*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- _____. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, vol. II.

- _____. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, vol. III.
- _____. *Normas de interpretação e integração do direito tributário*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- _____. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, vol. IV.
- _____. “Introdução”. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- _____. “A Legitimação dos Direitos Humanos e os Princípios da Ponderação e da Razoabilidade”. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- TROPER, Michel. *The logic of justification of judicial review*. Oxford University Press and New York University School of Law. I.CON, Vol. 1, nº 1, 2003.
- TUSHNET, Mark. *Taking the constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.
- VELLOSO, Andrei Pitten. *Conceitos e competências tributárias*. São Paulo: Dialética, 2005.
- VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.
- _____. *Mechanisms of democracy: institutional design writ small*. New York: Oxford University Press, 2007.
- WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Trad. Luís Carlos Borges. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- _____. “The Core of the Case Against Judicial Review”. In: *The Yale Law Journal* 115, 2006, p. 1346-1406. Disponível em: <<http://philosophy.ucsd.edu/faculty/rarneson/Courses/Waldroncore.pdf>>. Acesso em 6-4-2010.
- WEBBER, Jeremy. “Democratic Decision Making as the First Principle of Contemporary Constitutionalism”. In: BAUMAN, Richard W. e KAHANA, Tsvi (org.). *The Least Examined Branch: the role of legislatures in the constitutional state*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- WILLIAMS, Juliet. *Liberalism and the limits of power*. 1ª ed. New York: Palgrave Macmillan, 2005.

WILSON, John. *Pensar com conceitos*. Trad. Waldéa Barcellos. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

XAVIER, Alberto. *Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva*. São Paulo: Dialética, 2001.

ZILLES, Urbano. *Teoria do conhecimento*. 5ª ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006.