

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

PIETRO CARDIA LORENZONI

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DE CRISE:
ANÁLISE E PROPOSTA HERMENÊUTICAS PARA A JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL EXTRAORDINÁRIA BRASILEIRA

SÃO LEOPOLDO

2022

Pietro Cardia Lorenzoni

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DE CRISE:

Análise e proposta hermenêuticas para a jurisdição constitucional extraordinária brasileira

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

Orientador: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck.

São Leopoldo

2022

L869j Lorenzoni, Pietro Cardia
Jurisdição Constitucional de crise: análise e proposta hermenêuticas para a jurisdição constitucional extraordinária brasileira. / Pietro Cardia Lorenzoni-- São Leopoldo, 2022.
382 f. ; il. ; 30cm.

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

Orientador: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck.

1. Direito público. 2. Teoria - Decisão judicial. 3. Crise constitucional. 4. COVID-19. 5. Jurisdição constitucional extraordinária. 6. Crítica hermenêutica do direito. I. Título. II. Streck, Lenio Luiz.

CDU 342

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

A tese intitulada: “**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DE CRISE: Análise e proposta hermenêuticas para a jurisdição constitucional extraordinária brasileira**”, elaborada pelo doutorando **Pietro Cardia Lorenzoni**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de DOUTOR EM DIREITO.

São Leopoldo, 24 de junho de 2022.


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

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Lenio Luiz Streck _____ *Participação por Webconferência*

Membro: Dr. André Luiz de Almeida Mendonça _____ *Participação por Webconferência*

Membro: Dr. Gilmar Ferreira Mendes _____ *Participação por Webconferência*

Membro: Dr. Francisco José Borges Motta _____ *Participação por Webconferência*

Membro: Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira _____ *Participação por Webconferência*

Dedico a presente pesquisa à minha família, base existencial de minha vida.

AGRADECIMENTOS

As relações interpessoais dão sentido para a existência. Assim sendo, elas também foram o melhor da minha experiência no Programa de Pós-Graduação em Direito, nível doutorado, da Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Nessa trajetória, preciso agradecer carinhosamente a algumas pessoas.

Prof. Lenio Streck, meu orientador, parceiro de livros, artigos e trabalhos, por ter me recebido, numa tarde fria de outubro de 2018, com afeto e atenção surpreendentes. Feliz surpresa, aliás, que foi constante ao longo da pesquisa em razão da forma acolhedora, incentivadora, responsável e crítica de orientação e estímulo. Ainda, mas igualmente importante, pelo rigorismo intelectual e exemplo de responsabilidade teórica. Obrigado.

Prof. Francisco Motta, agradeço pelo estímulo, pelas contribuições, pelas dicas e críticas, mas não só. Também pela amizade de todas as horas e pelo exemplo de excelência intelectual. Tu foste e és imprescindível na minha trajetória acadêmica.

Aos Professores que aceitaram o convite de participar da banca de doutorado – Min. Gilmar Mendes e Min. André Mendonça –, agradeço a disponibilidade e o interesse em participarem. As suas contribuições irão além da crítica acadêmica, refletindo-se na minha própria trajetória como profissional.

Ao Prof. Anderson Teixeira, Coordenador da Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, agradeço as contribuições desde a banca de qualificação até a de defesa. Aproveito, ainda, para agradecer a todo o corpo docente e administrativo da UNISINOS na sua pessoa.

Prof. André Machado Maya, querido amigo e sócio, pelas parcerias acadêmica e profissional.

Prof. Gilberto Morbach, amigo-irmão que o Doutorado proporcionou, agradeço por tudo.

Prof. Ziel Ferreira Lopes, querido amigo, obrigado pelos diálogos sobre Alexy, Dworkin e Fuller.

Prof^a. Clarissa Tassinari, Prof^a Isadora Neves, Prof^a Luísa Giuliani Bernsts e Prof. Giancarlo Coppeli, agradeço pelos debates e contribuições ao longo da pesquisa.

Colegas do DASEIN - Núcleo de Estudos Hermenêuticos -, obrigado pelo convívio gentil na sala de pesquisa e pela parceria em colunas e projetos acadêmicos.

Prof. Darcy Ribeiro, obrigado pelos cafés e conversas.

Alice Ravazzoli Los Angeles, Geórgia Valiati e Giovanna Dias, agradeço pelo apoio no escritório de advocacia e na pesquisa.

Queridos amigos e colegas da turma de doutorado em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos de 2019, agradeço pelos debates e pela fraterna convivência.

Prof. Cláudio Ribeiro, agradeço pelo inabalável apoio e pelo constante carinho, que felizmente me acompanham há mais de uma década.

A todos que contribuíram de alguma forma, fica o meu mais sincero agradecimento. A trajetória acadêmica, apesar de depender de um compromisso solitário, é, por essência, um projeto compartilhado. Impossível chegar a esse momento – o de entrega da tese – sem o auxílio de diversas pessoas. Para evitar o risco de esquecer alguém, descansa, aqui, o meu muito obrigado a todos.

RESUMO

A presente pesquisa insere-se na área de concentração de Direito Público e na linha de pesquisa Hermenêutica, Constituição e concretização de direitos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Nela, parte-se da necessidade de uma teoria da decisão judicial própria para crises constitucionais brasileiras. Assim, considerando a crise constitucional oriunda da COVID-19 e a necessidade de uma Jurisdição Constitucional Extraordinária, objetiva-se compreender o legítimo espaço de decisão e propor critérios de correção da atuação do Supremo Tribunal Federal nesse contexto institucional. Para tanto, procede-se ao estudo, pelo método hermenêutico-fenomenológico, de uma teoria da decisão judicial no primeiro capítulo, de um recorte da história constitucional brasileira com foco na jurisdição constitucional no segundo capítulo e do contemporâneo cenário de degeneração constitucional e polarização política no qual está inserido o Brasil no terceiro capítulo. Destarte, a partir da pesquisa feita, propõe-se uma teoria da Jurisdição Constitucional Extraordinária amparada em 6 critérios de interpretação e aplicação da Constituição Federal de 1988. Com a teoria proposta, decisões do Supremo Tribunal Federal foram analisadas, o que permitiu concluir pela correção e pela legitimidade da atuação do Supremo Tribunal Federal no enfrentamento à crise constitucional da COVID-19.

Palavras-chave: teoria da decisão judicial; crise constitucional; COVID-19; jurisdição constitucional extraordinária; Crítica Hermenêutica do Direito.

ABSTRACT

This research is part of the area of concentration of Public Law and the line of research of Hermeneutics, Constitution and Rights of the Post-Graduate Program in Law of the University of Vale do Rio dos Sinos. It starts from the need for a theory of judicial decision proper to Brazilian constitutional crisis. Thus, considering the constitutional crisis arising from the COVID-19's pandemic and the need for an Extraordinary Constitutional Jurisdiction, the objective is to understand the legitimacy of the judicial decision and reasoning of the Supremo Tribunal Federal in this context. In order to do so, it proceeds to the study, by the hermeneutic-phenomenological method, of the theory of the judicial decision in the first chapter, of the Brazilian constitutional history with a focus on judicial reasoning of the Supremo Tribunal Federal in the second chapter and of the contemporary Brazilian scenario of constitutional degeneration and high polarization in politics in the third chapter. Thus, from the research carried out, a theory of Extraordinary Constitutional Jurisprudence is proposed, supported by 6 criteria of interpretation and application of the Brazilian Constitution. With the proposed theory, decisions of the Brazilian Constitutional Court were analyzed, which allowed to conclude for the legitimacy of the jurisprudence of the Supremo Tribunal Federal in facing the constitutional crisis of COVID-19.

Key-words: judicial reasoning; constitutional crisis; COVID-19, extraordinary constitutional jurisprudence, Crítica Hermenêutica do Direito.

RESUMEN

Esta investigación es parte del área de concentración de Derecho Público y de la línea de investigación de Hermenéutica, Constitución y Derechos del Programa de Posgrado en Derecho de la Universidad del Vale do Rio dos Sinos. Parte de la necesidad de una teoría de la decisión judicial propia de la crisis constitucional brasileña. Así, considerando la crisis constitucional derivada de la pandemia del COVID-19 y la necesidad de una Jurisdicción Constitucional Extraordinaria, el objetivo es comprender la legitimidad de la decisión judicial y el razonamiento del Supremo Tribunal Federal en este contexto de crisis constitucional. Para ello, se procede al estudio, por el método hermenéutico-fenomenológico, de la teoría de la decisión judicial en el primer capítulo, de la historia constitucional brasileña con foco en el razonamiento judicial del Supremo Tribunal Federal en el segundo capítulo y del escenario brasileño contemporáneo de degeneración constitucional y alta polarización en la política en el tercer capítulo. Así, a partir de la investigación realizada, se propone una teoría de la Jurisprudencia Constitucional Extraordinaria, sustentada en 6 criterios de interpretación y aplicación de la Constitución brasileña. Con la teoría propuesta, se analizaron decisiones del Tribunal Constitucional brasileño, lo que permitió concluir a favor de la legitimidad de la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal frente a la crisis constitucional de COVID -19.

Palabras-clave: interpretación judicial; crisis constitucional; COVID-19, jurisdicción constitucional extraordinaria, crítica hermenéutica del derecho.

LISTA DE SIGLAS

AC	Acre
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADIN	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
Art.	Artigo
CHD	Crítica Hermenêutica do Direito
COVID-19	Doença do Coronavírus
DF	Distrito Federal
DJ	Data de Julgamento
DP	Data de Publicação
GOP	Great Old Party
HC	Habeas Corpus
MC	Medida Cautelar
MI	Mandado de Indução
MS	Mandado de Segurança
RCL	Reclamação Constitucional
Ref	Referendo
RS	Rio Grande do Sul
SP	São Paulo

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	DECISÕES CONSTITUCIONAIS: ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E CRÍTICA HERMENÊUTICA	18
2.1	O PONTO DE PARTIDA: A TEORIA DO DIREITO.....	18
2.2	O CONCEITO DE DIREITO E A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA RAZÃO.....	19
2.3	O DIREITO COMO ATIVIDADE ARGUMENTATIVA ESTRUTURADA: O DISCURSO PRÁTICO GERAL 30	
2.4	O DIREITO COMO ATIVIDADE ARGUMENTATIVA ESTRUTURADA: O DISCURSO JURÍDICO	38
2.5	A DECISÃO JUDICIAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E NO DISCURSO SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS:	59
2.6	JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E POLÍTICA:	70
2.7	TEORIA DOS ESPAÇOS DOGMÁTICOS.....	80
2.8	TEORIA SUBSTANCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:	96
2.8.1	A diferença entre texto e norma:	96
2.8.2	A proposta alexyana de diferenciação entre regras e princípios	101
2.8.3	A fórmula peso:	109
2.8.4	Os princípios formais:	111
2.9	AS RELAÇÕES DE PREVALÊNCIA PRIMA FACIE DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS DE LIBERDADE E DE IGUALDADE	112
2.10	CONSIDERAÇÕES PARCIAIS:	123
3	CORTES CONSTITUCIONAIS: CONSTITUCIONALISMO E HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA 127	
3.1	A IMPORTÂNCIA DA TRADIÇÃO:	127
3.2	ESTADO DE DIREITO NO MOVIMENTO DO ESTADO LIBERAL.....	133
3.3	ESTADO DE DIREITO NO MOVIMENTO DO ESTADO SOCIAL.....	147
3.4	ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E CORTES CONSTITUCIONAIS	153
3.5	5 TESES DA ASCENSÃO DAS CORTES CONSTITUCIONAIS:	166
3.5.1	Tese da proliferação democrática	167
3.5.2	Tese da evolução dos direitos	169
3.5.3	Tese funcionalista	171
3.5.4	Tese da economia institucional	172
3.5.5	Tese dos grupos políticos	173
3.6	O CONSTITUCIONALISMO E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL	179
3.6.1	Constitucionalismo no Império do Brasil	180
3.6.2	Constitucionalismo e Jurisdição Constitucional na República dos Estados Unidos do Brasil 183	

3.6.3	Corte Suprema na República dos Estados Unidos do Brasil de 1934.....	190
3.6.4	Constitucionalismo na ditadura do Estado Novo	194
3.6.5	Constitucionalismo, Jurisdição Constitucional e presidencialismo de coalizão na Constituição de 1946	196
3.6.6	Constitucionalismo na Ditadura Militar:	203
3.7	PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988	207
3.8	CONSIDERAÇÕES PARCIAIS	225
4	JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL EXTRAORDINÁRIA: CONTEXTO, CRISES E CRITÉRIOS	233
4.1	DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO.....	233
4.2	TERCEIRA ONDA DE DEMOCRATIZAÇÃO E RETROCESSO DEMOCRÁTICO	242
4.2.1	Populismo	247
4.2.2	Polarização	250
4.2.3	A concentração de poderes no Executivo	252
4.2.4	A deslegitimação dos partidos políticos	253
4.2.5	A fragilização do Poder Legislativo	255
4.2.6	Os problemas de capacidade estatal	257
4.3	CONCEITOS E FENÔMENOS:.....	261
4.4	O TEMPO DOS CICLOS CONSTITUCIONAIS: UM ARGUMENTO NORTE-AMERICANO	274
4.5	SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E OS CICLOS CONSTITUCIONAIS	285
4.6	UMA PROPOSTA DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL EXTRAORDINÁRIA:.....	302
4.7	UMA PROPOSTA DE CRITÉRIOS DECISÓRIOS PARA A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL EXTRAORDINÁRIA.....	310
4.8	ANÁLISE DE CASOS	318
4.8.1	ADI 6341 MC-Ref.	318
4.8.2	ADI 6343 MC-Ref.	321
4.8.3	ADI 6347, ADI 6351 e ADI 6353 MC-Ref.	322
4.8.4	ADI 6357 MC-Ref.	324
4.8.5	ADI 6359 MC-Ref.	327
4.8.6	ADI 6.421 MC	330
4.8.7	ADI 6.475 MC-Ref.	333
4.8.8	ADI 6625 MC-Ref.	335
4.8.9	MS 37760 MC	336
4.8.10	ADPF 549 e 635 MC-Ref	338
4.8.11	ADPF 663 MC	341
4.8.12	ADPF 672 MC-Ref.	343
4.8.13	ADPF 675	346

4.8.14	ADPF 676	347
4.8.15	ADPF 687	348
4.8.16	ADPF 690	349
4.8.17	ADPF 701 MC-Ref	351
4.8.18	ADPF 709 MC:	353
4.8.19	ADPF 709 MC-Ref	354
5	CONCLUSÕES	356
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:	368
	ANEXO A - GRÁFICOS DO SUBCAPÍTULO 4.5	390

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa iniciou no verão de 2019 e finaliza no outono de 2022. A maior parte do seu desenvolvimento foi feita em plena pandemia de COVID-19, momento no qual o Brasil e a humanidade como um todo passaram por uma crise global. As adversidades desse período testaram desde as capacidades de gerenciamento de crises dos governos nacionais até a maturidade emocional de cada um de nós submetidos a esse contexto. Por sua escala e magnitude, ela marcou, também, esta tese. O objetivo primevo de estudar decisões no âmbito de crises constitucionais precisou passar por um diálogo com o momento em que o pesquisador e o mundo viviam. Essa fusão de teoria com realidade prática direcionou a pesquisa para o estudo da Jurisdição Constitucional Extraordinária brasileira.

Aqui, percebe-se que o objeto da pesquisa naturalmente se relaciona com o título - "Jurisdição Constitucional de Crise: análise e proposta hermenêuticas para a jurisdição constitucional extraordinária brasileira". Nele, dois adjetivos da jurisdição constitucional provavelmente chamam atenção, sendo eles crise e extraordinária. Qual a diferença entre uma jurisdição de crise e uma extraordinária? Quais são os seus conceitos? Como se caracteriza a crise? Esses questionamentos foram enfrentados na pesquisa e na própria banca de defesa da tese.

Em que pese essa tese - na sua completude - seja uma tentativa de responder esses problemas, relacionando-os com a teoria da decisão, a tradição e o contexto institucional brasileiros e os nossos desafios pátrios no enfrentamento da crise pandêmica da COVID-19, é necessário fazer breves apontamentos introdutórios sobre eles. A crise constitucional foi definida como o lapso temporal no qual há um sério perigo de que a constituição irá falhar em manter os desacordos sociais dentro dos limites da política e do Direito no lugar da violência. Importante pontuar que a ideia de violência se relaciona com anarquia ou guerra civil e não padrões aceitáveis de violência dentro do Estado Democrático de Direito.

Entende-se, assim, que não necessariamente uma crise pandêmica será uma crise constitucional. Contudo, a crise da COVID-19 nos anos de 2020 e 2021 aliada com o contexto de tensão institucional e polarização no Brasil levaram-nos a uma ameaça de crise constitucional. Por isso, defende-se, nessa pesquisa, a necessidade de uma jurisdição constitucional de crise, ou seja, apta a contribuir para a manutenção e a proteção do projeto democrático-constitucional diante da crise constitucional.

Justamente por ela ser de crise, a jurisdição adquiriu características de extraordinariedade. Essas características foram compreendidas como espaços de interpretação que o Poder Judiciário - e nele se compreende, especialmente, o Supremo Tribunal Federal - precisou ocupar como forma de manutenção e de proteção do projeto democrático-constitucional. Justamente nesse sentido é a principal proposta inovadora da tese nos subcapítulos 4.6 e 4.7 com especial destaque para o conceito de espaço epistêmico de interpretação normativa.

No necessário recorte teórico do tema, focou-se nos critérios que devem orientar as decisões judiciais e a própria jurisdição constitucional no enfrentamento às crises constitucionais de forma não ordinária. O contexto brasileiro contemporâneo, nos anos de 2020 a 2022, apresenta um rico cenário para a pesquisa, visto que é marcado não só por uma crise pandêmica e seus efeitos, mas também por altos níveis de polarização política, preocupantes sinais de degeneração constitucional e diversos episódios de tensionamento entre os órgãos de cúpula dos Poderes da República.

Diante desse cenário e das inquietações do pesquisador, o problema que sobressaiu foi o de entender quais são os critérios de controle de uma decisão judicial legítima oriunda da jurisdição constitucional. Esse problema deve, necessariamente, estar inserido no contexto de enfrentamento de crises. Então, diante de um tensionamento constitucional motivado por crises políticas e constitucionais, por altos níveis de polarização e degeneração constitucional e por uma insistência da doutrina e da prática brasileiras em tentarem legitimar autoritarismos e discricionarismos, insere-se o presente problema, que é buscar critérios de legitimidade e controle do exercício da jurisdição constitucional extraordinária.

É especialmente importante esclarecer que a proposta teórica da tese lida com uma abertura hermenêutica (STRECK, 2014a) da jurisdição constitucional ao contexto institucional brasileiro. Em outras palavras, o sentido não é uma jurisdição de exceção. O objetivo é que essa abertura seja feita tendo por base e por norte a Crítica Hermenêutica do Direito, cunhada por Lenio Streck. Assim, trata-se de uma teoria da jurisdição constitucional extraordinária sensível às circunstâncias institucionais, conforme será enfrentado nos segundo e terceiro capítulos. Quando se analisa o legítimo espaço do Supremo Tribunal Federal e se defende o papel da jurisdição constitucional na crise constitucional, não se está sustentando o simples deslocamento do polo de tensão das democracias do Congresso para o Judiciário. O objetivo, na realidade, é confluir critérios coerentes da teoria da decisão com as circunstâncias histórico-

contingenciais que trouxeram o Brasil até o momento de crise constitucional para conformar a jurisdição constitucional.

O objetivo da proposta é, a partir desses pressupostos, levar o direito a sério. Isso é feito no sentido de defender sua autonomia enquanto projeto constitucional-democrático maduro que deve ser. A metáfora utilizada pelo Prof. Lenio Streck é ilustrativa para tanto. Quando a democracia funciona, o direito age como um bom árbitro num jogo de futebol saudável, ou seja, não é notado. Ele entra em campo para demarcar espaços quando ocorrem desvirtuamentos sistêmicos que colocam em xeque o próprio projeto constitucional-democrático.

Ressalta-se que o foco maior será em uma teoria da decisão judicial brasileira; portanto, focar-se-á principalmente no Poder Judiciário brasileiro e no seu órgão de cúpula, ou seja, o Supremo Tribunal Federal e sua jurisdição constitucional extraordinária.

Para enfrentar o problema, desenvolveu-se a pesquisa pelo método hermenêutico-fenomenológico, ou seja, revolveu-se o chão linguístico (STRECK, 2017, p. 140) em que o tema está assentado, propondo uma reconstrução da sua história institucional para descobrir o fenômeno. Assim, abre-se a possibilidade da investigação crítica da jurisdição constitucional extraordinária brasileira, própria de momentos de crises constitucionais, com seus necessários critérios legitimadores. Para fins de formatação da pesquisa, as normas da ABNT e da biblioteca da UNISINOS (2022) foram seguidas.

No afã de superar o desafio proposto, alguns objetivos específicos naturalmente se formaram. O primeiro, partindo do necessário rigorismo teórico, é o de identificar e expor uma teoria da decisão judicial de base que possa nortear o presente trabalho e que seja compatível com a Constituição Federal de 1988. Para tanto, elegeu-se a Teoria dos Princípios de Robert Alexy por diversos motivos. Primeiro, porque é um dos autores mais citados pela doutrina e pela prática forense brasileira, ao mesmo tempo em que, consoante leciona Lenio Streck, frequentemente mal compreendido. Segundo, por sua defesa clara de uma compreensão cognitivista do Direito e, com isso, sua convicção em rechaçar posturas não-cognitivistas e, dentre elas, niilistas, emotivistas, subjetivistas, solipsistas, autoritárias e discricionárias. Ao reafirmar o compromisso com a racionalidade jurídica e com a existência de critérios intersubjetivos que explicam, limitam e conformam o fenômeno jurídico, arrisca-se a dizer: já se avança muito em termos de Direito brasileiro. Terceiro, por um motivo pessoal do pesquisador, que é o de aprofundar e amadurecer o estudo da teoria alexyana, que o acompanha desde o início das suas pesquisas. Quarto, a Teoria dos Princípios propõe diversos critérios de

correção e de controle intersubjetivo das decisões judiciais, o que evidentemente se alinha com a presente pesquisa.

Destarte, dedicou-se o primeiro capítulo justamente para o estudo da Teoria dos Princípios de Robert Alexy e, com ela, elementos-chave do trabalho como compreensões de constitucionalismo, jurisdição constitucional, decisão judicial, fundamentação e critérios do discurso jurídico e legítimos espaços de decisão. Em razão disso, a pesquisa enfrentou um longo percurso de apresentação dos principais pontos da teoria alexyana, sendo eles o conceito de Direito no subcapítulo 2.1, o Direito enquanto atividade argumentativa estruturada por critérios no 2.2 e 2.3, a relação entre o discurso moral, o debate político e a argumentação jurídica num modelo procedimental de quatro níveis no subcapítulo 2.4. Nesse ponto, também foi apresentada a compreensão de desacordos razoáveis no âmbito da moral, da política e do Direito. Ainda, a decisão jurídica oriunda da jurisdição constitucional foi apresentada nos subcapítulos 2.5 e 2.6 com os seus pontos de legitimação e seus principais desafios - dentre eles a maior indeterminação dos direitos fundamentais em comparação com o discurso jurídico geral, o que dificulta a diferenciação entre o ramo da política e o ramo do Direito assim como a definição de mecanismos de controle.

Nesse sentido, ressaltou-se a relação entre o constitucionalismo, a jurisdição constitucional e a própria função contramajoritária do Poder Judiciário e o seu papel enquanto controle do exercício de poder das instâncias políticas tendo como parâmetro a Constituição. Ainda, para cumprir essa função, uma diferenciação do Direito e da política foi proposta assim como a compreensão de que há espaços legítimos de atuação em cada arena - seja ela política enquanto manifestação democrática ou jurídica enquanto controle do exercício de poder, conforme subcapítulo 2.6. Nessa diferenciação, apresentou-se uma releitura da Teoria dos Espaços Dogmáticos como uma proposta de divisão de espaços de decisão e de responsabilidade no 2.7. Releitura, pois foram feitas diversas inserções hermenêuticas na proposta alexyana, elencando não só critérios formais, mas também substanciais de compromisso com a tradição, com a responsabilidade política e com deveres de coerência e de manutenção da autonomia do Direito. Por fim, o subcapítulo 2.8 foi o responsável por propor aportes de uma teoria substancial dos direitos fundamentais.

Por fim, o primeiro capítulo transformou-se em uma releitura e não em uma apresentação da Teoria de Robert Alexy. Isso, pois diversos aportes hermenêuticos com os objetivos de adaptação à realidade brasileira, complementação teórica e reforço das fragilidades foram feitos ao longo do estudo.

No segundo capítulo, dois outros objetivos foram enfrentados, quais sejam: o de identificar os problemas e os contextos que envolveram situações de tensionamento entre os Poderes da República ao longo da história constitucional brasileira e o de identificar a tradição constitucional em que o Brasil se insere para, a partir dela, propor critérios de uma decisão judicial na crise constitucional específicos para o Brasil.

Para tanto, iniciou-se com o estudo do constitucionalismo no Estado Liberal no subcapítulo 3.2, no Estado Social no 3.3 e no Estado Democrático de Direito no 3.4, compreendido, a partir de Streck e Morais, como uma superação dos outros dois. Ademais, a ascensão do Poder Judiciário foi analisada assim como a crescente importância das cortes no controle de constitucionalidade ao longo do constitucionalismo ocidental moderno e contemporâneo. Nesse ponto, com Issacharoff, Waldron, Streck e Motta, foi estudada a relação entre a fragilidade democrática e as cortes constitucionais. Ainda, cinco teses sobre a expansão do Poder Judiciário foram estudadas e apresentadas, sendo elas a da proliferação democrática, da evolução dos direitos, funcionalista, da economia institucional e dos grupos políticos, consoante subcapítulo 3.5.

Depois, foi aprofundado o estudo da história constitucional brasileira no subcapítulo 3.6. Para tanto, os recortes temporais foram feitos a partir das próprias Constituições nacionais, sendo elas as de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988, forte no subcapítulo 3.7. Em cada uma delas, a análise focou na evolução do constitucionalismo e da jurisdição constitucional brasileiros e eventuais tensionamentos ou disputas entre os Poderes. Ainda, decisões relacionadas com a fronteira dessas disputas, ou seja, os pontos de intersecção entre Direito e política foram ocasionalmente abordados.

Por fim, o segundo capítulo transformou-se em uma análise do constitucionalismo ocidental e brasileiro. Nesse contexto, alguns pontos exsurgiram, sendo eles a ascensão do protagonismo do Poder Judiciário e o papel da Constituição e da jurisdição constitucional na manutenção de conquistas civilizatórias brasileiras.

No terceiro capítulo, o verdadeiro desafio da tese foi enfrentado. Tomando-se por base o que foi pesquisado, foi possível articular os pressupostos da Teoria do Direito do capítulo 1 e do desenvolvimento do constitucionalismo ocidental e brasileiro do capítulo 2 para analisar o contexto de retrocesso democrático e de crise constitucional contemporâneos a fim de propor critérios da jurisdição constitucional extraordinária brasileira. Para tanto, a compreensão consolidada de democracia constitucional foi proposta com as suas dimensões e com os seus tensionamentos saudáveis no primeiro subcapítulo. Nessa senda, a terceira onda de

democratização e o *backwash*¹ democrático foram apresentados como forma de contextualizar a dinâmica em que o Brasil se insere no início da terceira década do século XXI no subcapítulo 4.2. No processo de retrocesso democrático em que se vive no mundo ocidental, alguns fenômenos e ameaças foram diagnosticados no subcapítulo 4.3. Dentre eles, especial atenção foi dada aos problemas relacionados com o populismo, a polarização, a fragmentação dos partidos políticos, a fragilização do legislativo e a concentração de poderes no Executivo e as dificuldades em termos de capacidade estatal.

Diante disso, com forte apoio em Balkin, a definição de ciclos constitucionais foi apresentada e, com ela, as espécies de ciclo de ascensão e queda dos regimes políticos, de polarização e despolarização políticas e de degeneração e renovação constitucionais no subcapítulo 4.4. Na relação entre esses ciclos, foi estudado o perfil do Poder Judiciário e do Tribunal constitucional com as necessárias adaptações a cada tempo do ciclo constitucional, conforme quinto subcapítulo. Com efeito, a partir da relação entre a releitura dos critérios da argumentação jurídica e da teoria dos espaços dogmáticos de Robert Alexy feita no primeiro capítulo, a análise da inserção histórica da jurisdição constitucional brasileira e de sua tradição e desafios feita no segundo e as propostas conceituais de crise constitucional, democracia e papel da jurisdição constitucional, apresentou-se a tese, qual seja: os critérios de controle e legitimidade para a decisão judicial oriunda da jurisdição constitucional em momentos de crise nos subcapítulos 4.5, 4.6 e 4.7. Por fim, aproveitando-se do amplo material gerado em razão da trágica crise pandêmica da COVID-19, diversas decisões foram analisadas a partir dos critérios propostos no último subcapítulo da tese.

¹ Comumente aparece o termo *backlash* no sentido de refluxo. Contudo, como se trabalhou a partir da terceira onda de democratização e se pontuou as dificuldades relacionadas com a transição plena para uma democracia funcional com capacidade estatal - algo especialmente visto na realidade brasileira -, preferiu-se utilizar o termo *backwash*, que significa o movimento de retrocesso ou recuo das ondas a partir de uma reversão do fluxo de energia da água. A ideia é ressaltar que há um "recuo" ou retrocesso não obrigatoriamente associado ao contra-ataque político ao efeito da jurisdição constitucional, por exemplo.

2 DECISÕES CONSTITUCIONAIS: ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E CRÍTICA HERMENÊUTICA

O primeiro capítulo de desenvolvimento da pesquisa analisará as decisões constitucionais a partir da argumentação jurídica, com base em Robert Alexy, e da hermenêutica jurídica, com apoio em Ronald Dworkin e Lenio Streck. Quatro serão os principais argumentos deste capítulo, sendo o primeiro o compromisso com o cognitivismo jurídico e, conseqüentemente, com a racionalidade jurídica intersubjetiva. Com isso, defende-se que os juízos jurídicos são passíveis de controle intersubjetivo e correção. O segundo é a defesa da autonomia do fenômeno jurídico. O terceiro busca ressaltar a importância do constitucionalismo e da jurisdição constitucional como mecanismos de controle e de conformação do exercício de poder estatal. Por fim, o quarto argumento versa sobre uma releitura da Teoria dos Espaços Dogmáticos de Robert Alexy, que propõe uma divisão de legítimos espaços de decisão entre as instâncias políticas e jurídicas.

2.1 O PONTO DE PARTIDA: A TEORIA DO DIREITO

O começo da pesquisa deve partir necessariamente da Teoria do direito. A demonstração clara e crítica da linha teórica a ser seguida não é, exclusivamente, uma questão metodológica, mas uma afirmação daquilo que será uma das conclusões do trabalho, que é: reafirmar o compromisso sério e responsável com uma Teoria do direito crítica como forma superior de controlar o poder - em suas mais variadas formas relacionadas ao Estado – e, portanto, limitar a discricionariedade e o autoritarismo.

Nesse sentido, o embasamento teórico inicial será a teoria jurídica proposta por Robert Alexy. Nessa linha, pretende-se apresentar, examinar e propor adaptações e aprimoramentos à Teoria dos Princípios alexyana. A opção pela específica corrente de pensamento deve-se à larga recepção brasileira do autor na prática jurídica, às propostas teóricas de limitação aos Poderes políticos representativos e ao Poder Judiciário e à aparente compatibilização com o sistema constitucional brasileiro.

A larga recepção pode ser facilmente identificada pelo fato de Robert Alexy ser o autor mais citado pela magistratura brasileira na área das propedêuticas jurídicas – mais

especificamente no campo de filosofia e teoria do direito². As propostas teóricas de limitação de poderes de Robert Alexy - especialmente à Teoria dos Espaços Dogmáticos, mas também as limitações oferecidas pela teoria do discurso - são relativamente pouco discutidas na seara acadêmica e, menos ainda, internalizadas na seara forense, razão pela qual um exame aprofundado pode trazer inovações e perspectivas interessantes para o relacionamento entre os Poderes Públicos. Por fim, a compatibilização com o sistema constitucional brasileiro permeará todo o trabalho, contudo, a notável quantidade de citações (muitas vezes desconexas com o sistema de pensamento do autor como um todo) em decisões judiciais e em livros doutrinários assinala que é uma hipótese comum à parcela significativa dos membros do judiciário e da academia brasileira.

Para tanto, sistematizar-se-á a citada teoria de acordo com as principais bases de apoio para o desenvolvimento da presente tese. Assim, iniciar-se-á pelo conceito de Direito proposto pelo autor. Depois, analisar-se-ão os seguintes pontos: o direito como atividade argumentativa a partir da Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy; a aparente contradição entre democracia e direitos - hipótese comum à Teoria dos Direitos Fundamentais do autor e ao constitucionalismo discursivo -; o Poder Judiciário e a sua representação argumentativa; a compreensão de norma jurídica, cuja análise crítica será feita posteriormente; e, também, a teoria dos espaços dogmáticos, na qual se analisará uma proposta de limites de atuação legítima do Judiciário e dos Poderes representativos propostos pelo autor.

Todo esse quadro construído pretende não só explicar a teoria, mas, também, esclarecer aspectos por diversas vezes ignorados pela prática brasileira. A teoria em comento fornece amarras teóricas que visam limitar a discricionariedade judicial e o autoritarismo no exercício de poder, o que se insere numa perspectiva mais ampla de teoria normativa do Direito como defende a Crítica Hermenêutica do Direito. Mesmo diante disso, entretanto, a utilização prática mais comum da teoria alexyana é a de citar conceitos abstraídos do seu sistema de pensamento próprio como forma de artifício retórico para sustentar qualquer decisão ou opinião – algo de há muito bem denunciado por Streck, Abboud e outros autores.

2.2 O CONCEITO DE DIREITO E A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA RAZÃO

² Tabela 63 C, p. 133, disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/2/art20190211-04.pdf>

Como já deve ter ficado claro no ponto inicial, a teoria de Alexy será tratada como um sistema (KLATT, 2012a, p. 1). Dentro desse, as propostas de Estado Constitucional de Direito, democracia deliberativa e Teoria dos Princípios complementam-se, fornecendo sustentação e coerência aos diferentes conceitos e propostas.

Robert Alexy (2015a, p. 35), nessa linha, defende a democracia deliberativa, que, além de uma organização procedimental, constitui um sistema no qual o plano dos interesses e do poder é coberto por um plano de argumentos no qual todos os participantes buscam uma solução política correta. A ideia da solução política correta estará relacionada com uma pretensão de correção no debate público que é reforçada pela institucionalização da razão, que exige responsabilidade e argumentos racionais dos cidadãos e seus representantes. Nesse ponto, o conceito de responsabilidade política de Dworkin (2000), num primeiro momento, parece ser não só compatível como essencial para bem compreendermos as soluções políticas corretas mencionadas por Alexy. Contudo, essa aproximação será feita noutra oportunidade.

A democracia deliberativa, nesse sentido (ALEXY, 2015a, p. 35), exige dois fundamentos, quais sejam: a existência de discursos racionais e a institucionalização da democracia deliberativa até onde for realizável. Assim, segue-se a seguinte linha de raciocínio: quem quer correção nas decisões vindas do poder estatal deve querer discursos; quem quer discursos deve querer democracia. Nessa senda, Alexy entende, que a discussão racional livre é o verdadeiro fundamento da sociedade democrática.

Essa breve explanação tem por objetivo esclarecer que a teoria proposta pelo autor está ancorada num debate público racional e, portanto, numa democracia deliberativa. O aprofundamento desse ponto será feito, também, num segundo momento. Por ora, simplesmente ficam expostas as bases que sustentam o sistema jurídico alexyano.

Sobre o conceito de direito, Robert Alexy (2015a, p. 19) entende que é composto por três elementos de definição: 1) a decretação de acordo com a ordem; 2) a eficácia social do direito; e 3) a correção quanto ao conteúdo. Na sua teoria, o decretado e o eficaz formam o lado fático e institucional do direito (ALEXY, 2010, p. 173). Já a correção, forma a sua dimensão ideal (ALEXY, 2010, p. 168-170). Esses três elementos constituem uma dupla fundamentação do sistema jurídico (KLATT, 2016, p. 30).

Nesse sentido, Mathias Klatt (2016, p. 27-31) comenta a proposta alexyana, afirmando que a dimensão ideal do Direito implica numa postura não-positivista enquanto a dimensão real do Direito consiste numa perspectiva positivista, e ambas dimensões complementam-se. Segundo Alexy (2010), o positivismo jurídico entenderá como elementos do direito apenas a

autoridade do ordenamento jurídico, ou seja, o estabelecimento em conformidade com o direito posto e a eficácia social.

É interessante observar que Lenio Streck identifica, também, esses dois pontos como características centrais do positivismo jurídico. Para Streck (2017, p. 185-189), o juspositivismo apresenta os seguintes elementos comuns a todas suas espécies: 1) pretensão descritivista de cunho adequacionista, 2) tentativa de compreender o direito como fato social; 3) discricionariedade judicial; 4) separação conceitual do direito e da moral. O objetivo de Streck é, basicamente, identificar os elementos comuns que tornam uma teoria positivista. Alexy não compartilha do mesmo objetivo, contudo, utiliza-se do primeiro e do segundo elementos para estruturar seu conceito de direito. Há uma relação implícita entre a pretensão de descrição do fenômeno jurídico e da tentativa de compreender o direito como fato social com a eficácia social e a autoridade do ordenamento, uma vez que as bases do positivismo, ao buscar a descrição e a compreensão mencionadas (Streck), partem da autoridade e da eficácia assinaladas (Alexy), o que pode ser percebido tanto em Hart (2001) como em Kelsen (2009).

É sintomático que a citação de Alexy para demonstrar os dois primeiros elementos de definição venha da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen. Assim, Alexy (2010, p. 170) aceitará que eles fazem parte do conceito de direito, mas ele adiciona um terceiro: a correção moral. Essa adição significa que, além da dimensão real, representada pelos dois elementos do conceito de direito positivista - legalidade autoritativa, nas palavras de Trivisonno (2015, p. 103), e pela eficácia social -, o direito tem uma dimensão ideal, que implicará uma conexão necessária entre direito e moral.

Com isso, resta claro que o conceito de direito proposto por Alexy não se caracteriza como positivista e que o autor não reduz o fenômeno jurídico a fatos sociais assim como não separa o direito e da moral (ALEXY, 2015a). Desses pontos, ou melhor, da união das duas dimensões, Alexy sustentará o conceito de direito como detentor de uma natureza dúplice (2010, p. 167).

Cada uma das duas dimensões é representada por um princípio: a dimensão real pela segurança jurídica e a dimensão ideal pela correção moral. Como se dará essa vinculação entre o ideal e o fático será demonstrado em três pontos: o primeiro sobre o elemento ideal, o segundo sobre os elementos fáticos e o terceiro numa relação de prevalência *prima facie* do fático sobre o ideal.

O primeiro passo consiste na base uniforme das decisões e dos atos dos detentores de poder, que é a pretensão de correção. O direito promove uma pretensão de correção, visto que

seus intérpretes na aplicação do direito fazem uma afirmação de que seus atos jurídicos estão corretos quanto ao conteúdo e ao procedimento (KLATT, 2012a, p. 5). Além disso, o promover da pretensão de correção consiste na garantia da fundamentação dos atos jurídicos e na esperança do reconhecimento da correção do ato jurídico perante terceiros (ALEXY, 2015a, p. 21).

Ademais, é necessário que o direito promova uma pretensão de correção, visto que o direito está intimamente ligado à correção, ou de forma ainda mais finalística, à justiça, segundo o autor. É inegável que existem diversos entendimentos sobre o que é justiça. Contudo, não se pode pensar um sistema jurídico baseado numa concepção de injustiça ou, como exemplo de Alexy (2015a, p. 21), numa constituição que, em seu artigo primeiro, estabelece que se trata de uma república federal injusta; o exemplo por si só é absurdo. Nessa senda, a própria Constituição Federal brasileira, no seu preâmbulo, elege a justiça como um valor supremo para o direito³.

Cumprido frisar que as pretensões de correção não existem apenas no direito. Conforme Alexy (2015a, p. 23), elas são promovidas com sentenças de valor e obrigações morais, e sua forma mais geral é enlaçada com o ato de falar da afirmação. Assim, a pretensão de correção também será comum às soluções e decisões políticas anteriormente referidas.

Para ilustrar, Alexy explica que qualquer tomada de posição moral sem pretensão de correção torna-se mera expressão de emoções e sentimentos, ou seja, de extrema subjetividade. Caso a fundamentação de posições jurídicas se desse sem pretensões de correção, a racionalidade do próprio sistema jurídico estaria afastada (ALEXY, 2015a, p. 24).

Quem desiste da pretensão de correção perde a possibilidade de estabelecer afirmações racionais, porque afirmações são atos de fala com uma pretensão de verdade, conforme defende Alexy (2010, p. 173). Caso se perca essa base, que é a promoção da pretensão de correção ou verdade, a própria comunicação se transformaria, visto que fundamentações dariam lugar a manipulações. Então, entende-se que a pretensão de correção é necessária para qualquer discurso racional e, principalmente, para o direito.

No mesmo sentido, Austin (1962, p. 15) assinala que, para a comunicação ser possível e válida, é necessário que o falante entenda como verdadeiro, real ou correto, o que ele

³ Sabe-se que, conforme julgamento do Supremo Tribunal Federal, o preâmbulo não possui relevância jurídica; contudo, a expressão no preâmbulo pode servir de orientação para a compreensão da ordem constitucional, visto que ele proclama nos sentidos dos princípios insculpidos na carta constitucional. Nesse sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2.076-AC, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ. 08.08.2003, DP. 15.08.2002.

comunica (AUSTIN, 1962, p. 15 e 39-41). A ausência dessa condição de sinceridade causa “infelicidades”, ou seja, erros de comunicação. Assim, o participante do discurso deve observar que os procedimentos comunicativos são projetados para participantes que cumpram com o requisito de sinceridade (AUSTIN, 1962, p. 39-41).

Dessarte, para o comunicante participar e invocar procedimentos comunicativos ele deve de fato ter a intenção de, ou pelo menos saber como, cumprir com as condições de possibilidade do procedimento, caso contrário, ele será inválido. Esse fato também guia o comportamento futuro dos participantes do discurso. Austin não usa a expressão pretensão de correção (1962), contudo, ele compartilha do elemento fundamental que Alexy (2010, 2015a, 2017a) defende, qual seja: o discurso prático racional – assim como o político ou o jurídico – demanda uma pretensão de veracidade e de correção.

De outro giro, o conteúdo da pretensão de correção irá depender do contexto, já que diferentes contextos demandam diferentes critérios de correção (ALEXY, 2015a, p. 24). Por exemplo, os critérios de correção de uma proposta de norma do Poder Legislativo devem ser diferentes dos critérios de correção do controle constitucional promovido pelo Poder Judiciário. Contudo, todas as pretensões de correção têm, em seu núcleo, a necessidade de fundamentação.

Além disso, cumpre frisar que a correção aqui analisada significa tanto uma correção com o sistema jurídico, quanto uma correção do sistema jurídico (KLATT, 2012a, p. 6). Assim, a correção estará relacionada com o quanto a afirmação ou a decisão jurídica está de acordo com o sistema jurídico e com o quanto o sistema jurídico estará correto. Para Alexy, a correção do sistema terá, num de seus níveis, a vedação de promoção de uma injustiça extrema (ALEXY, 2015a, p. 33).

Importante pontuar, ainda, que essa vinculação entre Direito e moral e a pretensão de correção não significam necessariamente uma visão de realismo moral dentro das tradições metaéticas (FERREIRA NETO, 2013), mas, sim, uma defesa do cognitivismo ético como ficará claro a seguir. A fundamentação será suportada por uma teoria do discurso, que nada mais é que um procedimento de argumentação. Nessa linha, percebem-se duas perspectivas da pretensão de correção e cada uma delas possui uma dupla faceta. As duas perspectivas da pretensão na decisão judicial são a correção para com o sistema jurídico e a correção do sistema jurídico. Ainda, cada uma delas terá uma dupla faceta que é dividida em procedimental e material. Assim, entende-se que a pretensão de correção consiste na afirmação, implícita, de que a decisão judicial está material e procedimentalmente correta do ponto de vista jurídico e

de que o sistema jurídico como um todo atende material e procedimentalmente critérios jurídico-democráticos.

Para a boa compreensão da correção das decisões, Alexy elabora sua teoria do discurso racional e da argumentação jurídica. Ela consiste num sistema de 26 regras (KLATT, 2012a, p. 6) e formas (ALEXY, 2017a, p. 279-282). As mais importantes regras deste procedimento de argumentação consistem na proteção da liberdade e da igualdade dos participantes do discurso (ALEXY, 2015a, p. 26). Muitas críticas foram feitas à teoria do discurso concernente à sua aplicação, visto que o discurso como proposto por Alexy consiste num modelo ideal e inatingível.

Nessa senda, afirma Alexy (2015a, p. 28):

Sob o ponto de vista da aplicabilidade, a fraqueza principal da teoria do discurso consiste nisso, que seu sistema de regras não oferece um procedimento que permite, em um número finito de operações, sempre chegar, rigorosamente, a um resultado. Isso tem três fundamentos. As regras do discurso não contêm, primeiro, nenhuma determinação com respeito aos pontos de partida do procedimento. Pontos de partida são as, cada vez, existentes convicções normativas e interpretativas dos interesses dos participantes. Segundo, as regras do discurso não determinam todos os passos da argumentação. Terceiro, uma série de regras do discurso tem caráter ideal e, por conseguinte, só aproximativamente é cumprível.

A ideia do discurso ideal é regulativa e está sempre presente em discursos reais, ou seja, sabe-se que o ideal não será atingido, mas o importante papel que ele cumpre é o de servir de medida para a racionalidade dos discursos reais (ALEXY, 2015a, p. 28). Cumpre observar que não se entende a teoria do discurso apresentada como uma forma de argumentação livre de subjetividades, perfeita e completamente racional. Não há de se buscar uma hiper-racionalidade. Deve-se admitir, portanto, que a racionalidade real e prática tem limites que também devem ser levados em conta (PULIDO, 2006, p. 199).

Isso significa que não se deve considerar a racionalidade do discurso como uma garantia de verdade universal, tampouco esta é a ideia defendida por Alexy (2017a, p. 175). Nesse sentido é que se afirma: a racionalidade não pode equiparar-se à certeza absoluta (ALEXY, 2017a, p. 175). Klatt (2016, p. 29) ressalta que as formas e as regras do discurso racional não levam sempre a uma única resposta correta - o que, nesse ponto específico, é acompanhado por Kelsen (1992) - uma vez que é elemento inafastável do convívio humano experimentar desacordos. Assim, a impossibilidade de a dimensão ideal fornecer resultados corretos unívocos

e de criar consensos invariáveis justifica o complemento pela chamada dimensão real do Direito (KLATT, 2016, p. 30)

Então, entende-se pela importância da relação entre o discurso real e o discurso ideal e pela possibilidade de que eles dão as ferramentas para eliminar boa parte dos resultados indefinidos. Assim, afirma Alexy (2015a, p. 29) que há resultados corretos pela aproximação suficiente do discurso real do ideal sobre a impossibilidade ou necessidade de certas decisões. Exemplifica-se: Alexy entende que a escravidão é impossível numa democracia deliberativa. De outro giro, a democracia é discursivamente necessária. Contudo, há um espaço de decisões meramente possíveis discursivamente, ou seja, decisões que, de modo racional e fundamentado, podem chegar a resultados diferentes (ALEXY, 2015a, p. 30).

Aqui, percebe-se uma aproximação com Dworkin, visto que ele também entenderá que “algumas questões morais e jurídicas podem não ter, de fato, uma única resposta certa, ou seja, podem ser realmente indeterminadas” (MELO e MOTTA, 2017, p. 737). Compreende-se, neste trabalho, que, apesar de partirem de premissas e concepções filosóficas diferentes, um dos objetivos comuns a ambos os autores, Dworkin e Alexy, é o de eliminar, ou pelo menos minimizar, espaços de arbitrariedade dentro da aplicação do direito. Frisa-se que esse objetivo não é incompatível com conceitos indeterminados ou com a ausência de uma única resposta correta em alguns casos jurídicos.

Desse limite da teoria discursiva, percebe-se a necessidade de procedimentos juridicamente regulados que garantam uma decisão, e aqui examinam-se os elementos fáticos, ou seja, o segundo ponto do conceito de direito. A necessidade de imposição e de organização da ordem jurídica, segundo Alexy (2015a, p. 30-31), demonstram a importância do direito para a teoria do discurso, visto que a última, por si só, não teria um poder organizado de coerção.

O problema da imposição nasce porque o conhecimento da legitimidade da norma não determina o seu cumprimento, o que demonstra a necessidade do direito como um sistema de normas armadas com coerção. Lembra-se do conceito de direito proposto, no qual a eficácia social cumpre importante papel, uma vez que abarca a coerção organizada (ALEXY, 2015, p. 31).

Já a organização resulta da necessidade da própria administração do direito. O direito deve ser organizado pelo direito. Isso significa uma intensificação do peso da decretação de acordo com a ordem e da eficácia social no próprio conceito do direito (ALEXY, 2015a, p. 31).

Na análise do terceiro ponto da vinculação entre o ideal e o fático, percebe-se como se dará a relação de vinculação. Tal é o sentido quando se afirma que, em situação dita normal, a

decretação de decisões de acordo com a ordem jurídica e a sua eficácia social determinam um valor superior à segurança jurídica do que à correção do conteúdo.

Com efeito, ter-se-á uma prevalência *prima facie* da dimensão fática sobre a dimensão ideal. Essa prevalência terá importantes desdobramentos na Teoria da Argumentação Jurídica, uma vez que os chamados cânones de interpretação e a sua hierarquia serão estruturados a partir dos resultados da dupla natureza do conceito de direito proposto por Alexy, isto é, da precedência da dimensão real, fática, ante a ideal (KLATT, 2016, p. 31).

Contudo, segundo Alexy, há casos em que essa prioridade muda, por exemplo, na aplicação da fórmula de Radbruch, o que demonstra a complementação entre a ordem jurídica, a eficácia social e a pretensão de correção quanto ao conteúdo (ALEXY, 2015a, p. 31).

Assim, o conceito de Alexy não se trata de uma proposta de vinculação absoluta entre direito e moral (TRIVISSONO, 2015) ou de uma justificação moral para as manifestações do direito como bem adverte Feldens (2012, p. 34-35). Ele trata de aceitar que o direito incorpora a moral como limite externo em casos excepcionais. Tal é o sentido da afirmação que “as normas jurídicas perdem sua validade quando ultrapassam o umbral da extrema injustiça” (FELDENS, 2012, p. 35).

Essa complementação é defendida como condição de legitimidade do direito por Alexy e os comentadores citados. Cumpre afirmar, contudo, que a complementação não exige uma cobertura completa do direito com a moral. Reforça-se o sentido da posição alexyana: o direito valerá mesmo quando injusto; a fórmula de Radbruch servirá apenas de limite exterior ao direito em casos extremos (ALEXY, 2010, p. 176).

Contudo, a adoção da fórmula de Radbruch apresenta um problema para a Teoria alexyana. Explica-se, Alexy, na sua Teoria da Argumentação Jurídica que será abordada em breve, indica uma possível cooriginariedade entre a moral e o direito, visto que o discurso jurídico seria um desdobramento – ele usa a expressão caso especial – do discurso prático geral (espaço das discussões morais). O grande diferenciador, na Teoria da Argumentação Jurídica, entre os âmbitos práticos geral e jurídico do discurso são os critérios específicos que o Direito fornece como forma necessária de solucionar desacordo morais racionais. A ideia, que será aprofundada adiante, é que o direito fornece o necessário fechamento para a solução dos desacordos morais e políticos a partir de critérios e elementos próprios que, ao mesmo tempo, diferenciam-no da moral e tornam-no cooriginário a ela.

Entretanto, tal início de proposta não foi desenvolvida e, no âmbito do desenvolvimento da Teoria dos Princípios, Alexy defende a vinculação entre a moral e o Direito por uma relação

corretiva da moral para com o Direito por intermédio da Fórmula de Radbruch, conforme exposto acima. Diversos problemas surgem aqui, mas dois são os mais interessantes para o desenvolvimento da presente tese. Primeiro, há um problema de autonomia do Direito. Afinal, conforme leciona Streck (2017), o constitucionalismo contemporâneo exige um alto grau de autonomia do Direito, no interior do qual Direito e moral são cooriginários. Por isso, a interpretação e aplicação do Direito não pode ser limitada ou conformada pela moral, pela política e pela economia. Como muitas vezes recordado por Streck, esses “predadores” passam a estar institucionalizados no Direito. Por isso se está diante de um novo paradigma. Segundo, trata-se de uma questão de paradigma⁴. Dworkin, por exemplo, sustentará que o direito e a

⁴ Aqui, Lenio Streck ilumina as críticas. Cita-se: Especificamente em Alexy, o problema aparece na questão do fundamento, isto é, a discricionariedade fica clara no momento em que o sub-jectum é afirmado por Alexy como o indepassável – e não o mundo-da-vida ou o ser-no-mundo como acontece na tradição fenomenológica. Isso também fica patente na problemática da ponderação, tão cara à Teoria da Argumentação Jurídica: quem escolhe os princípios que estarão em situação de colisão? Quem decide sobre a tensão existente na otimização principiológica que prescreve a máxima: “todo princípio deve ser cumprido em suas máximas possibilidades, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas emergentes da aplicação”? A resposta a estas duas questões é clara para Alexy: o juiz, o sub-jectum da interpretação jurídica. E, também na questão do método, igualmente está presente o sujeito, responsável pela correção do “uso seguro do argumento” (veja-se, nesse sentido, a sucessão de fórmulas apresentadas/sugeridas pelo jurista alemão). Como consequência das duas questões anteriores, a teoria da argumentação jurídica tenta “racionalizar” o processo de aplicação do direito a partir da ponderação dos princípios, o que acaba por alargar ainda mais o coeficiente de incerteza e incontrolabilidade do resultado da decisão judicial. [...] Mais ainda, parece não restar dúvida de que, afinal, a ponderação é um procedimento e, como tal, pretende ser uma técnica de legitimação da decisão que será proferida no caso concreto; só que a única possibilidade de “controle” se dá no âmbito do próprio procedimento, e não no conteúdo vinculado por ele; quem decide, quem valora, ao fim e ao cabo, é o sujeito (que não é o sujeito da intersubjetividade, porque este não está na pauta da teoria da argumentação jurídica exatamente pela cisão feita entre subsunção e ponderação e entre casos fáceis e casos difíceis; o sujeito é, pois, o do esquema sujeito-objeto), que não consegue se livrar das amarras solipsistas, na medida em que toda reflexão está assentada em um modelo matemático de pensamento. Na resolução dos assim chamados “casos difíceis” (porque, segundo o próprio Alexy afirma, os “casos fáceis” são solucionados pela aplicação da subsunção), torna-se clara a aposta na aposta em fatores exógenos ao direito, valendo lembrar a tese constante em “La institucionalización de la justicia”. Note-se: para Alexy não há uma co-originariedade entre Direito e Moral, mas apenas um vínculo necessário, constituído posteriormente, a partir daquilo que ele chama de pretensão de correção. Neste nível, desenvolve reflexões em torno da chamada fórmula Radbruch, que apareceu em algumas decisões do Tribunal Constitucional alemão quando da época da reconstrução das mazelas do nazismo e também no período que sucedeu a queda do muro de Berlin e o consequente processo de reunificação da Alemanha. A pergunta que deve ser feita é: qual a relação entre a teoria da justiça (e a aplicação da fórmula Radbruch) - naquilo que ele chama de casos duvidosos (que podemos entender no contexto da obra de Hart como casos difíceis) - a ponderação e a admissão da discricionariedade? O que há em comum nesses elementos? [...] Alexy aceita – sem ressalvas – a tese da “textura aberta” do direito apresentada por Hart em seu Conceito de Direito. Dessa forma, podemos dizer que o problema central para Alexy sempre foi explorar essa dimensão da “abertura” do direito que, ao contrário daquilo que entendia Hart, para Alexy a dimensão de abertura era a porta de entrada, no interior do discurso jurídico, para elementos morais ou questões de justiça presentes naquilo que ele denomina discurso prático geral. Para Alexy, o espaço da “textura aberta” é o locus onde necessariamente habitam os argumentos morais no direito” (Streck, 2013, p. 343 A 352). Completa-se: que são usados dentro de um espaço de discricionariedade do julgador e, por isso, fragiliza a autonomia do Direito. “Mutatis mutantis, denominado esse poder de “resolver os casos difíceis” de “poder discricionário” (Hart) ou de “recurso às questões de justiça”, que, ao fim e ao cabo, são questões morais (Alexy), é a esse problema que me refiro quando critico o esquema sujeito-objeto. Entender que a discricionariedade é algo inerente à aplicação do direito é, no fundo, uma aposta no protagonismo judicial. E a

moral não são sistemas distintos – algo defendido por Alexy em alguns textos -, mas sim cooriginários. Isso significa que o Direito é parte, assim como a moral, de um todo representado pelo mundo do valor. A mesma proposta será adotada por Streck (2016).

Na versão final da teoria de Dworkin, “o mundo do valor é a instância que define como nós humanos podemos viver uma vida boa, individual e coletivamente” (MELLO; MOTTA, 2017, p. 727). Motta completa a ilustração:

Essa instância pode ser compreendida metaforicamente como uma árvore dotada de diversos galhos: a ética, moral política e o direito. O Direito, por sua vez, é um ramo do galho da moralidade pública política. Essas subdivisões da estrutura geral do valor coexistem de forma integrada, interagindo e influenciando-se reciprocamente. (MOTTA, 2018)

A estrutura do sistema jurídico e a relação com o mundo de valor devem ser compreendidos, consoante Motta e Mello (2017), por três teses básicas, quais sejam: (i) a tese da independência do valor⁵; (ii) a tese da unidade do valor⁶; (iii) a tese da responsabilidade

discricionariedade não se relaciona bem com a democracia.” (STRECK, 2013, p. 354). No fim, trata-se do já apresentado no Verdade e Consenso por Streck (2011, p. 232), que é “Penso, aqui, que o calcanhar de aquiles da ponderação – e, portanto, das diversas teorias argumentativas (e suas derivações) – reside no deslocamento da hierarquização “ponderativa” em favor da “subjetividade” (assujeitadora) do intérprete, com o que a teoria da argumentação (para falar apenas desta), como sempre denunciou Arthur Kauffman, não escapa do paradigma da filosofia da consciência. Ou seja, independentemente das colorações assumidas pelas posturas que, de um modo ou de outro, deriva(ram) da teoria da argumentação de Robert Alexy, o cerne da problemática esta na continuidade da “delegação” em favor do sujeito da relação sujeito-objeto”.

⁵ A tese da independência do valor refere-se à independência da verdade dos juízos morais em relação à verdade das proposições sobre fatos naturais. Nessa lógica, a ideia central é a compreensão de dois mundos distintos ancorados em formas de verificações diferentes. Nesse sentido, o mundo natural seria composto por questões fáticas como fatos e objetos físicos (MOTTA; MELLO, 2017). As formas de demonstração e verificação das questões naturais seriam, sempre, a partir de comprovações empíricas. Pode-se imaginar na comprovação de uma aranha, por exemplo. Se há dúvida sobre se um determinado animal dentro de casa é um aracnídeo ou um inseto, pode-se resolver a questão a partir de comprovações empíricas. Assim, para verificar se é um inseto, observa-se a divisão do corpo em cabeça, tórax e abdômen, um par de antenas, três pares de patas e a inexistência de asas ou existência de um ou dois pares de asas. Caso, de outro giro, o animal apresente apenas abdômen e cefalotórax, quatro pares de pernas, um par de pedipalpos e qualíceras, então, tratar-se-á de um aracnídeo. Todas essas observações são empiricamente verificáveis. De outro giro, o mundo de valor desenvolve-se no âmbito dos juízos e argumentos morais. os juízos morais só podem ser considerados verdadeiros por argumentos morais. Isso significa, na essência, que todos esses juízos são interpretativos, visto que a mera descrição prática é insuficiente para essa dimensão (LOPES, 2020, p. 75 e 76). Na teoria de Streck, é compreender que estamos condenados a interpretar as questões de valor (STRECK, 2017).

⁶ No mundo natural, sustentam-se evidências para proposições. No mundo do valor, sustentam-se cases para as proposições (DWORKIN, 2011, p. 116). Com isso, há uma proposição de diferença estrutural entre a objetividade do mundo dos fatos e a objetividade do mundo de valor. A tese da independência do valor (ou moral) refuta a ideia de verdade por correspondência, mas cria a ideia de verdade a partir de uma argumentação rigorosa que procura construir a resposta mais coerente possível (MOTTA; MELLO, 2017). A tese da unidade de valor, por sua vez, resgata a visão monista da vida moral, conforme assinala Motta: O ponto de partida é uma frase do filósofo grego Arquíloco – “A raposa sabe muitas coisas, mas o ouriço sabe uma grande coisa” –, tornada conhecida pelo filósofo britânico Isaiah Berlin, que tratou do assunto em 1953, num ensaio sobre

moral⁷. O mundo de valor é composto por juízos de valor. É o local dos argumentos racionais e das verdades morais, sendo a sua verificação feita a partir de uma argumentação responsável sobre a ação humana capaz de produzir uma rede integrada de razões que sustentam e reforçam mutuamente cada uma delas (MOTTA; MELLO, 2017). Com isso, obtendo respostas coerentes.

Esse assentamento hermenêutico possibilita não só um viés procedimental no sentido de correção pelo método – aspecto preponderantemente defendido por Alexy -, mas, também, substantivo de conteúdo pelos argumentos. Isso possibilita um esvaziamento da arbitrariedade e melhores possibilidades de garantia da autonomia do Direito e de controle de poder pelo Direito. Justamente por essa vinculação, que começa com a correção do Direito pela moral proposta por Alexy e desenvolve-se até a aceitação de certo nível de discricionariedade judicial por Alexy e na sua compreensão de princípios como abertura interpretativa, é que as falhas teóricas evidenciam, uma vez que prejudicam a controlabilidade das decisões e fundamentações judiciais, possibilitando espaços de arbitrariedades que vão em sentido oposto à Constituição Federal de 1988 e o atual paradigma constitucional.

Contudo, tal ponto não invalida a proposta teórica alexyana, que possui diversos critérios a serem estudados justamente de enfrentamento a posturas não cognitivistas, niilistas e relativistas, ou seja, que promovem a racionalidade do fenômeno jurídico – ponto estrutural da presente tese.

Tolstoi. Sinteticamente, o objetivo de Berlin foi o de apresentar o ouriço como uma metáfora do pensador monista é como um teórico movido por uma ideia central, que explica a diversidade do mundo por referência a um único sistema. Já a raposa, por sua vez, é a metáfora para o pensador pluralista entende que a diversidade do mundo, com seus fins múltiplos e incompatíveis, não autoriza um único sistema explicativo. Neste contexto, Dworkin, intitulado-se um ouriço, anuncia: o valor é uma grande coisa (MOTTA; MELLO, 2017, p. 729). O debate, na essência, versa sobre identificar se os valores e princípios podem entrar em conflito ou se eles são coerentes e harmônicos. Berlin sustentará que a possibilidade de discussão e de valores conflitarem tanto no íntimo de cada indivíduo como no debate público demonstra que os choques de princípios são a essência da imperfeita contradição que somos. Isso significa que há valores que preponderam a depender de circunstâncias fáticas e, no fim da questão, a resposta definir se a solução será justa ou injusta, mas com quem será justa e com quem será injusta – visão compartilhada por Alexy (2017b). De outro giro, Dworkin defende a possibilidade de um mundo de valor coerente e íntegro, no qual há valores e princípios coerentes e harmônicos. Nas palavras de Motta e Mello (2017, p. 740): “ele procura resgatar precisamente a visão monista da vida moral que Berlin se esforça para desautorizar no seu célebre ensaio sobre a liberdade”.

⁷ A tese da responsabilidade moral foi trabalhada no ponto 2.8.

2.3 O DIREITO COMO ATIVIDADE ARGUMENTATIVA ESTRUTURADA: O DISCURSO PRÁTICO GERAL

O direito, caso entendido como fenômeno multifacetado, pode ser apresentado como uma atividade argumentativa numa das suas perspectivas estruturais. Caso se deixe de lado certa cautela necessária a um pesquisador, poder-se-ia sugerir que o direito é, essencialmente, uma atividade argumentativa. Nessa linha, Manuel Atienza (2005, p. 1) defende que a prática do direito consiste, de maneira fundamental, em argumentar, o que pode ser facilmente percebido a partir da compreensão comum de que uma das principais qualidades do bom jurista é a da argumentação.

É plenamente possível supor que Alexy concordaria com a primeira colocação do parágrafo anterior e, quiçá, com a segunda e a terceira. A suposição é amparada pela seguinte assertiva do autor:

A Primeira Turma do Tribunal Constitucional Federal exigiu, na sua resolução de 14 de fevereiro de 1972, que as decisões dos juízes devem basear-se em argumentações racionais. Essa exigência de racionalidade da argumentação deve ser estendida a todos os casos em que os juristas argumentam. A questão sobre o que é a argumentação racional ou argumentação jurídica racional não é um problema que interessa apenas aos teóricos ou filósofos do Direito. Ela se apresenta com a mesma urgência ao jurista prático e interessa a todo cidadão que seja ativo na arena pública. Da possibilidade de uma argumentação jurídica racional dependem não só o caráter científico da Ciência do Direito, mas também a legitimidade das decisões judiciais (ALEXY, 2017, p. XV)

Claudia Toledo assinala que a argumentação jurídica – e a sua necessária teorização – necessariamente lida com a ideia e a possibilidade de justificação racional. A teoria da argumentação jurídica, portanto, visa precisamente demonstrar a possibilidade e a validade de uma fundamentação racional do discurso jurídico. Na mesma senda de Alexy, Toledo defende que a possibilidade de justificação racional do discurso jurídico é questão de primacial relevância para a cientificidade do Direito, a qual é imprescindível para a solidez de um Estado Democrático de Direito (TOLEDO, 2005, p. 48).

Assim, é razoável compreender que o Estado Democrático de Direito exige racionalidade e, em certo grau, correção nas decisões públicas – sejam políticas ou, de forma mais intensa, jurídicas -, o que fundamenta a validade de uma investigação sobre as condições de possibilidade de decisões legítimas, oferecendo critérios que façam prevalecer a autoridade do Direito e do interesse público nas manifestações de poder. Para tanto, a exigência de

racionalidade do discurso merece notável destaque e justifica o empreendimento teórico alexyano.

Nessa linha, a racionalidade do discurso jurídico proposto por Alexy, uma vez compreendida a teoria como sistema (KLATT, 2012, p. 1), será feita em dois ângulos complementares, quais sejam: um ângulo formal responsável pela análise procedimental discursiva aferida por critérios argumentativamente desenvolvidos com vistas à correção do argumento, e outro ângulo material responsável pela análise dos conteúdos das normas jurídicas a partir da sua compatibilidade com a Constituição, com a democracia deliberativa e o Estado de Direito. Breves explanações sobre o ângulo formal serão feitas nesse ponto. A análise material será realizada ao longo dos três próximos. Essa conjunção de perspectivas promove a correta integração da teoria alexyana.

A análise formal está relacionada com a proposta da Teoria da Argumentação Jurídica alexyana. Nessa linha, esclarece-se que a tarefa dela é “propor regras que, de um lado, seja tão fracas, isto é, tenham tão pouco conteúdo normativo que pessoas com concepções normativas totalmente diferentes possam estar de acordo com elas, mas que, por outro lado, sejam tão fortes que uma discussão pautada nelas possa ser qualificada como racional” (ALEXY, 2017, p. 33). Assinala-se que há uma essência procedimental desse discurso, uma vez que o foco será buscar a correção do discurso, por intermédio de seus enunciados regulativos que assegurem a fundamentação racional. Para tanto, a teoria da argumentação jurídica deve partir do ideal para guiar a prática real. Na mesma interpretação da teoria alexyana, escrevem Klatt (2012a), Toledo (2005, p. 49) e Gavião Filho (2010).

Como já afirmado, faz parte da lógica da proposição o fato de que essas regras sirvam apenas como norte exemplar, permitindo uma prática aproximada associada à compreensão da própria e íntima limitação da racionalidade humana. Tal fato é ainda mais caro às decisões jurídicas, uma vez que há limitações de tempo, informação e participantes ainda maior que nos debates essencialmente racionais.

Essa perspectiva procedimental, ademais, não ignora em nenhum momento a necessidade de valorações no discurso jurídico. Precisamente o contrário, Robert Alexy deixa claro, ao longo da sua teoria, que a existência de um sistema axiológico-teleológico é condição de possibilidade da prática jurídica. Contudo, essa existência não afasta, para o autor, a necessidade de enunciados regulativos do discurso racional jurídico. Além disso, ele utiliza como premissa para o desenvolvimento da sua teoria a necessidade de que a tomada de decisão

deve, do ponto de vista jurídico, ser orientada por julgamentos de valor moralmente corretos do tipo relevante (ALEXY, 2001, p. 22).

Na linha da afirmação anterior, é essencial entender que, para o autor, é errada a conclusão de que, desse fato, o intérprete estaria autorizado a afastar o ordenamento jurídico em prol de um espaço de livre apreciação segundo as convicções morais subjetivas do aplicador do direito. O sistema axiológico-teleológico não é e não pode ser, para Alexy, algo calcado na subjetividade do intérprete.

Ademais, Alexy explica, a partir de julgados do Tribunal Constitucional Federal alemão, que a jurisdição, às vezes, pode exigir que os julgamentos de valores e princípios inerentes à ordem constitucional sem previsão textual ou com descrição imperfeita revelem e realizem, nas decisões, esses princípios “por um ato de cognição que inevitavelmente envolve um elemento discricionário. Os juízes devem se precaver contra arbitrariedades nesse processo; suas decisões têm de ser fundamentadas na argumentação racional” (ALEXY, 2001, p. 34).

Destarte, ressalta-se que Alexy edifica sua teoria a partir de uma fundamental crítica ao não-cognitismo, afastando posições que advogam pela impossibilidade da racionalidade no discurso moral. Isso pode ser identificado a partir das seguintes assertivas bases da Teoria da Argumentação Jurídica: “ao contrário das afirmações do naturalismo e do intuicionismo, a função da linguagem moral não se exaure com a descrição de objetos empíricos e não-empíricos, características ou relações (2001, p. 90)”. Além disso, o discurso moral é compreendido como uma “atividade regida por regras *sui generis*, preocupada com o equilíbrio dos interesses de forma razoável” (ALEXY, 2001, p. 91), e essas regras são de outra natureza e essência do que as regras das argumentação das ciências naturais, o que não é razão suficiente para negar o seu caráter de atividades racional (2001, p. 91). Nesse ponto, mais uma vez, é possível a aproximação de Alexy e Dworkin, principalmente no tópico relacionado com a tese de independência do mundo de valor dworkiniano. Alexy estipula seu esboço de uma teoria do discurso prático racional (2001) e, a partir dele, propõe sua Teoria da Argumentação Jurídica como um caso especial do discurso geral.

A ideia central da tese do caso especial é de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral. Isso seria assim, pois as discussões jurídicas se preocupam com questão práticas, isto é, com o que deve ou não ser feito ou deixado de fazer, e essas questões são discutidas com a exigência de correção. Ainda, o adjetivo “especial” viria em razão dos limites nos quais ocorrem as discussões jurídicas (ALEXY, 2001, p. 212).

Com isso, passa-se aos enunciados regulativos da Teoria da Argumentação Jurídica. Alexy propõe diversos grupos de enunciados regulativos para o discurso prático racional, que também serão utilizados no discurso jurídico em razão da tese do caso especial e da aplicação subsidiária desse regramento ao específico jogo de linguagem do direito. Assim, abordar-se-ão os enunciados aplicáveis ao discurso jurídico, o que compreende tanto as normas do discurso prático geral como da teoria da argumentação jurídica. Nas regras do discurso prático racional, seis grupos de regras serão analisados.

O primeiro grupo a ser analisado é o das regras fundamentais do discurso prático racional. Tratam-se, segundo Alexy, de normas fundamentais para qualquer comunicação linguística que se pretenda racional. Atienza (2005, p. 157) defenderá que a validade de qualquer comunicação linguística em que se trata de verdade ou correção estará subordinada à observância dessas regras. Elas, basicamente, enunciam princípios de não contradição, sinceridade, universalidade e uso comum da linguagem e têm origem em Schwemmer, Hare e Perelman (ALEXY, 2017a, p. 144, 167, 184) Essas regras são:

1. As regras fundamentais:
 - 1.1. Nenhum falante pode contradizer-se.
 - 1.2. Todo falante só pode afirmar aquilo em que ele mesmo acredita.
 - 1.3. Todo falante que aplique um predicado F a um objeto A deve estar disposto a aplicar F também a qualquer objeto igual a A em todos os aspectos relevantes.
 - 1.4. Diferentes falantes não podem usar a mesma expressão com diferentes significados.

O segundo grupo lida com as regras da razão. Elas são responsáveis por definir as condições mais importantes para a racionalidade do discurso, segundo Atienza (2005, p. 158). A primeira consiste na regra geral de fundamentação. As outras referem-se à condição ideal de fala de Habermas, consistindo em provisões de igualdade, universalidade e liberdade (ALEXY, 2017a, p. 121, 125 e 187). A situação ideal de fala habermasiana é caracterizada por uma comunicação desimpedida de fatores contingentes externos e de coações internas da comunicação que não sejam o simples melhor argumento, o que ocorre apenas com uma distribuição simétrica de oportunidades para todos de escolher e efetuar atos de fala (HABERMAS, 1999, p. 46). Habermas entende-a como detentora de três aspectos relevantes, quais sejam: a comunicação como processo, procedimento regulado e com o objetivo de construir argumentos pertinentes, o que reforça tanto a compatibilidade com a teoria de Alexy como a possibilidade de partir da situação ideal para estruturar as regras da razão

(HABERMAS, 1999, p. 46-48). A idealidade funciona, na lógica já trabalhada, com um norte referencial limitado pela condição humana.

2. As Regras de razão

Todo falante deve, se lhe é pedido, fundamentar o que afirma, a não ser que possa dar razões que justifiquem negar uma fundamentação.

2.1. Quem pode falar pode tomar parte no discurso

2.2.(a) Todos podem problematizar qualquer asserção.

2.2 (b) Todos podem introduzir qualquer asserção no discurso.

2.2 (c) Todos podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades.

O terceiro grupo é o das cargas de argumentação. Trata-se de enunciados regulativos que visam possibilitar o desenvolvimento do discurso de forma humana e racional. A justificativa para essas regras pode ser satisfeita de modo essencialmente intuitivo (ATIENZA, 2005, p. 158), uma vez que o abuso irrestrito das regras anteriores sem a divisão de ônus argumentativo do terceiro grupo poderia inviabilizar o discurso. As regras partem do princípio de generalização de Singer, que exige a apresentação de razões para quem deseja tratar uma pessoa diferentemente da outra, e do princípio da inércia de Perelman, que exige a apresentação de uma razão para quem deseja abandonar uma opinião ou práxis previamente aceita (ALEXY, 2017a, p. 189)

3. As regras de carga da argumentação

3.1. Quem pretende tratar a uma pessoa A de maneira diferente de uma pessoa B está obrigado a fundamentá-lo.

3.2. Quem ataca uma proposição ou uma norma que não é objeto da discussão deve dar uma razão para isso.

3.3. Quem aduziu a um argumento está obrigado a dar mais argumentos em caso de contra-argumentos.

3.4. Quem introduz no discurso uma afirmação ou manifestação sobre suas opiniões, desejos ou necessidades que não se apresentem como argumento a uma manifestação anterior tem, se lhe for pedido, de fundamentar por que tal manifestação foi introduzida na afirmação.

O quarto grupo constitui formas de argumentos específicos do discurso prático racional (ATIENZA, 2005, p. 159). A representação desenvolve-se por lógica deôntica e visa demonstrar a racionalidade dos modelos de argumentos do discurso prático.

- 4. G
 - R.
 - N.
- 4.1 T
 - R
 - N
- 4.2 F
 - R
 - N
- 4.3 Fr
 - R'
 - R
- 4.4. T'
 - R'
 - R
- 4.5 Ri P Rk ou R'i P R'k
- 4.6 (Ri P Rk) ou (R'i P R'k) C

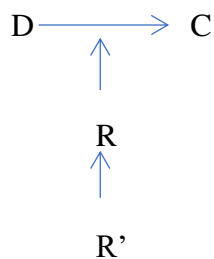
Alexy explica que as formas de argumento dependem de uma análise da lógica deôntica. A ideia central é demonstrar os argumentos usados na teoria do discurso a partir de formas

lógicas gerais. Nessa linha, ilustrativamente, explica-se que a asserção “João é um cidadão brasileiro” (c = conclusão ou pretensão) se fundamenta no fato de que João nasceu em território brasileiro (D = dados ou enunciado descritivo). Esse argumento pode ser atacado de duas maneiras, quais sejam: a verdade de D pode ser questionada ou a própria relação - se D fundamenta C - pode ser posta em dúvida.

Disso, virá a necessidade de proposição de uma nova forma lógica, qual seja: uma regra de inferência (regra por trás do argumento). Assim, a regra de que quem nasce no território brasileiro é cidadão brasileiro pode ser utilizada. A forma da regra R é: Dados como D nos autorizam a extrair conclusões ou realizar as pretensões como C.

Contudo, também a regra R pode ser posta em dúvida, necessitando de uma regra de inferência da própria regra R para fundamentá-la. Aqui, podemos chamá-la de R'. No caso, pode ser “o constituinte originário utilizou-se do critério de *ius soli* para definir quem é cidadão brasileiro”. Toulmin chamará de *backing warrants*. Alexy, por sua vez, utilizará R'.

Formalmente ficaria da seguinte maneira:



João nasceu em território brasileiro. \longrightarrow João é brasileiro.



Quem nasce no território brasileiro é cidadão brasileiro.



o constituinte com competência para definir quem é cidadão brasileiro definiu o critério de *Ius Soli*.

Essa lógica é que fundamenta as diferentes espécies de formas de argumento trazidas por Alexy. Para o autor, R corresponde a regra, N é um enunciado normativo singular, T é um enunciado descritivo, F é consequência, G é uma forma geral, Fr é consequência da regra, R' é regra de segundo nível (*backing warrants*– garantia de apoio) e T' é o enunciado descritivo de segundo nível (que sustenta a aplicação do *backing warrant* – garantia de apoio).

O quinto grupo trata das regras de fundamentação. Segundo Atienza (2005, p. 161), referem-se especificamente às características da argumentação prática e regulam a forma de levar a cabo a fundamentação mediante as formas anteriores. Para isso, Alexy divide-as em três subgrupos. Cada um desses possui inspirações próprias para a sua regulação e utilização. O primeiro tem por fundamentos uma correlação entre o princípio do consenso de Habermas, que se refere à concepção de que o consenso sobre uma norma depende de que possa ser considerada como necessidade aceitável por todos, com o princípio da publicidade de Baier e o princípio da universalidade e prescritibilidade de Hare. O princípio da universalidade estabelece a necessidade de formulações de regras morais gerais num esquema dedutivo, exigindo coerência do falante. O princípio da prescritibilidade estabelece, basicamente, que o critério de aceitação das regras morais gerais vem da aceitação dos participantes do discurso das consequências da regra em questão mesmo que eles sejam os objetos dela, isto é, a aceitabilidade pelos participantes das consequências lógicas da regra (ALEXY, 2017a, p. 76-79, 195 e 196). O segundo busca garantir a racionalidade das regras a partir da sua gênese histórica, social e individual com base no programa da gênese crítica (ALEXY, 2017a, p. 197). O terceiro assegura a observância da limitada racionalidade humana.

5. Regras de fundamentação:

5.1.1 Quem afirma uma proposição normativa que pressupõe uma regra para a satisfação dos interesses de outras pessoas deve aceitar as consequências de dita regra também no caso hipotético de ele se encontrar na situação daquelas pessoas.

5.1.2 As consequências de cada regra para a satisfação de interesses de cada um devem ser aceitas por todos

5.1.3 Toda regra deve ser ensinada de forma aberta e geral

5.2.1 As regras morais que serem de base às concepções morais do falante devem resistir à comprovação de sua gênese histórico-crítica. Uma regra moral não resiste a tal comprovação: a) se originalmente se pudesse justificar racionalmente, mas perdeu depois sua justificação, ou b) se originalmente não se pôde justificar racionalmente e não se podem apresentar também novas razões suficientes.

5.2.2 As regras morais que servem de base às concepções morais do falante devem resistir à comprovação de sua formação histórica individual. Uma regra moral não resiste a tal comprovação se se estabeleceu com base apenas em condições de socialização não justificáveis.

5.3 Devem ser respeitados os limites de realizabilidade faticamente dados.

O sexto grupo de regras trata das regras de transição. Esses enunciados visam, simplesmente, possibilitar o desenvolvimento autônomo do discurso por intermédio da transição a debates sobre problemas teórico-empíricos, de linguagem ou do próprio discurso.

6. Regras de transição

6.1 Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso teórico (empírico)

6.2 Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso de análise da linguagem.

6.3 Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso da teoria do discurso.

Desse ponto, ingressa-se no discurso jurídico. A argumentação jurídica, na presente perspectiva teórica, é um caso especial do discurso prático racional (ALEXY, 2017a). As condições especiais de limitação do discurso jurídico promovem regras próprias aptas a lidar com o específico âmbito, razão pela qual se trata de um caso especial. Essas condições especiais são, por exemplo, a normatividade da Constituição, do material legislativo, dos precedentes ou, em certo aspecto, da doutrina consolidada (ALEXY, 2017a; KLATT; 2016, p. 33).

2.4 O DIREITO COMO ATIVIDADE ARGUMENTATIVA ESTRUTURADA: O DISCURSO JURÍDICO

Destarte, Alexy também propõe diversos enunciados regulativos do discurso jurídico que se desenvolvem em dois grupos. O primeiro grupo trata sobre as regras e formas da justificação interna e divide-se em dois subgrupos, que são as formas de justificação interna e as regras de justificação interna. O segundo grupo trata sobre as regras e as formas da

justificação externa e divide-se em outros cinco subgrupos. Esses subgrupos tratam sobre regras e formas de argumentação empírica, regras e formas de interpretação, regras de argumentação dogmática, regra de uso dos precedentes e formas especiais de argumentos jurídicos. As formas são, basicamente, formulações, por intermédio da lógica deôntica, de estruturas de argumentos jurídicos.

O primeiro grupo dos enunciados do discurso jurídico são as regras e as formas de justificação interna. A justificação interna lida especificamente com a correção interna da argumentação relacionada ao caso. Para tanto, Alexy propõe uma forma simples e uma forma geral. Para as formas mais importantes na compreensão da teoria, foram estruturadas propostas de traduções que são, basicamente, exemplos em língua portuguesa da construção dos argumentos representados pela lógica deôntica.

1.1 Formas:

1.1.1 forma mais simples:

J.1.1

.(1) (x) (Tx ORx)

.(2) Ta

(3) Ora (1), (2)

“Tradução⁸”:

Quem nasce em território brasileiro é brasileiro.

João nasceu em território brasileiro.

João é brasileiro.

Forma mais geral:

j.1.2

.(1) (x) (Tx ORx)

⁸ A “tradução” é, na realidade, um exemplo que se enquadra na estrutura argumentativa proposta pelo autor. O essencial, nesse ponto, não é conteúdo – saber se João é brasileiro ou se João deve ser preso -, mas compreender o processo formal, isto é, as estruturas dos argumentos de justificação.

.(2) (x) (M^1x Tx)

.(3) (x) (M^2x (m^1x))

...

.(4) (x) (Sx ($M^n x$))

.(5) Sa

(6) Ora (1)-(5)

Tradução:

Quem pratica o crime do art. 34 da Lei nº 9605/98 sofre detenção de um ano a três anos ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Comete o crime do art. 34 da Lei nº 9605/98 quem pesca em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente

A Portaria IBAMA nº 193/2008 estabelece o período de 01 de outubro à 31 de janeiro, com abrangência em toda Bacia do Rio Uruguai nos estados de Santa Catarina e Rio grande do Sul como sendo período e local proibidos para pesca.

A pesca com embarcação motorizada é proibida no período de 01 de outubro à 31 de janeiro, com abrangência em toda Bacia do Rio Uruguai nos estados de Santa Catarina e Rio grande do Sul.

Quem pescar em 5 de outubro na bacia do Rio Uruguai em Santa Catarina com embarcação motorizada deve sofrer detenção de um ano a três anos ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

João pescou em 5 de outubro na bacia do Rio Uruguai em Santa Catarina com embarcação motorizada.

João deve sofrer detenção de um ano a três anos ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

1.2 Regras:

(J.2.1) Para a fundamentação de uma decisão jurídica deve-se apresentar pelo menos uma norma universal.

(j.2.2) A decisão jurídica deve seguir-se logicamente ao menos de uma norma universal, junto a outras proposições.

(j.2.3) Sempre que houver dúvida sobre se A é um T⁹ ou M¹⁰, deve-se apresentar uma regra que decida a questão.

(j.2.4) São necessárias as etapas de desenvolvimento que permitam formular expressões cuja aplicação ao caso em questão não seja discutível.

(j.2.5) Deve-se articular o maior número possível de etapas de desenvolvimento.

Uma importante ressalva é feita pelo autor, que é a necessidade de se bem compreender a regra j.2.2., uma vez que a sua leitura apressada pode causar equívocos. O erro consiste em entender j.2.2. como uma exigência de dedutibilidade lógica a ponto de desvirtuar a fundamentação jurídica, isto é, reduzindo-a a uma dedução lógica de normas previamente dadas. Tanto os exemplos dados pelo autor como no presente trabalho demonstram que não é disso que se trata, uma vez que há premissas não extraídas de regras claras do direito positivo. A ideia é que a exigência da dedução proporcione transparência "na parte criativa da aplicação do Direito: as premissas não extraídas do direito positivo aparecem explicitamente em toda sua extensão" (ALEXY, 2017a, p. 220), sendo este, quiçá, o aspecto mais importante da exigência da justificação interna. Conforme explicação proposta em pesquisa de doutorado sobre o tema:

importância da exigência da dedutibilidade lógica está em tornar obrigatória a explicitação de todas as premissas e, com isso, a própria indicação daquelas premissas que não decorrem diretamente do Direito positivado. O modelo dedutivo da completude das premissas, segundo Alexy, torna claro o que deve ser justificado e, com isso, impede a introdução como contrabando de premissas (Einschmuggeln versteckter Prämissen). Ao invés de encobrir a parte criativa da aplicação do Direito pelo juiz, a exigência dedutiva ilumina a cadeia toda trazendo às claras as premissas. Além disso, a explicitação das premissas incrementa a segurança jurídica. Por seu lado, a exigência do caráter universal das premissas serve à realização da justiça (GAVIÃO FILHO, 2010, p. 198).

Precisamente nesse sentido, reforça-se que, no âmbito teórico do autor, é essencial ficar claro na justificação interna quais premissas devem ser justificadas externamente, isto é, deve ser formulado explicitamente o que, de outra forma, ficaria escondido, o que aumenta as oportunidades de controle intersubjetivo da decisão ao aumentar a possibilidade de reconhecer e criticar erros (ALEXY, 2017a, p. 222).

⁹ Enunciado descritivo. Podemos usar como exemplo o disposto no art. 34 da Lei nº 9605/98.

¹⁰ Característica relevante. Podemos usar como exemplo a expressão "órgão competente" do art. 34 da Lei nº 9605/98.

O segundo grupo dos enunciados regulativos do discurso jurídico são regras e formas de justificação externa. Essas referem-se à justificação das premissas, que poderão ser premissas de regras de direito positivo, premissas de enunciados empíricos e premissas de reformulações de normas (ATIENZA, 2005, p. 166). Inicia-se com os dois primeiros subgrupos, que tratam sobre a justificação empírica e a interpretação.

2.1 Regras e formas da justificação empírica

Rege (6.1). Não se elaboram regras e formas especiais.

2.2 Regras e formas de interpretação

2.2.1 Formas da interpretação semântica:

(J.3.1) R' deve ser aceita como interpretação de R, com base em W_i .

(j.3.2) R' não pode ser aceita como interpretação de R, com base em W_k .

(j.3.3) é possível aceitar R' como interpretação de R e é possível não aceitar R' como interpretação de R, pois não regem nem W_i nem W_k .

2.2.2 Formas de interpretação genética:

(j.4.1) .(1) R' ($=I_w^r$) é querido pelo legislador

(2) R'

(j.4.2) .(1) Com R o legislador pretende alcançar Z

.(2) $\neg R'$ ($=I_w^r$) $\neg Z$

(3) R'

Exemplo de aplicação prática da utilização do argumento da interpretação genética no ordenamento jurídico brasileiro é trazido por Streck e Breda (2019). Os autores utilizam-se do argumento da interpretação genética alexyana para demonstrar qual a correta interpretação do art. 283 do Código de Processo Penal. O texto foi publicado no período do debate sobre a constitucionalidade ou não do dito artigo.

Ademais, se não bastasse a literalidade (melhor dizendo, o *significado convencional*) eloquente do artigo 283, a *vontade do legislador* de 2011 é inquestionável. Esse dispositivo, introduzido pela Lei 12.403/2011, teve origem em proposta elaborada por

uma Comissão de Juristas, constituída em 2000 pelo Ministério da Justiça, que se transformou no Projeto de Lei 4.208, de 2001, de iniciativa do Presidente Fernando Henrique Cardoso. Na Exposição de Motivos 00022, sustentou expressamente ‘a impossibilidade de, antes de sentença condenatória transitada em julgado, haver prisão que não seja de natureza cautelar’.

Simples e direto assim. Claro como colocar água em cima.

Já na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, o parecer aprovado textualmente afirmava que a regra

‘tem como propósito definir que toda prisão, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, terá sempre caráter cautelar. A denominada execução antecipada não se concilia com os princípios do Estado constitucional e democrático de direito’.

Simples e direto assim. Muito claro, pois.

Nessa linha, pedimos desculpas por uma certa *epistemologia do zelo* que aqui estabelecemos, em que até mesmo um autor de matriz teórica muito diferente da aqui adotada *dá razão a nossa tese e pleito*. Trata-se de uma interpretação (tão) lógica, que, com base na *Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy* (p. 229) torna-se possível até a formulação em modalização deôntica para sua análise formal.

Explica-se. Nos dois parágrafos anteriores, usamos algo chamado por Alexy de argumento genético. Ou seja: *a alegação que justifica a interpretação de uma regra com base na ‘intenção do legislador’ ou ‘vontade do legislador’.*

20. A forma é até de fácil compreensão. Vejamos. O texto do artigo 283 do Código de Processo Penal é simbolizado por R. A interpretação do texto que determina “a impossibilidade de, antes de sentença condenatória transitada em julgado, haver prisão que não seja de natureza cautelar” é representada por R’. *A intenção do legislador para com o texto, cristalina pela exposição de motivos citada, é traduzida por IRw.* A formulação completa fica expressa da seguinte maneira:

(1) R’ = IRw.

(2) R’

Traduzida:

(1) a impossibilidade de, antes de sentença condenatória transitada em julgado, haver prisão que não seja de natureza cautelar é a intenção do legislador.

(2) O artigo 283 do Código de Processo Penal deve ser interpretado de tal maneira que *impossibilite* prisões que não sejam de natureza cautelar antes da sentença condenatória transitada em julgado.

21. Um outro argumento ainda pode ser utilizado para reforçar o sustentado anteriormente. Por exemplo, podemos afirmar que o legislador adotou R, isto é, o artigo 283 do CPP, para atingir o objetivo Z, que representa a efetivação (Alexy utilizaria a otimização) da presunção de inocência. Assim, *a validade de R na interpretação IRw é necessária para efetivar o objetivo do legislador — a otimização do artigo 5º, LVII, da CF.* A formulação ficaria assim:

(1) $\neg R' (IRw) \rightarrow \neg Z$

(2) R’

Por premissas, poderíamos utilizar:

(1) OZ

(2) $\neg M \rightarrow \neg OZ$

(3) OM

O que pode ser traduzido da seguinte forma:

(1) O artigo 283 do Código de Processo Penal é, para o legislador, um meio de otimizar o direito fundamental à presunção de inocência.

(2) O artigo 283 do Código de Processo Penal deve ser interpretado de tal maneira que impossibilite prisões que não sejam de natureza cautelar antes da sentença condenatória transitada em julgado.

Por premissas, poderíamos utilizar:

- (1) É obrigatório que se otimize o direito fundamental à presunção de inocência.
- (2) A menos que se assegure a impossibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado, não se obterá a otimização do direito fundamental à presunção de inocência.
- (3) É obrigatório assegurar a impossibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado.

Ainda no mesmo grupo, Alexy propõe estruturas formais de argumentos que justifiquem certa interpretação teleológica. Nessa linha:

2.2.3 Forma fundamental da interpretação teleológica

- (j.5) .(1) OZ
 .(2) $\neg R' (=I_w^r) \rightarrow \neg Z$
 (3) R'

Tradução:

(1) OZ é um enunciado normativo objetivo, por exemplo, o direito penal é a *ultima ratio* do sistema jurídico.

(2), por sua vez, analisa como interpretar determinada regra para que seja coerente com o enunciado normativo definido. Por exemplo, a aplicação do princípio da insignificância nos delitos ambientais.

Isso depende de dois pressupostos:

- (S) .(1) OZ
 .(2) $\neg M \rightarrow \neg Z$
 .(3) OM

Assim, (1) será, por exemplo, o enunciado normativo de que o princípio da insignificância afasta a compreensão da ação como crime por mais que a conduta apresente

formalmente os elementos do tipo. (2) será um enunciado empírico, por exemplo, pescar apenas um peixe sem observar tamanho mínimo permitido do pescado com uma vara de pescar no período de Piracema sem motorização não ofende o bem jurídico tutelado meio ambiente.

Assim, R' deve ser interpretada de forma a possibilitar a aplicação do princípio da insignificância em determinados delitos ambientais.

Ainda, Alexy completa esse grupo com as seguintes regras:

2.2.4 Não se elaboram formas da interpretação comparada e sistemática.

2.2.5 Regras:

(j.6) Deve ser saturada toda forma de argumento que houver entre os cânones de interpretação.

(j.7) Os argumentos que expressam uma vinculação ao teor literal da lei ou à vontade do legislador histórico prevalecem sobre outros argumentos, a não ser que se possam apresentar motivos racionais que deem prioridade a outros argumentos.

(j.8) A determinação do peso de argumentos de diferentes formas deve ocorrer segundo regras de ponderação.

(j.9) Devem-se levar em consideração todos os argumentos possíveis que possam ser incluídos por sua forma entre os cânones da interpretação.

Nessa linha, Alexy distingue seis grupos de regras e formas de justificação externa, segundo o que elas mesmas se referem: a interpretação, a argumentação dogmática, ao uso dos precedentes, a argumentação prática geral, a argumentação empírica e a formas especiais de argumentos jurídicos (ATIENZA, 2005, p. 167). Sobre os argumentos relacionados à interpretação, Alexy distingue seis grupos, quais sejam: semântico, genético, teleológico, histórico, comparativo e sistemático, conforme já estudados. Nessa linha, Alexy identifica que há uma prevalência geral entre os argumentos semânticos e genéticos em relação aos outros argumentos. Além disso, o autor estrutura formas gerais, como visto, para os argumentos genéticos e teleológicos.

Ressalta-se a correlação entre a hierarquia dos argumentos para com a chamada teoria da dupla natureza do conceito de Direito (ALEXY, 2010). Como já se analisou, a compreensão de Direito proposta por Alexy é formada por uma dimensão ideal e por uma dimensão fática. Esta está numa relação de prevalência prima face para com aquela, ou seja, a dimensão fática

tem precedência *prima facie* sobre a dimensão ideal. A dimensão real consiste na autoridade e na eficácia social do Direito, que concretiza segurança jurídica e estabelece os procedimentos que garante a tomada de decisão e os mecanismos adequados para assegurar o seu cumprimento.

Com isso, Klatt (2016, p. 31) evidencia a relação entre os argumentos jurídicos e o conceito de direito alexyano ao assinalar que o argumento semântico se utiliza precipuamente do texto da norma, estabelecendo como os termos legais são faticamente usados. Assim, o argumento semântico não só pertence à dimensão da autoridade da lei como a sua preponderância na Teoria da Argumentação Jurídica é uma consequência da dupla natureza do conceito de direito proposto por Alexy.

O mesmo ocorre com o argumento genético. Esse também se refere à dimensão real do Direito, uma vez que ele analisa o uso empregado pela autoridade institucional responsável na legislatura original. Com efeito, é possível afirmar, com base em Klatt e Alexy, que o argumento histórico usa "fatos que se referem à história dos problemas jurídicos discutido" (ALEXY, 2017a, p. 230), fazendo referência a razões pertencentes à dimensão real do direito. Klatt (2016, p. 31) assinala que esse argumento também deve implicar, pelo menos, uma premissa normativa da dimensão ideal, contudo, isso não afasta que a sua maior associação, pelo menos na opinião de Klatt (2008 e 2016), está na dimensão fática. Com efeito, é possível perceber não só a correlação da hierarquia com a dupla natureza do Direito como também o imbricamento proposto por Klatt dos argumentos de interpretação para com as dimensões do Direito.

Ainda, Alexy oferece regras para a argumentação dogmática, que estão estruturadas no subgrupo "regras da argumentação dogmática". São elas:

2.3. Regras da argumentação dogmática

(j.10) Todo enunciado dogmático, se é posto em dúvida, deve ser fundamentado mediante o emprego, pelo menos, de um argumento prático de tipo geral.

(j.11) Todo enunciado dogmático deve enfrentar uma comprovação sistemática, tanto em sentido estrito como em sentido amplo.

(j.12) Se são possíveis argumentos dogmáticos, devem ser usados.

Para Alexy, a dogmática do Direito é uma série de enunciados que se referem à legislação e à aplicação do Direito, mas que não se pode identificar com sua descrição. Eles estão entre si numa relação de coerência mútua, formam-se e discutem dentro de uma Ciência

do Direito que funciona institucionalmente e têm conteúdo normativo (ALEXY, 2017a, p. 244). O conceito, como o próprio autor identifica, deixa diversas questões em aberto. Ademais, a complexidade da conceituação da dogmática jurídica é identificada e ressaltada pelo autor, que não a tem como objeto central da pesquisa.

Robert Alexy (2017a, p. 245-248), ainda, identifica diferentes espécies de enunciados da dogmática jurídica e os classifica em cinco espécies. A primeira refere-se a enunciados sobre conceitos jurídicos, que são enunciados que se referem à fatos institucionais e só existem se houver as regras correspondentes. A vitória no xadrez é um exemplo. A segunda é composta por enunciados sobre definições de conceitos jurídicos, que são enunciados responsáveis por teorizar os conceitos. As quatro teorias diferentes para explicar o furto *contrectatio*, *apprehensio*, *ablatio* e *illatio* são um exemplo dado pelo autor. A terceira cuida dos enunciados sobre normas implícitas, que são enunciados responsáveis por propor normas não extraídas da lei. A quarta aborda os enunciados sobre descrições e caracterizações de estados de coisas, que são enunciados sobre descrição, caracterização, produção, conservação e eliminação e prevalências entre estados de coisa que servem a normas individuais. A última, por sua vez, dispõe sobre enunciados de formulações de princípios, que não carece de maior explicação.

Nessa linha, Alexy destaca seis funções da dogmática, quais sejam: de estabilização, de progresso, de descarga, de técnica, de controle e de heurística (ALEXY, 2017a, p. 253). Nas palavras do autor, “a função de estabilização se cumpre na medida em que, com a ajuda de enunciados dogmáticos, se fixam e se fazem, portanto, reproduzíveis, determinadas soluções a questões práticas” (ALEXY, 2017a, p. 253), o que é de considerável importância em razão das amplas possibilidades discursivas. A função do progresso da dogmática está intimamente conectada com a estabilização da jurisprudência, possibilitando que, por intermédio da institucionalização da dogmática, sejam possíveis novas justificativas e soluções para as questões práticas.

De outro giro, a função de descarga está relacionada com o ônus argumentativo do intérprete, uma vez que garante, ou pelo menos auxilia a que não se discuta tudo, promovendo campos de argumentação e debate sem os limites temporais e as pressões específicas das decisões judiciais. Com isso, a jurisprudência pode-se desenvolver com maior eficiência diante da intrínseca limitação temporal ao utilizar-se dos campos já preenchidos pela dogmática.

A função técnica está relacionada com a possibilidade de apresentação simplificada, sistematizada e, acrescenta-se, mais crítica das normas jurídicas. Assim, a dogmática possibilita uma transmissão coerente, sistematizada e, em razão disso, facilitada do Direito. Ainda, há a

função de controle, que fiscaliza a consistência das decisões judiciais na prática. Por fim, a função da heurística objetiva que a dogmática seja “um ponto de partida frutífero para novas observações e relações, pois, na medida em que sintetizam o estado de compreensão alcançado nos respectivos problemas singulares e generaliza sua fecundidade, se converte também em iniciador de novos conhecimentos que não se teriam atingido e que, menos ainda teriam prevalecido, se a reflexão ficasse isolada, sem sistematização” (ALEXY, 2017a, p 257).

Além disso, Alexy oferece regras gerais para o uso dos precedentes dentro do discurso jurídico. Estas estão dispostas no subgrupo “As regras mais gerais do uso dos precedentes”, quais sejam:

2.4. As regras mais gerais do uso dos precedentes

(j.13) Quando se puder citar um precedente a favor ou contra uma decisão deve-se fazê-lo.

(j.14) Quem quiser afastar-se de um precedente, assume a carga da argumentação.

Alguns comentários precisam ser feitos sobre o papel da dogmática e o papel dos precedentes para Robert Alexy. Sobre eles, trata-se de questão essencial tanto na proposta de argumentação jurídica de Robert Alexy como na teoria e na prática do direito brasileiro. Nessa linha, Alexy destaca que “a importância, pelo menos fática, que têm todos os precedentes também no Direito europeu-continental é hoje destacada em todos os aspectos”. O fundamento para tanto é o princípio da universalidade – constituído pelo dever de tratar igualmente os iguais. Esse pode ser reconstruído de diversas maneiras como, conforme Aristóteles (1991, p. 189), tratar igualmente os iguais na medida da sua igualdade e desigualmente os desiguais na medida da sua desigualdade¹¹ ou, consoante Ronald Dworkin, no dever do Estado de ter a igual consideração e respeito por todos os que estão na sua esfera de ação ou, ainda, no princípio da universalidade de Hare (1965, p. 38-40) com a exigência da universalização das expressões descritivas, isto é, aplicar a mesma regra em todas as situações que possuam os mesmos aspectos relevantes.

A formulação de Hare é especialmente interessante para a argumentação jurídica e para o uso dos precedentes por dois motivos. O primeiro é que Alexy a utiliza como fundamento de

¹¹ Logicamente, o conceito aristotélico de igualdade deve ser reconstruído a partir de um paradigma democrático, uma vez que a sociedade grega contemporânea a Aristóteles era essencialmente desigual, estabelecendo hierarquias definidas para os diferentes cidadãos que tinham sua dignidade diferida a partir da sua posição social. Com efeito, percebe-se que o conceito de Aristóteles amplamente difundido no nosso tempo traz uma significação radicalmente distinta do utilizado na época na qual foi cunhado.

uma das regras fundamentais. O segundo é que “nunca há dois casos completamente iguais. Sempre se encontra uma diferença. O verdadeiro problema se transfere, por isso, à determinação da relevância das diferenças” (ALEXY, 2017a, p. 260).

Ademais, Alexy (2017a, p. 259) centra-se em duas considerações principais sobre o uso dos precedentes, quais sejam: o papel da observância dos precedentes do ponto de vista da teoria da argumentação jurídica e a relação dos argumentos baseados em precedentes com outros argumentos possíveis no discurso jurídico. Sobre a primeira consideração e sua relação com o princípio da universalidade, o autor faz a seguinte análise (2017a, p. 260):

é possível que um caso seja igual a outro anteriormente decidido em todas as circunstâncias relevantes, mas que, porém, se queira decidir de outra maneira porque a valoração destas circunstâncias mudou. Se se quiser seguir apenas o princípio da universalidade, seria impossível essa decisão diferente. Mas a exclusão de qualquer mudança seria então incompatível com o fato de que toda decisão formula uma pretensão de correção. Por outro lado, o cumprimento de da pretensão de correção faz parte precisamente do cumprimento do princípio da universalidade, ainda que seja somente uma condição. Condição geral é que a argumentação seja justificável. Nesta situação surge como questão de princípio a exigência do respeito aos precedentes, admitindo afastar-se deles, mas cabendo em tal caso a carga da argumentação a quem queira se afastar.

A questão é simples, apesar de difícil e conturbada aplicação prática. Isso significa, conforme análise do autor, que o uso dos precedentes concretiza o princípio da universalidade na medida em que permite igual aplicação de soluções jurídicas em casos com todas as características relevantes iguais. Contudo, isso não deve engessar sobremaneira o ordenamento jurídico, uma vez que o direito lida com um aspecto interno e essencial que é a noção de progresso. A solução, no plano teórico, é relativamente simples: o afastamento do precedente e a evolução da jurisprudência é possível desde que se assuma o correto ônus argumentativo. Tal formulação dá origem a regra j.14 vista anteriormente, que estabelece “quem quiser afastar-se de um precedente, assume a carga da argumentação”.

Ainda, Alexy visualiza algumas funções específicas na relação entre os precedentes e outros argumentos jurídicos como dogmáticos ou práticos gerais. Nessa linha, há um reforço mútuo de algumas funções dos argumentos dogmáticos na utilização dos precedentes que tem como função, por exemplo, a estabilização e o progresso do Direito assim como a descarga argumentativa dos intérpretes autorizados. Assim, Alexy entende que “o uso do precedente traz também uma contribuição à segurança jurídica e à proteção da confiança na aplicação do Direito”.

Com efeito, a ideia central comum tanto no uso dos argumentos dogmáticos como no uso dos argumentos oriundos dos precedentes é a de preencher a margem do discursivamente possível, evitando soluções mutáveis e incompatíveis que contradigam a exigência de consistência e universalidade. Isso não deve significar uma imutabilidade do Direito, mas a limitação da margem do discursivamente possível a partir da argumentação jurídica racional (ALEXY, 2017a, p. 260-262).

Por fim, Alexy elabora formas especiais de argumentos jurídicos. Tratam-se, simplesmente, de argumentos que se usam na metodologia jurídica e que, na opinião do autor, foram consagrados no discurso jurídico. Os argumentos eleitos por Alexy foram o argumento a contrário, a analogia e a redução ao absurdo. A formulação proposta cumpre o objetivo de tornar possível a compreensão da sua forma lógica e esclarecer seu conteúdo não lógico (2017, p. 264).

2.5. Formas especiais de argumentos jurídicos

2.5.1 Formas

$$(J.15) \quad \begin{aligned} &. (1) (x) (OGx \quad Fx) \\ &. (2) (x) (\neg Fx \quad \neg OGx) (1) \end{aligned}$$

(argumento a contrário)

$$(J.16) \quad \begin{aligned} &. (1) (x) (Fx \vee F \text{ sim } x \quad OGx) \\ &. (2) (x) (Hx \quad F \text{ sim } x) \\ &. (3) (x) (Hx \quad OGx) (1), (2) \end{aligned}$$

(analogia)

$$(j.17) \quad \begin{aligned} &. (1) O \neg Z \\ &. (2) R' \quad Z \\ &. (3) \neg R' \end{aligned}$$

(redução ao absurdo)

2.5.2 Regras

(j.18) As formas de argumentos jurídicos especiais devem ser saturadas.

Essas formas, mais uma vez, são representações a partir da lógica deôntica que visam demonstrar a racionalidade e a estrutura dos argumentos. Trata-se de argumentos consagrados no meio jurídico que finalizam as regras e formas de argumentos jurídicos (ALEXY, 2017a, p. 264). Com isso, conclui-se a exposição da estruturação teórica da argumentação prática e jurídica proposta por Alexy. A preocupação central foi, além de expor o formato, abordar alguns aspectos essenciais que fundamentam e que subjazem à estrutura.

Nesse sentido, é óbvio que a saturação completa de todas as regras e todas as formas é inacessível à racionalidade humana, uma vez que a estruturação aponta para um ideal. A sua função prática é, na realidade, a de servir como um norte que, apenas por aproximação, pode limitar a prática forense. Com isso, contudo, não ocorre uma deslegitimação da teoria. Ocorre, na realidade, precisamente o contrário.

É a partir da aproximação e da compreensão do ideal que se pode otimizar a estrutura apresentada pelo autor, usando-o como parâmetro de verificação e controle da racionalidade das decisões judiciais. Acredita-se, assim, que esta é a melhor interpretação da aplicabilidade da Teoria da Argumentação Jurídica. Nesse sentido, permite-se reduzir os espaços do discursivamente possível, criando obrigações e limites reais para a fundamentação judicial.

Noutra perspectiva, Alexy evidencia a relação entre o discurso prático racional e o discurso jurídico, o que é ressaltada em quatro aspectos principais, quais sejam: a necessidade do discurso jurídico em virtude da natureza do discurso prático geral, a coincidência parcial da pretensão de correção, a coincidência estrutural das regras e das formas do discurso jurídico com o discurso prático e a necessidade de argumentação prática no âmbito da argumentação jurídica. Os quatro aspectos gravitam em torno da limitação promovida pela argumentação racional, pois, no âmbito teórico dessa parte, a racionalidade apenas é atingida caso se cumpram critérios específicos como a pretensão de correção e a estrutura das regras e das formas tanto no discurso prático como no discurso jurídico. Estes dois aspectos – a pretensão de correção e a estrutura dos discursos – já foram examinados anteriormente.

Nessa linha, dois pontos ainda precisam ser examinados em razão do presente objeto de pesquisa. Eles são a necessidade do discurso jurídico e os limites do resultado do discurso.

A necessidade do discurso jurídico surge diante da limitação do discurso prático geral e do amplo espectro de decisões possíveis. Nas sociedades modernas, os problemas práticos são objetos de diversos desacordos morais e discordâncias sociais. É perceptível que, na prática, o debate prático geral apresenta um amplo grau de indeterminação para questões como aborto,

permissão das drogas, desigualdade de gênero, cotas raciais, sistema penitenciário, democracia, eleições entre diversos outros.

Nesse sentido, Lenio Streck e Gilberto Morbach (2019, p. 257-258) não só constataam que “vivemos em uma sociedade de desacordos, que vivemos em um tempo no qual não parece haver qualquer critério último capaz de resolver o debate do ponto de vista argumentativo”, mas também, com base em MacIntyre, denunciam um estado de desordem na linguagem moral. A crítica de Streck, de Morbach e de MacIntyre evolui para criticar perspectivas emotivistas, mesma corrente criticada pela teoria da argumentação moral de Alexy (2017a). Contudo, para a presente pesquisa, ressaltamos que os três autores - Streck, Morbach e Alexy, dessa vez – ressaltam “a importância de uma instância capaz de promover, senão o acordo, ao menos uma resposta que solucione o conflito, politicamente falando” (STRECK; MORBACH, 2019, p. 265), que será o Direito.

Para Alexy, o discurso jurídico faz-se necessário em razão da debilidade desse discurso prático racional. Essa fragilidade está relacionada com múltiplos fatores e três deles merecem destaque. O discurso prático racional e as regras propostas por Alexy não definem as premissas normativas do debate. Essas são originadas pelas convicções dos participantes e são passíveis de alteração, razões pelas quais os desacordos podem parecer intermináveis. Essa característica não é compartilhada com o jogo de linguagem específico do direito, que precisa partir de premissas normativas especiais dadas pelo próprio ordenamento jurídico.

Nesse sentido, também as premissas do debate no âmbito do processo judicial dependem, pelo menos parcialmente, da responsabilidade dos participantes do discurso jurídico, o que já foi objeto de pesquisa. Contudo, é inegável que o jogo de linguagem específico do Direito ocorre a partir de premissas normativas (também) dadas pelo ordenamento jurídico específico. Mais ainda, essas premissas são inafastáveis sob pena de transformarem o próprio discurso em algo ilegítimo. Exemplos dessas premissas são o contraditório, a igualdade e a presunção de inocência.

Ademais, as etapas da argumentação do discurso prático racional não estão claramente fixadas, o que, para Alexy, é uma debilidade. Ainda, algumas regras do discurso prático são cumpridas apenas de forma aproximada e, com elas, reforça-se a possibilidade de que não se alcance acordo ou consenso.

Diante dessas debilidades, há uma margem demasiadamente ampla de resultados discursivamente possíveis que não se adequam às expectativas de um Estado Democrático de Direito, razão pela qual exsurge a necessidade de um procedimento que limite o campo do

possível discursivamente da maneira mais racional possível quando se lida com a necessidade de decisões – principalmente no âmbito do Estado. Alexy utiliza como exemplo disso as normas jurídicas elaboradas mediante os princípios da maioria e da representação (ALEXY, 2017a, p. 272).

Com elas, o autor entende que é possível diminuir o espaço de desacordo e de indeterminação. A política na sua interface com o Direito, numa democracia é, justamente, a grande arena primária responsável por resolver os desacordos da sociedade a partir de regras de jogo pré-estabelecidas e claras. É assim, pois não há necessidade de um consenso absoluto sobre juízos morais. Ocorre, inclusive, precisamente o contrário no Estado contemporâneo. Os dissensos morais e os debates que dele decorrem persistem, mas a política, por intermédio dos Poderes Políticos por excelência, terá legitimidade para estabelecer as regras do jogo, ou seja, as normas do ordenamento jurídico que darão clareza, segurança e estabilidade para o convívio social – mesmo que segmentos sociais concordem ou discordem de normas específicas. Isso é perceptível a partir de um exemplo.

Caso se trate sobre a correção moral do aborto em caso de gravidez indesejada, o espectro de decisões e argumentos discursivamente possíveis é altíssimo. Contudo, um Estado Democrático, por intermédio de decisões vinculantes baseadas no princípio da maioria e da representação, pode apresentar soluções. Se a correção moral é dúbia, podemos afirmar com certo grau de segurança que o aborto necessário, compreendido como aquele que é único meio de salvar a vida da gestante, é permitido na República Federativa do Brasil, conforme art. 128, I, do Código Penal, e que o aborto em virtude de uma gravidez indesejada é proibido, conforme art. 124 do Código Penal. Essa restrição do resultado produzida pela institucionalização do espectro de respostas possíveis demonstra o argumento da necessidade do discurso jurídico levantado por Alexy. A qualidade do jurídico vem da instância responsável por aplicar e fiscalizar as regras do jogo, ou seja, a sua institucionalização/criação ocorre preponderantemente pelas instâncias políticas-representativas por excelência – Executivo e Legislativo – e a sua aplicação ocorre pela instância contra majoritária, ou seja, o Judiciário.

Entretanto, os desacordos não são privilégio exclusivo do discurso prático racional. Também o Direito estará sujeito a desacordos, uma vez que não apenas se legisla, mas se aplica o Direito e, com isso, surgem novas perguntas (STRECK, MORBACH, 2019, p. 266): qual é a resposta adequada para determinado problema jurídico? Qual é a fundamentação correta? Existe limite para a atuação judicial? Qual o ônus argumentativo de cada participante desse jogo de linguagem específico? Quais argumentos se pode utilizar?

É evidente que as decisões oriundas da democracia representativa não solucionam todos os problemas. A partir dessas normas e da possibilidade de decisões oriundas delas, Alexy identifica quatro razões principais para a indeterminação das decisões jurídicas. Em outras palavras, quatro motivos de destaques que, apesar do refinamento oferecido pela limitação do material legislativo, continuam a criar indeterminação no âmbito decisório.

Essas razões são a vagueza da linguagem do Direito (KELSEN, 2009, p. 386; HART, 2001, p. 137-149; STRECK, 2008, p. 169), a possibilidade de conflitos normativos, a possibilidade de casos que exigem uma regulação jurídica inexistente nas normas vigentes e a possibilidade de decidir em casos especiais contra a literalidade da norma. Nessa linha, com o objetivo de preencher o campo de indeterminação que surge da argumentação prática racional e da linguagem legislativa, faz-se necessária a teoria da argumentação jurídica. Nas palavras de Alexy (2017a, p. 272): “mostra-se racional a introdução de formas e regras especiais da argumentação jurídica, sua institucionalização como Ciência do Direito e sua inclusão no contexto dos precedentes”. Com isso, limita-se ainda mais a área de incerteza deixada pelas normas, refinando a área do possível discursivamente.

Sobre os limites da teoria do discurso jurídico, Alexy identifica que não há uma segurança definitiva de todos os resultados. Nessa linha, ele assinala que “para quem só está disposto a aceitar como teoria da argumentação jurídica racional um procedimento que garanta a segurança do resultado, a teoria aqui proposta mostra-se rejeitável” (ALEXY, 2017a, p. 276). Isso ocorre, pois a proposta de argumentação jurídica diminui, mas não elimina todas as debilidades do discurso, isto é, a margem de resultados possíveis. A decisão jurídica limita-se a uma racionalidade possível, isto é, os resultados jurídicos não são passíveis de uma demonstrabilidade exata como aquela das ciências naturais, razão pela qual se afasta uma pretensão de exatidão absoluta (HESSE, 1998, p. 69).

Essa margem de resultados possíveis faz parte da essência do Direito e, além disso, a pretensão de certeza absoluta não pode ser cumprida pelo Direito, o que não afasta a sua racionalidade ou seu caráter científico. Dworkin acompanha Alexy nesse ponto com as teses do mundo de valor e do mundo da natureza (MELLO; MOTTA, 2017).

Para Alexy, “não é a produção de segurança (no sentido de garantia absoluta da resposta) o que constitui o caráter racional da Ciência do Direito, mas o cumprimento de uma série de condições, critérios ou regras” (2017a, p. 276). Destarte, Alexy não só identifica que o caráter da racionalidade do direito não vem do exagero da noção de segurança, mas do cumprimento de certos critérios, o que reforça a noção do direito ser, acima de tudo, uma obrigação de meio

e não de resultado. Mais que isso, o autor tenta identificar e propor quais são os (problemáticos) critérios aptos a pressuporem e estruturarem a argumentação jurídica racional.

Nessa linha, a compreensão do correto e do verdadeiro, do ponto de vista jurídico, depende da correspondência da discussão jurídica às regras e formas propostas. Alexy (2017, p. 277a) assinala que “se uma discussão corresponde a essas regras e formas, o resultado alcançado pode ser designado como ‘correto’. As regras e formas do discurso jurídico constituem por isso um critério de correção para as decisões jurídicas”.

A identificação da estrutura formal e procedimental da teoria da argumentação jurídica traz duas consequências - que já foram apontadas, mas merecem destaque -, quais sejam: não haverá uma eliminação da incerteza ou da margem do discursivamente possível e as decisões inseridas nessa margem possuem um caráter provisório, ou seja, elas podem ser refutadas futuramente. Aquela consequência será mais bem explicada. Esta, por sua vez, é da própria essência do Direito, uma vez que o Direito deve “possibilitar o vencimento da multiplicidade de situações problemáticas que se transformam historicamente”, e o seu conteúdo deve ficar essencialmente aberto para o tempo (HESSE, 1998, p. 40).

Com efeito, o valor da proposta da teoria da argumentação jurídica “não se limita à explicação do conceito de argumentação jurídica racional e à sua função como critério de correção hipotético” (ALEXY, 2017a, p. 277), mas também à constituição de “um critério para a análise das limitações necessárias na busca da decisão jurídica” (ALEXY, 2017a, p. 277). Assim, o autor oferece, a partir de estruturas formais e procedimentais, critérios para a racionalidade de processos de decisão e para a racionalidade das decisões produzidas neles (ALEXY, 2017a, p. 278) com o discurso jurídico.

O discurso jurídico é um caso do discurso prático geral, isto é assim, pois, segundo Alexy (2017a, p. 548), a fundamentação jurídica sempre diz respeito a questões práticas sobre o que é obrigatório, permitido ou proibido. Ele é um caso especial, pois a sua argumentação está submetida a uma série de condições restritivas que são, em resumo, à vinculação às leis, aos precedentes e à dogmática. Essas restrições não garantem qualquer segurança absoluta de resultado, portanto, o intérprete deve lidar com uma certa margem de decisões discursivamente possíveis como já vimos. Os critérios da argumentação jurídica e os critérios subsidiários da argumentação prática geral funcionam para minimizar a margem, mas a sua eliminação está acima da racionalidade humana (PULIDO, 2005), o que não fragiliza a importância da teoria. A estruturação da teoria, na essência, trabalha com estruturas formais e procedimentais que diminuem a margem pelas regras e formas de argumentação. Assim, poder-se-ia dizer que os

critérios tratam, essencialmente, de obrigações de meio e não de resultado, possibilitando a racionalidade e o controle racional das decisões judiciais (ALEXY, 2017b, p. 548), o que aumenta a possibilidade de limitação dos desacordos e das indeterminações supramencionadas.

Alexy entende que as recentes discussões no campo da Ética, da filosofia da linguagem e das teorias da argumentação demonstram que, embora não seja possível uma teoria moral substancial que forneça uma única resposta com certeza intersubjetiva conclusiva a cada questão moral, são possíveis teorias morais procedimentais, que elaborem as regras e as condições da argumentação e da decisão racional prática como a teoria do discurso prático racional (que foi proposta pelo autor) (ALEXY, 2017b, p. 549). O preço a se pagar, como já afirmado, é a ausência de uma garantia do resultado.

Assim, é um aspecto inegável das teorias procedimentais que elas sejam compatíveis com resultados variados, isto é, a margem do discursivamente possível. (ALEXY, 2017b, p. 549). Essa deficiência pode ser sanada na associação da teoria moral com a teoria do direito a partir de um modelo procedimental de quatro níveis, quais sejam: 1) discurso prático geral; 2) processo legislativo; 3) discurso jurídico; 4) processo judicial (ALEXY, 2017b, p. 550). Gavião Filho (2010) e Ludwig (2013, p. 219) comentam a teoria alexyana no mesmo sentido.

Esse sistema procedimental de quatro níveis confere maior poder explicativo para os resultados finais na perspectiva de sua racionalidade, por mais diversificadas que sejam as possibilidades inicialmente postas. Ademais, ele desvela a trajetória de concretização crescente das proposições normativas, acentuando a necessidade da teoria do direito e do Estado. Assim, explicam-se os níveis.

O primeiro nível refere-se ao discurso prático geral. Ele estabelece um sistema de regras que funciona como uma espécie de código geral da razão prática. Trata-se, essencialmente, de um sistema que possibilita a argumentação. Esse sistema, como já ressaltado, não conduz a apenas um resultado em cada caso, o que o torna insuficiente para solucionar a diversidade dos conflitos sociais.

Nessa linha, faz-se necessário um procedimento de segundo nível – o processo legislativo. Ele é um “sistema de regras que, diante das alternativas fáticas possíveis, garante um grau significativo de racionalidade prática e que, nesse sentido, é passível de fundamentação no âmbito do primeiro procedimento” (ALEXY, 2017b, p. 550). Trata-se, essencialmente, de um sistema que possibilita decisões sociais vinculantes. Também esse sistema não consegue determinar previamente uma única solução para os diversos conflitos sociais, o que, apesar de diminuir a margem de resultados possíveis, também o torna insuficiente. Apesar de Alexy

denominar de processo legislativo, ele não se limita ao Congresso Nacional, por exemplo. Trata-se de um espaço mais amplo, que se adequa perfeitamente à própria arena política nacional. É nesse procedimento de segundo nível que se extrapola de uma discussão moral e alcança-se o terreno político próprio de formação de gabinete, construção de coalizões e, também, de produção de atos normativos dos mais diversos níveis.

Há uma diferença substancial entre os dois níveis que deve ser ressaltada, qual seja: o politicamente desejado não é necessariamente o moralmente correto. Como exemplo, pode-se imaginar o perfil de um parlamentar que ocupa o cargo de Deputado Federal. No seu cálculo político de aprovação da Lei X, inserem-se análises como necessidade de atender as bases políticas do seu estado de origem, a orientação do partido político ao qual faz parte, as promessas feitas em campanha, a sua orientação ideológica e sua inserção enquanto oposição ou governo além de diversas outras. Isso não significa que o discurso prático racional não limita aspectos do processo legislativo ou da própria arena política, porque ele o faz. A irracionalidade de um discurso político ou de uma exposição de motivos de ato normativo tem o condão de torná-los ilegítimos. Contudo, isso significa que esse âmbito discursivo não se preocupa simplesmente com a melhor resposta possível num sentido de correção moral. Há, inegavelmente, custos mais pragmáticos próprios da política – adequadamente compreendida, a partir de Bismark, como a arte do possível.

De outro giro, o discurso jurídico, procedimento de terceiro nível, possibilita um âmbito de argumentação como o do primeiro nível restringido pelas decisões do procedimento de segundo nível. Isso significa dizer que se trata de um âmbito argumentativo racional, que se submete ao código geral da razão prática, vinculado às leis, aos precedentes e à dogmática. Assim, há uma ainda maior diminuição da margem de resultado para os diversos conflitos sociais. Contudo, a incerteza ainda não é eliminada, razão pela qual exsurge a necessidade de um quarto procedimento, institucionalizado em sentido estrito, que é o processo judicial.

O procedimento de quarto nível, o processo judicial, é um espaço decisório argumentativo, ou seja, um espaço não só de argumentação, mas também de decisão. Nessa linha, Alexy (2017b, p. 551) explica que:

os resultados desse procedimento são racionais se suas regras e sua execução satisfizerem os requisitos dos primeiros três procedimentos. O fato de as questões valorativas deixadas em aberto pelo material normativo existente serem, no processo judicial, objeto não apenas da argumentação, mas também da decisão, não implica uma renúncia à racionalidade. Em primeiro lugar, porque essas questões valorativas podem ser decididas com base em uma argumentação prática racional, o que confere

à decisão um caráter racional mesmo que mais de uma decisão seja possível nos termos das regras da argumentação prática racional.

Ponto essencial é identificar, mais uma vez, a considerável redução da margem de resultados discursivamente possíveis a partir do refinamento procedimental dos quatro níveis. Com isso, entende-se que a expectativa do autor é chegar numa margem aceitável de indeterminação no âmbito da decisão dos conflitos sociais. Ainda mais importante que isso, trata-se de uma indeterminação passível de racionalidade, controle e crítica.

Justamente essa compreensão de se tratar de um procedimento de meio racional e sujeito ao controle e a crítica é que apresenta mais um elemento de maior controle e segurança da racionalidade e da correção das decisões autoritativas que visam solucionar os desacordos morais. Para deixar mais claro, aqui percebe-se que a proposta argumentativa de Alexy incorpora o *judicial review*, visto que a instância final – própria dos dois últimos procedimentos, o terceiro e o quarto – é jurídica. Destarte, para Alexy, a última palavra sobre controvérsias sociais, interpretação jurídica, o que inclui as leis e a constituição, será própria do Judiciário.

Contudo, a autoridade do Judiciário enquanto instância final – visto que própria do último procedimento – não pode significar discricionariedade. Há, na essência, uma vinculação da autoridade às regras do jogo – e da argumentação -, que estará sujeita à análise e ao crivo da doutrina. Com efeito, há um alinhamento entre o espaço e o papel da doutrina para Alexy com o conceito do constrangimento epistemológico da Crítica Hermenêutica do Direito.

Para ilustrar esse papel da doutrina enquanto responsável por elaborar constrangimentos epistemológicos, Streck afirmará que equivale a realizar “censuras significativas”, no sentido de se poder distinguir, por intermédio da construção de uma crítica fundamentada, boas e más decisões (Numa perspectiva alexyana, decisões mais ou menos racionais; numa perspectiva própria da CHD, decisões constitucionalmente corretas das incorretas). Isso significa, na essência, que as “decisões de última instância” e do último procedimento também podem – e devem – ser objeto de críticas, e não meramente acatadas a partir de um discurso de autoridade (STRECK, 2017).

O constrangimento epistemológico, portanto, funciona como mecanismo de controle do poder discricionário. Nas palavras de Streck, somente o constrangimento epistêmico pode derrotar a subjetividade particularista, problemática que no Direito assume uma importância ímpar (STRECK, 2017).

O enfrentamento, aqui, é contraposição a teorias não-cognitivistas – corrente que nega a possibilidade do controle intersubjetivo da argumentação moral e jurídica. Esse embate é

compartilhado pela Crítica Hermenêutica do Direito e pela teoria alexyana. A síntese pode ser dada, mais uma vez, por Streck no reconhecimento do dever da doutrina jurídica de doutrinar. Por fim, trata-se de reconhecer que o último procedimento defendido por Alexy ainda está sujeito à crítica, que implica um papel prescritivo da doutrina jurídica – justamente como tanto Alexy como Streck defendem. Com efeito, resta absolutamente acertada a conclusão de Streck: “O Direito não é aquilo que o intérprete quer que ele seja, e, portanto, não é aquilo que o tribunal, no seu conjunto ou na individualidade de seus componentes, diz que é” (STRECK, 2017). Para que tal conclusão tenha efeitos práticos, é necessário que a última instância decisória no último procedimento responsável por apaziguar os desacordos morais esteja – sempre – sujeita à crítica racional, o que significa que até mesmo a decisão dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário pode e deve estar sujeita a constrangimentos epistemológicos.

2.5 A DECISÃO JUDICIAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E NO DISCURSO SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS:

Na análise do discurso jurídico que envolve questões de direitos fundamentais, Alexy entende que há uma fragilidade em relação ao discurso jurídico ordinário em razão da menor – dependendo dos casos, completa ausência de - vinculação a um importante fator de determinação para a argumentação jurídica geral, qual seja: a lei. Essa, no discurso jurídico comum, geralmente costuma apresentar disposições menos abstratas e, portanto, menos dependentes de construções argumentativas extensas e com menor margem de resultados discursivamente possíveis.

Diversos autores percebem o mesmo problema, Hesse, por exemplo, assinala que a interpretação constitucional tem importância decisiva no âmbito do Direito Constitucional, uma vez que os problemas de interpretação nascem mais frequentemente do que em âmbitos jurídicos em razão da abertura e da amplitude da Constituição (HESSE, 1998, p. 54). Zagrebelsky também percebe a impossibilidade de uma atribuição inequívoca de sentido à Constituição em razão da sua amplitude (ZAGREBELSKY, 2008, p. 166 e 167).

Com isso, no âmbito da argumentação constitucional, ingressa-se em debates sobre disposições de direitos fundamentais que podem ser extremamente abstratas, abertas e

ideologizadas¹². Na medida em que a Constituição dispõe não só sobre direitos fundamentais, mas também sobre a relação entre os Poderes constituídos e destes com os cidadãos, é natural que a sua interpretação não se desprenda de uma ineliminável pressão ideológica e política (MENDES; BRANCO, 2018, p. 79). Então, “a questão é saber o que isso significa para a controlabilidade racional da decisão no âmbito dos direitos fundamentais” (ALEXY, 2017b, p. 551). A solução dessa questão é essencial, pois o fato de as disposições constitucionais serem abstratas, abertas e carregadas ideologicamente pode colocar a utilidade dos argumentos e dos critérios de justificação das decisões constitucionais tanto em dúvida como no centro da crítica pública. “Para responder essa pergunta, é recomendável distinguir entre a base e o processo de argumentação nesse âmbito” (ALEXY, 2017b, p. 551).

A argumentação no âmbito dos direitos fundamentais, na mesma linha da argumentação jurídica geral, pode ser identificada pelos termos lei, precedente e dogmática. Nessa linha, a correlação sobre a lei entre o discurso jurídico no âmbito do processo judicial comum e o discurso jurídico no âmbito de disputas constitucionais pode ser identificada com a vinculação da argumentação ao texto das disposições constitucionais e, segundo Alexy, à vontade do legislador constituinte. Trata-se, em essência, das formas de interpretação semântica e genética já estudadas, uma vez que também a interpretação constitucional se resolve argumentativamente, conforme as regras da teoria do discurso.

Contudo, no âmbito das disputas constitucionais, a força e a extensão da vinculação da argumentação constitucional a argumentos semânticos e genéticos é limitada, em razão da abertura das disposições de direitos fundamentais e de uma certa limitação e fragmentação da história da gênese da constituição. Além disso, trata-se de uma vinculação relativizada e fragilizada, uma vez que esses argumentos, semânticos e genéticos, frequentemente não conseguem forçar o resultado por eles requeridos (ALEXY, 2017b, p. 552).

¹² Deve-se assinalar que a realidade da Constituição alemã, âmbito no qual Alexy escreve, é distinta da brasileira, uma vez que a Constituição Federal pátria optou por uma estruturação mais analítica na disposição de direitos e garantias fundamentais por todo o texto constitucional, isto é, seja no catálogo do art. 5º como ao longo de toda Carta Magna. Entretanto, o maior detalhamento feito pela Constituição pátria não significa que os debates constitucionais brasileiros não sejam controvertidos e detenham uma ampla margem de resultados discursivamente possíveis. Nessa mesma linha, assinala Ludwig (2013, p. 29), para quem o caráter analítico da Carta fundamental brasileira “não excluir a amplitude do campo de associação de normas de direitos fundamental, haja vista o universo de possíveis situações a que se aplicam”. De outro giro, para um estudo que sustenta uma relação de causa e efeito entre a clareza do texto constitucional e menores divergências interpretativas, indica-se Melton, Elkins e Ginsburg (2012).

Eles não só podem ser superados por outros argumentos como eles demandam argumentos correlatos que o reforcem. Para Alexy (2017b, p. 552), “isso faz com que fique claro que, no âmbito dos direitos fundamentais, a interpretação semântica e a interpretação genética, isoladamente consideradas, são absolutamente insuficientes para vincular a argumentação”. Isso não significa que elas em nada contribuem para essa vinculação, mas que se exige uma análise mais detalhada da possibilidade de controle racional. Isso potencialmente significará que um maior número de passos e de premissas adicionais será necessário para a justificação racional da decisão judicial.

Para isso, Alexy analisa tanto a vinculação à lei na interpretação semântica e genética como aos precedentes no âmbito de decisões de direitos fundamentais (2017b, p. 552-559). Nessa linha, ele afirma:

embora a extensão e a força da vinculação “à lei” na argumentação no âmbito dos direitos fundamentais sejam limitadas, elas existem. Isso não contradiz a teoria dos princípios. Como já foi demonstrado, as normas de direitos fundamentais têm duplo caráter, como regras e princípios. Na medida em que o legislador constituinte tenha tomado decisões na forma de regras, elas são vinculantes, a não ser que seja possível introduzir razões constitucionais suficientes contra essa vinculação (ALEXY, 2017b, p. 554).

Segundo o autor, isso é demonstrado pela própria prática decisória continuada do Tribunal Constitucional Federal, que conduz a pontos fixos para a argumentação no âmbito dos direitos fundamentais (ALEXY, 2017b, p. 558), que, frequentemente, estão baseadas na vinculação com o texto constitucional. Não há dúvida que o texto constitucional limita.

Hesse (1998, p. 77) explica que “os limites da interpretação constitucional estão lá onde não existe estabelecimento obrigatório da Constituição, onde terminam as possibilidades de uma compreensão conveniente do texto da norma ou onde uma resolução iria entrar em contradição unívoca com o texto da norma”. Com efeito, a argumentação jurídica constitucional encontra limite insuperável na Constituição escrita, não podendo o intérprete romper com a Constituição (STRECK, 2014a, p. 344-358).

Assim, para a argumentação jurídica constitucional, que parte do primado do texto, é o texto limite insuperável de sua atividade. A amplitude das possibilidades de compreensão do texto delimita o campo de suas possibilidades discursivas, desempenhando o intérprete, então, um papel limitado (HESSE, 1998, p. 78).

Aqui, Friedrich Muller já assinalava o necessário cuidado, no momento da interpretação, com o texto, pois eles sempre podem revidar. Contudo, a insuficiência do texto constitucional

é ainda mais flagrante que a do material legislativo comum, uma vez que ele apresenta um mais elevado grau de abstração – uma característica reduzida no texto constitucional brasileiro, mas, indubitavelmente, ainda presente. Tal ponto, apesar de óbvio, demanda alternativas de vinculação para uma maior estabilidade, o que é fornecido pela vinculação aos precedentes.

Nesse sentido, Alexy (2001) diz que se reuníssemos todas as regras de decisão do Tribunal Constitucional Federal, seria possível obter uma rede de normas relativamente abrangente e densa. Cada nova decisão contribui para a uma maior densidade. A crítica ao excesso de vinculação aos precedentes pode ser refutada por dois pontos, quais sejam: o primeiro é pela existência do *distinguishing* e do *overruling*. A outra pela existência de princípios. Destacamos a segunda. Segundo esse argumento, os princípios mantêm sua vigência por trás do sistema de regras de decisão.

O ponto é - a partir de uma função de descarga promovida, também, pelos precedentes – o sistema de regras de decisão é utilizado em casos que tenham identidade de aspectos relevantes, mantendo a vigência dos princípios e suas relações de precedência num plano implícito. Em outras palavras, os princípios não exigem uma decisão distinta da regra da decisão consolidada e densa nos casos simples. Ademais, esse fato não afasta os princípios, uma vez que a regra de decisão já consolidada é fundamentada por princípios que atuaram nos casos passados.

A reprodução da regra de decisão submete-se à prévia justificativa numa função de descarga, isto é, diante da limitação temporal, utiliza-se dos bons argumentos principiológicos utilizados num caso passado com todos os aspectos relevantes iguais. “Isso explica por que, com o envelhecer da jurisprudência constitucional, o recurso à ordem de valores fica cada vez mais raro. Mas isso não significa que os princípios percam sua vigência” (ALEXY 2017b, p. 558), uma vez que tão “logo surja uma dúvida, eles logo voltam à tona, e podem desenvolver sua força modificadora e superadora de regras” (ALEXY 2017b, p. 558).

“Contudo, isso implica, ao mesmo tempo, que o grau de segurança produzido pelos precedentes é limitado” (ALEXY, 2017b, p. 559). Isso ocorre não só pela essência justificatória desses precedentes como pelo comum uso de fórmulas abertas usadas pelas Cortes Constitucionais. Uma das críticas feitas por Alexy ao Tribunal Constitucional Federal alemão é facilmente transportada para a suprema corte brasileira, que consiste na seguinte:

Além disso, o grau de segurança é também diminuído em razão das inúmeras e extremamente abertas fórmulas utilizadas pelo Tribunal Constitucional Federal. Diante de muitas delas é possível falar em um não-fortalecimento fortalecido por meio

de precedentes. Exemplos paradigmáticos são a máxima da proporcionalidade, a proibição de arbítrio e a fórmula da natureza humana. Elas significam que, no que diz respeito à vinculação a precedentes, a argumentação no âmbito dos direitos fundamentais é não apenas algo aberto em um sentido negativo, em razão dos limites de toda vinculação a precedentes, mas também algo que é mantido aberto em um sentido positivo (ALEXY, 2017b, p. 559).

Nesse sentido, entende-se que também a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem uma considerável atuação em prol de fórmulas excessivamente abertas e, em determinados julgados, não passíveis de racionalidade. Contudo, esse ponto será aprofundado posteriormente.

De outro giro, a contínua criação de um sistema de regras de decisão promove um progresso razoavelmente estável de exclusão de possibilidades, isto é, de eliminação de resultados do discursivamente possível para o discursivamente necessário ou proibido em virtude das regras de decisões constituídas pelos procedimentos justificatórios baseados em princípios.

Contudo, esse sistema não elimina a abertura interpretativa dos princípios, consoante defende Alexy. Nas palavras do autor “de outro lado, decidiu-se também que o sistema de normas de direitos fundamentais é um sistema aberto em face das exigências dos princípios” (ALEXY, 2017b, p. 559). Nesse sentido, os precedentes, embora concretizem certa segurança na argumentação, não bastam para o controle racional da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais.

Esses elementos, em conjunto, direcionam para uma necessidade que, numa análise superficial primária, poderia ter sido refutada, mas agora se faz necessária: uma certa teoria de moralidade pública substancial. Nas palavras de Alexy, “a abertura do texto e de sua gênese (da constituição) que faz com que seja necessária uma teoria material dos direitos fundamentais” (2017b, p. 567). Mas, se isso é assim, então, não se pode esperar que “apenas do texto e de sua gênese seja possível derivar uma teoria que elimine essa abertura” (ALEXY, 2017b, p. 567).

Destarte, Alexy pretende traçar as bases para uma teoria material dos direitos fundamentais no direito alemão. Ao responder as críticas de Bockenforde sobre qual seria essa (correta) teoria material de direitos fundamentais, Alexy reafirma, na senda do já exposto, o compromisso com a racionalidade humana e, portanto, o afastamento de uma pretensão de universalização de únicas respostas corretas intersubjetivamente controláveis. O factível é, portanto, “uma ordem flexível por meio de precedências *prima facie*” (ALEXY, 2017b, p. 569).

Com isso, Alexy argumenta por uma teoria material dos direitos fundamentais que aborde uma precedência *prima facie* dos princípios da liberdade jurídica e da igualdade jurídica.

Isso significa que se percebe uma carga de argumentação a favor desses princípios de pronto e que eventual limitação deles necessitará do desenvolvimento de argumentos justificatórios. Ainda, o autor assinala que “a precedência *prima facie* do princípio da liberdade jurídica coincide em grande medida com a presunção básica da liberdade do Tribunal Constitucional Federal” (ALEXY, 2017b, p. 569).

Entretanto, uma ressalva precisa ser feita: não se pode esperar muito de uma teoria material dos direitos fundamentais. O ponto é, basicamente, recordar a impossibilidade de uma teoria que garantisse uma única resposta correta e intersubjetivamente controlável para todo e qualquer caso – o que não significa renunciar à tese das respostas corretas ou da pretensão de correção.

O autor afirma que “não se pode exigir dela (teoria material dos direitos fundamentais) mais que a estruturação, no maior grau de racionalidade possível, da argumentação de forma substancialmente aceitável” (ALEXY, 2017b, p. 573). Essas características, no entanto, podem ser satisfeitas por uma teoria dos direitos fundamentais que estruture o conjunto de princípios de direitos fundamentais e que os organize em uma ordem flexível a partir de relações de prevalência *prima facie* a favor dos princípios de liberdade jurídica e da igualdade jurídica como a proposta por Alexy (2017b).

Alexy assinala que “em todos os casos minimamente problemáticos são necessárias valorações que não são dedutíveis diretamente do material normativo preexistente. Assim, a racionalidade do discurso jurídico depende em grande medida de se saber se e em que medida essas valorações adicionais são passíveis de um controle racional” (2017b, p. 548).

Com efeito, as reflexões de Alexy sobre o discurso jurídico e sobre as bases do discurso constitucional e dos direitos fundamentais estão voltadas para a controlabilidade racional das decisões. Como já visto, há um constante refinamento da indeterminação e da margem do discursivamente possível desde o discurso prático racional geral até o discurso jurídico no âmbito do processo, o que é feito pelo modelo supramencionado de quatro níveis.

No âmbito constitucional, o resultado encontrado é que a base teórica oferecida pelo autor possibilita racionalidade limitada, uma vez que a extensão e a força do controle são moderadas. Com isso, uma lacuna permanece, o que pode ser preenchido com um específico discurso de direitos fundamentais. Aqui, há um imbricamento entre a teoria moral essencialmente procedimental e uma teoria moral substancial (fraca) baseada nos direitos fundamentais.

Para Alexy, o discurso de direitos fundamentais é um procedimento argumentativo que tem como objetivo atingir resultados constitucionalmente corretos. O discurso de direitos fundamentais compartilha uma racionalidade limitada como o discurso jurídico e o discurso prático geral, o que é ilustrada pela insegurança quanto aos resultados das decisões. Assim, a abertura do sistema é inevitável. O possível, e importante, é a qualificação dessa abertura.

Não se trata de uma abertura ao decisionismo ou à arbitrariedade. Alexy sustenta que a “base aqui apresentada fornece à argumentação no âmbito dos direitos fundamentais uma certa estabilidade” (ALEXY, 2017b, p. 573), o que possibilita uma racionalidade estruturada. Contudo, essa racionalidade estruturada precisa de decisões dotadas de autoridade. O autor - fundamentado numa perspectiva histórica compartilhada pela ciência política e pela ciência do direito, que, apesar de não unanime, é um dos pilares bem sedimentados das democracias constitucionais – aposta na jurisdição constitucional como alternativa para essa autoridade, uma vez que as maiorias parlamentares não deveriam exercer, nesse ponto, o seu próprio autocontrole. Com isso, o autor reforça a necessidade de que esse discurso tenha, como âmbito de decisão final, as cortes constitucionais.

“O fato de um tribunal constitucional não apenas argumentar, mas também decidir, nada tem de irracional. De forma geral, vale a ideia de que a razão prática pode ser realizada apenas no âmbito de um sistema jurídico que vincula, de forma racional, argumentação e decisão” (ALEXY, 2017b, p. 574). Com isso, Alexy conclui que a institucionalização de uma jurisdição constitucional cujas decisões sejam passíveis e carentes de fundamentação e crítica em um discurso racional no âmbito dos direitos fundamentais é algo inteiramente racional e, portanto, desejável. E, aqui, começa o problema.

Para bem compreender o problema da jurisdição constitucional na República Federativa do Brasil, uma contextualização faz-se necessária. Para tanto, abordar-se-ão algumas características teóricas importantes na compreensão da democracia representativa, da separação de poderes e do conflito entre a produção do material legislativo via poder político representativo e a proteção dos direitos fundamentais pela jurisdição constitucional via corte constitucional. O primeiro ponto a ser tratado será da compreensão de comunidade política e da noção de democracia.

Alexy parte de uma compreensão moderna da sociedade política. Isso significa que, para o autor, a premissa essencial é de que o indivíduo atua como soberano que entra em acordo com outros indivíduos igualmente soberanos para criar a sociedade política. Trata-se de reverência à tradição dos contratualistas (HOBBS, 1909, p. 71; ROUSSEAU, 1999, p. 20-22; LOCKE,

1832, p. 146-158); Trata-se de uma concepção *ex parte populi* do Estado, o que é acompanhada por diversos autores.

Essa concepção é a hegemônica nas democracias constitucionais contemporâneas e pode ser facilmente identificável desde as declarações americanas¹³ e francesas de direitos¹⁴ - assim como as repúblicas brasileira e alemã ao mencionar o poder do povo. Ambas as declarações determinam expressamente que o governo é para o indivíduo, e não o indivíduo para o governo. A importância desse ponto para a correta compreensão da função essencial dos ordenamentos jurídicos modernos e do Estado de Direito é basilar, uma vez que ela visa subordinar o Estado ao respeito de direitos básicos elencados pelo povo.

Nesse sistema, há uma relação intrínseca entre a democracia e os direitos fundamentais que remonta desde a origem histórica do fenômeno democrático. Alexy parte de um modelo de democracia constitucional contemporânea. O autor entende que a democracia deliberativa é uma exigência do discurso e o meio adequado para concretizar as promessas democrático-constitucionais, uma vez que, nela, “o plano dos interesses e do poder é coberto por um plano dos argumentos, na qual todos os participantes lutam por uma solução política correta” (ALEXY, 2015, p. 35). Nessa linha, o autor refere-se a uma democracia constitucional contemporânea e madura apta a garantir, não só uma perspectiva liberal, mas um autêntico princípio democrático. É ilustrativo, e um reforço argumentativo, desse ponto que a Teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy possui dois pontos de prevalência *prima facie* entre os direitos fundamentais, que são o princípio da liberdade jurídica e o princípio da igualdade jurídica. Além disso, também é sintomático que o autor possui uma visão ampla da liberdade, o que pode ser ilustrado pela seguinte passagem (ALEXY, 2017b, p. 379):

¹³ O preâmbulo provavelmente é a maior demonstração dessa compreensão: *All men are born free and equal, in dignity and in rights, and, being endowed by nature with reason and conscience, they should conduct themselves as brothers one to another. The fulfillment of duty by each individual is a prerequisite to the rights of all. Rights and duties are interrelated in every social and political activity of man. While rights exalt individual liberty, duties express the dignity of that liberty.* Tradução livre: Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos e, como são dotados pela natureza de razão e consciência, devem proceder fraternalmente uns para com os outros. O cumprimento do dever de cada um é exigência do direito de todos. Direitos e deveres integram-se correlativamente em toda a atividade social e política do homem. Se os direitos exaltam a liberdade individual, os deveres exprimem a dignidade dessa liberdade.

¹⁴ Tal determinação está enraizada em diversos artigos da declaração francesa dos direitos do homem e do cidadão de 1789, talvez, com maior força no *article II: le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme.* Tradução livre: artigo 2º: O fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem.

É trivial assinalar que um estado global de liberdade, que nada mais é que o Estado correto ou justo da sociedade, não se resume à simples maximização da liberdade negativa, no sentido de uma ausência de deveres e proibições. Sem a liberdade contra intervenções da parte de sujeitos de direitos de mesma hierarquia, sem as competências jurídicas para participar da formação da vontade coletiva, sem um certo grau de inexistência de situações de privação econômica e também se as ações de participação na comunidade política, baseadas ao mesmo tempo nas próprias convicções e na responsabilidade, não é possível haver um estado global de liberdade.

Nesse sentido, percebe-se dois pilares estruturais da concepção Alexyana, que é a regra da maioria enquanto procedimento elementar da democracia e o respeito aos direitos fundamentais como limite ao poder e necessidade do âmbito discursivo. A necessidade do direito e, mais especificamente, dos direitos fundamentais como limitação ao poder está justificada por um amplo rol de argumentos, que remontam às quatro instancias procedimentais já trabalhadas.

Para evitar tautologia desnecessária, pode-se fazer o seguinte raciocínio: as discussões sobre os direitos humanos, a organização social, a comunidade política e os desacordos morais não podem durar para sempre sob o risco de pôr em perigo a própria realização da dignidade humana e dos direitos humanos. Assim, devem ser criadas instâncias autorizadas a tomar decisões coletivas vinculantes. O Estado, portanto, é necessário tanto como instância de imposição como de decisão apta a concretizar a dignidade da pessoa humana e os direitos humanos. A realização dos direitos e da dignidade, a proteção de atos de violência, a concretização de um mínimo existencial às pessoas dependem, intimamente, de garantias e não de ações espontâneas (ALEXY, 2015, p. 49). Para essa construção ter eficiência, há uma evidente necessidade de institucionalização e vinculação dos Poderes Estatais. Isso significa que os direitos fundamentais vinculam todos os poderes estatais, inclusive o legislador, que, tanto na Alemanha como no Brasil, sofre um controle judicial e, portanto, é judicializável.

Nesse ponto, essa relação apresenta duas características: uma que constitui uma aparente contradição e outra de complementação. Alexy relaciona-as com duas funções dos direitos fundamentais. A aparente contradição é a função antidemocrática e a complementação é a função democrática.

Para ficar mais claro, Alexy (2015a, p. 53) analisa duas funções aparentemente contraditórias dos direitos fundamentais, quais sejam: uma função antidemocrática e outra função democrática. Tal tensionamento é identificado, também, por diversos outros autores. A título de exemplo, cita-se Canotilho (2003, p. 290).

Para Alexy (2015a, p. 53), os direitos fundamentais são democráticos, porque eles, com a garantia dos direitos de liberdade e igualdade, asseguram o desenvolvimento e a existência de pessoas que, no fundo, são capazes de manter o processo democrático com vida. Isso ocorre porque eles asseguram as condições fundamentais do processo democrático com a garantia de participação no debate democrático mediante um catálogo de direitos fundamentais, da mesma forma que defendido por Bobbio. Ou seja, os direitos fundamentais serão os responsáveis por estabelecer a igualdade dos cidadãos a qual permitirá a efetiva contribuição de cada um no processo democrático, o que acabará, na concepção de Alexy (2015a, p. 53), por auxiliar na legitimação da estrutura de domínio na qual o poder político está assentado.

Já o caráter não democrático dos direitos fundamentais que Alexy (2015a) defende é o papel de proteção da minoria contra a maioria, ou seja, eles desconfiam do processo democrático e limitam-no. Assim, com a vinculação também do legislador, os direitos fundamentais subtraem poderes de decisão da maioria parlamentarmente legitimada. Exemplifica-se com algo que ocorre em muitos Estados, inclusive no Brasil: a oposição perde alguma disputa política no processo democrático e obtém, depois, uma vitória diante do tribunal constitucional. No sistema pátrio, é visível que importantes partidos políticos brasileiros que não têm grande bancada no legislativo capaz de aprovar reformas ou emendas constitucionais participam de maneira ampla do jogo político por intermédio de ações constitucionais.

Observa-se que a contradição entre as funções dos direitos fundamentais é meramente aparente (ALEXY, 2010, p. 178), visto que a democracia substancial exige a preservação e proteção dos direitos fundamentais, e eles não são, logicamente, antidemocráticos. Trata-se de artifício linguístico para demonstrar a relação de tensão que eles podem ter com o poder estatal.

Esse tensionamento é absolutamente importante, visto que a relação e o espaço de decisão da instância política e da instância jurídica-constitucional é fluído a depender de circunstâncias históricas, sociais, normativas, políticas e democráticas. Não só perceber esse tensionamento, mas as suas diversas possibilidades de graduações são de interesse destacado para o desenvolvimento posterior da pesquisa.

Retornando, cumpre afirmar que a necessária dinâmica dialética entre os direitos fundamentais e a democracia expressa-se de diversas maneiras. Mais concretamente: ao pressupor a participação igual dos cidadãos, a democracia entrelaça-se com os direitos subjetivos dos cidadãos que formarão um processo democrático substancial e formal. Ademais, os direitos de liberdade criam um espaço pessoal que funciona como garantia contra o exercício do poder antidemocrático, e, numa concepção legitimadora, eles autorizam o domínio

democrático, assegurando o exercício da democracia mediante a exigência de garantias de organização e de processos com transparência. Ou seja, os direitos fundamentais funcionam também como forma de direcionamento do poder estatal para os fins legítimos insculpidos na constituição.

A garantia contra o poder estatal é a defesa dos direitos fundamentais, a qual consiste na proteção da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado. Algo essencialmente relacionado com a concretização da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais como razão legitimadora da existência do Estado. A regra da maioria não exclui, mas antes respeita o pensamento alternativo, assentando-se politicamente num relativismo pragmático.

Destarte, trata-se de um conceito predominantemente procedimental da democracia com um claro limite substancial de proteção de direitos que, apesar de estar aberto a uma grande quantidade de conteúdos, é, conforme adverte Bobbio (1997a, p. 5), muito exigente no respeito às instituições e às regras, e essa é a vantagem desse método. Observa-se que são as regras formais da democracia que introduziram na sociedade antiga as técnicas de convivência destinadas a resolver os conflitos sociais sem o recurso à violência, mas ao debate (BOBBIO, 1997a, p. 39).

Apenas onde as referidas regras são respeitadas, o adversário deixa de ser um inimigo que precisa ser eliminado e passa a ser um opositor que amanhã pode ocupar o nosso lugar, é que temos uma democracia constitucional autêntica e, como defende Alexy, uma democracia deliberativa.

As bases da democracia reconduzem-se aos princípios da igualdade democrática e autodeterminação. Por sua vez, esses princípios estarão dentro dos direitos de igualdade e liberdade, que são as bases da teoria discursiva, a qual irá reconduzir para a democracia. Ainda, essas bases da teoria discursiva, orientadoras da democracia, também ocupam a posição de princípios de maior estatura na Teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy com as relações *prima facie* dos princípios de liberdade jurídica e igualdade jurídica. Observa-se aqui a aproximação à concepção comunitária de democracia defendida por Dworkin, apesar de desenvolvida por argumentos diferentes (MOTTA, 2014, p. 70-71).

Nessa lógica, se a liberdade de participação é igual e determinará o que valerá para todos, exige-se a concordância da maioria. Assim, os indivíduos livres e iguais possibilitam, através do voto livre e igual, a adoção de um método político de decisão que, pelo menos,

beneficia uma legitimidade quantitativa majoritária respeitadora – ou, pelo menos, limitada por – (d)os direitos fundamentais.

2.6 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E POLÍTICA:

A estruturação da democracia moderna, a institucionalização dos direitos fundamentais e a própria proposta teórica até aqui estudada têm por finalidade o controle do poder político, o que acompanha as bases do constitucionalismo moderno e contemporâneo, consoante defendido por Streck (2017b), – pelo menos no seu sentido autêntico (STRECK, 2017b, p. 67-69). “O constitucionalismo pode ser concebido como um movimento teórico jurídico-político em que se busca limitar o exercício do poder a partir da concepção de mecanismos aptos a gerar e garantir o exercício da cidadania” (STRECK, 2017a, p. 37).

Nesse sentido, a limitação do poder estatal é objetivo central e comum tanto aos ideais constitucionais como democráticos. Os Federalistas ensinam que o aspecto central da constituição de qualquer governo – o que, na essência, se tratou até aqui - é estabelecer as formas de controle dos governantes pelos governados, os seus limites e como obrigá-los a controlar-se a si mesmos (HAMILTON; JAY; MADISON, 1864). O próprio papel institucional do Direito, conforme visto, é a limitação de poder de forma a possibilitar o convívio cidadão.

Já vimos, também, as vantagens que o discurso jurídico promove assim como a fundamentabilidade da institucionalização de direitos e sua racionalidade limitada. Contudo, ainda se sustenta um ônus argumentativo sobre qual a autoridade legitimada para tanto. Nesse ponto, desvelam-se os argumentos que suportam a alocação da jurisdição constitucional na suprema corte a partir da tradição americana – inspiração para os modelos constitucionais brasileiros – e a diferenciação substancial entre a política, própria do procedimento de nível dois, e o discurso jurídico, próprio dos procedimentos de níveis três e quatro. Para a primeira parte, recorre-se aos federalistas. Para a segunda, para a Crítica Hermenêutica do Direito.

A resposta para o abuso do poder estatal que os citados autores propõem, no contexto americano, passa, basicamente, pela criação de um sistema cujo funcionamento, a partir das relações mútuas entre suas diversas partes constituintes (HAMILTON; JAY; MADISON, 1864, p. 349), seja um meio de manter cada autoridade em seu devido lugar (BURNS; MARKMAN, 1987, p. 582). Percebe-se, no paradigma constitucional estadunidense, um aperfeiçoamento das

teorias de separação de poderes de Aristóteles, John Locke e Charles de Montesquieu, para lidar com grandes volumes populacionais e com o sistema democrático moderno.

Esse sistema de freios e contrapesos possui diversos pressupostos, como o controle de constitucionalidade, direitos fundamentais, competências constitucionais instrumentalizadas como barreiras contra monopólios de poder, processos de fiscalização política e a harmonia entre os poderes. A base desses pressupostos é a fragmentação do poder político, consistindo em dar àqueles que administram cada um dos poderes os meios constitucionais necessários e os motivos pessoais para resistir à invasão dos outros (HAMILTON; JAY; MADISON, 1864).

Nesse contexto, a jurisdição constitucional ocupa destaque, como bem sintetizado por Madison ao explicar a razão do controle de constitucionalidade ser de competência do Judiciário:

Há alguma perplexidade em relação ao direito dos tribunais de declarar nulos os atos do legislativos, porque, contrariamente à ideia da constituição, surgiu uma imaginação da doutrina que isso implicaria uma superioridade do judiciário ao poder legislativo [...] Não há posição que dependa de princípios mais claro que todo ato de uma autoridade delegada, contrário ao teor da delegação sob a qual é exercido, será nulo. Nenhum ato legislativo, portanto, contrário à constituição, pode ser válido. Negar isso seria afirmar que o deputado é maior que seu representado; que o servo está acima de seu senhor; que os representantes do povo são superiores ao próprio povo; que os homens, agindo em virtude de poderes, podem fazer não apenas o que seus poderes não autorizam, mas o que eles proíbem¹⁵ (HAMILTON; JAY; MADISON, 1864, p. 577).

A exigência de obediência ao Direito representa, portanto, o verdadeiro fechamento do sistema, na medida em que sua autoridade funciona como verdadeiro limite contra monopólios autoritários de poder e, conseqüentemente, contra arbitrariedades (MORBACH, 2020, p. 214-218). Trata-se do conceito mais básico do *rule of law*, qual seja: de que o ordenamento jurídico-constitucional servirá para limitar o poder.

Essa ideia já foi bem sintetizada por Lenio Streck (2017a, p. 201) na passagem em que destacou a necessidade de “se compreender que hoje estamos sob o império de uma legalidade

¹⁵ No original: Some perplexity respecting the right of the courts to pronounce legislative acts void, because contrary to the constitution, has arisen from an imagination that the doctrine would imply a superiority of the judiciary to the legislative power (...) There is no position which depends on clearer principles, than that every act of a delegated authority, contrary to the tenor of the commission under which it is exercised, is void. No legislative act, therefore, contrary to the constitution, can be valid. To deny this, would be to affirm, that the deputy is greater than his principal; that the servant is above his master; that the representatives of the people are superior to the people themselves; that men, acting by virtue of powers, may do not only what their powers do not authorize, but what they forbid.

constituída a partir dos princípios constitucionais que marcam a história institucional do Direito desde seu núcleo basilar”. Nesse sentido, percebemos a exigência da adequação da manifestação do poder político a mecanismos de limitação previamente estipulados pelo ordenamento jurídico, que vão desde a disposição de autoridades legítimas para diferentes âmbitos de decisão (seja política ou jurídica) até a necessária correlação entre o conteúdo da decisão com o exigido pelo Direito.

A ideia central é que a concentração de poderes nos diferentes departamentos estatais, aliada ao amplo controle de constitucionalidade, acaba por funcionar como um limite de dois níveis contra autoritarismos. Em um primeiro momento, impede-se o acúmulo desproporcional de poder, noutro instante, a autoridade jurídica impõe que todas as ações estatais estejam em conformidade constitucional. A ideia importantíssima segue a máxima de John Locke (1980, p. 102): “onde se encerra o direito inicia-se a tirania¹⁶”.

Pois nesse contexto de limitação de poder entra a teoria dos espaços dogmáticos de Robert Alexy e os princípios formais. Ambos os elementos teóricos da mais abrangente teoria discursiva de Alexy (2015a) que visam justamente criar mecanismos de limitação de poder do primeiro nível supramencionado.

O centro da teoria do autor alemão, no entanto, não está nos Poderes Legislativo e Executivo. Isso porque, no período contemporâneo, o foco do poder a ser controlado mudou. Se com os Federalistas a preocupação era controlar o Poder Legislativo e se com o Estado Social o foco voltou-se ao Poder Executivo, a inquietação contemporânea é para com o Poder Judiciário (TASSINARI, 2012, p. 20). Se o controle dos dois Poderes Políticos ocorria com a ideia de uma constituição limitada¹⁷, o controle do Judiciário ocorre com a limitação das possibilidades de controles judiciais¹⁸ de constitucionalidade a partir de uma Teoria da Decisão, consoante sustentado por Lenio Streck.

Os Federalistas sempre consideraram o Poder Judiciário como o poder mais fraco entre os três (HAMILTON, JAY, MADISON, 1864, p. 576). Nesse contexto, definiram como papel

¹⁶ No original: Wherever law ends, tyranny begins.

¹⁷ A ideia de constituição limitada defendida pelos Federalistas consistia "numa que contém certas exceções especificadas à autoridade legislativa; tais como, por exemplo, que não seja aprovado nenhum projeto de lei, nenhuma lei ex post facto e similares. · Limitações desse tipo não podem ser preservadas na prática de outra maneira senão por meio dos tribunais de justiça; cujo dever deve ser declarar nulos todos os atos contrários ao teor manifesto da constituição. Sem isso, todas as reservas de direitos ou privilégios particulares não valeriam nada" (HAMILTON, JAY, MADISON, 1864, p. 576).

¹⁸ No sentido de próprio do Judiciário e não no sentido de próprio do Direito.

institucional do Poder Judiciário a jurisdição constitucional e a proteção da autoridade do Direito. Naturalmente que o fizeram sem qualquer negação à autoridade maior do povo. Trata-se, na realidade, de concluir que a competência do Judiciário para controlar os atos do legislativo tendo como paradigma a Constituição “não supõe uma superioridade do poder judicial ao poder legislativo; apenas supõe que o poder do povo seja superior a ambos”¹⁹ (HAMILTON, JAY, MADISON, 1864. p. 578).

Contudo, a experiência moderna demonstrou que o foco de preocupação foi adequadamente transferido para o – antes inofensivo – Poder Judiciário. A razão já era sabida pelos Federalistas, qual seja: para o Judiciário manter-se como o defensor das liberdades é essencial que não haja qualquer mescla com o Poder Legislativo ou o Poder Executivo. Justamente a defesa das liberdades, se não limitada, gera o criticado problema do ativismo judicial²⁰. Em outras palavras, a questão é como assegurar, no Estado contemporâneo, que o amplíssimo controle de constitucionalidade não permita ao Judiciário invadir os outros poderes²¹.

Para isso, o ponto primevo é reconhecer a competência do Poder Judiciário e, mais precisamente, da Suprema Corte, para a realização do controle de constitucionalidade. Os argumentos de Robert Alexy e dos Federalistas para se chegar a essa conclusão, apesar de diferentes, são complementares.

Madison (HAMILTON, JAY, MADISON, 1864) explica que a razão para tanto é a necessidade de um poder apto a controlar a atividade legislativa como forma de garantir que o representante do povo não se sobreponha ao próprio povo que o representa. Para tanto, é imperativo que a Constituição constitua topo normativo de qualquer material legislativo, que será nulo caso a confronto. Alexy, (2015a, p. 155-165) mantendo essa premissa, completa-a

¹⁹ No original: “the conclusion by any means suppose a superiority of the judicial to the legislative power, It only supposes that the power of the people is superior to both”.

²⁰ Nessa pesquisa, o ativismo judicial será conceitualmente compreendido a partir da Crítica Hermenêutica do Direito. Como ponto de partida para a compreensão, é importante a lição de Streck que explica como o ativismo judicial decorre de comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais, como se fosse possível uma linguagem privada, construída à margem da linguagem pública jurídica (STRECK, p. 724, 2016). Para o necessário aprofundamento, indica-se artigo sobre a temática (STRECK, 2016) e o Dicionário de Hermenêutica (STRECK, 2020b).

²¹ Nessa parte inicial, teremos como premissa que a função de exercer o controle de constitucionalidade substantivo é, de maneira legítima, do Poder Judiciário. Para pesquisas que debatam essa premissa, indica-se: ELY, John Hart. *Democracy and distrust: A theory of judicial review*. Cambridge and London: Harvard University Press, 1980.

com o argumento da representação argumentativa: se os parlamentares detêm a representação política do cidadão, os juízes desempenham a representação discursiva da população.

Desse marco teórico se depreende que, se todo o poder emana do povo e em seu nome deve ser exercido, tanto os juízes quanto os legisladores são, em algum grau, representantes do povo. A representação, contudo, ocorre de maneira distinta, visto que o parlamento representa politicamente, enquanto o tribunal constitucional representa argumentativamente (ALEXY, 2015b, p. 135). Nessa senda, não falta legitimidade para os juízes controlarem intervenções em direitos fundamentais, pois tanto a ação legislativa como a judiciária encontra resguardo e legitimação nas instituições democráticas e, de forma mais finalística, na *dêmos kratía* (poder do povo).

O papel dessa representação argumentativa é evitar que as majorias se imponham em detrimento de princípios constitucionais fundamentais. É um risco da representação parlamentar que as majorias adotem, eventualmente, condutas ameaçadoras aos direitos das minorias.

Nesse sentido, quando o Tribunal Constitucional se dirige contra uma decisão inconstitucional, ele não se dirige contra o povo, mas, em nome do povo, contra seus representantes políticos (ALEXY, 2015a, p. 54). Há uma característica idealista nesse raciocínio, na medida em que ele, por um lado, faz valer negativamente que o processo político fracassou segundo critérios jurídico-fundamentais e, por outro, pressupõe que os cidadãos aprovariam os argumentos do tribunal se eles aceitassem um discurso jurídico-constitucional racional (ALEXY, 2015a, p. 54). Além disso, Alexy (2015a, p. 53) também sustentará que o amplo debate tem a capacidade de aprimorar e aperfeiçoar as decisões judiciais, aproximando as discussões reais da sociedade e do Judiciário ao discurso ideal já analisado.

Aqui, cumpre esclarecer que se trata, em certa medida, de uma aceitação ideal de que os argumentos expostos são racionais e corretos com o ordenamento jurídico-constitucional posto (ALEXY, 2015b, p. 135). O ponto central desse argumento, pode-se arriscar afirmar, seria aceito pelos Federalistas, que já sopesavam a necessidade de que o controle de constitucionalidade fosse feito por meio de um juízo eminentemente técnico e não político (HAMILTON, JAY, MADISON, 1864, p. 583-585).

Convém ressaltar, no entanto, que a atribuição de uma representação argumentativa à função jurisdicional exercida no juízo de controle de constitucionalidade, amparada em Alexy (2015a, p. 53) e nos Federalistas, não significa que a Corte Constitucional deva decidir de acordo com o desejo da população, ou que a decisão deva representar o anseio popular, mas

sim que, mediante uma decisão fundamentada, abre-se espaço para que a sociedade entre no debate jurídico sobre as decisões, exercendo uma função de controle e participando do próprio processo decisório. A representação argumentativa exercida pelo Tribunal é, então, um reflexo da democracia. Entendemos que esse é o ponto central do sistema, compartilhado tanto pelos Federalistas como por Alexy e adotado na República Federativa brasileira.

Nesse sentido, ressalta-se a função contramajoritária do Poder Judiciário, visto que ela se pautará no exigido pelo ordenamento jurídico, independentemente dos desejos da maioria da população. Não se quer dizer que a função jurisdicional não pode resolver casos conforme a sociedade ache justo, mas sim que a vontade da maioria não pode determinar como se dará a função jurisdicional, uma vez que ela tem caráter de efetiva proteção dos direitos e de limitação do poder estatal.

Essa limitação será direcionada às manifestações de poder da maioria representada pelo legislador. Com efeito, exige-se que os órgãos da justiça contribuam para a atuação e concretização do ordenamento jurídico constitucional.

Com isso, a guarda da Constituição fica a cargo do Tribunal Constitucional, incumbindo à jurisdição constitucional a proteção dos direitos fundamentais contra os erros das decisões políticas majoritariamente estabelecidas do legislador. Nesse caminho, o discurso jurídico constitucional racional promove a representação do povo, possibilitando o amplo debate da população e da sociedade também nas questões jurídicas constitucionais, protegendo também as minorias num processo de proteção da Constituição e das regras democráticas.

O conceito de representação argumentativa alexyano (2015a, 2017b) significa que democracia não se reduz apenas à decisão – procedimento centrado na eleição e na regra da maioria –, mas se manifesta também na argumentação. A democracia é deliberativa porque argumentativa. Assim, a democracia deliberativa é uma tentativa de institucionalizar o discurso como meio de tomada de decisão política. Nesse giro, Alexy afirmará que a representação do povo pelo legislador é, simultaneamente, decisionista e argumentativa. A representação do povo pela jurisdição constitucional é puramente argumentativa (ALEXY, 2017b).

Importante papel a ser investigado é a posição de fronteira entre o político e o jurídico exercida pela Corte Constitucional. Isso, pois a representação argumentativa apenas se concretiza de forma autêntica se for *jurídica*. Tal ponto descansa implícito na Teoria dos Princípios de Alexy, visto que, apesar de explicar a forma diversa pela qual a representação é exercida pelos Poder Políticos e Jurídico, não enfrenta substancialmente a diferença entre os argumentos próprios da política e do Direito.

Numa perspectiva mais ampla da formulação teórica de Alexy sobre a Teoria da Argumentação Jurídica, os seus critérios de correção são preponderantemente procedimentais, deixando de lado um aspecto fundamental que se refere à legitimidade de quais espécies de argumentos podem ser usadas em cada âmbito do discurso. Importante ressaltar: a palavra discurso remete à proposta de procedimentos em níveis que perpassam pelos debates moral, político e jurídico.

Antecipa-se, ainda, que tal ponto não nega que a Corte Constitucional brasileira é um órgão político. Afinal, Canotilho (1993, p. 765) acertadamente sustenta que “à jurisdição constitucional atribui-se também um papel político-jurídico, conformador da vida constitucional, chegando alguns sectores da doutrina a assinalar-lhe uma função de conformação política em tudo semelhante à desenvolvida pelos órgãos de direção política”. Neste sentido é que muitas decisões do Tribunal Constitucional acabam por ter efetiva força política, visto que cabe ao Supremo Tribunal resolver, em última instância, questões constitucionais controvertidas no panorama político brasileiro.

Na essência, o Tribunal Supremo enfrentará casos complexos que dividem opiniões éticas, políticas e jurídicas. O permanente desafio é decidir as questões de moralidade pública com fundamento exclusivo na interpretação racional do ordenamento jurídico-constitucional. Nesse processo, é a Constituição fundamento normativo primeiro e supremo. Se assim é, há um ônus argumentativo do Supremo Tribunal Federal de tanto resolver o caso a partir de critérios jurídico-constitucionais como de demonstrar efetivamente que utilizou a correta fundamentação jurídico-constitucional na sua decisão.

Diante disso, percebe-se que a característica de papel político-jurídico não se desenvolve da mesma forma que a dos órgãos de direção política, já que as decisões judiciais sempre devem ser extraídas do ordenamento jurídico de forma racionalmente fundamentada. Assim, Alexy (2015a, p. 25) afirma que os critérios de controle de decisões políticas e decisões jurídicas são diferentes, porque as decisões políticas, por exemplo aquelas advindas do legislador, têm um maior espaço substancial de discricionariedade (ALEXY, 2014, p. 519), visto que o próprio ordenamento prevê estes espaços de atuação discricionários do legislador, o que não ocorre com as decisões judiciais.

Dessa forma, refuta-se a hipótese de que a jurisdição constitucional, pelo menos na forma compreendida pelo presente marco teórico, teria um papel de conformação política, pois ele se insere na dogmática dos espaços e é exclusivo dos órgãos político-representativos, que são os que detêm discricionariedade para decisões políticas. Contudo, só essa constatação não

basta. É necessário ir além para delinear, também, uma diferenciação substancial, a partir da Crítica Hermenêutica do Direito, das espécies argumentativas próprias de cada âmbito do discurso e de cada representação.

Nesse ponto, espera-se restar claro que a política e o Direito, apesar de intimamente conectados, são âmbitos de discursos distintos. Ademais, por serem âmbitos diferentes de representação, uma instituição não poderá usurpar o âmbito da outra. Em outras palavras, a representação política é própria dos Poderes Majoritários, o que conforma o seu âmbito de atuação e fundamentação; no mesmo sentido, a representação argumentativa é própria do Poder Judiciário, o que limita a sua atuação e vincula sua fundamentação. Justamente por isso, é que a diferença entre eles ilumina a própria razão de existir do último. Afinal, é a sua distinção que coloca o direito como conformador do poder político, impossibilitando o seu exercício arbitrário (STRECK, 2011, p. 74). Como por diversas vezes afirmado, o Direito limita o exercício de poder e, dentro desse, controla o poder político. Esse controle cuida dos excessos da política, ou seja, daquilo que pode ser considerada sua distorção. Para tal controle se efetivar, é essencial que os argumentos de cada poder fiquem dentro do seu próprio âmbito de discurso e representação, como uma forma de construção de legitimidade da decisão.

Para tanto, essencial avançar na diferenciação entre o Direito e a política. Tassinari, de forma sistemática, propõe uma síntese em quatro níveis sobre ela. Os níveis correspondem aos seus objetos, temporalidade, manifestações e objetivos. Ela afirma:

na forma de síntese, que: a. o objeto da política são as pretensões/os desejos da sociedade, ao passo que o do direito é a vontade política institucionalizada; b. política é dinâmica, movimento, transformação e incertezas; direito é estática, voltado a garantir estabilidades; c. a política manifesta-se discricionariamente, faz suas escolhas sem que produzam retrocessos à sociedade; o direito decide vinculado ao que já foi instituído; e d. a política objetiva traduzir as demandas sociais na forma de direitos; o direito objetiva assegurá-los. (TASSINARI, 2016, p. 175).

Se fosse necessário eleger um ponto central de diferenciação, na linha da Crítica Hermenêutica do Direito, arrisca-se a afirmar que é a discricionariade. Como já ilustrado por Tassinari (2016): caso imaginássemos dois grandes reinos, sendo um próprio do Direito e outro próprio da Política, a discricionariade seria o muro de contenção que os separa, construído ainda dentro das cercanias da política. Os critérios de decisão já trabalhados aqui e os que ainda serão abordados são os tijolos que compõem o referido muro de contenção.

A permissibilidade de argumentos discricionários no reino da política em contraposição à sua proibição no Direito é a marca maior de distinção (DWORKIN, 1969). Nesse sentido,

explica-se que “o ato discricionário não está relacionado somente à inexistência de construção de justificativas, mas especialmente à análise do seu conteúdo; não se diz discricionário apenas aquele que não apresenta razões – para a decisão judicial, é necessário que sejam demonstradas as raízes jurídicas de seu fundamento” (TASSINARI, 2016, p. 199). Sendo assim, a construção teórica apresentada até aqui, apesar de erguer pilares centrais de sustentação para a figurada parede de contenção, ainda tem falhas, visto que falta apresentar substancialmente quais argumentos devem fazer parte dos critérios procedimentais estruturados na Teoria da Argumentação Jurídica e, de forma mais completa, na própria Teoria dos Princípios.

Avançando, assim, com a diferenciação das espécies de argumentos a partir da Crítica Hermenêutica do Direito, aborda-se a diferença entre argumentos de princípios (próprios do discurso jurídico) e argumentos de política (próprios do discurso político). Aqui, apresenta-se proposta justamente dessa separação a partir de dois diálogos platônicos – Apologia e Críton.

Os diálogos narram duas passagens da vida de Sócrates. Na essência, os argumentos utilizados por Sócrates são estruturalmente distintos diante de cada uma das passagens, que oportunizam arenas para debates racionais. Em Apologia, o filósofo grego precisa enfrentar um autêntico debate público numa dimensão – no caso do *rule of law* grego (TAMANAH, p. 7 a 14) – política. Ele apresenta uma postura combativa e utiliza fortes argumentos em prol do convencimento para vencer o debate público. Os argumentos trazidos adotam certo viés consequencialista e pragmático e vão desde a apresentação de contradições nas imputações, má-compreensão dos conceitos e até desavenças morais – tudo numa tentativa preocupada em direcionar a opinião pública (PLATO, 1979).

Em Críton, o filósofo grego lida com uma decisão jurídica tomada pela autoridade legitimamente competente para tanto (PLATO, 2010). Sócrates apresenta-se conformado. Apesar de consciente do equívoco resultante da opinião pública, na medida em que a decisão se consolidou como jurídica, a opinião pública não importava mais. A postura de Sócrates, em Críton, ilustra um autêntico respeito ao Direito.

Os diálogos platônicos demonstram que há espaços de discurso diferentes. Há um próprio do debate político e outro do discurso jurídico. Cada âmbito comporta um determinado espaço (distinto) do discursivamente aceito e possível, conforme já abordado acima. Mas não só. Esse espaço é preenchido por tipos de argumentos específicos, como Sócrates demonstrou na prática, podendo esses serem compreendidos como argumentos de princípios e de política.

Nesse sentido, numa perspectiva Dworkiniana, é possível afirmar que argumentos de princípio são “argumentos em favor de um direito” e “argumentos de política são argumentos

em favor de algum objetivo de cariz coletivo, geralmente relacionado ao bem comum (noutras palavras: os princípios são proposições que prescrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos)” (MOTTA, 2009, p. 173). Dworkin (2000, p. 101) percebe que há espaços específicos – assim como os supramencionados - que delimitam a possibilidade de utilização de certos argumentos e certas posturas a depender de qual campo estivermos analisando, seja ele um discurso político ou um discurso jurídico.

A adequação do discurso ao seu campo específico legitima a própria decisão e a autoridade. Dito de outra maneira, há de se compreender que existem argumentos e posturas válidos dentro do debate político e argumentos e posturas válidos no debate jurídico e, nesse sentido, a própria legitimidade da autoridade, seja ela jurídica ou política, depende da conformação da postura com os limites desse espaço (STRECK, 2011, p. 76 a 92).

Destarte, a autoridade do Direito depende da acomodação dos seus sujeitos aos limites argumentativos de cada um desses espaços – com Wittgenstein, pode-se falar em jogos de linguagem distintos. Esses jogos de linguagem possuem algumas regras e critérios procedimentais próprios, consoante já trabalhado com apoio em Alexy, mas, também, possuem argumentos substanciais que os legitimam. A tentativa de exceder tais critérios e regras fragiliza o âmbito no qual eles se inserem e, de forma ainda mais grave, deslegitima a própria decisão e a autoridade do Poder em questão.

Destarte, é possível compreender um argumento de princípio como um argumento substancial, de raiz jurídica, próprio do discurso do Direito, que veicule uma vontade jurídico institucionalizada, compreendida em sentido amplo, a favor de um Direito. De outro giro, o argumento de política será aquele que é dotado de um amplo espaço de discricionariedade em prol da devida atenção às múltiplas demandas sociais, sendo marcado, essencialmente, pela dinamicidade, incerteza e pela movimentação das relações políticas – especialmente as brasileiras que são estruturalmente instáveis -, de tal forma que ele normalmente está associado a uma ideia de bem comum que concretize algum objetivo – normalmente de algum grupo.

Por fim, é possível correlacionar proposta de explicação da Crítica Hermenêutica do Direito (STRECK, 2011) sobre a liberdade da escolha política com o espaço do discursivamente possível na discricionariedade política, conforme compreendido por Alexy (2015a). Interessante perceber que, apesar de nomenclaturas diversas, refere-se ao mesmo espaço de decisão:

A escolha política é livre de um modo que a decisão judicial não é, porque admite discricionariedade; mas, por outro lado, não é livre da mesma forma que a vontade subjetiva (individual), porque pressupõe a responsabilidade perante os conteúdos que os avanços democráticos já construíram ao longo dos anos (podem ser lembradas, aqui, as cláusulas pétreas existentes na constituição). Nesse sentido, como já aprofundado neste capítulo (4.1), o direito estabelece certas blindagens à vontade política, o que está conectado à maturidade constitucional atingida pelo país. Em resumo, a escolha política não carece de fundamentação em nível metodológico, mas, se não representar seu compromisso com a sociedade – seu compromisso democrático –, perderá sua legitimidade – seja simbolicamente ou pela via de um novo processo eleitoral. (TASSINARI, 2016, p. 203).

Com efeito, entende-se que a passagem bem ilustra a diferença entre os procedimentos de primeiro, segundo e terceiro níveis propostos por Alexy com o consequente espaço de indeterminação do resultado e a diminuição exponencial da “margem do possível”.

Por fim, tal ponto também ilustra como a agenda política é de responsabilidade dos Poderes Políticos e, justamente por isso, detentores de maior espaço de ação e menores amarras de critérios de decisão – apesar de ainda as possuírem de uma perspectiva constitucional. Nesse sentido que, novamente, concorda-se com Streck (2011, p. 74 a 77) ao afirmar que o Judiciário é uma instância garantia (FERRAJOLI, 2010, 2016), visto que não poderá ter agenda ou espaço de escolha. Sua função é a de "intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, o direito produzido democraticamente, especialmente o dos textos constitucionais" (STRECK, 2011, p. 87). Isso significa dizer, numa perspectiva alexyana, que a representação argumentativa não fornece margem de manobra, mas apenas uma rigorosa responsabilidade de concretizar a supremacia constitucional e a autonomia do Direito, dando respostas juridicamente corretas. Aqui, percebe-se uma maior confluência entre o viés argumentativo – preponderantemente trabalhado até aqui – e uma tradição hermenêutica – que pode oferecer os aportes necessários para se chegar na tese. Os demais aportes serão feitos no próximo ponto, que se dedicará a uma proposta de releitura da teoria dos espaços dogmáticos de Alexy.

2.7 TEORIA DOS ESPAÇOS DOGMÁTICOS

É inegável que a jurisprudência e as decisões do Supremo produzem, de fato e de direito, uma influência e uma vinculação determinantes nos outros tribunais e nos próprios órgãos de direção política. Destarte, o Supremo Tribunal Federal, no cenário de redemocratização brasileira e do constitucionalismo contemporâneo, desempenha papel de protagonista também

na vida política do país. Nesse sentido, é essencial compreender quais os legítimos espaços de atuação das cortes constitucionais de forma que não haja um desequilíbrio na estrutura política, tampouco uma deformação do sistema de tripartição de poderes ou dos freios e contrapesos.

Nessa linha de raciocínio, Alexy afirma que o princípio formal da democracia exigirá um peso especial às determinações do Poder Legislativo e que seja este Poder o responsável por tomar a maior quantidade possível de importantes decisões exigidas pela sociedade (ALEXY, 2014, p. 517). Tal certamente é o caso em democracias maduras (WALDRON, 2006), conforme será abordado no ponto 5 do próximo capítulo. Com isso, espera-se uma ampliação do escopo de decisões do Legislativo e, conseqüentemente, uma restrição do espaço jurisdicional. Disso decorre uma defesa da prevalência *prima facie* da legitimidade do Poder Legislativo sobre o Poder Judiciário na tomada de decisões sociais importantes, ante a função majoritária de representação da população. A Corte Constitucional, por sua vez, será responsável por resguardar a ordem jurídica e a conformidade dos atos dos outros Poderes com o direito (KELSEN, 2015). Entretanto, o Poder Judiciário não deverá assumir o papel de agente representativo e transformador da sociedade²². Com essa premissa, Alexy explica a dogmática

²² Como exemplo de uma utilização inautêntica do argumento da representação democrática do judiciário e de uma violação dos espaços dogmáticos, indica-se: BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, representativo e iluminista: O supremo, seus papéis e seus críticos*. In: *posfácio do A razão sem voto: diálogos Constitucionais com Luís Roberto Barroso*. 2017. Também disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/contramajoritario-representativo-e-iluminista-o-supremo-seus-papeis-e-seus-criticos>. Acesso em: 13/10/2017. Barroso defende que o Supremo Tribunal Federal brasileiro exerce uma função representativa, a qual ocorre, segundo o ministro, quando a corte atua para atender demandas sociais que não foram satisfeitas a tempo e a hora pelo Poder Legislativo, bem como para integrar a ordem jurídica em situações de omissão inconstitucional do legislador (BARROSO, 2017, p. 4). Trata-se, segundo Barroso (2015, p. 39), de uma transferência de parte do poder político para o Supremo Tribunal Federal. Barroso procura defender que, em diversos contextos, o Judiciário é um melhor intérprete do sentimento majoritário e de maneira mais independente que o Legislativo e, portanto, deveria explorar essa função representativa (BARROSO, 2015, p. 40). Essa compreensão da Corte como intérprete não apenas da Constituição, mas também de representante da vontade da maioria iria encarregá-la, na visão do autor (BARROSO, 2015, p. 42), de ser o sujeito transformador da história em determinadas situações. Defende o ministro que circunstâncias nas quais o Legislativo e o Executivo estão contidos e não conseguem dar as necessárias respostas aos anseios da população, deve o Judiciário, em nome do povo, empurrar a história e a sociedade rumo ao futuro – trata-se da função iluminista. Barroso cita como exemplos dessas situações o caso norte-americano *Brown v. Board of Education*, o caso israelense sobre a proibição da tortura e o caso brasileiro sobre as uniões homoafetivas (ADPF nº 132 e ADI nº 142, Rel. Min. Carlos Ayres Britto). O grande problema é que Barroso parte da concepção de uma democracia deliberativa e da representação argumentativa do Judiciário para defender uma repartição do papel da Corte Constitucional Pátria. Posições defensoras desse aumento da função da corte constitucional são perigosas, visto que não se deve admitir como correta e legítima a transposição do Estado parlamentar para o Estado judiciário. Nesse tom, bem afirma Feldens (2012, p. 28) sobre o desafio a ser enfrentado pelo Estado Democrático Constitucional moderno na relação entre jurisdição constitucional e democracia: “neutralizar a tirania das maiorias parlamentares era o propósito (do modelo moderno), evitar o governo dos juízes, o desafio”. Assim, esclarece-se que a representação argumentativa do Judiciário e da Corte Constitucional deve estar presente em todas as manifestações dela. Não se trata de em um momento representar a população e em outro guardar a Constituição de maneira contramajoritária. A posição que defende a repartição do papel do tribunal

dos espaços, a qual visa atingir uma justa medida entre o espaço de conformação política do legislador e a atuação do Judiciário (ALEXY, 2015a, p. 77), de modo que não comprometa o princípio formal da democracia.

Esse equilíbrio é, tranquilamente, uma das questões mais polêmicas para a Teoria do direito contemporânea. A delimitação da competência, por vezes conflitante, entre o legislador e os tribunais ordinários e constitucionais para a interpretação e aplicação dos direitos fundamentais gera uma tensão que pode ser ilustrada pela aparente contradição entre um princípio democrático – que atribui ao Legislativo o papel de desenvolver, harmonizar e restringir direitos fundamentais, ponderando interesses e bens no espaço político pátrio – e uma Constituição tutelada pela Suprema Corte – que atribui ao Judiciário o dever de controlar atos legislativos que violem à Constituição e os direitos fundamentais (KLATT, 2012b, p. 94). Aparentemente há uma definição de igual competência para dois Poderes distintos. Uma rápida análise do problema poderia levar a superficial resposta de que preponderará o Poder com a última palavra – o Supremo Tribunal Federal no caso brasileiro. Certamente diversos realistas jurídicos²³ concordarão com a última assertiva.

Contudo, no caminho dos Federalistas e da Teoria alexyana, é possível um equilíbrio mais apurado. A essa finalidade é que se destaca a teoria dos espaços dogmáticos proposta por Alexy. Ele (ALEXY, 2015a, p. 77) propõe, para fins de compreensão dessa teoria, um ilustração em que a Constituição funciona como uma ordenação-quadro, que traça ao legislador três hipóteses distintas, quais sejam: 1) proibição de algo; 2) ordenação de algo; e 3) liberação de algo (liberdade para escolher o que é melhor). Assim, o proibido é o impossível, o ordenado é o necessário e o liberado é o possível jurídico-constitucionalmente. O possível delimita o

constitucional como por vezes de representação argumentativa numa função de resposta majoritária e por outras como função contramajoritária carece de legitimação para o exercício desse poder. A função legítima do Judiciário vem da proteção dos direitos fundamentais e do controle das regras do processo democrático, sendo a última instância de limitação dos poderes da maioria e não o usurpador do poder do povo.

²³ A ideia central do realismo jurídico pode ser superficialmente entendida pela conhecida fórmula: “Direito é aquilo que os tribunais dizem que é”. Trata-se, na realidade, de um problema maior do Direito brasileiro bem sintetizado por Streck: “não é difícil constatar que a hermenêutica jurídica dominante no imaginário dos operadores do direito no Brasil (perceptível a partir do ensino jurídico, da doutrina e das práticas dos tribunais) continua sendo entendida como um (mero) saber “operacional”. Domina, no âmbito do campo jurídico, o modelo assentado na idéia de que “o processo/procedimento interpretativo” possibilita que o sujeito alcance o sentido que mais lhe convém, o “o real sentido da regra jurídica”, etc. É possível perceber [...] um problema paradigmático. Alguns autores colocam na consciência do sujeito-juiz o *locus* da atribuição de sentido (do texto jurídico)” (2010, p. 162).

conteúdo da margem de atuação dos poderes constituídos, o ordenado e o proibido determinam os limites da margem.

Os espaços supramencionados configuram âmbitos de conformação ou de atuação do legislador deixados livres pela Constituição. Esses âmbitos são de dois tipos: espaços substanciais e espaços epistêmicos. A fronteira do âmbito de competência livre para o legislador termina quando começa o constitucionalmente proibido ou obrigado. Os espaços correspondem à discricionariedade política dos Poderes representativos para inovarem na ordem jurídica ou criarem políticas públicas. Com isso, manifestam-se os controles jurídicos do exercício do poder político conforme trabalho no início do ponto 6 (KELSEN, 2015, p. 45). Ademais, tal dimensão também explícita a amplitude de possibilidades políticas a cargo dos poderes representativos.

Destarte, o legislador tem liberdade para atuar quando estiver dentro de seu espaço de discricionariedade. Nessas hipóteses, o Judiciário não terá competência para desfazer os atos políticos dos outros poderes. Se o fizer, haverá uma violação ao princípio formal de democracia. A delimitação é, abstratamente, clara, mas se afigura possível – e necessário – um detalhamento dos justos espaços de atuação. Nessa linha, os âmbitos de livre conformação podem ser divididos em espaço substancial de discricionariedade²⁴ e espaço epistêmico de discricionariedade.

O espaço substancial de discricionariedade está relacionado com aquilo que a Constituição não demanda e tampouco proíbe que o legislador faça; são os espaços que a Constituição libera para a conformação política do legislador. Não há controle constitucional porque não há normatividade material definitiva da Constituição. Esse espaço corresponde ao que reside dentro da constituição-quadro.

Diferentemente, o espaço epistêmico de discricionariedade do legislador é menos perceptível. Ele versa sobre a competência de decidir sobre o espaço substancial de discricionariedade, ou seja, de decidir quando há um espaço livre ou não (ALEXY, 2014, p. 519). Em outras palavras, o espaço epistêmico de discricionariedade versa sobre em que momento o legislador decide o tamanho de seu espaço de discricionariedade substancial (ALEXY, 2015a, p. 89). A extensão desse espaço corresponde à quantidade de possíveis

²⁴ Neste trabalho, foi dada preferência para a tradução literal dos artigos de Alexy escritos originalmente em inglês.

divergências entre o que é seguro argumentativamente como liberado, aquilo que é verificável como liberado e aquilo que não é evidentemente falso como liberado.

Conforme Alexy (2015a), esse espaço de discricionariedade deve ser dividido em duas espécies – empírico ou normativo – a depender de a incerteza recair em premissas empíricas ou normativas: Se a incerteza está nas prognoses empíricas pressupostas, cuida-se de um espaço epistêmico empírico. De outro lado, se ela refere-se aos argumentos normativos, trata-se de um espaço epistêmico normativo.

Nessa esteira, o resultado é que o espaço epistêmico empírico permite intervenções nos direitos fundamentais com base em premissas fáticas incertas, sustentáveis ou plausíveis (ALEXY, 2015a). De outro lado, o espaço epistêmico normativo trata sobre incertezas relacionadas ao equilíbrio dos Direitos Fundamentais, ou seja, não de um aspecto fático, mas de um aspecto normativo. Esse âmbito normativo, então, cria um espaço *prima facie* de liberdade de ponderação dos Poderes Políticos.

Explica-se melhor cada um dos espaços. Cada um desses espaços cria parcela de limitação do controle judicial, uma vez que atribui legitimidade política ao legislador para fazer opções políticas de intervenção em direitos fundamentais com bases em premissas empíricas e normativas mais flexíveis que as permitidas para a atuação jurisdicional.

No âmbito do espaço epistêmico empírico, Alexy (2015a, p. 150) entende que há três graus variáveis referentes à segurança da suposição empírica, são eles: seguro, plausível e não evidentemente falso. Neste sentido, a corte constitucional não pode interferir na discricionariedade do legislador apenas por este se pautar em suposições incertas, visto que há uma prevalência do princípio formal da democracia (ALEXY, 2014, p. 521) sobre a possibilidade do controle judicial. O Poder Legislativo é o poder legítimo para tomar decisões coletivas vinculantes em nome da maioria. As hipóteses de controle judicial e, portanto, de decisões *contra legem* dependem de que o Judiciário se pautar em suposições empíricas seguras que demandem uma solução diferente da dada pelo legislador.

Destarte, Alexy adota uma regra para verificação da atuação do legislador dentro do seu espaço epistêmico empírico. Basicamente, quanto maior a intensidade de intervenção de uma medida legislativa em um direito fundamental, maior deve ser a intensidade do controle jurisdicional sobre o espaço de ponderação do legislador.

O resultado dessa interpretação é de que quanto maior o peso do direito fundamental, menor o espaço estrutural do legislador; quanto maior a intervenção em direito fundamental, maior deve ser o procedimento de investigação sobre as premissas empíricas pressupostas para

justificar a medida, conforme defende Alexy (2017b). E quanto maior a intensidade de intervenção, maior cuidado os juízes devem ter para verificar pequenas vantagens alcançáveis ao direito fundamental sem prejuízo para a medida estatal em questão e maior deve ser a disposição dos juízes para diferenciar o grau de realização da medida estatal M em questão do grau de intensidade da intervenção do direito fundamental Pi.

No âmbito do espaço epistêmico normativo de discricionariedade, ele está relacionado com o peso dos direitos fundamentais, ou seja, ele versará sobre o que é deixado para as valorações e concretizações próprias do legislador. A incerteza, nesse espaço, versa sobre a intensidade da intervenção sobre um direito fundamental ou sobre o quanto efetivamente pesa a intervenção no direito fundamental.

Nesse ponto, também existe um espaço epistêmico normativo para a livre atuação do legislador. Há de se atentar que cada espaço epistêmico normativo constitui uma redução do controle judicial-constitucional pelo Judiciário.

O espaço epistêmico normativo se compatibiliza com a limitação do legislador com a Constituição Federal na medida em que ele só surge quando há uma incerteza normativa quanto à interpretação dos direitos fundamentais. Se não há incerteza sobre ela, não há espaço epistêmico normativo do legislador (ALEXY, 2015a) e há controle judicial-constitucional.

Essa redução do controle judicial-constitucional deve ser explicitada para não gerar confusão. Os Poderes Políticos representativos continuam vinculados à Constituição e o Poder Judiciário mantém a sua competência de revisão constitucional. A redução do controle não significa, por exemplo, que o Supremo Tribunal Federal não vá conhecer de uma ação de controle concentrado de constitucionalidade em razão da incerteza normativa na suposta aplicação de direitos fundamentais. Na prática, esse espaço visa delimitar quais são os argumentos legítimos que o Supremo Tribunal Federal pode utilizar na análise do, por exemplo, caso prático no controle concentrado de constitucionalidade.

De forma mais geral, pode-se afirmar, com Klatt (2012b), que o *judicial review* se mantém e o que se altera é a profundidade e a natureza dos argumentos que constroem as decisões. Para ficar mais claro, Klatt defende que o controle judicial se preocupa tanto com a justificação interna como com a justificação externa da decisão judicial, consoante os grupos da Teoria da Argumentação Jurídica já estudados. A justificação interna busca estabelecer a racionalidade interna da decisão, isto é, se ela está correta segundo as premissas fáticas e jurídicas levantadas por ela. A justificação externa, por sua vez, analisa se as premissas fáticas e jurídicas utilizadas são as corretas dentro do ordenamento jurídico em análise. Como já

afirmado, há uma conexão entre a Teoria dos Direitos Fundamentais com as normas da Teoria da Argumentação Jurídica alexyana (ALEXY, 2017a, 2017b; KLATT, 2012a; GAVIÃO FILHO, 2010).

A redução do controle judicial-constitucional atua quando não se tem certeza sobre se as premissas fáticas e jurídicas utilizadas são as corretas a partir do Direito, isto é, se tanto a Corte Constitucional como, eventualmente, os Poderes Políticos representativos, apesar de precisarem atuar, atuam com limitações consideráveis de segurança das premissas. Diversos casos podem ser analisados a partir dessa luz. Exemplos deles são as decisões liminares dadas no âmbito das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6.298 e nº 6.299 em trâmite no Supremo Tribunal Federal.

Na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.299 do Distrito Federal de relatoria do ministro Luiz Fux do Supremo Tribunal Federal brasileiro, discutia-se a constitucionalidade ou não do Juiz de Garantias, inovação legislativa feita pela Lei nº 13.964/2019. O ministro Fux, na sua decisão, não só adianta que entende pela inconstitucionalidade da medida como refaz e crítica a justificação externa da decisão do Parlamento em premissas tanto normativas como empíricas frágeis.

Nesse sentido, o ministro Luiz Fux entende que a análise do argumento da inconstitucionalidade material do Juiz de Garantias perpassa dois grupos de argumentos: “a ausência de dotação orçamentária e estudos de impacto prévios para implementação da medida e o impacto da medida na eficiência dos mecanismos brasileiros de combate à criminalidade” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2020b, p. 21). O primeiro grupo indica que os dispositivos do Juiz de Garantias violam diretamente os artigos 99 e 169 da Constituição Federal, uma vez que implementado sem observar a exigência de prévia dotação orçamentária para a realização de despesas por parte da União, dos Estados, do Distrito Federal, forte no artigo 169, e violam a autonomia orçamentária do Poder Judiciário, prevista no artigo 99, ambos da Carta Magna. Um dos argumentos centrais oferecido pelo ministro Luiz Fux merece destaque:

Uma vez justapostos todos esses argumentos de natureza orçamentária, conclui-se que, houvesse o legislador tratado a criação do juiz de garantias em toda a sua complexidade, como política pública que é, delimitando e concedendo a devida deferência às matérias atinentes às competências legislativas estaduais e às iniciativas de lei dos Tribunais, analisando e calibrando os impactos orçamentários decorrentes, promovendo ampla discussão social e política, com a devida participação dos entes juridicamente interessados – inclusive do Poder Judiciário, do Ministério Público e da

Defensoria Pública, em todos os níveis federativos –, não teria a Lei n. 13964/2019 incorrido nesses vícios que inquinam a constitucionalidade de alguns dos seus dispositivos (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2020b, p. 23).

Ainda conforme o entendimento do Ministro Luiz Fux, a instituição do juiz das garantias, em vez de produzir uma política pública integrativa com a participação dos entes interessados, promoveu uma mudança estrutural no Poder Judiciário por meio da aprovação de uma regra de impedimento processual, a qual, embora de efeitos aparentemente sutis, encontra-se apta a gerar a completa desorganização do sistema de justiça criminal.

Numa análise (prematura do debate), pode-se adiantar que o argumento da má-formação do processo político decisório que tem como consequência a inconstitucionalidade material, consoante levantado por Fux, não tem premissas empíricas ou normativas seguras tanto nos autos como na realidade fática. Além disso, a jurisprudência brasileira apenas permite a análise substancial do processo político decisório quando há certeza das premissas e clara violação aos princípios constitucionais ou à finalidade do ato público²⁵.

Nessa linha, entende-se que não cabe à Corte Constitucional definir se o processo político decisório é bom, ruim, bem-feito ou mal feito. O seu papel é, como guardião da Constituição e a partir do referencial abordado, tutelar os limites do que se chamou anteriormente de *Constituição quadro* – sejam eles empíricos ou normativos – sempre respeitando o legítimo espaço de atuação do legislador.

Nessas situações de incerteza, segundo a teoria abordada e conforme o exemplo ilustrado, deve-se fazer uma análise de justificação interna da decisão – o que Klatt (2012b, p. 100) associa a uma *procedural review* – sem adentrar numa eventual substituição da justificação externa. Isso é assim, pois diante da incerteza, deve prevalecer o juízo político feito pelo Poder com maior legitimidade democrática. Ressalta-se: a impossibilidade de substituição da justificação externa da decisão política pela decisão jurídica se dá não só pelo aspecto formal do princípio da democracia, mas, também, pelo aspecto substancial da natureza argumentativa

²⁵ Nesse sentido, as decisões: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 34.070/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 18/03/2016; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 32.033, Rel. Min. Gilmar Mendes; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 24.642, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 18.6.2004; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 20.452/DF, Rel. Min. Aldir Passarinho, RTJ, 116 (1)/47; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 21.642/DF, Rel. Min. Celso de Mello, RDA, 191/200; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 24.645/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 15.9.2003; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 24.593/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 8.8.2003; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 24.576/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 12.9.2003; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 24.356/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 12.9.2003.

legítima e própria de cada decisão, conforme abordado no ponto anterior com a diferenciação entre argumentos de política e argumentos de princípio.

O que se procura demonstrar com isso é que o espaço de conformação política do legislador deve ser respeitado material e procedimentalmente, visto que ele é o ente legítimo e constitucionalmente competente para tanto. Com efeito, o processo político não deve estar reduzido a algo sem significado, tampouco uma passagem do Estado-legislador para o Estado-judicial constitucional deve ser defendida. Na essência, o objetivo da dogmática dos espaços está em fazer transparecer espaços estruturais e epistêmicos que estão liberados para conformação política dos Poderes Representativos da República. Com isso, garantindo que haja um espaço próprio de atuação dos Poderes Políticos dentro da limitação material da constituição. Fora desses espaços, tudo está sujeito ao controle jurisdicional.

Isso significa que, no espaço de configuração liberado pela Constituição, os Poderes Políticos, especialmente o legislador, estão livres para tomar as decisões políticas de oportunidade que lhe aprouverem, estabelecendo restrições, limites, harmonizações e ponderações de direitos. Essas decisões não podem ser abarcadas pelo Judiciário, tampouco este deve tomar para si essa função, sob o grave risco de desestabilização dos princípios formais do ordenamento jurídico, desvirtuando a própria democracia e o Estado de Direito, carecendo de legitimidade para tanto. E, aqui, completamos: também sob o risco de deslegitimação e perda da fé pública na própria jurisdição constitucional.

Em ambos os casos, no entanto, as intervenções se justificam exclusivamente diante de incertezas, de modo a evitar que todo juízo de discricionariedade política possa ser refeito pelo Poder Judiciário, sob o manto do controle de constitucionalidade. Esses espaços visam demonstrar e assegurar que o legítimo âmbito de atuação do Judiciário é de preservação do Estado Democrático de Direito e não de substituição da política. Com efeito, os espaços estruturais e epistêmicos devem estar liberados para conformação política, ou seja, há um espaço de atuação da política dentro da limitação material da constituição que o Judiciário não deve intervir. Isso significa algo relativamente simples: o processo político não pode ser reduzido a algo sem significado, do que resulta que as duas atuações, política e jurisdicional, não podem se confundir.

A teoria dos espaços dogmáticos, apesar de ilustrativa, também apresenta incompletudes. Os espaços legítimos de cada poder e a conseqüente relação com a segurança das premissas argumentativas carece de uma maior explicitação substancial, ou seja, da natureza dos argumentos e da própria postura do Judiciário e da Corte Constitucional.

Destarte, é possível sustentar que a exigência de respeito aos espaços de decisão é completada pela responsabilidade para com os argumentos e, mais intimamente, com o próprio processo interpretativo realizado pelo magistrado. Assim, arrisca-se afirmar que o viés argumentativo, preponderantemente trabalhado até aqui, harmoniza-se com um aporte de exigência de responsabilidade (tanto argumentativa como hermenêutica). Compreendida, a partir da Crítica Hermenêutica do Direito, como responsabilidade moral.

Faz-se mister ressaltar que a responsabilidade moral, nos moldes propostos por Dworkin e pela Crítica Hermenêutica do Direito, não trata de uma análise de resultado, mas de uma análise de meio. O seguinte exemplo dworkiniano (DWORKIN, 2011) ilustra bem o significado: um indivíduo pode acertar sobre determinado debate moral quando ele decide com base num jogo de cara e coroa – o famoso jogo de moeda – e outro pode errar depois de uma profunda e cautelosa reflexão moral. O primeiro caso agiu de forma irresponsável e o segundo de forma responsável.

A compreensão da responsabilidade moral como virtude para o âmbito do discurso é essencial, visto que desacordos morais razoáveis são inexoráveis de um Estado Democrático de Direito. Isso significa dizer que há, também, um dever prático de ser responsável durante a argumentação, ou seja, que vai além da simples relação lógica entre argumento principal e resultado, mas que lida com o próprio processo interpretativo e sua inserção histórica. Tal dever perpassa os quatro níveis procedimentais já abordados, ou seja, a responsabilidade conforma no debate moral, no político e no jurídico.

Volta-se, assim, aos exemplos dos desacordos morais. Diversos desacordos morais razoáveis não possuem solução óbvia. Tal ponto comunica-se, também, com o direito e, principalmente, com certa parcela de indeterminabilidade do discurso jurídico próprio dos direitos fundamentais. Assim, muitos desses debates apresentam-se e aparentam ser, justamente, insolucionáveis por mais que versem sobre os direitos mais importantes e fundamentais da existência humana como, por exemplo, vida, saúde e liberdade. Três desses debates que enfrentam e corroem a fronteira entre o político e o jurídico sobre esses direitos são, por exemplo, aborto, medicamentos de alto custo e limites à liberdade de expressão.

Quando indivíduos pertencentes ao mesmo Estado Democrático de Direito com opiniões radicalmente distintas sobre desacordos morais tão importantes enfrentam-se no debate público, há um risco especial dentre vários outros. Esse risco é o da deslegitimação política do adversário.

Exemplifica-se. Quando visões de mundo radicalmente distintas se enfrentam no debate público com o objetivo de demonstrar ou refutar uma determinada opinião, aumenta-se a possibilidade do argumento deslegitimador imperar. Esse argumento versa, na essência, sobre afastar a legitimidade do opositor enquanto participante do debate público, ao mesmo tempo em que se afasta a característica de razoável do debate público. Tal ponto agrava-se na medida em que nenhuma das soluções dispõe de comprovação empírica e visivelmente demonstrável.

Há exemplos interessantes no Brasil como, justamente, o caso do aborto. Nesse, há grupos específicos que desenham o debate enquanto óbvio – seja pela flagrante correção moral da possibilidade de abortar ou pela flagrante correção moral na proibição de abortar.

O problema de tais simplificações e da expectativa de que um juízo moral seja empiricamente demonstrável é que desenvolve e aumenta a probabilidade de afastar o opositor do debate público. Algo como: Se tal grupo x não percebe a verdade y, o grupo x é ilegítimo do debate público. Isso pode ocorrer a partir de diversas deturpações dos debates públicos razoáveis. Questões como aborto, medicamentos de alto custo, limites à liberdade de expressão ou, mais atual, combate à pandemia da COVID-19 são casos extremamente complexos sem respostas fáceis. E, ao simplificar tais questões e respostas, corre-se o risco de julgar o opositor como ilegítimo, o que é nefasto para o Estado Democrático de Direito. Afinal, o nosso paradigma tem, como essência, a necessidade de compreensão do rival político como legítimo para assumir o Estado desde que respeite às regras do jogo – muitas, por sinal, não são objetivamente claras nem empiricamente demonstráveis, ou seja, também sujeitas a desacordos morais racionais.

Nesse contexto, exsurge a necessidade da boa compreensão da responsabilidade moral. Os debatedores de desacordos morais, políticos ou jurídicos racionais precisam demonstrar - e perceber no outro – que a argumentação se desenvolve com responsabilidade moral. Dworkin sustenta que a essência da responsabilidade é a integridade e que a epistemologia de uma pessoa moralmente responsável é interpretativa. O argumento de Dworkin desenvolve-se nos seguintes termos:

Todos nós temos convicções morais não estudadas, quase desde o início de nossas vidas. Essas são carregadas principalmente em conceitos cuja origem e desenvolvimento são questões para antropólogos e historiadores intelectuais. Herdamos esses conceitos dos pais e da cultura e, possivelmente, até certo ponto, pela disposição genética da espécie. Quando crianças, desenvolvemos principalmente a ideia de justiça e, então, adquirimos e implementamos outros conceitos morais mais sofisticados e pontuais: generosidade, bondade, cumprimento de promessas, coragem, direitos e deveres. Algum tempo depois, adicionamos conceitos políticos ao nosso

repertório moral: falamos de lei, liberdade e ideais democráticos. Precisamos de opiniões morais muito mais detalhadas quando realmente enfrentamos uma ampla variedade de desafios morais na vida familiar, social, comercial e política. Nós os formamos pela interpretação de nossos conceitos abstratos que são principalmente irrefletidos. Nós irrefletidamente interpretamos cada um à luz dos outros. Ou seja, a interpretação une os valores. Somos moralmente responsáveis na medida em que nossas várias interpretações concretas alcançam uma integridade geral, de modo que cada uma apoie as outras em uma rede de valores que abraçamos autenticamente. Na medida em que falhamos nesse projeto interpretativo - e parece impossível ter sucesso total - não estamos agindo totalmente por convicção e, portanto, não somos totalmente responsáveis²⁶. (DWORKIN, 2011, p. 101)

Vários pontos importantes desdobram-se do citado argumento dworkiniano. Primeiro, os diversos valores, princípios e direitos que formam a nossa compreensão moral, política e jurídica estão estruturados numa intrincada rede de relações que se reforça mutuamente²⁷.

Com efeito, ser e discutir de forma moralmente responsável significa refletir sobre e agir conforme esse mundo de valor pessoal, o que é, na essência, ideal. Há um limite de possibilidade fática no qual as pessoas podem inspirar-se e buscar para serem consideradas moralmente responsáveis. Contudo, o ideal é, na essência, inatingível. Isso significa que a coerência e a integridade plenas não são alcançáveis – como também o é toda a proposta argumentativa alexyana. Enquanto humanos que habitam esse mundo, naturalmente convivemos com controvérsias e contradições. Não será diferente nos debates, reflexões e ações sobre a moral, a política e o Direito.

Segundo, isso é algo que todas as pessoas fazem desde sempre. Convicções e argumentações dos três âmbitos fazem parte da vida de qualquer pessoa humana, afinal, trata-

²⁶ No original: We all have unstudied moral convictions, almost from the beginning of our lives. These are mainly carried in concepts whose origin and development are issues for anthropologists and intellectual historians. We inherit these concepts from parents and culture and, possibly, to some degree through genetic species disposition. As young children we deploy mainly the idea of fairness, and then we acquire and deploy other, more sophisticated and pointed moral concepts: generosity, kindness, promise keeping, courage, rights, and duties. □ Sometime later we add political concepts to our moral repertoire: we speak of law, liberty, and democratic ideals. We need much more detailed moral opinions when we actually confront a wide variety of moral challenges in family, social, commercial, and political life. We form these through interpretation of our abstract concepts that is mainly unreflective. We unreflectively interpret each in the light of the others. That is, interpretation knits values together. We are morally responsible to the degree that our various concrete interpretations achieve an overall integrity so that each supports the others in a network of value that we embrace authentically. To the extent that we fail in that interpretive project— and it seems impossible wholly to succeed— we are not acting fully out of conviction, and so we are not fully responsible.

²⁷ Aqui, se está a falar sobre a unidade do mundo de valor como um todo íntegro e coerente a partir de Dworkin e da Crítica Hermenêutica do Direito. Para o necessário aprofundamento, indica-se MELO, Cláudio Ari; MOTTA, Francisco José Borges. A ambição do ouriço: um ensaio sobre a versão final da filosofia do direito de Ronald Dworkin. In: Revista Novos Estudos Jurídicos. Vol. Nº 22, mai-ago, p. 723-753, 2017.

se do discurso prático racional. Para algumas, indubitavelmente mais consciente. Para outras, mais inconsciente. Contudo, o fato é que a nossa facticidade (STRECK, 2020) está umbilicalmente relacionada com a interpretação e os nossos juízos de certo e errado, bem ou mal. Terceiro, agir de forma moralmente responsável significa interpretar cada um dos complexos conceitos a luz de outros – numa perspectiva dworkiniana, trata-se de compreender o Direito como um todo íntegro e coerente, numa perspectiva alexyana, trata-se da coerência interna e externa da fundamentação judicial. A interpretação conjunta moralmente responsável de valores deve possibilitar a criação de uma rede de interpretações concretas sobre princípios, direitos e situações que atingem um certo nível de integridade e reforçam-se mutuamente.

Segundo Francisco Motta (2014, p. 42), nossos julgamentos morais são interpretações de conceitos morais básicos. Assim, nós testamos essas interpretações colocando-as numa rede maior de valor para verificar 1) se elas se encaixam adequadamente e 2) se elas estão apoiadas pelas melhores concepções de outros conceitos. Com efeito, a responsabilidade moral é uma virtude prática. Noutra dimensão, essa responsabilidade engloba não só o interpretar, mas o agir por princípio. Tal ponto será especialmente importante no âmbito do discurso jurídico.

Em outras palavras, essa rede de conceitos só é concretizada no momento em que o intérprete age conforme ela em despeito de vontades, benefícios ou sentimentos (DWORKIN, 2011, p. 103). Ao fazer juízos sobre a responsabilidade de outras pessoas, Dworkin sustenta que há duas perspectivas, quais sejam: uma relacionada com a inclusão da facticidade da vida na análise da responsabilidade moral e outra que parte de um ponto de vista mais arquimediano. Dworkin, acertadamente, elege a primeira como correta (DWORKIN, 2011, p. 104).

A história pessoal de cada um explicará a variedade de concepções, valores e princípios morais encontrados em cada um além dos pré-juízos, inclinações e sentimentos. O primeiro grupo forma a rede de valores morais autênticos, aqueles oriundos de reflexão moral racional. O segundo grupo forma um aglomerado de convicções inautênticas, caracterizadas por pré-conceitos, pré-juízos e inclinações que não são moral e racionalmente justificáveis.

A nossa rede de conceitos, assim, é explicada por essa história pessoal. A relação entre a citada rede de conceitos morais e os pré-conceitos e inclinações é extremamente interessante. Como afirmado anteriormente, ser moralmente responsável significa agir por princípio e não por inclinação. Destarte, a responsabilidade moral exige que as influências inautênticas passem pela rede de valores, que funciona como um filtro cuja atribuição é censurar e conformar convicções inautênticas (DWORKIN, 2011, p. 107-108).

Esse filtro pode ser mais poroso ou menos poroso a depender dos níveis de coerência e integridade de cada rede de valor de cada pessoa. Redes de valor sujeitas à maior reflexão e desenvolvimento serão mais completas e, portanto, menos porosas e vice-versa (DWORKIN, 2011, p. 108).

Ademais, a responsabilidade moral requer, também, que as convicções morais sejam tão densas e efetivas quanto possíveis, uma vez que isso fortalecerá a relação entre os diferentes princípios e valores autênticos, formando um todo tão coerente quanto possível. Isso aumentará as possibilidades do filtro moral. Nas palavras de Dworkin:

Isso requer que busquemos uma completa coerência de valor entre nossas convicções. Também requer que busquemos autenticidade nas convicções que são coerentes: devemos encontrar convicções que nos prendem com força suficiente para desempenhar o papel de filtros quando somos pressionados por motivos concorrentes que também fluem de nossas histórias pessoais. Nossas convicções são inicialmente desformes, compartimentadas, abstratas e, portanto, porosas. A responsabilidade exige que interpretemos criticamente as convicções que parecem inicialmente mais atraentes ou naturais - buscar entendimentos e especificações dessas convicções inicialmente atraentes com esses dois objetivos de integridade e autenticidade em mente. Interpretamos cada uma dessas convicções, na medida do possível, à luz das outras e também à luz do que nos parece natural como uma forma adequada de viver nossas vidas. Dessa forma, pretendemos expandir e engrossar o filtro eficaz²⁸. (DWORKIN, 2011, 108-109)

Como afirmado por Francisco Motta (2014, p. 42): “para Dworkin, a Moral como um todo, e não apenas a moralidade política, é um empreendimento interpretativo. E a interpretação é, como se viu, uma questão de responsabilidade”. A plena responsabilidade moral é impossível (ARISTOTLE, 1991; AQUINO, 1920, DWORKIN, 2011). A característica de ser uma virtude prática significa que se trata de um aperfeiçoamento contínuo, ou seja, sempre em desenvolvimento e sempre em exercício (ARISTOTLE, 1991; AQUINO, 1920, DWORKIN, 2011). Ser, então, moralmente responsável é aceitar os ideais de integridade e autenticidade e impor esforços racionais para atingi-los. Essa responsabilidade, ainda, pode caracterizar tanto um esforço individual como um esforço comunitário. Explica-se.

²⁸ No original: this requires that we seek a thorough coherence of value among our convictions. It also requires that we seek authenticity in the convictions that cohere: we must find convictions that grip us strongly enough to play the role of filters when we are pressed by competing motives that also flow from our personal histories. Our convictions are initially unformed, compartmentalized, abstract, and therefore porous. Responsibility requires us critically to interpret the convictions that seem initially most appealing or natural— to seek understandings and specifications of these initially appealing convictions with those two goals of integrity and authenticity in mind. We interpret each of these convictions, so far as we can, in the light of the others and also in the light of what feels natural to us as a suitable way to live our lives. In that way we aim both to expand and thicken the effective filter.

Uma comunidade pode ter responsabilidade moral própria se o arranjo institucional está disposto em prol da realização dos ideais supramencionados. Isso significa, por exemplo, que uma comunidade pode – e deve – requerer um alto nível de tolerância em prol da responsabilidade moral, ou seja, respeitando opiniões contrárias, aceitando a todos indivíduos como igualmente responsáveis e sujeitos de dignidade, especialmente aqueles que discordam de boa-fé (DWORKIN, 2011, p. 110). Nessa senda, Dworkin afirma:

Devemos respeitá-los, no entanto, apenas na medida em que aceitem o peso da responsabilidade que discutimos neste capítulo, porque só então eles realmente aceitam essa importância igual. Só então eles tentam agir de forma consistente com o que eles consideram, com ou sem razão, suas demandas²⁹. (DWORKIN, 2011, p. 112-113)

Tais lições são especialmente importantes no ramo da política e do direito constitucional, visto que objetos de relevantíssimos desacordos morais razoáveis e parte essencial do projeto política de determinada comunidade (DWORKIN, 2011, p. 113). Não só do projeto político, mas da sua própria consciência e moralidade pública coletiva. Sobre o papel da responsabilidade moral tanto comunitária como individual no ramo da política, Dworkin afirma:

todos se beneficiam de forma mais difusa ao viver em uma comunidade que, ao insistir na responsabilidade, sinaliza um respeito básico compartilhado mesmo diante da diversidade moral. Esses benefícios são particularmente importantes na política, porque a política é coercitiva e os riscos são invariavelmente altos e muitas vezes mortais. Ninguém pode sensatamente esperar que seu representante aja sempre com base em princípios que ele mesmo considera corretos, mas pode esperar que seu representante aja de acordo com os princípios que os próprios representados endossam. Sentimo-nos enganados quando suspeitamos de corrupção, interesse político, parcialidade, favoritismo ou capricho. Sentimo-nos enganados quanto ao que os que estão no poder devem aos que estão sujeitos a esse poder: responsabilidade que expressa igual preocupação por todos. Nada nesses valores sociais e políticos de responsabilidade é prejudicado pela suposição adicional que eu disse que pode parecer ameaçar a responsabilidade moral: que mesmo as convicções de pessoas sinceras são causalmente explicadas não por encontros com a verdade, mas por uma história pessoal variada e contingente³⁰ (DWORKIN, 2011, p. 113)

²⁹ No original: we must respect them, however, only so far as they accept the burden of responsibility we have canvassed in this chapter, because only then do they really accept that equal importance. Only then do they try to act consistently with what they take, rightly or wrongly, to be its demands.

³⁰ No original: everyone benefits in a more diffuse way by living in a community that, by insisting on responsibility, signals a basic shared respect even in the face of moral diversity. These benefits are particularly important in politics, because politics are coercive and the stakes are invariably high and often mortal. No one can sensibly expect that his officials will act always out of principles that he himself thinks right, but he can expect his officials to act out of the principles they themselves endorse. We feel cheated when we suspect

Tal ponto relaciona-se – como toda a tese da responsabilidade moral – com as autoridades públicas. Aqui, pode-se retomar um conceito anteriormente utilizado por Dworkin (MOTTA, 2009), qual seja: a doutrina da responsabilidade política, que pode ser compreendida como um caso especial da responsabilidade moral. “Essa doutrina afirma que as autoridades políticas devem tomar somente as decisões políticas que possam justificar no âmbito de uma teoria política que também justifique as outras decisões que eles se propõem a tomar (DWORKIN, 2002, p. 137)”. A consequência dessa doutrina é, seguindo com Dworkin, que ela condena a prática de tomar decisões que, apesar de parecerem corretas isoladamente, não se integram em uma teoria abrangente dos princípios e das políticas gerais que seja compatível com outras decisões igualmente consideradas acertadas. Esse é o ponto também levantado por Alexy no sentido da rede de precedentes no âmbito da argumentação jurídica.

O ponto central, aqui, é integrar o aspecto preponderantemente procedimental da Teoria da Argumentação Jurídica e da Teoria dos Espaços Dogmáticos com aportes substanciais hermenêuticos como um necessário fechamento da fronteira entre o político e o jurídico. A responsabilidade moral, por óbvio, é compartilhada nos dois âmbitos, mas – e esse é o ponto central – a forma pela qual é exercitada é própria de cada dimensão, conforme abordado no ponto anterior.

Com efeito, os Poderes majoritários e contramajoritários devem agir, também, com responsabilidade moral e política. A Teoria dos Espaços Dogmáticos e os critérios, as formas e as regras da Teoria da Argumentação Jurídica são passíveis de um fechamento a partir da inclusão dos conceitos da responsabilidade e da análise substancial das espécies argumentativas.

Com isso, ganha-se uma análise mais profunda do processo interpretativo autêntico, ampliando as perspectivas de controle da Corte Constitucional e das suas decisões. Afinal, expande-se o viés restrito de análise (supostamente) lógica para um controle maior do processo interpretativo e, inclusive, substancial de tipos e de intenções argumentativas, exigindo um maior respeito à própria autoridade do Direito na sua compreensão mais autêntica. Isso

corruption, political self-interest, bias, favoritism, or whimsy. We feel cheated of what those in power owe those subject to that power: responsibility that expresses equal concern for all. Nothing in these social and political values of responsibility is undermined by the further assumption I said might seem to threaten moral responsibility: that even sincere people’s convictions are causally explained not by encounters with truth but by a varied and contingent personal history.

significa, também, uma redução das pretensões de discricionariedade judicial, vinculando, a partir da noção de responsabilidade, à necessidade de se obter não só uma resposta, mas a melhor resposta judicial para cada caso.

Diante disso, uma eventual decisão da Corte Constitucional que viole, por exemplo, a Teoria dos Espaços Dogmáticos não violará, apenas, formalmente o princípio democrático, mas, também, substancialmente o Direito no âmbito argumentativo e justificatório e, de forma mais finalística, a própria legitimidade institucional ao agir de maneira irresponsável. Ao integrar esses aspectos argumentativos com aportes hermenêuticos, entende-se e defende-se que haverá uma ampliação das possibilidades de controle e, como já afirmado, uma diminuição da discricionariedade (chamada, por Alexy, de espaço do discursivamente possível).

2.8 TEORIA SUBSTANCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:

No âmbito da teoria de base eleita para esse capítulo, os direitos fundamentais são compreendidos como normas. A assertiva exige um melhor detalhamento apto a responder a seguinte questão: o que são normas de direitos fundamentais? A resposta óbvia é norma de direito fundamental é aquela norma expressa por disposição de direito fundamental; esta, no âmbito brasileiro, é o enunciado presente no texto da Constituição brasileira, esta, no âmbito alemão, é o enunciado presente no texto da Constituição alemã (ALEXY, 2017b, p. 65).

2.8.1 A diferença entre texto e norma:

A resposta, obviamente, apresenta problemas e exige mais detalhamentos. A Constituição brasileira, por exemplo, apresenta um catálogo de direitos fundamentais ao mesmo tempo que abre a possibilidade de que as suas normas sejam desenvolvidas explicita ou implicitamente em outras partes do texto constitucional e, inclusive, fora dele como pela incorporação de tratados internacionais de direitos humanos que respeitem rito específico, consoante parágrafo terceiro do art. 5º da Constituição Federal. Há diversos trabalhos e pesquisas que se dedicam a esse tema. O essencial, para esta pesquisa, é a compreensão da

diferença entre norma de direito fundamental e disposição de direito fundamental, o que, na realidade, trata sobre a diferença entre texto e norma.

Lenio Streck já tratou o tema com a profundidade e o didatismo necessários. A norma jurídica é, basicamente, o sentido atribuído ao texto jurídico, conforme lição de Friedrich Muller (1999), que é o responsável por “desenvolve(r) uma ampla teoria para superar o positivismo que equipara(va) texto e norma, mostrando que o texto não subsiste sem a atribuição de sentido que se faz apenas na concretude” (STRECK, 2018, p. 257).

Nesse sentido, Muller (1999, p. 45) afirma que:

um novo enfoque da hermenêutica jurídica desentranhou o fundamental conjunto de fatos [Grundsachverhalt] de uma não-identidade de texto da norma e norma. Entre dois aspectos principais o teor literal de uma prescrição juspositiva é apenas a "ponta do iceberg". Por um lado, o teor literal serve via de regra à formulação do programa da norma, ao passo que o âmbito da norma normalmente é apenas sugerido como um elemento co-constitutivo da prescrição. Por outro lado, a normatividade, pertencente à norma segundo o entendimento veiculado pela tradição, não é produzida por esse mesmo texto. Muito pelo contrário, ela resulta dos dados extralinguísticos de tipo estatal-social: de um funcionamento efetivo, de um reconhecimento efetivo e de uma atualidade efetiva desse ordenamento constitucional para motivações empíricas na sua área; portanto, de dados que mesmo se quiséssemos nem poderiam ser fixados no texto da norma no sentido da garantia de sua pertinência.

Assim, “a norma é construída apenas no caso concreto, como resultado de uma atividade prática, na qual os elementos linguísticos do Direito (os textos de normas), adquirem sentido a partir de sua conjugação com os elementos de fato” (STRECK, 2018, p. 258). Precisamente nesse sentido, Muller assinala que o conteúdo de uma prescrição jurídica parte do texto, mas com ele não tem sua substância confundida, uma vez que a regulamentação jurídica depende, também, de elementos exteriores (MULLER, 1999) como, por exemplo, a tradição.

Streck (2018, p. 258 e 259), nesse sentido, explica que o texto não existe em uma espécie de “textitude” metafísica, isto é, o texto é inseparável de seu sentido, uma vez que a sua interpretação é condição de possibilidade de sua aplicação e vice-versa. Isso ocorre, pois os textos dizem sempre respeito a algo da facticidade (HESSE, 1991, p. 14).

Sobre o papel da facticidade na hermenêutica, destaca-se a seguinte passagem de Streck (2017):

A partir de *Ontologia – Hermenêutica da Facticidade*, a hermenêutica, até então utilizada exclusivamente para interpretação de textos, passa a ter como “objeto” outra coisa: a facticidade. Mas o que é facticidade? Para explicar o giro ontológico de Heidegger, podemos dizer que o filósofo dá ao homem o nome de Ser-aí e que o seu modo de ser é a existência. Todavia, este ente – que somos nós –, chamado Ser-aí, é o que ele já foi, ou seja: o seu passado. Podemos dizer que isso representa aquilo que

desde sempre nos atormenta e que está presente nas perguntas: de onde viemos? Para onde vamos? A primeira pergunta nos remete ao passado; a segunda, ao futuro. O passado é selo histórico imprimido em nosso ser: facticidade; o futuro é o ter-que-ser que caracteriza o modo-de-ser do ente que somos (Ser-aí): Existência. Portanto, a hermenêutica é utilizada para compreender o ser (facticidade) do Ser-aí e permitir a abertura do horizonte para o qual ele se encaminha (existência). Aquilo que tinha um caráter ôntico, voltado para textos, assume uma dimensão ontológica, visando à compreensão do ser do Ser-aí.

A questão, na essência, versa sobre a compreensão da interpretação. Com Heidegger, a experiência do interpretar e, ainda mais amplo, do pensar significa desvelar – fazer com que algo se mostre. A facticidade, então, representa o caminho pelo qual se questiona e responde o ser, qual seja: a própria vida na precariedade da existência. Isso significa que não há interpretação descolada da história do intérprete. Com isso, nota-se um caráter essencialmente produtivo em toda ação de interpretar.

Nas palavras de Streck, “Hermenêutica da facticidade é a expressão que no fundo quer dizer que a interpretação do mundo é a interpretação da condição fático-existencial do ser humano”. Soma-se, a isso, a circunstância de que a facticidade também incorpora todos os elementos nos quais estamos enraizados como história, cultura, língua, valores familiares, religião entre outros.

Assim, há uma ruptura da tradição da metafísica ocidental, uma vez que a facticidade rompe a objetividade da lógica ou da semântica. Esse ponto é essencial. Não há objetividade na interpretação da mesma forma que existe nas ciências naturais. Não há racionalidade sem condições de possibilidade da compreensão, que são, na essência o desvelar da influência do mundo fático inescapável na interpretação.

O paradigma sujeito-objeto, no qual o sujeito interpreta e compreende o objeto enquanto estanque e isolado do mundo, é superado. Com isso, não é mais possível afirmar que a realidade se apresenta ao sujeito como definitiva (STRECK, 1999, p. 137). A interpretação, inclusive a de textos jurídicos, não é meramente descritiva, pois ela não atinge uma essência fechada da norma. A interpretação é produtiva e a própria compreensão do mundo depende das condições de possibilidade do sujeito ser-no-mundo.

Em outras palavras, a facticidade desvela que não há objetividade empírica na interpretação, visto que ela – a interpretação – depende sempre de uma fusão das pré-compreensão do intérprete com o interpretado.

Quando se analisa a questão do ponto de vista da hermenêutica jurídica, esse processo pode ficar mais claro. Como bem escreve Streck: “É preciso ter claro que a pergunta pelo

sentido do texto jurídico é uma pergunta pelo modo como esse sentido (ser do ente) se dá, qual seja, pelo intérprete que compreende esse sentido. Por isso, hermenêutica é existência, é interpretar o mundo a partir da facticidade. É vida. O intérprete não é um *outsider* do processo hermenêutico, do mundo vivido. Há um já-sempre-compreendido em todo processo de compreensão.” (STRECK, 2017). Inclusive, esse é o sentido pelo qual a linguagem é uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto enquanto condição de possibilidade para a compreensão e inserida na facticidade, o que “dificulta o conhecimento humano de como são as coisas em si mesmas” (STRECK, 1999, p. 137).

Nesse ponto, ressalta-se a “importância da diferença ontológica entre texto e norma, que é, pois, a enunciação do texto, aquilo que dele se diz, isto é, o seu sentido (aquilo dentro do qual o significado pode se dar)” (STRECK, 2018, p. 258 e 259). Com efeito, essa diferença, trazida por Muller e Streck, rompe com os paradigmas de uma filosofia da consciência subjetiva, o que parece ser acompanhado por Alexy.

Então, as referências às normas jurídicas devem ser compreendidas dentro dessa cisão, denotando a compreensão da diferença ontológica entre texto e norma. No âmbito teórico de Alexy, contudo, mais uma divisão é possível. O autor entende que existem duas espécies de normas de direitos fundamentais/ que partem das disposições de direitos fundamentais. Elas são as normas de direitos fundamentais e as normas de direitos fundamentais associadas. As normas de direitos fundamentais associadas³¹ podem ser entendidas na perspectiva alexyana como:

³¹ Antes da explicação da diferença entre as mencionadas normas, faz-se mister explicar a opção pela tradução “norma de direito fundamental associada”. A versão original, *Theorie der Grundrechte*, menciona *zugeordnete grundrechtsnorm*. Virgílio Afonso da Silva, que traduziu a Teoria dos Direitos Fundamentais para o português, optou por usar a expressão norma de direito fundamental atribuída. Entretanto, há de se chamar atenção para a tese de doutorado de Ludwig, que, em um subcapítulo específico (LUDWIG, 2013, p. 17-27), se propõe a analisar a melhor tradução de *zugeordnete grundrechtsnorm* para a língua portuguesa. Ludwig faz a opção por norma de direito fundamental associada e explica o porquê. Com base nele, pode-se afirmar que a escolha por atribuição pode transmitir uma elevada e equivocada carga de primazia ao papel do sujeito que atribui sentido, enfraquecendo a vinculação com o texto e com certa parcela de intersubjetividade. Nas palavras de Ludwig: não se pode omitir o alerta para o risco intrínseco à escolha de “atribuir”, na medida em que esse verbo tem uma elevada carga de independência de quem atribui em relação àquilo a que se faz a atribuição, mais do que talvez comporta a expressão *zuordnen*. A “atribuição” não tem aquela vinculação a uma certa estrutura ou ordem prévia, como parece ter “associação”. “Atribuir”, conforme o Dicionário Houaiss, tem como primeiros e principais sentidos os de “conceder” e “conferir”, bem como de “considerar” e “imputar”, todos enfatizando a iniciativa e o movimento observado a partir do polo do sujeito atribuinte, à revelia do que pudesse ser exigido, promovido ou reivindicado pelo conceito daquilo a quem se atribui algo (no caso, a determinação de direito fundamental). (LUDWIG, 2013, p. 19). “A escolha do termo associação, por tudo isso, revela-se mais acertada como ponto de partida, porque acentua esse elemento do pertencimento a uma entidade mais ampla, de agregação entre uma coisa e outra, e de precisão, bem como, no caso específico da norma associada, a bilateralidade da importância das normas escritas e não-escritas. Não há sociedade sem sócio, e vice-versa. Associa-se uma coisa a outra que, por um lado, tem amplitude maior, que sugere uma unidade de sentido mais abrangente, mas que, por outro lado, tem uma menor precisão, de modo a necessitar daquela para a própria

a norma de direito fundamental não imediatamente estatuída no texto constitucional, mas que é associada, por meio de uma relação de precisão e fundamentação, a uma ou mais determinações de direito fundamental, em procedimento de ponderação de princípios colidentes, e que, expressando a relação de precedência condicionada estabelecida nas condições do caso, apresenta-se como a regra sob a qual pode ser subsumido o mesmo caso e também outros do mesmo tipo (LUDWIG, 2013, p. 38).

As disposições de direitos fundamentais são, via de regra, mais gerais. Para a aplicação das normas de direitos fundamentais a casos concretos, faz-se necessária uma construção argumentativa que desvele a norma. Assim, haverá uma relação de refinamento, que consiste na fundamentação que atribui sentido da disposição de direito fundamental para a norma de direito fundamental diretamente estabelecida pelo texto para a norma de direito fundamental associada que visa solucionar o caso.

Desse processo de fundamentação haverá, obviamente, indeterminação e pluralidade de interpretações, o que leva Alexy a propor o seguinte raciocínio: uma norma associada é válida, e é uma norma de direito fundamental, se, para tal associação a uma norma diretamente estabelecida pelo texto constitucional, for possível uma *correta* fundamentação referida a direitos fundamentais (ALEXY, 2017b, p. 74). Contudo, a diferença das normas se fundamenta em razão da diferença da estrutura justificatória de cada uma. Nas palavras do autor sobre a generalização da correta fundamentação tanto para normas de direitos fundamentais, diretamente associadas, como para normas de direitos fundamentais indiretamente associadas:

Uma tal definição geral sustenta que normas de direitos fundamentais são todas as normas para as quais existe a possibilidade de uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais. Para as normas diretamente estabelecidas normalmente é suficiente uma referência ao texto constitucional. Uma fundamentação mais profunda, que demonstra por que aquilo que a Constituição diz é válido, normalmente tem, para a prática da fundamentação referida a direitos fundamentais, um interesse apenas teórico. Isso demonstra que a generalização da definição baseada em uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais não elimina, de forma nenhuma, a diferença entre normas de direitos fundamentais estabelecidas direta e indiretamente. No caso de uma norma diretamente estabelecida, uma fundamentação correta é sempre diferente da fundamentação no caso de uma norma indiretamente estabelecida. (ALEXY, 2017b, p. 76).

aplicação". (LUDWIG, 2013, p. 22). Com efeito, percebe-se que a tradução por norma associada expressa uma menor carga de subjetividade na compreensão do processo interpretativo da norma de direito fundamental associada do que a expressão atribuída. Cumpre mencionar, ainda, que Gavião Filho (2010, p. 28) e Heck (2005, p. 8) seguem no mesmo sentido.

Alexy, assim, faz uma distinção entre normas de direito fundamental mediatas e normas de direito fundamental imediatas, que seria correspondente às normas de direito fundamental e as normas de direito fundamental associadas. Contudo, essa distinção deve ser compreendida com cautela, uma vez que não há uma diferenciação estrutural, sendo ambas as normas produtos da interpretação e aplicação das disposições de direitos fundamentais, a sua diversidade consiste, na senda do argumentado por Alexy, na construção do processo argumentativo da interpretação e sua relação de proximidade ou não para com o texto.

Com efeito, pode-se compreender adequadamente que ambas as espécies propostas por Alexy, seja a norma de direito fundamental e norma de direito fundamental associada, passam por um processo de construção associada ao texto constitucional. Contudo, elas diferem-se na forma de construção do correto processo justificatório de embasa cada uma delas, principalmente na proximidade ou no distanciamento à disposição de direito fundamental.

2.8.2 A proposta alexyana de diferenciação entre regras e princípios

As disposições de direitos fundamentais dão origem a um modelo misto de regras e princípios (ALEXY, 2017b, p. 135). Isso significa que as normas de direitos fundamentais serão gênero do qual são espécies as regras e os princípios. Trata-se de um modelo de dois níveis que se complementam, sendo um nível próprio das regras e outro dos princípios.

O nível dos princípios será composto por todos os princípios que são relevantes para as decisões no âmbito dos direitos fundamentais. “O princípio é relevante para uma decisão de direito fundamental quando ele pode ser utilizado corretamente a favor ou contra uma decisão nesse âmbito” (ALEXY, 2017b, p. 136). Para o autor (ALEXY, 2017b, p. 85 - 108), princípios são normas de mandamentos otimizáveis de caráter *prima facie*, realizáveis na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, resolvidos, no caso de colisão, pela ponderação que ocorre na dimensão dos respectivos pesos, servindo de razões *prima facie* para os juízos de dever-ser.

O nível das regras, por sua vez, é composto por disposições de direitos fundamentais que são consideradas como uma expressão de uma tentativa de estabelecer determinações em facas das exigências de princípios contrapostos, segundo Alexy (2017b, p. 139). As regras, para Alexy, (2017b, p. 85 - 108) são determinações de caráter *prima facie* de definitividade,

satisfeitas dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, resolvidas, no caso de conflito, de dois modos alternativos que ocorrem na dimensão da validade ou com a introdução de uma cláusula de exceção que elimine o conflito ou com a declaração de invalidade de umas das regras, servindo, quando válidas, aplicáveis e infensas a exceções, de razões definitivas para os juízos de dever-ser.

Com efeito, isso significa que as disposições de direitos fundamentais adquirem um caráter duplo, ou seja, elas inauguram as bases tanto para os princípios como para determinações em face das exigências de princípios contrapostos na medida em que apresentam o suporte fático e as cláusulas de restrição diferenciadas, inaugurando as regras. Logicamente, essas determinações possuem um grau restrito de completude e determinabilidade (ALEXY, 2017b, p. 139), uma vez que diferentes disposições (a depender do seu caráter) exigem diferentes construções justificatórias e, com isso, apresentam diferentes margens de discricionariedade política e de resultados discursivamente possíveis, segundo a teoria alexyana.

Um ponto que precisa ser ressaltado é de que o nível dos princípios subjaz ao das regras. Isso significa que os princípios, para Alexy, possuem mais indeterminabilidade, incerteza e suportam um espectro geral maior de resultados possíveis, razão pela qual é possível afirmar que eles abrem a interpretação, isto é, eles são compreendidos como uma abertura interpretativa³². As regras, por sua vez, estão num nível de maior determinação, certeza e

³² Lembra-se crítica de Streck já veiculada em outros locais: a compreensão de que os princípios promovem uma abertura interpretativa para o julgador, dando-lhe espaço de discricionariedade para decidir é um erro, consoante demonstra a Crítica Hermenêutica do Direito e a própria compreensão filosófica de princípios. Nesse sentido, a tese da descontinuidade do Lenio Streck, no âmbito da Crítica Hermenêutica do Direito, para enfrentar essa pretensa abertura interpretativa dos princípios que possibilita a discricionariedade judicial e o pamprincipiologismo brasileiro. Como já afirmado, esta expressão é cunhada por Streck a partir da concepção brasileira de princípios como abertura interpretativa, que os transformou em mero álbi retórico, fundamentando decisões arbitrárias. Destarte, percebe-se uma proliferação de supostos princípios, que enfraquecem a autonomia do Direito e da Constituição. Com efeito, é desse contexto que a CHD conceitua princípios jurídicos baseada na tese da descontinuidade. A ideia central dessa orientação conceitual é que os princípios oferecem espaços argumentativos que permitem controlar os sentidos articulados pelas decisões ao mesmo tempo que instituem o mundo prático no Direito. Ademais, o conteúdo dos princípios não é pré-definido por lei, nem livremente determinado pelos tribunais, isso porque eles são manifestação histórico-cultural que se expressa em determinado contexto de uma experiência jurídica comum, mantendo a sua coerência e integridade (STRECK, 2017). Conforme leciona Streck, “a normatividade assumida pelos princípios possibilita um fechamento interpretativo próprio da blindagem hermenêutica contra discricionarismos judiciais” (2017, 304). Essa normatividade é instituída a partir da convivência intersubjetiva que emana dos vínculos existentes na moralidade política da comunidade. Os princípios, então, são compartilhados na vida da comum-idade política, formando a própria sociedade inserida no mundo, com caráter deontológico. O dever de o juiz decidir adequadamente virá dessas características, uma vez que a inserção dele na polis deve obrigá-lo a decidir de forma coerente com a prática da comunidade democrática, em razão do vínculo jurídico, democrático e histórico

suportam um espectro geral menor de resultados possíveis. As regras, nesse âmbito teórico, são decisões com maior carga de definição, nas quais as relações de prevalência entre princípios já foram feitas, de maneira prévia, pelo legislador no seu sentido amplo.

Destarte, Alexy (2017b, p. 144) atribui tanto regras como princípios às disposições de direitos fundamentais, ambos sendo reunidos em uma norma constitucional de caráter duplo. Assim, as normas de direitos fundamentais são construídas de forma a que se configure esse duplo nível. Essa estruturação no duplo nível é importante, uma vez que as normas são, inicialmente, regras ou princípios. A sua estruturação ocorre com a inclusão da cláusula restritiva na estrutura de princípios, submetendo-a à aplicação da proporcionalidade. No modelo proposto por Alexy (2017b, p. 141 a 143), pode-se entender que as disposições de direitos fundamentais, geralmente, dão origem a uma norma direta de direito fundamental que possui o caráter de princípio. Essa mesma disposição, contudo, pode ser estruturada de forma a incluir a cláusula restritiva e, a partir de casos, ser sopesada para originar uma norma indireta de direito fundamental que possui o caráter de regra. Aqui, recorda-se da lição de Muller sobre a relação entre as normas e os casos:

Normas jurídicas não são dependentes do caso, mas referidas a ele, sendo que não constitui problema prioritário se se trata de um caso efetivamente pendente ou de um caso fictício. Uma norma não é (apenas) carente de interpretação porque e à medida que ela não é unívoca e evidente, porque e à medida que ela é destituída de clareza - mas sobretudo porque ela deve ser aplicada a um caso (real ou fictício) (MULLER, 1999, p. 52).

A normatividade das normas existe e se forma apenas na sua interpretação e aplicação em casos jurídicos concretos. Também a estruturação, na senda de Alexy, seja de princípios ou regras apenas adquirem normatividade diante de casos – sejam reais ou fictícios. Com isso,

que o orienta na criação do *ius*. Na crítica de Streck, assim, princípios não podem ser criados *ad hoc*, sem vínculos históricos, pois não seriam passíveis de um controle intersubjetivo de seus sentidos juridicamente possíveis. Basta ver, para tanto, a algaravia gerada pelo pamprincipiologismo, em que princípios são inventados sem preocupação com a sua imperatividade e sua legitimidade. Ressalta-se como a ideia central é, basicamente, promover uma ruptura com teses subservientes à discricionariedade judicial de forma a controlar e, consequentemente, legitimar a decisão judicial a partir de um filtro democrático constitucional. Ainda, deve-se observar que os princípios não são pré-definidos por lei, porque eles são anteriores, isto é, eles são pilares que orientam a experiência jurídica comum. Essa base é sedimentada e manifestada a partir do desenvolvimento histórico-cultural de determinada comum-unidade política. Para o necessário aprofundamento, indica-se: STRECK, Lenio Luiz. Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017^a; STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. 11. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014; STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017b.

entende-se que o duplo nível e a estruturação das normas apenas adquirem sentido pleno na sua interpretação e aplicação, o que naturalmente promove uma construção, direta ou indireta, que parte da disposição, mas com ela não se confunde.

Na separação entre regras e princípios, Alexy compreende que há duas operações fundamentais na aplicação do direito, uma refere-se às regras e outra aos princípios. Assim, a aplicação das regras resolve-se pela subsunção³³, enquanto a solução da colisão entre princípios resolve-se pela ponderação (ALEXY, 2015a, p. 131).

A colisão entre princípios ocorre quando dois mandamentos de otimização mostram-se juridicamente atuantes no caso concreto. Ou seja, trata-se de situação na qual princípios jurídicos direcionam para soluções distintas e conflitantes. Caso isoladamente considerados, ambos os princípios conduziriam a uma contradição, visto que um princípio restringe as possibilidades jurídicas de realização do outro princípio (ALEXY, 2017b, p. 96).

Nisso, Alexy entende que a colisão de princípios é resolvida com uma solução de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto (ALEXY, 2017b, p. 96). Considerando as circunstâncias fáticas e jurídicas, essa relação consiste na fixação de condições reais sob as quais um dos princípios em colisão precede o outro. Sob condições diversas, é possível chegar-se a soluções distintas (ALEXY, 2017b, p. 93).

Conforme leciona Alexy, “as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do

³³ Nesse ponto, é essencial fazer coro à crítica de Lenio Streck no sentido do erro do raciocínio subsuntivo-dedutivo que Alexy, em alguma medida, utiliza e que é um problema estrutural no direito brasileiro. Explica-se. Há, no direito brasileiro, uma manutenção geral de um raciocínio chamado de subsuntivo-dedutivo ou abstrato-sistemático próprio do positivismo jurídico de cunho textualista. Isso significa que ainda se acredita na possibilidade de um sistema razoavelmente perfeito e acabado entregue ao juiz que exclusivamente subsume-o aos casos judiciais. Tal compreensão é uma equivocada simplificação da complexidade do fenômeno jurídico. A precária solução está fadada ao erro. Stein, quando analisa a proposta filosófica feita por Heidegger em *Ser e Tempo*, assinala que “ao fim dos princípios epocais, a racionalidade que se quer constituir a partir da necessidade, deve, no mínimo, ter consciência de sua precariedade, na medida em que não leva em consideração todos os modos fundamentais do ser do estar-aí” (STEIN, 2014, p. 73). Ter consciência da precariedade da racionalidade humana permite desvelar pré-conceitos para, de modo consciente, afastá-los. Entre esses, a ideia de uma razão pura e primeira apta a construir um sistema de conceitos abstratos e gerais aptos a resolverem todos os problemas (antes mesmo de eles existirem) da vida social que tentam encontrar solução no mundo jurídico. A doutrina brasileira, frequentemente, acaba por dar continuidade à filosofia da consciência, mantendo um paradigma equivocado. Nesse sentido, “a dogmática jurídica sofre ainda de uma compulsiva lógica da aparência de sentidos, que opera como uma espécie de garantia de obtenção, em forma retroativa, de um significado que já estava na lei (e, agora, no precedente) desde sua promulgação” (STRECK, 2014a, p. 115). Para uma adequada compreensão do ordenamento jurídico pátrio, impera a necessidade da passagem da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem. A comunidade jurídica ou, pelo menos, o seu senso comum ainda carece da viragem linguística, como frequentemente lembra Lenio Streck.

princípio que tem precedência (ALEXY, 2017b, p. 97)”. A relação de precedência é como se compõe a regra para o caso concreto que resulta da ponderação. Então, dessa estrutura, os princípios conflitantes que tinham um caráter *prima facie* adquirem validade definitiva, funcionando como uma regra para o caso concreto.

Outro pilar fundamental da teoria de Alexy é a ponderação e sua estrutura. A ponderação é uma parte daquilo que é exigido por um princípio³⁴ mais amplo – o princípio da proporcionalidade. Esse é composto por três princípios parciais, quais sejam: o da idoneidade, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido restrito.

Aqui, é importante ressaltar que não se deve entender o princípio da proporcionalidade com o conceito de princípio comum, em oposição às regras jurídicas, mas como uma norma de interpretação e aplicação do direito que não poderá ser afastada, principalmente de interpretação e aplicação de direitos fundamentais. Essencialmente, ela é empregada nos casos da promoção da realização de um direito fundamental que implica a restrição de outros direitos fundamentais. Concordando com essa assertiva, estão Virgílio Afonso da Silva (DA SILVA, 2002, p. 35), Gavião Filho (2010) e Ludwig (2013). Para a crítica, por todos, cita-se Streck (2011; 2017b).

Avançando na análise dos subprincípios, se os princípios são mandamentos de otimização a serem realizados em medida tão alta quanto possível fática e juridicamente, a proporcionalidade e seus subprincípios serão encarregados de sua realização (ALEXY, 2015a, p. 110). Os dois primeiros subprincípios serão encarregados da otimização consoante as possibilidades fáticas.

O subprincípio da idoneidade estabelece que a medida escolhida para resolver a colisão de direitos fundamentais deve ser aquela que promove o fim de realizar o direito fundamental a ser constitucionalmente protegido (ALEXY, 2015a, p. 132). De outra forma, é este o subprincípio responsável por indagar se a medida, que configura uma intervenção constitucional em um direito fundamental, promove o fim de realizar o outro direito fundamental. Trata-se de um requisito para a constitucionalidade da medida em análise.

O subprincípio da necessidade estabelece que, entre duas medidas igualmente eficazes para otimizar o princípio P_j ³⁵, seja escolhida a medida que menos influencia P_i . Em outras

³⁴ Os diferentes autores divergem sobre a correta conceituação desta norma, eles também chamam de princípio (ALEXY, 2015, traduzido por Luís Afonso Heck), regra (DA SILVA, 2002), máxima (ALEXY, 2017 traduzido por Virgílio Afonso da Silva) ou postulado normativo (ÁVILA, 2016).

³⁵ P_j é a fórmula concisa utilizada para denominar o princípio que, na exemplificação de uma colisão entre princípios fundamentais, é o que será otimizado. Já P_i é aquele que sofre a intervenção para possibilitar a

palavras, aquela medida que igualmente realize o objetivo com a menor gravidade possível para o direito em colisão. (ALEXY, 2017b, p. 118 e 119)

Já o subprincípio da proporcionalidade restrita, verificará a otimização da norma segundo as possibilidades jurídicas (ÁVILA, 1999, p. 159). A ponderação é o objeto da proporcionalidade restrita (ALEXY, 2015a, p. 111). É a ponderação que permitirá, segundo suas regras, definir a otimização da norma, servindo como um método de aplicação da proporcionalidade restrita.

O ponto de partida para a ponderação proposta por Alexy é a lei da ponderação: quanto mais alto é o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio P_i , tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro P_j (ALEXY, 2015a, p. 133). Aqui, usar-se-ão as mesmas simplificações usadas por Alexy; então, P_i corresponde ao princípio que irá sofrer a intervenção, já P_j corresponde ao princípio que terá preponderância, ou seja, que será cumprido.

Nessa senda, a verificação desses graus (tanto de prejuízo quanto de importância) deve ser feita em três passos (ALEXY, 2015a, p. 133). A necessária atribuição desses graus também coloca a exigência de escalas mais ou menos refinadas. O uso dessas escalas deve ser suportado por razões, aliando a ponderação com a argumentação jurídica. A relação entre graus de intensidade de intervenção e grau de importância pode ser posta em uma fórmula para fins de controle e generalização. Para equacionar essa relação, então, emprega-se a fórmula peso.

Sobre os três passos para verificação, é possível formular uma segunda regra da ponderação, dividida em três sub-regras, que seriam os passos para a verificação dos graus de Alexy, quais sejam: o grau de intensidade de intervenção em um princípio P_i deve ser verificado e justificado; grau de importância de realização de um princípio P_j deve ser verificado e justificado; e o grau de intervenção de P_i deve ser justificado pelo grau de importância da realização de P_j (GAVIÃO FILHO, 2010, p. 211).

As duas primeiras sub-regras regulam diretamente a ação de ponderar, disciplinando como deve ser realizada a ponderação. Adverte-se para o importante papel da justificação racional. O juiz deve verificar e justificar os graus dos princípios, assim como explicitar o raciocínio empregado em cada um dos passos. A terceira regra é o núcleo da ponderação. Ela é a responsável por sintetizar qual deve ser o resultado da aplicação dos graus atribuídos pelo juiz no passo anterior.

otimização do princípio fundamental contrário. Poder-se-ia denominar P_j como princípio otimizado e P_i como princípio restringido; contudo, opta-se por seguir as fórmulas de Robert Alexy.

No mesmo caminho, partindo dos princípios como mandamentos de otimização, a lei da ponderação exige que a decisão por um maior grau de satisfação de um princípio em detrimento de outro precisa ser justificada. Assim, é necessário que se justifique por que se confere um maior peso ao grau de satisfação de um princípio e não de outro, o que será exigido pelos passos da ponderação.

O primeiro passo da estrutura da ponderação é dado como a verificação da intensidade da intervenção em P_i , o que significa investigar uma grandeza concreta e não abstrata. A grandeza concreta levará em conta as circunstâncias específicas do caso concreto, ou seja, das possibilidades fáticas e jurídicas do caso em análise.

A distinção entre a grandeza abstrata e concreta é importante para ponderação, especialmente para a fórmula peso, que justificará a relação de precedência condicionada antes realizada. A grandeza abstrata virá da posição que o princípio ocupa dentro do ordenamento jurídico constitucional, excluídas as circunstâncias do caso concreto. Essa grandeza é dada pela prática constitucional dos tribunais. Aqui, não se levam em consideração as colisões entre princípios, mas o valor deste princípio no ordenamento. Frisa-se que Alexy defende que o peso abstrato é uma questão de direito positivo. Isso significa que cada constituição pode erigir determinados princípios como mais fundamentais do que outros.

Assim, exemplifica-se: o direito à vida, no ordenamento jurídico brasileiro, é mais importante que o direito à liberdade de atuação geral. Ademais, comparações com outros ordenamentos jurídicos também são possíveis, como o direito à liberdade de imprensa no ordenamento jurídico brasileiro é menos importante que o direito à liberdade de imprensa no ordenamento jurídico norte-americano. A determinação do peso de um princípio jurídico depende de sua importância material dentro do sistema jurídico.

Nessa senda, o segundo passo da estrutura da ponderação consiste na verificação e na justificação da importância da realização de P_j , determinando seu grau de importância de realização no caso concreto, além de seu peso abstrato. No terceiro passo, os graus atribuídos em cada um dos passos anteriores devem ser postos em relação um com outro. Assim, pode ser formulada a terceira regra da ponderação: determinado o grau de intensidade de intervenção em um princípio P_i (IP_i) e o grau de importância de realização de um princípio P_j (IP_j), eles devem ser postos em uma relação de prevalência (precedência condicionada).

Importante observar que da relação de prevalência poderá ocorrer um empate. Nesses casos, a ponderação não determina nenhum resultado. O caso reside em um espaço de ponderação estrutural para a delimitação das competências (ALEXY, 2015a, p. 143). Então, se

ocorrer o empate, o tribunal constitucional não deverá determinar nenhuma consequência jurídica; não haverá a realização de uma regra, pois se ficará no âmbito de discricionariedade do poder com maior legitimidade democrática, ou seja, o legislador.

Quando da relação de precedência condicionada resulta a primazia de um princípio sobre o outro, está ordenada a consequência jurídica. Segundo Alexy, a proposição de preferência tem a forma (P1PP2)C e resulta na regra de que C (circunstâncias do caso concreto) implica R (regra jurídica para o caso), o que significa é que sob as condições C está ordenada definitivamente a consequência jurídica exigida por P1, pois ele teve a primazia. Assim, ordena-se a regra do caso de colisão de princípios depois de estabelecida a relação de precedência (ALEXY, 2017b). Essa regra será uma norma de direito fundamental associada.

Isso significa, na prática, que o desenvolvimento da teoria alexyana e o próprio desenrolar da jurisprudência que observe a teoria proposta pelo autor constituirá, idealmente, um sistema de regras. Isso, pois o resultado da regra de direito fundamental associada originada pela relação de precedência condicionada deverá ser universalizado, seguindo as regras do discurso prático racional e da teoria da argumentação jurídica já estudadas. A complexidade da aplicação do princípio da proporcionalidade, o sistema de precedentes proposto (ALEXY, 2017a; 2017b) e observância do dever de universalização resultarão num sistema de regras aplicadas por subsunção.

Tal ponto é interessante, pois desvela a complexidade e a excepcionalidade da utilização do princípio da proporcionalidade e da ponderação. Ademais, é importante observar que, apesar do notável reconhecimento adquirido pela sua formulação de princípios jurídicos, não é disso que o sistema alexyano preponderantemente irá tratar na prática. É possível articular, então, uma possível gradual diminuição do uso da proporcionalidade justamente em razão desse resultante sistema de regras - sejam elas padrões ou normas de direito fundamental associadas. Com efeito, espera-se que a transição da colisão de princípios enquanto deveres *prima facie* para sua consolidação como regra de direito fundamental associada enquanto deveres com condições de definitividade esteja clara.

De outro giro, importante ressaltar que pode se tratar de uma relação comparativa, como assinalou Sieckmann (2014). Comparam-se os princípios em colisão, aquele que intervém e aquele que sofre a intervenção e compara-se dentro das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto para determinar-se qual terá precedência e determinará a consequência jurídica.

Conforme visto, a ponderação deve ser estruturada em três passos, que correspondem a uma investigação sobre os graus de intensidade de intervenção e importância. Em cada passo, os dois graus devem ser mensurados.

Tais passos, que abrangem uma investigação sobre os graus de intensidade de intervenção e importância de realização, dependem de certa possibilidade de medição em graus. Alexy (2015a; 2017b) propõe a criação de uma escala com os graus leve, médio e grave para a atribuição dos graus, chamada escala triádica, para possibilitar a comensurabilidade, que pode ser refinada, transformando-a numa escala de nove graus. Recorda-se que a escala triádica, por si só, não afasta a alegada incomensurabilidade da ponderação, pois também é necessário o ponto de vista uniforme na atribuição de graus de P_i e P_j .

O ponto de vista uniforme é, conforme defende Alexy (2015a, p. 141), o ponto de vista da constituição. Obviamente, é discutível qual é o grau de prejuízo de certo princípio em determinado caso concreto, usando o ponto de vista da constituição. Contudo, o que se busca não é uma única resposta correta, ou que todos os intérpretes do direito cheguem sempre ao mesmo grau para todos os casos concretos, mas a racionalidade da discussão. Retoma-se a questão da racionalidade limitada.

Caso se utilize o ponto de vista do intérprete, a racionalidade cai por terra, pois, “se um intérprete da Constituição dissesse ao outro que a partir de seu ponto de vista vale uma coisa, a partir do outro, o oposto, cada um, portanto, de seu ponto de vista tivesse razão e não só não se equivocam, mas também não podem ser criticados” (ALEXY, 2015a, p. 143). E aqui cairia por terra a ponderação, pois ela não seria racional, tampouco haveria algo a partir do qual algo poderia mostrar-se falso. Com o ponto de vista uniforme, ocorre ao contrário. E, “se um discurso racional sobre aquilo que vale por causa da constituição é possível, então um ponto de vista uniforme é possível” (ALEXY, 2015a, p. 141).

2.8.3 A fórmula peso:

A fórmula peso consiste numa verdadeira prova real da ponderação e da argumentação feita pelo julgador que seguir as regras propostas por Alexy. Não se trata, e aqui discorda-se de Sieckmann (2014, p. 251), do que determinará a consequência jurídica, mas de mais uma justificação racional para a estrutura da ponderação já empregada.

Nesse norte, examina-se o núcleo da fórmula peso, que consiste na relação de diferença entre o grau de intensidade de intervenção em um princípio e o grau de importância de realização do outro princípio, basicamente será a fórmula matemática da relação de prevalência condicionada. Demonstra-se:

$$G_{ij} = I_i/I_j.$$

O grau da intensidade da intervenção em P_i , significa investigar uma grandeza concreta e não abstrata, conforme já visto. Assim: IP_iC , onde I é intervenção, P_i é o princípio que sofre a intervenção e C é as circunstâncias do caso concreto. Designação detalhada explícita da intensidade da intervenção no princípio i no caso concreto é IP_iC , e sua forma concisa é $I_i (= IP_iC)$. O mesmo vale para P_j , entretanto a fórmula será: $I_j=IP_jC$.

Contudo, este é só o núcleo; para a fórmula completa, devem-se adicionar mais dois elementos tanto para o princípio que sofre a intervenção quanto o princípio que será realizado, quais sejam: o peso abstrato de cada princípio, assim como a segurança de suas suposições empíricas.

Na fórmula matemática, serão adicionados os seguintes elementos: a intensidade de intervenção em P_i como uma grandeza concreta se distingue do peso abstrato de P_i – que pode ser designado como GP_i . O peso abstrato de um princípio é o peso que cabe a ele relativamente a outros princípios independentemente das circunstâncias do caso concreto. Assim: GP_iA , onde G é a grandeza abstrata do princípio i , P_i é o princípio e A corresponde à abstratividade. Designação detalhada explícita do peso abstrato é GP_iA , e sua forma concisa é $G_i (=GP_iA)$. Mais uma vez, determinar-se-á o peso abstrato de P_j com o mesmo raciocínio, contudo a fórmula será $G_j =GP_jA$.

O terceiro par de variáveis da fórmula peso completa representa o grau de segurança ou certeza da suposição empírica sobre o que a medida significa para a não realização de um princípio e para a realização do outro. Nas prognoses empíricas, nem sempre deve ser exigida certeza e tampouco a incerteza deve ser admitida arbitrariamente. Um dos mais importantes critérios para a exigência da certeza é o da importância, definido pela intensidade de intervenção e pelo peso abstrato do direito fundamental no caso concreto.

A segurança da suposição empírica a respeito do que significa a medida respectiva para a intervenção em P_i e a realização de P_j no caso concreto podem ser designadas como S_i e S_j . A formulação completa, então, é S_i para SP_iC para expressar que tanto a força de defesa como a força de ataque desaparecem com a incerteza progressiva das premissas apoiadoras de cada um dos lados.

Assim, a fórmula peso adquire a seguinte configuração: $G_{ij} = I_i \cdot G_i \cdot S_i / I_j \cdot G_j \cdot S_j$.

Alexy (2014) e Klatt (2012b) continuaram a desenvolver a fórmula peso completa e, a partir das críticas de Schmidt e Klatt (2012a), reformularam-na. O desenvolvimento é caracterizado, basicamente, pela separação da segurança da suposição empírica em duas novas grandes, uma específica para a segurança da suposição empírica normativa e outra para a segurança da suposição empírica, ambas se relacionam com os conceitos de discricionariedade empírica e normativa da Teoria dos Espaços Dogmáticos já analisada. Com efeito, a grandeza SP_iC é dividida, respectivamente, em SP_iCE e SP_iCN – o mesmo ocorre com SP_jC .

Destarte, a fórmula peso completa adquire a seguinte configuração: $G_{ij} = I_i \cdot G_i \cdot S_i^e \cdot S_i^n / I_j \cdot G_j \cdot S_j^e \cdot S_j^n$

Com esse desenvolvimento, ganha-se em transparência na medida em que os argumentos empíricos e normativos são separados, o que permite que cada um seja analisado por si. Por fim, atenta-se que se deve distinguir a regra de precedência condicionada (P_iPP_j) e a fórmula peso ($G_{ij} = I_i \cdot G_i \cdot S_i / I_j \cdot G_j \cdot S_j$). A regra de precedência ou preferência condicionada cuida de quem tem primazia sob as circunstâncias concretas e, por isso, ordena a consequência jurídica primada. A fórmula peso cuida da prova real da justificação da regra de preferência.

2.8.4 Os princípios formais:

Para continuar na análise da Teoria dos Princípios, a divisão entre princípios substantivos e princípios formais possui um importante papel, visto que os princípios formais formam uma das bases da teoria. Ambos são princípios, então, ambos são mandamentos otimizáveis *prima facie* diante das possibilidades fáticas e jurídicas da situação concreta. A diferença entre eles virá dos objetos de otimização, enquanto os princípios substanciais otimizam direitos fundamentais como vida, liberdade de expressão e outros; os princípios formais visam à otimização de decisões legais legítimas independentemente de seu conteúdo (ALEXY, 2014, p. 515). E aqui cumpre citar que não se refere apenas a decisões judiciais, mas principalmente a decisões legislativas e provenientes do executivo também, ou seja, decisões políticas sobre qual lei promulgar ou qual política pública seguir.

Assim, os princípios formais exigem que a autoridade das normas e sua eficácia social sejam otimizadas. A autoridade da lei e sua eficácia social são, indubitavelmente, elementos determinantes do positivismo jurídico, o que implica que os princípios formais se referem à

dimensão real da ordem jurídica. Eles visarão, numa relação de *prima facie* com o elemento ideal do direito, dar sustentação e estabilidade à ordem jurídica (ALEXY, 2014, p. 516). Nesse caminho, cabe afirmar que não é todo tipo de injustiça que determinará que algo não é direito, mas apenas a injustiça extrema (ALEXY, 2010, p. 177). Aqui, alia-se uma relação de preferência *prima facie* do elemento real do direito sob o elemento ideal.

Também nesse sentido Alexy afirma que o princípio formal da democracia determinará não apenas um peso especial às determinações do Poder Legislativo, mas também que seja este Poder que deverá tomar a maior quantidade possível de importantes decisões exigidas pela sociedade (ALEXY, 2014, p. 517), o que será otimizado dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, ou seja, determina uma ampliação do escopo de decisões do Legislativo. Alexy visa, neste ponto, defender uma prevalência da legitimidade do Poder Legislativo sobre o Poder Judiciário para tomar importantes decisões sociais, visto que o primeiro exerce clara função majoritária de representação da população, enquanto o Judiciário visa resguardar a ordem jurídica e a conformidade dos atos dos outros poderes com o direito, mas não deve assumir para si o papel de agente representativo e transformador da sociedade.

Atenta-se, aqui, que a função do Judiciário, em último grau, é de revisão constitucional, ou seja, o de guardar e proteger a Constituição e os direitos fundamentais contra possíveis abusos estatais e de particulares, ou seja, trata-se de um papel que pode ser caracterizado como contramajoritário, visto que será exercido mesmo que a maioria da população discorde da decisão. Desse ponto de vista se sustenta o papel contramajoritário do Judiciário e da Corte Constitucional. Frisa-se, o Judiciário e a Corte Constitucional visam resguardar a ordem jurídica constitucional, em última instância, visam resguardar o próprio Estado Democrático Deliberativo de Direito, limitando a atuação estatal.

2.9 AS RELAÇÕES DE PREVALÊNCIA PRIMA FACIE DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS DE LIBERDADE E DE IGUALDADE

O último ponto da análise teórica da proposta de Robert Alexy é o exame dos princípios jurídicos de liberdade e igualdade. Esses são os responsáveis por nortear a teoria material fraca dos direitos fundamentais, segundo Alexy. Iniciar-se-á pelo direito de liberdade e encerrar-se-á com o direito de igualdade.

No âmbito da República Federal da Alemanha, a disposição de direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade, disposto no art. 2º,§1º, da Constituição alemã, foi interpretada pelo Tribunal Constitucional Federal como um direito fundamental geral de liberdade (ALEXY, 2017b, p. 343). Segundo Hesse, a disposição do direito ao livre desenvolvimento da personalidade abarca não só as liberdades nomeadas, mas um direito de liberdade não-nomeado, que protege a esfera de vida pessoas do particular nos limites traçados pela Constituição alemã, o que garante a liberdade de ação geral humana (HESSE, 1999, p. 326).

A Constituição Federal brasileira positivou, diferentemente da Constituição alemã, o direito fundamental à liberdade de forma geral, forte no caput do art. 5º, junto com diversas liberdades específicas como de locomoção, associação, personalidade, econômica entre outras dispostas ao longo da Carta Magna pátria. Com isso, apesar das origens distintas, é possível perceber que ambas as ordens constitucionais tutelam uma norma de direito fundamental consistente num direito geral de liberdade.

A teoria dos direitos fundamentais de Alexy depende de um amplo suporte fático. Isso significa que as normas de direitos fundamentais possuam o suporte fático mais amplo possível, apenas sendo restringidas a partir de casos concretos. Com isso, as restrições e limitações dos direitos fundamentais não são consideradas pré-dadas, inerentes ao direito em si, mas originam-se do desenvolvimento das relações político-sociais reguladas.

Nesse sentido, também o direito geral de liberdade terá um amplo suporte fático, razão pela qual ele é compreendido como uma liberdade geral de ação de se fazer ou deixar de fazer o que se quer. Com isso, o titular do direito fundamental à liberdade geral de ação possui *prima facie* a permissão de fazer ou deixar de fazer o que se quiser assim como o direito *prima facie* em face do Estado a que este não embarace sua ação ou abstenção, ou seja, o direito de que o Estado não intervenha na liberdade de ação. Ainda, esse direito abarca a proteção não só de ações, mas também de situação e posições jurídicas do titular do direito, razão pela qual o direito geral de liberdade tutela tanto o fazer do titular como o seu “ser” fático e jurídico (ALEXY, 2017b, p. 344).

Com efeito, “o direito geral de liberdade tem o caráter de um direito protetor da liberdade geral de ação tanto diretamente (tutelando a ação) quanto indiretamente (tutelando situações e posições)” (ALEXY, 2017b, p. 344). Hesse afirma que o conteúdo desse direito geral de liberdade possui sua amplitude atrelada ao conceito de ordem constitucional, isto é, levando em conta as normas materiais e formais da Constituição e que tem como núcleo

fundamental um último âmbito de liberdade humana inviolável, o que está subtraído do âmbito de atuação do poder público como um todo (HESSE, 1998, p. 326).

Para não fugir do objeto da presente pesquisa, não se adentrará com profundidade nas interpretações propostas por Alexy sobre as decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão para que se promova uma interpretação coerente da jurisprudência constitucional alemã sobre o direito geral de liberdade nem as suas respostas às críticas. Focar-se-á no conteúdo proposto pelo direito geral de liberdade e pela compreensão proposta pelo estado global de liberdade, que servirão como norte interpretativo de todo o sistema jusfundamental proposto pelo autor.

Diante dessa ressalva, o autor propõe que o direito geral de liberdade compreende uma liberdade negativa em sentido amplo, que consiste na liberdade de se fazer ou deixar de fazer tudo o que se quer – essencialmente a liberdade de escolha entre alternativa de ações (ALEXY, 2017b, p. 351). Essa liberdade negativa em sentido amplo abarca duas importantes formas de liberdades negativas, que são a liberdade liberal e a liberdade socioeconômica. A liberdade liberal atua quando os obstáculos às ações são ações positivas de outrem, principalmente do Estado, mas não de forma exclusiva. Trata-se de ações que concretamente impede a liberdade de se fazer ou deixar de fazer algo. A liberdade socioeconômica consiste na não submissão do indivíduo a uma situação de privação econômica que embarace o seu exercício de ação, isto é, a sua liberdade de se fazer ou deixar de fazer algo está limitada em razão da privação econômica.

Com isso, Alexy entende que o princípio da liberdade negativa abrange três outros princípios consistentes nos necessários para tutelar a liberdade negativa em sentido amplo, que são o princípio da liberdade negativa de ação, responsável pela proteção da liberdade no âmbito de escolha de ações, o princípio da liberdade negativa de situações, que exige a maior medida possível de não-afetação de situações, e o princípio da liberdade negativa de posições, que exige a maior medida possível de não-eliminação de posições do titular de direito fundamental (ALEXY, 2017b, p. 350-352).

Ainda, o direito geral negativo de liberdade é complementado pela norma da dignidade humana numa maior perspectiva substancial, uma vez que o amplo suporte fático da liberdade negativa visto até aqui promove, essencialmente, características formal-procedimental da liberdade. A dignidade humana é compreendida como a “ideia do homem como ser intelectual e moral, que é projetado para determinar e de se desenvolver em liberdade. A Constituição alemã não concebe essa liberdade como uma liberdade de um indivíduo isolado e autocrático,

mas como um indivíduo relacionado a uma comunidade e a ela vinculado³⁶”, consoante decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão (BVerfGE 45, 187 (227)). “O princípio da liberdade negativa expressa apenas uma das condições para a garantia da dignidade humana. Do princípio da dignidade humana decorrem, além do princípio formal da liberdade negativa, outros princípios materiais, que se referem às condições substanciais cuja satisfação depende a garantia da dignidade humana” (ALEXY, 2017b, p. 359).

Com isso, compreende-se o direito geral de liberdade como uma concepção formal-material. Formal, porque pressupõe a liberdade negativa e encara-a como um valor em si. Material, pois há uma atribuição de maior hierarquia constitucional que vale como uma prevalência *prima facie* em caso de colisões, levando em conta, logicamente, o peso relativo no caso concreto e os outros princípios em colisão.

Contudo, o direito geral de liberdade não se esgota numa esfera negativa. Nessa linha, Alexy, visualiza e defende um âmbito positivo do direito geral de liberdade. Ingo Wolfgang Sarlet e André Rufino do Vale (2018, p. 222), ao comentar o direito de liberdade na Constituição brasileira, partem de Alexy para destacar o seguinte como aplicável ao Brasil:

Direito brasileiro reconhece as duas esferas, ou seja, a liberdade negativa e a liberdade positiva. Para Isaiah Berlin, liberdade negativa é a liberdade como não interferência, a qual protege uma área mínima na qual o homem pode ser e agir sem interferência do outro. A liberdade positiva, por outro lado, mais do que a ausência de interferência, requer que o indivíduo tome parte ativa no controle e domínio de si próprio (dois conceitos de liberdade de Isaiah Berlin).

Sobre a Ideia de Isaiah Berlin (1969, p. 118-172), sintetiza-se o objeto de cada dimensão de liberdade da seguinte maneira: a dimensão negativa responde qual a área dentro dos direitos de um sujeito em que ele é livre para fazer e ser aquilo que ele quiser sem interferência de outro, especialmente sem interferência do Estado; e a dimensão positiva responde quem é a fonte de controle e das interferências que determinam as ações do sujeito.

Nessa linha, é possível compreender o direito geral de liberdade a partir do seu conceito positivo e negativo. Este – chamado de liberdade negativa – é o responsável por assegurar as possibilidades de ação, ou seja, tem como objeto da liberdade diferentes alternativas de ação.

³⁶ No original: Dem liegt die Vorstellung vom Menschen als einem geistig-sittlichen Wesen zugrunde, das darauf angelegt ist, in Freiheit sich selbst zu bestimmen und sich zu entfalten. Diese Freiheit versteht das Grundgesetz nicht als diejenige eines isolierten und selbstherrlichen, sondern als die eines gemeinschaftsbezogenen und gemeinschaftsgebundenen Individuums. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv045187.html>

Aquele – chamado de liberdade positiva – é o responsável por assegurar a escolha de certa possibilidade de ação, ou seja, tem como objeto a liberdade de uma ação (e não diversas ações).

A relação entre a liberdade negativa e a liberdade positiva ensejará diferentes direitos do indivíduo em face do Estado, a fim de possibilitar tanto o exercício de escolha – por exemplo, consistindo numa vedação de proibição do Estado, possibilitando o livre-arbítrio do indivíduo – quanto o exercício de uma ação – por exemplo, consistindo numa obrigação do Estado, levantando barreiras econômicas postas em detrimento do indivíduo. Além disso, a liberdade positiva possibilita a participação do cidadão na formação da vontade estatal que assegura o rol de possibilidade de ação.

A compreensão desse ponto é fundamental para bem entender os desdobramentos, principalmente democráticos, do âmbito de liberdade positiva, que, inclusive, pode ser refinado como liberdade positiva democrática. Destarte, a perspectiva positiva do direito geral de liberdade possibilitará a participação do titular do direito na comunidade política, reforçando a compreensão social e política da pessoa humana, e, com isso, permitindo uma maior expressão da liberdade ao ser o próprio indivíduo o responsável por definir as margens do seu âmbito negativo, isto é, o titular do direito é livre não só para exercer a liberdade de ação, mas também por participar da formação da decisão política que, futuramente, definirá os limites dessa liberdade de ação, ingressando no âmbito positivo. Trata-se, portanto, de incumbir ao titular, pelo menos a participação, (n)o papel de ser a fonte de controle e interferência da determinação do que ele mesmo pode ser ou fazer (BERLIN, 1969, p. 118-172).

Isso é feito com o, sempre em mente, plano de fundo de que as liberdades jurídicas são positivadas e protegidas para pavimentar o caminho da autorrealização humana. Isso significa que as liberdades funcionam como as guardiãs de que o Estado, obrigatoriamente, reconheça cada indivíduo como detentor de uma dignidade que o possibilita buscar, de forma responsável, os meios para a realização das suas capacidades. Lembra-se, aqui, que a justificativa para a própria existência desse Estado nasce com o reconhecimento das liberdades dos diversos indivíduos que formam a comunidade política (ROUSSEAU, 1999, p. 20-22; LOCKE, 1832, p. 146-158). O Estado, portanto, é um meio para as liberdades no sentido mais amplo possível e sua existência está fundamentada enquanto ente responsável por protegê-las e respeitá-las, o que pode ser extraído da proposta alexyana.

O ponto de partida para a estruturação de um direito geral de igualdade é a vinculação desse com dois campos diversos de aplicação que, hoje, estão compreendidos como razoavelmente pacificados. O direito de igualdade gera deveres que atuam em dois níveis

diversos. O primeiro é o dever de igualdade na aplicação do direito, isto é, os órgãos de aplicação do direito possuem o dever de tratar todos de forma igual, o que consiste na execução da lei sem considerações pessoais. O segundo estabelece o dever de igualdade na criação do direito, ou seja, os órgãos de criação do direito possuem o dever de tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual na medida de sua desigualdade (ARISTÓTELES, 1991, p. 189), consoante clássica formulação aristotélica.

A estrutura do dever de igualdade na criação do direito promove uma vinculação formal e substancial – essa dupla estrutura também se aplica à prática jurídica. A vinculação formal já foi tratada no âmbito da Teoria da Argumentação Jurídica e facilmente é compreendida a partir das formulações do princípio da universalização de Hare e o princípio da justiça formal de Perelman,

Para ilustrar o argumento, utiliza-se a proposta de Hare. O autor parte de uma proposta doutrinária que sustenta uma combinação de um princípio universalizante e o princípio prescritivista, que juntos formam o *universal prescriptivism* (HARE, 1977; 1952). A ideia central dos princípios é de que os julgamentos morais são universalizáveis e que eles são tipicamente prescritivos (HARE, 1977, p. 25).

Na formulação do princípio da universalização, a questão central é identificar que há uma exigência de universalização das proposições e dos deveres, isto é, se eu aplico uma regra x na situação específica y, eu tenho o dever de aplicar uma regra x em toda situação que compartilhe a característica relevante de y. Hare exemplifica o princípio universalizante da seguinte forma: “Se digo que X é vermelho, estou comprometido em sustentar que qualquer coisa que seja como X em certo sentido também é vermelha. Ao usar o termo descritivo 'vermelho', devo estar empregando alguma regra universal³⁷” (HARE, 1977, p. 22)

Segundo Alexy, qualquer regra é compatível com esse princípio, uma vez que ele apenas exige coerência do falante, razão pela qual ele estabelece uma condição necessária, mas não suficiente tanto para o discurso moral como para a concretização do dever de igualdade no âmbito dos direitos fundamentais (ALEXY, 2017a, p. 77). Tal ponto pode ser identificado na seguinte passagem:

De qualquer forma, uma pessoa que admitisse que duas coisas eram exatamente semelhantes, mas aplicou algum termo descritivo a um, recusando-se a aplicá-lo ao

³⁷ No original: If I say that X is red, I am committed to holding that anything which is like X in a certain respect is red too. In using the descriptive term 'red' I must be employing some universal rule.

outro, embora afirmasse estar usando o termo sem ambiguidade, estaria mostrando que ou ele não entendia que a expressão era um termo descritivo ou não entendia o que era um termo descritivo. (HARE, 1977, p.24)³⁸

Nesse sentido, não apenas o dever formal deve ser cumprido, como também se faz necessária uma exigência material de vinculação do legislador ao direito de igualdade. Isso decorre da obviedade de que os indivíduos nunca são totalmente iguais ou totalmente desiguais. Sempre há características que os aproximam e que os diferenciam. O ponto central é definir quais características relevantes apresentam justificativas formais aptas a corretamente fundamentar o tratamento igual ou o tratamento desigual, o que não está previsto de forma clara nos princípios supramencionados.

Nesse ponto, faz-se mister explicar os conceitos de igualdade e de desigualdade valorativa. A igualdade valorativa deve ser interpretada correlacionada à ideia de igualdade fática parcial³⁹, que traduz a ideia de uma semelhança das características relevantes para o caso, e à determinados tratamentos, que traduz a ideia de tratamento igual ou desigual apenas num aspecto específico, o que legitima o tratamento eventualmente igual e eventualmente desigual a depender do aspecto fático relevante. Hesse assinala que uma valoração da igualdade deve abstrair das desigualdades existentes as características não-essenciais, portanto, a comprovação refere-se à essencialidade ou relevância das características, o que depende da perspectiva eleita para a comparação (HESSE, 1998, p. 331). Logicamente a fórmula mencionada no início - tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual na medida de sua desigualdade – já pressupõe essas questões, mas o desvelamento das correlações auxilia no controle de fundamentação das decisões tanto de criação como de aplicação do direito.

De outro giro, é importante identificar que esse dever de igualdade no seu duplo âmbito de aplicação formal-material pressupõe juízos de valor. Trata-se de uma obviedade que se desdobra numa questão de delicada solução, qual seja: de quem é a competência para fazer e

³⁸ No original: At any rate a person who admitted that two things were exactly similar, but applied some descriptive term to one while refusing to apply it to the other, though he claimed to be using the term unambiguously, would be showing that he either did not understand that the expression was a descriptive term, or did not understand what a descriptive term was

³⁹ A igualdade – tanto quanto a desigualdade – entre indivíduos e situações é sempre uma igualdade- ou uma desigualdade – em relação a determinadas características. Juízos de igualdade, que constam uma igualdade em relação a determinadas características, são juízos acerca de relações triádicas: a é igual a b em relação à característica E. Juízos desse tipo são juízos sobre uma igualdade fática parcial, ou seja, relativos a apenas algumas e não a todas as características do par a ser comparado (ALEXY, 2017^a, p 399).

justificar esses juízos? Dois poderes assumem preponderância consubstanciados no Poder Político representativo, o legislador, e no Poder Judiciário, a suprema corte.

Alexy analisa as fórmulas empregadas pelo Tribunal Constitucional Federal na aplicação do direito à igualdade. As fórmulas justificam-se como uma tentativa jurisprudencial de responder aos problemas valorativos relacionados à igualdade constitucional. Nessa linha, ele explica que há um conflito entre duas interpretações no Tribunal Constitucional Federal alemão, uma que reduz o dever de tratamento igual a um exame de arbitrariedade e o outro que se utiliza de um par de comparação para avaliar o dever de tratamento igual. Alexy contrapõe-se à primeira e sistematiza a segunda. Segundo o autor, é possível elaborar as seguintes normas de direitos fundamentais a partir da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão:

é vedado ao legislador tratar

- (1) O igual desigualmente
- (2) O substancialmente igual desigualmente
- (3) O substancialmente igual arbitrariamente de forma desigual

Alexy, a partir da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, explica a concretização do princípio da igualdade na criação do material legislativo e a sua relação com os espaços de discricionariedade política. Destarte, o autor sustenta que a jurisprudência constitucional alemã confere uma ampla liberdade de conformação aos Poderes Políticos representativos, uma vez que não seria tarefa da corte constitucional examinar se o legislador decidiu pela regulamentação mais justa ou mais conveniente, devendo o controle ser limitado. A limitação é definida pelas fronteiras entre a liberdade de conformação e a arbitrariedade, isto é, se há um fundamento razoável, que decorra da natureza das coisas, ou uma razão objetivamente evidente para a diferenciação ou para o tratamento igual no material legislativo (ALEXY, 2017b, p. 403). Trata-se, na essência, de saber se a disposição pode ser classificada como arbitrária ou não. Se o for, a revisão constitucional será imprescindível.

Nessa linha, Alexy (2017b, pp. 407) entende que o Tribunal Constitucional Federal alemão segue uma concepção fraca do enunciado geral de igualdade, uma vez que ele não pode seguir uma concepção forte que autorize o tribunal a perseguir uma igualdade valorativa ideal, porque esta violaria a margem de livre conformação do legislador. Destarte, a fórmula (2) e (3) são redundantes, devendo ser compreendido da seguinte forma: tratamentos arbitrariamente desiguais são proibidos

Hesse explica que a Constituição concede uma margem de apreciação política. Destarte, eventual arbitrariedade exige a comprovação de que não se deixa achar um motivo razoável

para a diferenciação, resultante da razão da matéria ou, de outro modo, materialmente evidente (HESSE, 1998, p. 335). Nesses casos, a regulação deve ser qualificada de arbitrária. Sobre esse conceito, Alexy escreve:

Segundo a jurisprudência reiterada do Tribunal Constitucional Federal, uma diferenciação arbitrária ocorre “se não é possível encontrar um fundamento razoável, que decorra da natureza das coisas, ou uma razão objetivamente evidente para a diferenciação ou para o tratamento igual feitos pela lei” (BVerfGE 1, 14, (51). Nesse sentido, uma diferenciação é arbitrária e, por isso, proibida, se não for possível encontrar um fundamento qualificado para ela. A qualificação desse fundamento pode ser descrita de diversas maneiras. Na citação acima, exige-se que se trata de um fundamento razoável ou que decorra da natureza das coisas ou que seja objetivamente evidente. Em outras formulações exige-se que a falta de objetividade da diferenciação não seja “evidente” (BVerfGE 12, 326 (333) , em outras, ainda, é apenas exigido que o fundamento para a diferenciação seja ‘justificado’ (BVerfGE 38, 154 (167). O pano de fundo para essas fórmulas é constituído pela exigência de ‘uma perspectiva orientada pela ideia de justiça’ (BVerfGE 9, 334 (337) (ALEXY, 2017b, p. 407-408).

Com efeito, pode-se concluir que se faz necessária “uma razão suficiente que justifique uma diferenciação, e também que a qualificação dessa razão como suficiente é um problema de valoração” (ALEXY, 2017b, p. 407-408). Caso a valoração dessa razão seja compreendida como suficiente, ela não será considerada arbitrária.

Com isso, Alexy formula: se não houver uma razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual, então, o tratamento igual é obrigatório. Na parte relacionada ao dever de tratamento desigual, Alexy formula a seguinte fórmula: se houver uma razão suficiente para o dever de um tratamento desigual, então, o tratamento desigual é obrigatório. A grande diferenciação entre as duas fórmulas consiste na permissibilidade e obrigatoriedade. Uma fórmula distingue-se da outra na medida em que a segunda exige uma fundamentação procedente para o dever de tratamento desigual e a outra basta que não seja possível uma fundamentação da permissão da discriminação (ALEXY, 2017b, p. 407-411). “É exatamente nessa assimetria que reside o ônus argumentativo em favor do tratamento igual” (ALEXY, 2017b, p. 411). Há, de forma bem clara, uma prevalência *prima facie* de exigência de um tratamento igual, que demanda uma correta justificação para o tratamento desigual.

Contudo, isso não afasta a grande problemática do enunciado de igualdade, que é a demanda por valorações. Consoante Alexy, as principais críticas feitas a uma vinculação do legislador ao enunciado geral de igualdade é “que uma tal vinculação faria com que o Tribunal Constitucional Federal pudesse impor sua concepção acerca de uma legislação correta, razoável e justa no lugar da concepção do legislador” (Alexy, 2017b, p. 411). Tal imposição

naturalmente implicaria uma transferência inconstitucional de competências para o Judiciário em desfavor dos Poderes Políticos da República, desestruturando o próprio projeto compartilhado de Estado Democrático de Direito e seus elementos fundamentais.

Hesse (1998, p. 336) nega essa concepção, afirmando que o “legislador não só tem de adotar regulações para as quais deve ser achado algum motivo materialmente evidente e que se mantêm no quadro amplo do não-arbitrário, mas ele deve criar leis que, em todos os pontos de vista, são apropriadas e justas”. Nesse sentido, o fato do Poder Legislativo estar submetido à limitação da proibição da arbitrariedade e, com isso, sujeito ao controle judicial não sustenta o argumento do deslocamento inconstitucional de competências.

Alexy também refuta essa posição pelo argumento da concepção fraca do enunciado de igualdade apto a conferir ao legislador ampla discricionariedade. Essa concepção está sustentada pela estrutura das normas de tratamento igual e desigual e o conceito de arbítrio.

Há uma diferença entre razões suficientes para admitir o tratamento desigual e razões que obriguem o tratamento desigual. A distinção dessas razões é o que constitui a margem entre os espaços constitucionais dados ao legislador e à corte constitucional respectivamente. Explica-se. O legislador tem competência para criar material legislativo que estipule uma diferença de tratamento com base em razões suficientes para tanto. A corte constitucional, por sua vez, apenas terá competência para revisar a decisão legislativa e, no âmbito da sua decisão, obrigar o tratamento diferenciado, se tiver razões que obriguem o tratamento desigual ou se as razões utilizadas pelo legislador forem arbitrária, razões pelas quais poderá obrigar o tratamento igualitário. Com isso, percebe-se a considerável margem de atuação, podendo-se, inclusive, retomar o espaço substancial de discricionariedade do Poder Político representativo aqui.

Sobre o conceito de arbitrariedade, Alexy defende que o argumento da substituição da concepção do legislador pelo tribunal não se sustenta, pois há uma ilustrativa margem de criação do direito com base na concepção do legislador.

Assim, afirma Alexy:

Todo controle do legislador por parte do Tribunal Constitucional Federal implica que, em uma determinada extensão, algumas valorações do tribunal terão precedência em relação àsquelas do legislador. [...] A ideia de que toda interpretação constitucional implica valorações do intérprete é, ao mesmo tempo, trivial e fundamental. Por isso, se não se pretende, com a vinculação ao enunciado de igualdade, abdicar de toda e qualquer jurisdição constitucional, não se pode querer fundamentar a tese segundo a qual esse enunciado conduz a uma extensão indevida das competências do Tribunal Constitucional Federal simplesmente com base no fato de que sua aplicação pressupõe valorações. Necessário seria demonstrar que a aplicação do enunciado geral da igualdade implica um tal grau de valorações subjetivas – ou seja, não controláveis –

que seria plausível exigir que esse enunciado, no que diz respeito à vinculação do legislador, seja tratado de forma diversa das outras normas de direitos fundamentais. Não há, no entanto, razão para tal. Problemas fundamentais de valoração devem ser resolvidos na aplicação de todas as normas de direitos fundamentais. Também na interpretação dessas normas há a possibilidade de que o tribunal restrinja de maneira não fundamentada a discricionariedade que a Constituição garante ao legislador (ALEXY, 2017b, p. 414).

Nesse sentido, Alexy conclui pela autoridade do direito, isto é, de que os espaços de atuação tanto do legislador como do julgador terão fronteiras que consistem na concretização constitucional. Com efeito, o intérprete constitucional autorizado possui legitimidade para atuar apenas nos momentos em que o legislador extrapola da sua margem de conformação constitucional.

Do exposto das prevalências *prima facie* da liberdade e da igualdade, é possível perceber o natural tensionamento que ambos os direitos apresentam. Afinal, eles estão associados às dimensões de complexos de direitos que envolvem, justamente, a forma de sua concretização ampla (VASAK, 1977). Tanto as formas de concretização desses direitos importam, na essência, em caminhos distintos de realização de direitos e deveres constitucionais, sendo comumente associados com direitos negativos e direitos positivos. Cada um deles, possui um movimento identificador próprio inserido num contexto histórico e constitucional determinado. Não por outro motivo, Alexy (2017b, p. 40 e 41) reconhece a relação entre o movimento constitucional liberal e os direitos de primeira dimensão assim como a conexão entre o movimento constitucional social e os direitos de segunda dimensão, sendo, contudo, ambas perspectivas integradas harmonicamente na jurisdição constitucional contemporânea, que reconhece os avanços conquistados em cada inserção histórica.

Da mesma forma, ele reconhece que isso importa em deveres constitucionais distintos aos Poderes Políticos representativos e, também, campos de proteção diversos no âmbito do Poder Judiciário e do Supremo Tribunal. Com isso, ressaltam-se as dificuldades relacionadas entre os direitos de proteção e os direitos de prestação. Essas espécies de direitos relacionam-se com a estrutura básica dos Direitos fundamentais, podendo configurar direitos a ações negativas e direitos a ações positivas (ALEXY, 2017b, p. 193 a 218).

Isso forma um espaço de atuação da jurisdição constitucional, na senda do já exposto na apresentação da Teoria dos Espaços Dogmáticos. Se assim é, essa relação terá reflexos na definição do legítimo espaço de decisão do Supremo Tribunal assim como as possibilidades de revisão judicial da atuação política, tanto em momentos de normalidade constitucional como

em situações extraordinárias. Por assim ser, deve-se investigar, também, a evolução do constitucionalismo ocidental e do constitucionalismo brasileiro para, com isso, compreender adequadamente a inserção histórica contemporânea da jurisdição constitucional brasileira contemporânea e sua relação e sua adequação para com a Teoria aqui exposta.

2.10 CONSIDERAÇÕES PARCIAIS:

O princípio de base da proposta de Alexy é a defesa de uma concepção cognitivista do Direito. A razão de existir da Teoria da Argumentação Jurídica e da Teoria dos Princípios é, essencialmente, criticar e combater posturas não-cognitivistas, promovendo uma maior racionalidade do Direito.

O caminho da proposta alexyana é essencialmente discursivo-argumentativo com uma preponderância de um viés procedimental. Nessa linha, a Teoria dos Princípios é uma proposta teórica com pretensão não-positivista, orientada ao desenvolvimento de uma concepção cognitivista com critérios e regras próprias para limitação e para conformação da decisão judicial e do discurso jurídico. Assim, afastam-se posturas niilistas, emotivistas, subjetivistas e relativistas morais, por exemplo, para se aproximar de uma postura dotada de certa objetividade moral. Certa, pois tal objetividade/racionalidade opera de forma distinta do mundo da natureza – apesar de Alexy, a partir da lógica deôntica, tentar aproximar-se de certa racionalidade matemática, é impossível tal relação direta diante da existência – amplamente admitida por Alexy – da indeterminabilidade da linguagem, dos desacordos morais racionais e da margem do discursivamente possível.

Nesse sentido, é interessante pontuar a aproximação entre Alexy, Dworkin e a Crítica Hermenêutica do Direito no sentido de compreender os elementos estruturais do positivismo⁴⁰ e seus problemas e a necessidade de desenvolver propostas teóricas comprometidas com a

⁴⁰ Importante pontuar, ainda, que a menção ao positivismo refere-se à proposta de compreensão da Crítica Hermenêutica do Direito que o entende a partir de três características comuns, sendo elas a discricionariedade judicial, a pretensão metodológica de assumir um caráter descritivo de cunho adequacionista e a tentativa de compreender o direito como fenômeno social objetivo que se desdobra em diversas correntes multifacetadas de pensamento como o positivismo inclusivo e exclusivo, o positivismo clássico, o positivismo pós-exegético, o positivismo normativista entre outros.

crítica e a superação de posturas não-cognitivistas. Com isso, tais propostas afastam-se de uma ampla discricionariedade judicial. Tal objetivo está indubitavelmente em conformidade com a Constituição brasileira.

Dentro da proposta teórica discursiva-argumentativa, contudo, há falhas. Alexy, dentro do seu espectro teórico, aceita uma chamada “margem do discursivamente possível”. O conceito refere-se a um suposto espaço de discricionariedade do julgador diante de um caso de elevada indeterminabilidade que não apresente uma resposta clara. Essa margem discricionária de decisão é aceita por Alexy como algo natural do fenômeno jurídico. No âmbito desse bojo de discricionariedade, está, por exemplo, a compreensão dos princípios como uma norma propensa à abertura interpretativa e a construção de regras a serem aplicadas por subsunção. Aqui, é importante desenvolver um pouco esse aspecto teórico.

Espera-se que tenha ficado claro na aproximação do viés argumentativo ao hermenêutico que há uma intenção de eliminação da arbitrariedade. Nesse sentido, entende-se pela necessidade de eliminar a margem do discursivamente possível no seguinte sentido: a responsabilidade política e o agir por princípio, trabalhados no âmbito 2.6 e 2.7, orientam a interpretação e aplicação judicial a uma ausência de espaço de escolha do julgador. A referência à eliminação da discricionariedade, entendida como arbitrariedade, é uma crítica a equivocadas posturas que entendem pela existência de um livre espaço do julgador. A ideia central da discricionariedade, que é aqui criticada, refere-se à compreensão de que a decisão judicial não depende da racionalidade, mas da vontade do juiz. A crítica que se faz à margem do discursivamente possível refere-se à impossibilidade de se manter um espaço “não tomado pela razão; um espaço que, necessariamente, será preenchido pela vontade discricionária (autoritária/arbitrária) do intérprete-juiz” (STRECK, 2011, p. 38).

O julgador, diante do desacordo jurídico racional, da indeterminabilidade, da “zona de penumbra”, diante do “*hard case*”, não tem a sua responsabilidade política ou o seu ônus argumentativo diminuído em prol de uma “livre” escolha. Conforme estudado no primeiro capítulo, o correto é justamente o contrário. Ou seja, é diante desses desafios que o ônus argumentativo do intérprete aumenta. É diante da indeterminabilidade que a sua responsabilidade política cresce e exige mais. Em todo fenômeno jurídico e, principalmente, nesses casos, é que o magistrado não escolhe, mas decide de forma fundamentada. A constituição exige que, justamente diante dos maiores desafios, a decisão seja banhada na racionalidade jurídica. Caso contrário, a autoridade constitucional estará subordinada à vontade do julgador.

Numa tentativa de esclarecimento, a margem do discursivamente possível deve, necessariamente, ser compreendida como um reconhecimento da possibilidade de desacordos jurídicos racionais. Contudo, tal compreensão não permite que o juiz, diante do desacordo, decida como quiser. Ocorre precisamente o contrário, é diante do desacordo que a racionalidade jurídica exige mais, conforme assinalado. É nele que o intérprete se esvazia de qualquer possibilidade de escolha, devendo decidir e fundamentar no ápice das suas habilidades e responsabilidades, subordinando-se criticamente à legislação produzida democraticamente a partir do paradigma constitucional enquanto fundamento. É nesse ponto que a metáfora das respostas corretas faz mais sentido e mais vincula. Na essência, isso significa que, quando o julgador está diante de um caso complexo com duas respostas possíveis, ele não pode escolher qualquer uma, conforme sua vontade. Ele está juridicamente vinculado a refletir até decidir qual é a melhor resposta para o caso e, partir da fundamentação dessa reflexão jurídica, julgar conforme o Direito. Com isso, busca-se eliminar espaços de arbitrariedades no Direito e aumentar o espaço intersubjetivo e jurídico de controlabilidade da decisão judicial.

A simples existência desse norte implica na impossibilidade de compreender a atividade jurisdicional como simples exercício de poder, mas como necessária prática de poder orientada ao controle do exercício do poder político ou outros.

Para tanto, deve-se ressaltar que a proposta teórica apresenta pontos de acertos e pontos de erros. Dentre os erros, como já mencionado anteriormente, estão a não compreensão da cooriginariedade entre o direito e a moral, a adoção de uma certa parcela de discricionariedade judicial, o excesso do método como forma procedimental única de garantia da racionalidade judicial, a aposta por uma lógica sistemático-dedutiva e a conceituação dos princípios como forma de abertura interpretativa.

Justamente por esses pontos, já mencionados ao longo da parte 1 da tese, é que as propostas conceituais de regras e princípios, a proporcionalidade e a fórmula peso e a compreensão do direito a partir da fórmula de Radbruch não serão trabalhados nos próximos pontos. Daqui em diante, reforçar-se-á o “outro” Alexy a partir da defesa do cognitivismo, da separação entre o Direito e a política a partir dos três níveis de procedimentos, da Teoria dos Espaços Dogmáticos e de critérios rigorosos para a adequada fundamentação judicial, confluindo-os com aportes hermenêuticos da Crítica Hermenêutica do Direito como as espécies argumentativas, a responsabilidade moral e política, a autoridade da tradição e a necessária autonomia do Direito.

Alexy levado a sério, por si só, já forneceria bons critérios para diminuir abusos e autoritarismos na jurisdição brasileira e corrigir algumas confusões na doutrina, conforme já demonstraram Neves⁴¹ e Morais⁴². Justamente com essa preocupação, optou-se expor a teoria alexyana mesmo que alguns pontos não fossem trabalhados no restante dela.

A presente pesquisa, no entanto, trata de uma releitura. Aqui está, também, o primeiro viés de originalidade, visto que se defende a possibilidade de complementação na Teoria alexyana por aportes hermenêuticos de Ronald Dworkin e a Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck a partir de um *common ground* na perspectiva cognitivista do fenômeno jurídico⁴³.

⁴¹ Neves, em sua dissertação de mestrado, demonstra os problemas da recepção da teoria alexyana - especialmente da aplicação do princípio da proporcionalidade - na doutrina jurídica brasileira. Para o necessário aprofundamento: NEVES, Isadora Ferreira. O lugar da ponderação alexyana na doutrina brasileira: por uma reinterpretação à luz da crítica hermenêutica do Direito. Dissertação (mestrado). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito. Orientador Prof. Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira. 2014, p. 120.

⁴² Morais, em sua tese de doutorado, de maneira muito interessante pela possibilidade de complementação com a pesquisa de Neves, demonstra os problemas da recepção da teoria alexyana - também especialmente da aplicação do princípio da proporcionalidade - na jurisprudência brasileira com foco no Supremo Tribunal Federal. Para o necessário aprofundamento: MORAIS, Fausto Santos de. Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Tese (doutorado) Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito. Orientador Prof. Dr. Lenio Luiz Streck. 2013, p. 346.

⁴³ Esclarece-se a preocupação do pesquisador de não cometer sincretismo metodológico: entendendo o sincretismo metodológico como uma fusão de diferentes elementos pertencentes a dois métodos distintos de duas teorias de paradigmas diversos que não necessariamente podem ser aplicadas em conjunto (DA SILVA, 2005) e, mais importante, sem jamais chamar atenção ou se desincumbir do ônus argumentativo de que tal fusão é possível. É possível, então, usar elementos da proposta teórica de Alexy com elementos da proposta teórica de Dworkin? Defende-se que o recorte da Teoria dos Espaços Dogmáticos pode e deve ser complementada por aportes hermenêuticos, conforme feito nesse trabalho. Contudo, alerta-se: ao assim fazer, dois pontos mais claros de dissonância são afastados, sendo eles: 1) a teoria da norma de Robert Alexy, no qual propõe sua classificação e conceituação de regras e princípios em oposição à compreensão dworkiniana de princípios. Tal ponto é inconciliável, visto que a proposta alexyana importa numa abertura hermenêutica à discricionariedade do intérprete e a dworkiniana importa num fechamento interpretativo que aumenta a possibilidade de controle da interpretação judicial. No presente trabalho, a teoria da norma alexyana foi afastada; 2) a cooriginariedade do direito para com a moral, tal ponto, como foi brevemente abordado no primeiro capítulo, implica em defender que há uma correlação que não implica em subordinação entre o fenômeno jurídico e a moral. Há, arrisca-se a dizer, uma certa sinergia entre o argumento do direito como um ramo do galho da moralidade pública de Dworkin e o argumento da teoria da argumentação jurídica como um caso especial do discurso prático moral. O problema da dissonância aparece, de forma mais clara, quando Alexy subscreve a fórmula de Radbruch e a insere no seu próprio conceito de Direito. Contudo, tal ponto específico é rechaçado e criticado na presente pesquisa em razão da possível fragilização da autonomia do fenômeno jurídico a partir da possibilidade/necessidade da sua correção moral. Com os pontos claros de dissonância afastados, entende-se que tanto a Teoria dos Espaços Dogmáticos alexyana como os aportes feitos com a teoria da CHD e de Dworkin encontram um espaço comum, visto que há um raiz argumentativa comum que pode ser sintetizada da seguinte forma: posição cognitivista de compreensão do fenômeno jurídico de base, posição de crítica e superação ao positivismo jurídico clara na sua proposição prescritiva de teoria do direito, objetivo compartilhado de diminuição dos espaços de discricionariedade judicial e aumento de racionalidade na interpretação jurídica. Continuando, compreensão de direitos fundamentais como inerentes à existência humana e ao fenômeno jurídico a partir de uma confirmação

3 CORTES CONSTITUCIONAIS: CONSTITUCIONALISMO E HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

O segundo capítulo buscará explorar a tradição do constitucionalismo ocidental e brasileiro como forma de compreender o papel da jurisdição constitucional brasileira contemporânea e os tensionamentos inerentes ao sistema pátrio. Desenvolver-se-ão quatro perspectivas relacionadas com isso. Inicialmente, entende-se que a compreensão do processo de ascensão das cortes constitucionais no constitucionalismo ocidental é um importante fator garantidor da proliferação democrática, do desenvolvimento e da manutenção da evolução dos direitos e, também, intimamente explicado pelas composições políticas condicionais. Depois, as funções históricas da atuação do Poder Executivo e do Poder Judiciário brasileiros serão estudadas e exploradas como forma de compreender os problemas e as conquistas constitucionais nacionais. Concomitantemente a isso, a própria efetividade das normas constitucionais será analisada como forma de compreender a alegada baixa constitucionalidade brasileira e os sinais de progressivo aumento dessa efetividade. Tais pontos auxiliarão na compreensão da tradição constitucional brasileira e iluminarão as propostas de intervenção do último capítulo.

3.1 A IMPORTÂNCIA DA TRADIÇÃO:

No presente ponto da pesquisa, investiga-se um breve recorte de reconstrução do constitucionalismo nos Estados Liberais, Sociais e Democráticos de Direito para, diante disso, melhor compreender a ascensão das cortes constitucionais a certo protagonismo da arena pública ocidental e os seus reflexos no seu legítimo espaço de decisão. Posteriormente, estuda-se a histórica constitucional brasileira para analisar a Jurisdição Constitucional brasileira na contemporaneidade.

A relação desse ponto com o capítulo anterior é explicada pela necessidade de compreender os limites e as possibilidades da jurisdição constitucional brasileira tanto em

dos valores intrínsecos ao indivíduo ser humano e, com isso, um dever da autoridade, oriundo do próprio princípio democrático, de exercício de poder orientado por princípios e critérios. Há, indubitavelmente, propostas - nesse ponto - de critérios e leituras de princípios distintos, mas são justamente esses que se pretende trabalhar na dita relação de complementaridade.

momentos de normalidade constitucional como em momentos de crise. As definições do papel da Jurisdição Constitucional, do seu espaço de decisão e da forma de concretização dos direitos fundamentais dependem de uma abordagem histórica comprometida com uma tradição constitucional autêntica. Além disso, isso esclarecerá a inserção nacional do tensionamento e das dificuldades geradas tanto entre os direitos de liberdade e os direitos de igualdade (ALEXY, 2017b, p. 499 a 511) como entre a concretização desses direitos por parte dos Poderes Políticos Representativos e o Poder Contramajoritário por excelência (ALEXY, 2017b, p. 578 a 623).

Alexy reconhece a conexão entre o movimento constitucional liberal e os direitos de primeira dimensão assim como entre o movimento constitucional social e os direitos de segunda dimensão prestacionais (ALEXY, 2017b, p. 40 e 42; 66 e 67). Não só isso, Alexy defende que a correta compreensão do sistema constitucional está relacionada a uma teoria integrativa, que consiga combinar adequada e coerentemente as dimensões de direitos fundamentais originadas a partir dos movimentos liberais e sociais, o que é efetivado pela jurisdição constitucional de forma não exclusiva. Tal defesa naturalmente se reflete nos próprios critérios de correção das decisões judiciais.

Com efeito, a apresentação de critérios decisórios para a jurisdição constitucional extraordinária brasileira depende de um compromisso tanto teórico, foco do capítulo anterior, como prático, foco do presente capítulo. Em outras palavras, os critérios de correção deverão ser adequados à jurisdição constitucional nessa teoria integrativa - própria do que se defenderá como Estado Democrático de Direito a partir de Streck e Moraes. Além disso, a definição do seu legítimo espaço de decisão dependerá da relação entre essa jurisdição e a política nacional própria da realidade brasileira.

Nesse caminho, também será importante o estudo das histórias anteriores do “romance em cadeia” brasileiro não só pelos *insights* que elas oferecem, mas, também, pela própria autoridade da tradição que delas irradia para o futuro. Assim, dentre os necessários aportes da Crítica Hermenêutica do Direito, é mister tratar sobre a autoridade da tradição e a relação para com a uma teoria da decisão constitucional na crise. Para tanto, o primeiro passo é estudar justamente a sua autoridade.

Para bem compreender o papel da tradição na Crítica Hermenêutica do Direito, é de grande auxílio a relação entre a autoridade da tradição de Gadamer e o romance em cadeia de Dworkin. Voltando à compreensão do fenômeno interpretativo, como já visto, quem interpreta um texto sempre atribui sentido a ele, aplicação que invariavelmente está inserida na facticidade do intérprete. Nesse sentido que Motta (2009, p. 77) explica:

Quem quer compreender um texto realiza sempre um “projetar”, ou seja, tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia um sentido do “todo”, e isso justamente porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e nas perspectiva de um sentido determinado; assim, é na “elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração de sentido” que consiste a compreensão do que está posto no texto. Fixemos bem isso: é esta interação entre o “propósito” (um projeto compreensivo) e o “objeto” da interpretação (um texto, uma prática social instituída sob o império do Direito) que marca a “atitude interpretativa” dworkiniana e a “espiral hermenêutica” gadameriana”.

Retomamos, com isso, à facticidade, visto que o intérprete é sempre um “ser-no-mundo-com-os-entes”. A interpretação é universal. Interpreta-se não só no Direito ou na leitura, mas se interpreta o próprio mundo a nossa volta enquanto condição de possibilidade da existência (STRECK, 1999, p. 174). Isso significa que a interpretação está sujeita a diferentes intérpretes de distintos contextos, o que nos direciona a compreender o que há de diferente entre eles. Apesar disso, há possibilidade de controle racional na senda do estudado. Com isso, percebe-se, ainda, a intersubjetividade da interpretação, visto que ela não está limitada a um autor na sua individualidade, mas também vinculada à própria comunidade (STRECK, 1999, p. 181).

Nessa linha que Motta (2009, p. 77) afirma: “a experiência da obra de arte sempre ultrapassa, de modo fundamental, todo horizonte subjetivo de interpretação, tanto o horizonte do artista quando o de quem recebe a obra. [...] Nem para a obra de arte, nem para um texto jurídico, nem para nada digno de interpretação”. Ilumina-se, assim, a fusão de horizontes, visto que é justamente ela que permite a intersubjetividade complexa da interpretação.

“Horizonte é o âmbito de visão que abarca e encerra tudo que é visível a partir de um determinado ponto”, diz Gadamer (2012, p. 399 apud STRECK, 2020, p. 120). Assim, a fusão de horizontes é a própria característica elementar desse processo, uma vez que os horizontes podem ser colocados em contato um com o outro, sem que nenhum se elimine, mas, pelo contrário, fundindo-se. Como explica Streck (2020, p. 120 a 122):

O entendimento não é o ato de um sujeito ativo que projeta um significado sobre um objeto inerte, morto. Pelo contrário, presente e passado tem horizontes que podem ser juntados produtivamente, ou seja, a visão global do passado faz uma declaração, por meio do texto, no presente. [...] No conceito de fusão de horizontes gadameriano encontramos a dialética da participação e da distanciação. Se a condição de finitude do conhecimento histórico exclui todo o sobrevoos, toda a síntese final à maneira hegeliana, essa finitude não implica que eu me feche num ponto de vista. Onde quer que haja situação, há horizonte suscetível de se reduzir ou de se alargar. A fusão tem lugar constantemente no domínio da tradição, uma vez que é nela que o velho e o novo crescem juntos para uma validade repleta de vida, sem que um ou outro cheguem a destacar-se explicitamente por si mesmos.

Com isso, ressalta-se o elemento produtivo da interpretação, uma vez que há uma confluência entre texto e aporte produtivo do intérprete para a compreensão do texto, calcado numa tradição com horizonte histórico, que é melhor iluminada pela consciência histórico-efetual de quem interpreta (STRECK, 2017). A historicidade, por mais que não esteja consciente, sempre se manifesta.

Na interpretação construtiva, as intenções históricas não são os seus fundamentos constitutivos dela e tampouco isso é um desastre (MOTTA, 2009), visto que existem outras maneiras de encontrar valor nas tradições às quais já foram aderidas (DWORKIN, 2001, p. 80).

Para Motta, isso significa que o intérprete deve

identificar, em primeiro lugar, o nosso lugar de fala, a nossa tradição (por exemplo: estamos num Estado Democrático de direito, a Constituição é topo normativo, etc), para, depois, mergulharmos na construção dos sentidos e consequências destes supostos (o que “é”, afinal, um Estado Democrático de Direito, como compreender/interpretar/aplicar a Constituição, etc.). Com isso, ainda com Motta, concorda-se com o fato que se deve “honrar a história sem, contudo, se resumir a esta (MOTTA, 2009, p. 78).

Tal ponto pode ser ilustrado pela lógica de pergunta e resposta da hermenêutica gadameriana. “Gadamer pontua que se deve compreender o que foi dito como uma resposta a uma pergunta, ultrapassando, assim, o que foi dito; desta forma, o sentido de uma frase é relativo à pergunta que ele responde e isso significa que ultrapassa necessariamente o que foi dito nela”. Na essência, essas amarras do intérprete construtivo com o passado trabalhadas por Dworkin podem ser relacionadas com o conceito de Gadamer da “autoridade da tradição”, temática que vem acompanhada da questão da pré-compreensão e dos preconceitos (MOTTA, 2009, p. 79 e 80). Numa perspectiva gadameriana, a compreensão só é possível quando aquele que compreende se lança para a abordagem de um texto já com uma pré-compreensão; isto significa que, por um lado, o intérprete já orienta o texto para alguma coisa, a saber, pelo mundo que se movimenta, ao mesmo tempo, à compreensão de um texto liga-se um interesse na compreensão, é dizer, quando utilizamos o texto, temos algum propósito em mente, e utilizamos sempre a nossa conceitualidade (STRECK, 1999, p. 168 a 185; MOTTA, 2009, p. 80).

Com isso, a compreensão do intérprete tem como condição de possibilidade a facticidade e a historicidade dele, que são *locus* da pré-compreensão (STRECK, 2011, p. 212). Há, assim, uma inevitabilidade da autoridade da tradição (MOTTA, 2009, p. 81). A questão que resta é se ela será consciente e, com isso, possibilitará a verificação da legitimidade dessa pré-

compreensão ou, para usar uma expressão cara à CHD, a autenticidade dos pré-juízos, ou não. Não se trata de uma amarra, visto que a atividade interpretativa, a partir do analisado, é sempre produtiva. Trata-se, simplesmente, da autoconsciência das limitações e amarras que nos caracterizam enquanto seres-no-mundo.

Com isso, Motta afirma (2009, p 81):

Se a tarefa hermenêutica é apropriar-se da tradição, cuja essência consiste em continuar transmitindo naturalmente aquilo que é transmitido, é preciso que ela (a tradição) possa ter-se tornado questionável, e para tanto é necessária uma consciência hermenêutica que permita a suspensão dos pré-conceitos, que propicie o estranhamento do intérprete em relação ao dito pelo texto. Sendo assim, é certo que o foco segue sendo o de evitar relativismos, o de levar os textos a sério.

Dworkin, para ilustrar justamente o trabalhado aqui, utiliza a interpretação literária como um modelo para a análise jurídica. Com isso, o filósofo norte-americano propõe um exercício comumente chamado de romance em cadeia. Cita-se o exercício proposto:

Suponha que um grupo de romancistas seja contratado para um determinado projeto e que jogue dados para definir a ordem do jogo. O de número mais baixo escreve o capítulo de abertura de um romance, que ele depois manda para o número seguinte, o qual acrescenta um capítulo, com a compreensão de que está acrescentando um capítulo a esse romance, não começando outro, e, depois, manda os dois capítulos para o número seguinte, e assim por diante. Ora, cada romancista [...] tem a dupla responsabilidade de interpretar e criar, pois precisa ler tudo o que foi feito antes para estabelecer, no sentido interpretativista, o que é o romance criado até então (DWORKIN, 2001, p. 235 e 236).

É interessantíssimo que cada um dos romancistas deverá decidir como os personagens realmente são, os motivos que os orientam, o propósito do romance em desenvolvimento, quais recursos e figuras literárias, consciente ou inconscientemente usados, devem ser ampliados, refinados, rejeitados para nortear o romance. O ponto crucial é que “pelo menos para todos os romancistas após o segundo, não há um único autor cujas intenções qualquer intérprete possa, pelas regras do projeto, considerar como decisivas” (DWORKIN, 2001, p. 235 e 236). Com isso, todos os romancistas devem assumir a responsabilidade seriamente e reconhecer o dever de criar um romance único, integrado e coerente. A interpretação jurídica segue a mesma lógica essencial desse estranho exercício literário proposto por Dworkin.

“Cada juiz, então, é como um romancista na corrente” (DWORKIN, 2001, p. 235 e 236). Os magistrados devem ler tudo o que outros juízes escreveram no passado para chegar numa interpretação sobre o que eles fizeram coletivamente. Essa leitura tem por norte compreender,

no melhor sentido hermenêutico, o que foi decidido por outros juízes de estilo, filosofia e consciência política distintos, muitos com processos e convenções também diferentes. “Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, da qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora” (DWORKIN, 2001, p. 235 e 236). Assim, ele interpreta o que ocorreu antes, porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos (DWORKIN, 2001, p. 235 e 236).

Num paradigma de Estado Democrático de Direito, a jurisdição constitucional também é antecedida pela sua inserção histórica, ou seja, pelas histórias prévias do romance em cadeia que a originaram. Com efeito, é essencial compreender – mesmo que de forma sintetizada – o sentido e a evolução desses conceitos diante da sua inserção histórica – principalmente na sua inserção brasileira.

A jurisdição constitucional é antecedida tanto pela estruturação democrática como pela jurídica. Nesse sentido, o bem compreender da jurisdição constitucional no Brasil necessita de análises conceituais sobre *rule of law* e constitucionalismo, possibilitando, a partir desse aprofundamento, a compreensão do complexo cálculo relacionado com os espaços de decisão das cortes constitucionais e das instâncias políticas em Estados Democráticos de Direito. Para tanto, parte-se da contextualização da tradição ocidental do Direito como limitação do poder.

Para cumprir esse objetivo, a proposta de Tamanaha é de grande valia. No livro *on the rule of law*, ele propõe uma visão sistêmica da evolução da tradição do Império da Lei e do constitucionalismo. Nesse sentido, o autor percebe quatro principais movimentos e paradigmas socioculturais para a estruturação do *rule of law*, quais sejam: o greco-romano clássico, o medieval, o liberal e o bem-estar social (TAMANAHA, 2004). Entretanto, importante pontuar que se seguirá a linha proposta por Streck e Bolzan (2019)⁴⁴, que analisam o fenômeno a partir das perspectivas de Estado de Direito Liberal, Estado de Direito Social e Estado de Direito Democrático.

⁴⁴ Adverte-se que uma leitura apressada pode entender que se está a utilizar *rule of law* e Estado de Direito como sinônimos sem a devida atenção às diferenças de tradição entre os autores – Tamanaha é um professor estadunidense e tanto Bolzan como Lenio Streck são renomados professores brasileiros. As diferenças de tradição, no tocante a esse conceito, impossibilitam a transposição direta entre *rule of law* e Estado de Direito em razão de peculiaridades históricas de cada país. Destarte, reconhece-se que existem diferenças entre ambos os conceitos. Contudo, com o objetivo de não se desviar do foco da pesquisa, opta-se por não aprofundar essas diferenças.

Como já afirmado, o objetivo de controlar o poder político acompanha as bases do constitucionalismo moderno e contemporâneo, consoante defendido por Streck (2017b, p. 67-69). Nas palavras de Lenio, “o constitucionalismo pode ser concebido como um movimento teórico jurídico-político em que se busca limitar o exercício do poder a partir da concepção de mecanismos aptos a gerar e garantir o exercício da cidadania” (STRECK, 2011, p. 37).

Nesse sentido que Lenio Streck e José Luis Bolzan (2019, p. 70) afirmam: “O Estado de Direito surge desde logo como o Estado que, nas suas relações com os indivíduos, submete-se a um regime de direito, quando, então, a atividade estatal pode desenvolver-se utilizando um instrumental regulado e autorizado pela ordem jurídica”. Destarte, “os cidadãos têm a seu dispor mecanismos jurídicos aptos a salvaguardar-lhes de uma ação abusiva do Estado” (STRECK; MORAIS, 2019, p. 70). Assim, o Estado de Direito carrega em si a prescrição da Supremacia do Direito sobre a autoridade (STRECK; MORAIS, 2019).

Importante pontuar que essa supremacia não é, simplesmente, hierárquica-formal, mas necessariamente, também, substancial ao incorporar elementos legitimadores procedimentais (FULLER, 1964, p. 03 a 32) (AQUINO, 2017) e substanciais (conjunto de direitos fundamentais próprios de uma determinada tradição, consoante Streck e Moraes (2019, p. 71), que é acompanhado por Alexy (2015). Destarte, é o Estado de Direito tanto limitação de poder como condição de possibilidade para a democracia, que se constitui enquanto “fundamento subjacente da ordem jurídica” (STRECK; MORAIS, 2019, p. 71).

3.2 ESTADO DE DIREITO NO MOVIMENTO DO ESTADO LIBERAL

O surgimento do liberalismo é normalmente compreendido pelas revoluções gloriosa, americana e francesa e a ascensão da burguesia. Utilizando a revolução francesa, pode-se afirmar que a posição clássica a compreende a partir da subida burguesa ao poder político, com o suporte das classes baixas, que destruiu os aspectos remanescentes do feudalismo, abrindo espaço para a tradição liberal e o desenvolvimento do capitalismo (LEITH, 1991). A visão, contudo, não é livre de críticas, uma vez que há posicionamento doutrinário que defende e aponta características iliberais na revolução francesa e, inclusive, que sugere que a revolução foi norteadada por advogados, pequenos burocratas e profissionais que pode até ter retardado o desenvolvimento capitalista (LEITH, 1991, p. 178).

Sem adentrar no debate sob o risco de desviar-se do foco da pesquisa, o fato é que o liberalismo tem fatores diversos e é fruto de construções e passagens históricas complexas que vão das transformações do feudalismo, para o absolutismo monárquico até atingir os estados liberais. Característica, Tamanaha (2004) aponta como consequência, importante de todo o movimento, contudo, é o surgimento da classe burguesa.

Diversos pontos precisam ser ressaltados desse processo histórico. Pela limitação de espaço e tema da pesquisa, quatro principais serão objeto de análise, quais sejam: 1) a modificação da compreensão de democracia, 2) a representação e a legitimação do povo, 3) o significado de liberdade nesta tradição e 4) a compreensão do *rule of law* e suas características básicas. É notável, ainda, que as democracias ocidentais modernas, na sua maioria, originam-se a partir de uma compreensão de Estado Liberal – obviamente assentado na tradição liberal.

Começa-se pelo primeiro ponto. A moderna compreensão de democracia é sempre bem compreendida pela afirmação de Abraham Lincoln (BASLER, 1946, p. 734) na dedicatória do Cemitério de Gettysburg em 10 de novembro de 1863, no período da guerra civil dos Estados Unidos da América quando falava da democracia: “*government of the people, by the people, for the people*”⁴⁵ (“o governo do povo, pelo povo para o povo”). Nesse sistema, as eleições representam uma possibilidade de alternância significativa entre candidatos rivais, no qual os eleitores fazem a escolha de quem irá governar em nome do povo e para o povo. As bases filosóficas desse argumento da representação serão brevemente apresentadas a seguir.

Nessa perspectiva, as eleições funcionam como expressão de que todos têm o mesmo poder político de votar pelo melhor representante. Além disso, há uma preocupação primordial para que a alternância de governo seja uma garantia contra autoritarismos e promova a responsabilidade dos governantes. Nesse sentido que a continuidade de eleições como forma

⁴⁵ Trecho original: *Four score and seven years ago our father brought forth on this continent, a new nation, conceived in Liberty, and dedicated to the proposition that all men are created equal*⁴⁵. [...] *It is rather for us to be here dedicated to the great task remaining before us – that from these honored dead we take increased devotion to that cause for which they gave the last full measure of devotion – that we here highly resolve that these dead shall not have died in vain – that this nation, under God, shall have a new birth of freedom – and that government of the people, by the people, for the people, shall not perish from the earth.* Tradução livre: Há 87 anos, nosso Pai fez surgir neste continente uma nova nação concebida na Liberdade e dedicada à proposição de que todos os homens são criados iguais. [...] É para nós estarmos aqui dedicados à grande tarefa que se apresenta - que por esses mortos honrados tomamos maior devoção a essa causa pela qual eles deram o último suspiro de completa devoção - que aqui resolvemos que estes mortos não tenham morrido em vão - que esta nação, debaixo de Deus, tenha um novo nascimento de liberdade - e esse governo do povo, pelo povo, para o povo, não perecerá da Terra.

de transição pacífica de poder, assegurando que os candidatos rivais derrotados tenham justas oportunidades de vencer, na próxima rodada, os vencedores do presente é um pilar da democracia moderna. Esta, na perspectiva moderna, compreendida como um processo eleitoral de consulta aos cidadãos como forma de minimização de arbítrio. Nesse sentido que Issacharoff, ao analisar as democracias frágeis modernas, afirma que a eleição mais importante na estruturação democrática de um país não é a primeira eleição, mas a segunda, visto que ela é um sinal da regularidade do processo eleitoral como forma de transição pacífica de poder (ISAACHAROFF, 2015, loc. 3961).

De outro lado, a compreensão clássica de democracia, ilustrada pela democracia ateniense, entendia que a alternância no governo entre os cidadãos era uma forma de possibilitar que todos os cidadãos pudessem exercer, em algum momento, a governança, o que ocorria de forma direta e não por representação (TAMANAH, 2004). A diferença substancial é que a democracia ateniense clássica funcionava como uma forma de possibilitar que todos os cidadãos pudessem assumir a posição de governante, assegurando que todo cidadão seja governado e governante – em momentos diferentes (ISSACHAROFF, 2015, loc. 3938). O foco central do sistema gira em torno de uma preocupação primordial para que todos os cidadãos participem do governo e não com a alternância como instrumento de representação majoritária e proteção à arbitrariedade.

A partir dessa alteração de compreensão do significado de democracia é que adquire relevância a utilização da representação e do povo como manifestação de ideais e demandas reprimidas. Destarte, a ideia de representação de um povo ou nação é essencial para compreendermos essa nova estrutura e as novas formas de legitimação do Direito. A ideia de povo é usada, na Revolução Francesa, como forma de legitimação de uma alternância conflituosa da relação de poder. Explica-se.

Os grandes teóricos contratualistas colocaram em xeque a relação de poder vigente na sua época, ou seja, as monarquias absolutistas. Destarte, a partir da construção teórica de direitos naturais e indivíduos que voluntariamente se reúnem para a formação do Estado, eles promovem uma superação do paradigma de justificação do poder estatal anterior, dando vazão para as demandas anteriormente reprimidas.

Assim, a sociedade política, para esses autores, é um produto artificial da vontade dos indivíduos. Enquanto na Idade Antiga e na Idade Média, reinava uma concepção orgânica de sociedade, a Idade Moderna marca uma construção teórica democrática que enfrenta esse

paradigma anterior, trazendo uma concepção individualista de sociedade e de Estado⁴⁶. Tal mudança de concepção influencia o papel do sujeito transformador da relação de poder, o que atualmente fundamenta a perspectiva hegemônica de Estado e sociedade.

Nesse novo contexto teórico, o Estado é compreendido como criação deliberada e consciente da vontade dos indivíduos que formam o corpo cidadão do próprio ente estatal. Sua própria existência seria revogável, uma vez que há sempre o perigo do depositário, ou seja, da coação incondicionada se voltar contra os soberanos, algo como a criatura se voltar contra seu criador. Algo posto tanto por Hobbes como por Rousseau.

Hobbes, quando analisa a representação, afirma que: “diz-se que um Estado foi instituído quando uma multidão de homens concordam e pactuam, cada um com cada um dos outros, que a qualquer homem ou assembleia de homens a quem seja atribuído pela maioria o direito de representar a pessoa de todos eles (ou seja, de ser seu representante)” (HOBBS, 1909, p. 61). Interessante notar que o autor se preocupa, também, em demonstrar a legitimidade da decisão para todos os representados. Observa-se: “ todos sem exceção, tanto os que votaram a favor dele como os que votaram contra ele, deverão autorizar todos os atos e decisões desse homem ou assembleia de homens, tal como se fossem seus próprios atos e decisões, a fim de viverem em paz uns com os outros e serem protegidos dos restantes homens” (HOBBS, 1909, p. 61). Nesse sentido, é que Hobbes assinala que todos os direitos e faculdades daquele ou daqueles a quem o poder soberano é conferido tem origem na instituição do Estado moderno e legitimidade no consentimento do povo (HOBBS, 1909).

De forma semelhante, Rousseau vai entender que:

Assim como a natureza dá a cada homem um poder absoluto sobre todos os seus membros, o pacto social dá ao corpo político um poder absoluto sobre todos os seus, e é esse mesmo poder que, dirigido pela vontade geral, recebe, como ficou dito, o nome de soberania. [...] Mas, além da pessoa pública, temos de considerar as pessoas privadas que a compõem e cuja vida e liberdade são naturalmente independentes dela. Trata-se, pois, de distinguir entre os respectivos direitos dos cidadãos e do soberano, e os deveres que os primeiros devem cumprir na qualidade de súditos, e o direito natural de que devem gozar na qualidade de homens. [...] mas o soberano, de sua parte, não pode onerar os súditos com nenhuma pena inútil à comunidade; não pode sequer deseja-lo pois, sob a lei da razão, não menos que sob a da natureza, nada se faz sem causa. (ROUSSEAU, 1999, p. 39).

⁴⁶ Esse ponto é claramente percebido em Hobbes, Locke e Rousseau.

O primeiro Estado jurídico moderno, pensado como guardião das liberdades individuais, teve sua consolidação experimental na Revolução Francesa. Isso é perceptível no marco teórico firmado por Rousseau, na medida em que ele define a liberdade civil e política como finalidade do Estado (ROUSSEAU, 1999, p. 72). Em Hobbes, tal compreensão fica mais diluída, contudo, ainda se faz presente na medida em que o soberano encontra sua origem e legitimação no povo que o constitui. Na essência, está a voluntária cessão de parcela de liberdade dos indivíduos em prol de garantias dadas pelo soberano, que, na essência, tutelam a liberdade pela ordem.

Talvez esse ponto fique ainda mais claro com a análise da finalidade do Estado para John Locke, que via na proteção da propriedade o fim último da organização social política. Para ele (LOCKE, 1823, p. 105-159), o contrato social é um pacto de consentimento em que os homens concordam livremente em formar a sociedade civil para preservar e consolidar os direitos que já possuíam no estado de natureza como os direitos naturais à liberdade e à propriedade. Assim, “todo o governo não possui outra finalidade além da conservação da propriedade” (LOCKE, 1823, p. 145).

Com isso, vigeu a compreensão, apoiada no lastro teórico da época como Locke, Hobbes e Rousseau, que o Estado era uma soma de átomos correspondentes à concepção burguesa da ordem política. Em outras palavras, a escola do direito natural, eminentemente proveniente da burguesia, racionaliza o delicadíssimo problema da relação de poder estatal. Racionalização essa que parte de uma simplificação da sociedade.

Em realidade, promove-se uma deslegitimação da monarquia absolutista ante a construção teórica firmada e sua substituição pela burguesia, que sobe legitimada como povo. A burguesia da época “fez, pretensiosamente, da doutrina de uma classe a doutrina de todas as classes” (BONAVIDES, 2007, p. 42).

Dessa postura estratégica e paradigmática, percebe-se a defesa, pelos revolucionários, de princípio de representação, mas representação a meio caminho, uma vez que mesclada com discriminações como a história demonstrou. Um exemplo concreto pode auxiliar na compreensão dessa adoção superficial, qual seja: a própria França, berço da revolução e um dos pontos inaugurais desse projeto democrático moderno, só alcançou o sufrágio universal de modo completo em 1848, com a vitória das armas revolucionárias.

O papel central do povo, então, na democracia moderna, era o de legitimar a transferência de poder da monarquia absolutista para a burguesia moderna. A noção de representação, portanto, nasce como uma forma de legitimação dos revolucionários da revolução francesa, alçando o seu grupo ao papel de governantes em nome do povo.

Com efeito, as monarquias constitucionais evidenciam esse novo paradigma a partir do reconhecimento de legítimas limitações impostas pelo poder emergente da burguesia. Nesse sentido, Bonavides chega a afirmar que “a ideia essencial do liberalismo não é a presença do elemento popular na formação da vontade estatal nem a teoria igualitária de todos terem direitos iguais a participação” (2007, p. 50). Trata-se do reconhecimento do povo-ícone, conforme proposta de classificação de Muller (2003, p. 65-75).

Muller (2003) questiona sobre quem deve ser o povo referenciado nas diversas constituições contemporâneas do mundo, aquele que se beneficia de tais ocasiões de ação enquanto povo unitário ou segmentado ou mesmo apenas imaginário; e retoma a discussão sobre até que ponto tais dispositivos, medidas e, acrescenta-se, regras e o próprio voto são suficientes para fazer democrático o ordenamento de poder-violência⁴⁷ representado por um Estado. Muller trata, eminentemente, de indagar como se pode empregar o conceito povo no contexto de justificação do aparelho do Estado e do exercício da violência e do poder enquanto democráticos, caso a pretensão de legitimidade “do governo do povo” deva fazer sentido (MULLER, 2003, p. 50-52).

O objetivo político com seu uso é óbvio, qual seja: legitimação do sistema político constituído. Esse objetivo mantém-se inafastável desde a Revolução Francesa e foi herdado pelos textos constitucionais ao longo da história do direito público ocidental (MULLER, 2003, p. 52). Naquela quadra histórica específica, dos interesses burgueses. Nesta, de interesses consideravelmente mais difusos. Contudo, o ente legitimador argumentativo chamado de povo continua, em boa medida, incerto. O povo dos textos constitucionais modernos, que procuram justificar-se por meio dele, é o ponto de partida, “o grau zero da legitimação pós-monárquica” (MULLER, 2003, p. 58), que herdamos da revolução francesa.

Contudo, a história evolui a ponto de criar uma situação insustentável ante a contradição da promessa liberal de direitos e igualdade jurídica com as desigualdades sociais e econômicas desse mesmo povo. Tal contradição é bem representada pela frase de Anatole France, a majestosa igualdade das leis, que proíbe os ricos e os pobres de dormirem sob as pontes, de

⁴⁷ Aqui, cita-se na íntegra ilustrativa Nota de Rodapé do tradutor Paulo Neumann sobre o termo empregado no original em alemão pelo autor Gewaltordnung: “o termo alemão utilizado pelo autor é Gewalt, que se pode traduzir por violência e por poder. A ambivalência do termo alemão releva uma ambivalência da própria realidade, à qual o termo se referem: o termo alemão admite, por assim dizer, que o poder tem necessariamente uma conotação de violência, ainda que a ideia e a práxis do Estado de Direito se empenhem em formalizar, vale dizer, racionalizar e assim tornar transparente e discutível essa violência constitutiva das relações sociais” (NEUMANN, 2003, p. 51)

mendigarem na rua e de furtarem o pão. Com isso, nasce o conflito e a posterior dinamitação da primeira fase do constitucionalismo burguês. Assim, há a transferência do princípio liberal, passando por um princípio social, para atingir um idealizado princípio democrático.

Entretanto, o liberalismo não pode ser compreendido apenas como uma teoria política e um sistema de governo (TAMANAHA, 2004, p. 32). Ele engloba uma concepção mais ampla que também envolve noções de cultura, teoria econômica, teoria ética, psicologia e uma teoria do conhecimento. Pilar dessas áreas multifacetadas do liberalismo é a sua noção de *rule of law*, compreensão que herdamos e ainda se mantém vigente em diversas nuances da compreensão ocidental do Direito contemporâneo.

A posição essencial e de destaque que ocupa o Império da Lei na manutenção do movimento liberal é sem precedentes, uma vez que, no movimento clássico e no movimento medieval, a construção do constitucionalismo não possuía tal primazia. Dentro da compreensão do Estado moderno como um ente limitado que está legitimado na medida em que protege a autonomia dos seus cidadãos, o império do Direito é justamente o que sustenta a compreensão de autonomia e de ação legítima limitada do Estado. Com isso, o sacrifício consciente e consentido de parcelas de liberdade para a formação de um estado liberal defensor dos direitos individuais apenas faz sentido a partir do *rule of law*, uma vez que a própria compreensão da liberdade é interna à autonomia do direito (LOCKE, 1823, p. 193; ROUSSEAU, 1999). Nesse sentido que a legitimação do Estado apenas se mantém enquanto o governante cumpre a “sua parte do contrato”, que pode ser revogado pelos outorgantes (HOBBS, 1909, p. 75). Essa noção, contudo, apenas faz sentido quando se compreende o conceito de liberdade na sua luz liberal. Explica-se.

Tamanaha (2004) identifica 4 liberdades específicas do movimento liberal, quais sejam: a liberdade política, a liberdade legal, a liberdade pessoal e a liberdade institucional. A primeira estabelece que o indivíduo é livre dentro dos parâmetros da lei, e livre na medida em que ele mesmo ditou esses parâmetros, ou seja, a liberdade para participar da criação do próprio direito que o limita. A segunda define que o indivíduo é livre na medida em que os governantes respeitam os seus limites jurídicos, isto é, a liberdade está ancorada na ausência de arbitrariedade e no efetivo governo das leis. A terceira determina que o indivíduo é livre na medida em que o direito garante uma parcela de autonomia pessoal substantiva e procedimental de espaços de liberdade pessoal, ou seja, é a liberdade marcada e protegida pelos direitos fundamentais (*civil rights*). A quarta dita que o indivíduo é livre na medida em que há separação de poderes e um sistema de freio e contrapesos que limite a autoridade e o acúmulo de poder,

em outras palavras, a liberdade depende da preservação institucionalizada da liberdade, caracterizada por uma postura institucional do estado em prol de limitar a autoridade pública e, com isso, preservar a liberdade dos cidadãos. Tal ponto ilustra a relação apontada por Alexy entre esse movimento e a prevalência do direito à liberdade (2017b, p. 67 e 341).

Essas liberdades são assimétricas, potencialmente conflitivas e não codependentes, conforme aborda Isaiah Berlin (1969). Exemplo ilustrativo é o potencial conflito entre a liberdade pessoal e a liberdade política.

Ainda, o liberalismo estabelece uma macrovisão política e ética neutra, uma vez que o Estado limitado e respeitador dos direitos individuais não poderá impor visões de mundo particulares aos cidadãos que o legitimam. Logicamente, a visão neutra não é sinônimo de uma inércia. Há, sim, ausência de definição do certo moralmente imposto pelo Estado, o que não ocorria nos dois movimentos anteriores, mas há, sim, uma prevalência, consubstanciada na sua manutenção, dessa neutralidade que permite o livre agir dos indivíduos. Eventual ação de eliminação da perspectiva neutra importará em contrarresposta do movimento para sua própria sobrevivência.

Essa visão é compartilhada com a democracia moderna. Contudo, também o modelo moderno de democracia liberal tem o direito de defender a si mesmo daqueles que procuram usar o estamento democrático para destruir sua própria existência. Nesse sentido que Issacharoff afirma que a democracia precisa ser tolerante com o intolerante. Contudo, na sua tolerância, a democracia não pode permitir sua erradicação. Trata-se, contemporaneamente, do princípio da democracia militante (ISSACHAROFF, 2015, loc. 2809)

Essa posição moral neutra das noções comunitárias de Estado e sociedade é uma enorme mudança com os movimentos anteriores. Conforme explica Tamanaha, o sistema grego percebia no Estado e no Direito uma forma de reforço das virtudes aristocráticas e guerreiras e da vida da *pólis*. Há uma clara perspectiva moral substancial da autoridade do Direito, consoante se percebe de Platão e Aristóteles. No movimento medieval, a autoridade do Direito, apesar de incerta e plurioriginária, funciona como forma de concretização de valores morais religiosos, também consoante se percebe de São Tomás de Aquino. Na visão de Tamanaha, a alternância operou da seguinte forma: “no lugar da comunidade integrada por valores comuns, há uma agregação de indivíduos mantidos juntos por um pacto mútuo de não-interferência” (TAMANAHA, 2004, p. 42).

Ainda, uma observação da Tamanaha é importante. O sistema liberal não existe fora do *rule of law*, apesar do *rule of law* existir fora do sistema liberal. Tanto o sistema clássico greco-

romano como o medieval não eram sistemas liberais. Há diferenças estruturais no próprio conceito de liberdade a depender dos três movimentos. Conforme Tamanaha (2004, p. 33), a concepção grega de liberdade significa a possibilidade da autonomia coletiva e, com isso, o *rule of law* era a soberania pelo direito da polis, que reforçava as tradições e a moral da comunidade. A concepção medieval do *rule of law*, por sua vez, era direcionada a formar um freio aos reis e a compreender o objetivo da lei como o bem da comunidade (TAMANAHA, 2004, p. 33). Ambas compreensões eram comunitárias e não individuais.

Esse fato promove alterações significativas na compreensão do espaço de autonomia do indivíduo:

Em sociedades orientadas para a comunidade, ou em sociedades hierárquicas fixas, restringir a tirania do governo não aumenta a liberdade dos indivíduos de serem ou fazerem o que desejam. As restrições sociais e culturais circundantes tornam essa liberdade irrelevante, se não inconcebível. A própria sensação de privacidade, da área das relações pessoais como algo sagrado em si mesma, deriva de uma concepção de liberdade que, apesar de todas as suas raízes religiosas, é um pouco mais antiga, em seu estado desenvolvido, do que o Renascimento ou a Reforma.⁴⁸ (TAMANAHA, 2004, p. 33)

Essa estrutura reforça a primeira liberdade estudada, uma vez que o indivíduo é, ao mesmo tempo, governante e governado. Contudo, é na relação entre as quatro liberdades que a democracia liberal moderna exsurge como forma de solução do questionamento: como um indivíduo subordinado ao direito é livre?

Em uma democracia, os cidadãos criam as leis sob as quais vivem (liberdade política); funcionários do governo tomam ações contra os cidadãos de acordo com essas leis (liberdade legal). No primeiro aspecto, eles governam a si mesmos; no segundo, são regidos pelas leis que estabeleceram para si mesmos. Os cidadãos, portanto, em nenhum momento estão sujeitos ao domínio de outro indivíduo. Além disso, os cidadãos possuem um domínio especialmente protegido de autonomia individual que restringe o alcance da lei (liberdade pessoal). As democracias liberais normalmente realizam essa combinação utilizando alguma forma de separação de poderes, em particular com um judiciário independente (preservação institucionalizada da liberdade). Quase sem exceção (o Reino Unido é uma exceção parcial proeminente), esse acordo é estabelecido em uma constituição escrita, vinculativa para funcionários

⁴⁸ No original: In societies oriented toward the community, or in fixed hierarchic societies, restraining the tyranny of the government does not enhance the liberty of individuals to be or do what they wish. Surrounding social and cultural constraints render such liberty irrelevant if not inconceivable. The sense of privacy itself, of the area of personal relationships as something sacred in its own right, derives from a conception of freedom which, for all its religious roots, is scarcely older, in its developed state, than the Renaissance or the Reformation.

do governo e cidadãos e aplicada por tribunais independentes. Como é evidente, esta construção liberal é completamente legalista. A lei é o esqueleto que sustenta o sistema liberal e lhe dá forma e estabilidade⁴⁹. (TAMANHA, 2004, p. 36)

Com isso, adquirem forma as características essenciais que marcam a democracia liberal moderna, ancorada numa constituição escrita, em eleições democráticas num sistema representativo, direitos individuais explícitos, separação de poderes e o controle de constitucionalidade. Todos esses pilares são essenciais para o liberalismo e o *rule of law* moderno (ALEXY, 2015). Nesse exato sentido, Tamanaha demonstra como a Inglaterra, no mesmo período, é a exceção que confirma a regra geral (TAMANHA, 2004, p. 56 a 60).

De outro giro, o sentido moderno anglo-saxão do *rule of law*, consoante exposto por Tamanaha (2004), não é independente das suas raízes históricas e geográficas. De forma ilustrativa, Bockenforde explica que o termo “*Rechtsstaat*” é uma construção linguística própria do espaço de linguagem pública alemã que não tem correlato exato em outros idiomas. Assim, ele expressamente afirma que o “*rule of law* do direito anglo-saxão não é uma construção conceitual de conteúdo paralelo” ao *rechtsstaat* (BOCKENFORDE, 1991, P. 18), visto que este é fruto de criação do pensamento jurídico-estatal alemão.

Nesse sentido, o autor dá crédito de criação da compreensão moderna do termo para a teoria de Estado liberal da Alemanha, reconhecendo que a primeira ocasião do seu uso ocorreu em 1813 por Carl Welcker e reaparece no *Staatsrecht der konstitutionellen Monarchie* de Christoph Freiherr von Aretin (BOCKENFORDE, 1991, p. 19). Nessa tradição específica, o termo é compreendido como uma nova espécie de Estado ancorado no fundamento racional, no qual se governa segundo a vontade geral racional, ou seja, num estado que realiza os princípios da razão em prol da vida comum dos homens. Há, para o cumprimento desses pressupostos, a exigência de observar três aspectos específicos.

Primeiro, a compreensão do Estado como uma comum unidade (res pública) a serviço dos interesses comuns dos indivíduos cujo ponto de partida e referência do ordenamento é o

⁴⁹ No original: In a democracy citizens create the laws under which they live (political liberty); government officials take actions against citizens in accordance with these laws (legal liberty). In the first respect they rule themselves; in the second they are ruled by the laws which they set for themselves. Citizens, therefore, are at no point subject to the rule of another individual. Moreover, citizens possess a specially protected realm of individual autonomy that restricts the reach of law (personal liberty). Liberal democracies typically carry out this combination by utilizing some form of separation of powers, in particular with an independent judiciary (institutionalized preservation of liberty). Almost without exception (the UK being a prominent partial exception), this arrangement is set out in a written constitution, binding on government officials and citizens and enforced by independent courts. As is evident, this liberal construction is thoroughly legalistic. Law is the skeleton that holds the liberal system upright and gives it form and stability.

indivíduo singular, livre, igual, autônomo e os seus objetivos de vida terrena. Assim, a promoção deles é justamente a *raison d'être* do Estado e o fundamento que legitima sua existência. Com isso, as inclinações suprassensíveis dos homens, a ética e a religião estão de fora do âmbito de competência do *Rechtsstaat* (BOCKENFORDE, 1991).

Segundo, a limitação das competências do Estado está na liberdade, na segurança e na propriedade, isto é, assegurar a liberdade individual e garantir a possibilidade do desenvolvimento pessoal do indivíduo. Sem embargo, há uma interpretação ampla desses termos que inclui, também, tarefas de exclusão de impedimentos externos, defesa aos perigos e uma exigência de bem-estar subsidiária (ALEXY, 2017b, p. 343 a 414)

Terceiro, a organização do Estado e das suas atividades ocorre segundo princípios racionais. Para tanto, há um dever de reconhecer os direitos básicos de cidadania e liberdade civil assim como a independência dos juízes e um governo constitucionalmente responsável. Ademais, a existência de representação e de participação popular no poder legislativo. Por fim, a estruturação do Império da Lei como garantidor desses princípios racionais.

Construção que, na sua essência, reverbera eco dos ensinamentos kantianos, que lecionam como estado civil jurídico o que se funda a priori em três princípios, quais sejam: o primeiro de liberdade de cada membro das sociedades enquanto homem, o segundo de igualdade de cada um com os demais enquanto súditos e o terceiro de autonomia em cada membro da comunidade enquanto cidadãos. Tais princípios, para Kant, são leis que estão acima da positividade contextualizada dos Estados nacionais, estando assegurados como os únicos princípios da razão pura para o direito externo dos homens (KANT, 2017, p. 34 a 46).

O núcleo conceitual do *Rechtsstaat*, portanto, está na compreensão das garantias de liberdade e propriedade como razão de existir do Estado, tendo como finalidade promover o interesse comum dos indivíduos, o que se constitui no caráter de comunidade (comum unidade). Nesse sentido que o ordenamento desse Estado de Direito alemão “clássico” é, também, burguês, ou seja, direcionada a aquisição e posse (BOCKENFORDE, 1991, p. 22).

Esse conceito, chamado de originário por Bockenforde (1991), representa a nova espécie de estado na qual não há vinculação a uma ordem suprapessoal de valores, que tem por paradigma a ideia liberal de neutralidade e individualidade (TAMANHA, 2004) pretensamente livre de vinculações religiosas ou autoritárias (BOCKENFORDE, 1991, p. 22; SOUZA; ROSENFELD, 2016).

Nessa inserção que também Bockenforde (1991, p. 23 a 25) percebe uma alteração na compreensão da lei e do Direito, uma vez que esses conceitos possuem uma significação própria

para o novo paradigma de *Rechtsstaat* e/ou *rule of law*. Todos os princípios essenciais para o Estado de Direito estão institucionalmente incluídos no conceito de lei como norma geral criada pelo debate público pretensamente racional que tem por finalidade o bem comum dos cidadãos dentro das regras do jogo democrático, não sendo mais desvelada por uma autoridade moral e/ou religiosa superior. Nessa linha, Bockenforde (1991, p. 23) afirma que:

O sentimento da representação do povo garante o princípio da liberdade e a posição de destino da cidade; a generalidade da lei impede ingerências no âmbito da liberdade civil e da sociedade além das suas limitações ou delimitações de caráter geral, são válidas para todos por igual; o procedimento discursivo e a publicidade garante a racionalidade humana ao conteúdo da lei⁵⁰.

Essa lei vincula, limita e obriga à Administração Pública, que tem sua função ressignificada pelo novo paradigma na linha do exposto. Tudo isso demonstra que a Lei do *Rechtsstaat* é uma conjunção da vontade geral com a autodeterminação dos indivíduos e, portanto, uma manifestação da liberdade deles. Assim, o Império desta Lei liberal significa o domínio do princípio da liberdade dos cidadãos do Estado (BOCKENFORDE, 1991, p. 24). Tal ponto serve como fundamento para a evolução da proposta alexyana de um Estado Democrático Deliberativo de direito fundado e orientado pelo discurso racional (2017a; 2017b).

Nessa linha, Bockenforde analisa as propostas conceituais de *Rechtsstaat* de Stahl (F. J. STAHL, *Die Philosophie des Rechts* II, 1856, par. 36), Gneist (R. GNEIST, *Der Rechtsaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland*, 1879, p. 33), Bahr e Gierke (O. von Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht I*, 1868, pp. 831 e s.) para compreender a evolução dogmática do conceito citado. Assim, com base no autor, percebe-se o contraponto do conceito para com perspectivas teocráticas e/ou autoritárias de Estado, a perspectiva de lei como condição de possibilidade, fundamento e limite para as atividades administrativas do Estado submetidas a uma ideia de jurisdição e, na evolução do conceito, a necessidade da jurisdição constitucional.

Nessa linha que Bockenforde assinala, a partir da evolução dos autores e da decadência do Estado liberal, a compreensão do *Rechtsstaat* como determinada organização de relação entre lei, Administração e indivíduo na qual a Administração não pode intervir na liberdade

⁵⁰ No original: El asentimiento de la representación del pueblo garantiza el principio de la libertad y la posición de sujeto del ciudadano; la generalidad de la ley impide ingerencias em el ámbito de la libertad civil y de la sociedad más allá de sus limitaciones o delimitaciones de carácter general, esto es, válidas para todos por igual; el procedimiento determinado por la discusión y la publicidad garantiza la medidad de racionaldad que el contenido de la ley puedo humanamente alcanzar.

individual, não pode agir contra lei e não pode agir sem base legal. Destarte, há uma redução do significado de Estado de Direito como garantia da liberdade civil à legalidade da administração que, junto com sua garantia judicial, converte-se no conteúdo específico do *Rechtsstaat*, afastando-se de um certo grau de legitimação finalística política.

Exemplo disso é a compreensão do processo legislativo não como exercício do discurso racional, mas como vontade do legislador (BOCKENFORDE, 1991, p. 24 a p. 30). Tal fato ocorre como reflexo de uma certa “redução positivista” do conceito de Estado de Direito, que “rechaça qualquer limitação à onipotência do legislador” (BOCKENFORDE, 1991, p. 30). Pode-se afirmar, nessa linha, que o conceito de lei perde limites intrínsecos ao próprio conceito, o que era encontrado em perspectivas anteriores do *rule of law* como em Aristóteles e São Tomás de Aquino e jusnaturalistas como Pietro Luigi Albin (1839 e 1857) e Giuseppe Carle (1973) e reaparecem em teóricos mais contemporâneos como Fuller, Dworkin e Streck.

Contudo, essa perspectiva é objeto de críticas na transformação do Estado burguês para a República de Weimar alemã. Segundo Bockenforde, tal posição domina até o fim da República de Weimar. Com isso, desvelam-se os limites e debilidades do que acabou por ser chamado de conceito formal de Estado de Direito. Nas palavras de Bockenforde (1991, p. 32):

A crítica se volta contra o esvaziamento de conteúdo e a formalização do conceito de direito, onde a referência material e a força legitimadora do princípio do Estado de Direito e seus desdobramentos foram reformulados, reduzindo-o a mero função técnica da garantia da segurança jurídica e da calculabilidade. Dessa forma, a legalidade do Estado de Direito foi apresentada como incapaz de substituir a legitimidade⁵¹.

Esse vazio de legitimidade provoca o surgimento de diversas definições materiais de Estado de Direito que refletem uma pluralidade de concepções ideológicas e políticas de Estado, o que tapa e impossibilita o recurso a uma tradição racional comum que ocorreu na origem do termo. Esse processo provoca alterações no próprio significado e nas expectativas para com os direitos fundamentais e sua interpretação, que passam a ser compreendidos não só como delimitação e controle do Estado, mas como forma de legitimação e estimulação da realização dos objetivos e tarefas materiais dele. Isso significa que, nessa perspectiva, o Estado não possui

⁵¹ No original: La crítica se vuelve contra el vaciado de contenido y la formalización del concepto de la ley, donde la referencia material y la fuerza legitimadora del principio del imperio de la ley del Estado de Derecho y de sus desarrollos se habían reformulado reduciéndose a la mera función técnica de la garantía de la seguridad y calculabilidad jurídicas. De esa forma la legalidad del Estado de Derecho se presentaba como incapaz de sustituir a la legitimidad.

apenas tarefas fundamentais de não-agir – a clássica primeira dimensão dos Direitos Humanos -, mas também de atuar para prestar certos direitos – a segunda dimensão dos Direitos Humanos -, consoante lição de Vasak (1977).

Tal ponto é reforçado por uma crítica socialista que incansavelmente apontou os problemas de um formalismo liberal alemão que reforçou e acentuou a posição econômica burguesa, o que ocorreu mesmo contra interesses de diversas classes sociais que sofriam com condições precárias de vida. Também nesse ponto surge a questão dos direitos fundamentais sociais e a limitação a uma ideia de liberdade econômica e autonomia do indivíduo que gera proteção à família, seguridade social, direitos trabalhistas e previdenciários entre outros. Convertendo-se, então, a estrutura em Estado Social de Direito. Justamente nesse ponto há a identificação entre as crises de paradigma de Estado e as adaptações pelas quais a compreensão de *rule of law* e *Rechtsstaat* passam para que o Estado moderno supere a crise de um liberalismo clássico burguês.

Nesse sentido, há uma alteração de paradigma na compreensão do Direito, conforme já afirmado. Essa democracia liberal moderna é marcada por uma compreensão do Direito que não se reflete mais em uma abordagem possivelmente compreendida como jusnaturalista, da qual o Direito é desvelado e não criado, mas numa aproximação de um paradigma possivelmente compreendido como juspositivista, de que o Direito é criado e não desvelado. Nesse sentido, Morbach (2019, p. 160) ilustra como a compreensão de que o Direito é criado e modificado e não descoberto (assim como explicitar o processo pelo qual isso ocorre) chega a ser um dos requisitos conceituais do Direito contemporâneo de Jeremy Waldron. O mesmo processo, dentro das características peculiares da Inglaterra, é observado também por TAMANHA, qual seja:

No século XIX, sob a influência de Jeremy Bentham e outros reformadores do direito, as atitudes em relação ao direito na Inglaterra mudaram, seguindo a mudança geral de pontos de vista forjada pelo Iluminismo. O direito passou a ser visto como o produto da vontade legislativa soberana – uma teoria do direito identificada com Hobbes e John Austin chamada “positivismo jurídico” – ali para servir aos propósitos sociais atuais. A lei foi feita, não encontrada; sua utilidade importava mais do que sua herança em costumes ou tradições. Esta é uma visão instrumental do direito, em contraste com a visão de que o direito reflete um corpo inalterável atemporal de princípios jurídicos. A soberania parlamentar é, portanto, um fato jurídico indubitável.⁵² (TAMANHA, 2004, p. 58).

⁵² No original: In the nineteenth century, under the influence of Jeremy Bentham and other law reformers, attitudes toward law in England changed, following upon the general shift in views wrought by the Enlightenment. Law came to be seen as the product of sovereign legislative will – a theory of law identified with

Se a lei não é mais uma declaração de uma ordenação preexistente do Direito natural, sendo, então, um produto inovador e instrumental da autoridade. Também a decisão judicial, antes compreendida como declaração do Direito preexistente, passa a ter algum caráter inovador, quiçá, até, de criação do próprio Direito. Nesse momento, a questão da interpretação adquire papel de (ainda mais) destaque, uma vez que o papel do Poder Judiciário vai galgando espaços cada vez maiores desde a consolidação da tradição liberal.

Entretanto, também o liberalismo acaba por abrir espaço para novos movimentos como o do Estado Social ou Estado de bem-estar social. Nas palavras de Tamanaha⁵³ (2004, p. 67), o recuo do liberalismo começou junto com a sua apoteose e dois foram os fatores que contribuíram para essa mudança, quais sejam: o grande número de trabalhadores pobres em condições inumanas de trabalho e a expansão do eleitorado nas democracias. Com isso, o liberalismo clássico abriu espaço para outras versões de constitucionalismo.

3.3 ESTADO DE DIREITO NO MOVIMENTO DO ESTADO SOCIAL

O fato é que o Estado liberal clássico criou diversas demandas sociais que variavam desde melhores condições de trabalho, implementação de direitos sociais básicos e expansão do eleitorado nas democracias representativas. Além disso, o Estado de Direito liberal como tipo constitucional, tal e como surgiu a partir do conceito originário de *rechtsstaat*, não poderia, dentro dos seus próprios princípios, responder a questão social que ele mesmo proporcionou. Nesse sentido, Bockenforde explica que:

Hobbes and John Austin called “legal positivism” – there to serve current social purposes. Law was made, not found; its utility mattered more than its heritage in custom or tradition. This is an instrumental view of law, in contrast to the view that law reflects a timeless unalterable body of legal principles. Parliamentary sovereignty is therefore an undoubted legal fact.

⁵³ O pensamento original é o seguinte: Liberalism had hardly a moment to enjoy its apotheosis before its retreat began, slowly at first then with increasing momentum in the final quarter of the century. Two factors will be mentioned that contributed to this shift, both identified at the time by liberal theorist John Stuart Mill as compelling reasons to take socialism seriously.³ The first factor was the large numbers of perpetually insecure working poor toiling long hours in abominable conditions doing body-and-mind-numbing work. The second factor was the expansion of the eligible electorate. . Classical liberalism gave way to the social welfare state.

O movimento histórico que se desencadeou com ele levou necessariamente não apenas à desigualdade social baseada na posse, mas, com sua estabilização e exacerbação, levou também ao antagonismo de classes na sociedade e, com ele, a uma nova falta de liberdade, agora social, com base na igualdade jurídica. L. von Stein e K. Marx foram os primeiros a compreender plenamente esse movimento em sua dialética histórica.⁵⁴ (1991, p. 35).

Diante dessa problemática causada por uma forma de exploração econômica aparentemente tutelada pelos princípios liberais, atividades que anteriormente eram lidas como possíveis diante do manto de proteção da propriedade e liberdade econômica agora tornam-se insustentáveis. Com isso, exige-se uma atuação do Estado que intervise na sociedade, assumindo funções também assistenciais e redistributivas. Na essência, atuando ativamente contra a desigualdade social. Esse novo formato de Estado, nas palavras de Bockenforde (1991, p. 35), consagraria as condições de possibilidade para que a igualdade jurídica e a liberdade individual, incluídas nas garantias do Estado de Direito, não se tornassem uma fórmula vazia para um expressivo número de cidadãos.

Assim, há uma expansão das tarefas atribuídas ao Estado que alguns autores entenderam como uma nova forma, chamada de Estado de bem-estar social. Independentemente do nome atribuído, o importante é reconhecer as alterações promovidas por essa reestruturação de compreensão de Estado de Direito. Esse novo formato abriu espaço de resposta para demandas reprimidas durante o Estado Liberal clássico.

Entretanto, surge uma dúvida: como incorporar estruturalmente elementos sociais no conceito constitucional de Estado de Direito – lido nessa transformação da perspectiva liberal - sem descaracterizá-lo?

Bockenforde assinala que as exigências e as ampliações promovidas pela necessidade de um Estado Social de Direito precisam acomodar-se às garantias, às formas e aos procedimentos do Estado de Direito (1991, p. 36). Nesse sentido, a tese de Forsthoff⁵⁵ sobre a

⁵⁴ No original: El movimiento histórico que se puso em marcha con ello condujo necesariamente no solo a la desigualdad social basada em la posesión, sino que, con su estabilización y agudización, llevo tambien al antagonismo clasista de la sociedad, y con ello a una nueva falta de libertad, ahora social, sobre la base da la igualdad jurídica. L. von Stein y K. Marx fueron los primeros em comprender plenamente este movimiento en su dialéctica histórica.

⁵⁵Indica-se: E. Forsthoff, *Begriff und Wesen des sozialen Rechstaates*, em *Íd., Rechstaat im Wandel*, Stuttgart, 1964, pp. 39 ss

incompatibilidade da adoção de um Estado de Direito e um Estado Social, ambos a nível constitucional, ganha força e concordância de Bockenforde (1991, p. 36).

Segundo Forsthoff⁵⁶, o conceito de Estado Social não pode ser fundido ao conceito de Estado de Direito num nível constitucional - compreendido o Estado Social como uma nova perspectiva do Estado responsável por atender as exigências e ampliações anteriormente explicitadas (FORSTHOFF, 1954, p. 36). Com efeito, tais implementações de dever do Estado devem ser feitas a partir de atuações positivas do Estado em ramos específicos como do Direito administrativo, Direito do trabalho, Direito do consumidor entre outros. Trata-se, assim, de um agir legal e não constitucional.

A nova perspectiva, portanto, não pode dinamitar o conceito anterior, mas adequa-se a ele. A razão para tanto também é dada por Forsthoff, que sustenta a essencialidade da manutenção do elemento básico do Estado de Direito de que os elementos fundamentais da constituição continuem a expor exclusões de agir estatal, limitando o poder (FORSTHOFF, 1954, p. 39). Além disso, com base na Constituição alemã vigente, Forsthoff também defende a necessidade de legislação para a concretização dos elementos do Estado Social, principalmente pela necessidade de graduação e implementação pela Administração Pública sujeita ao controle político (FORSTHOFF, 1954, p. 40). Na essência, trata-se de uma área que está no domínio da legislação e da Administração e não da interpretação constitucional. Caso contrário, a manutenção do conteúdo essencial do Estado de Direito restaria descaracterizada.

Com base em Forsthoff (1954), Bockenforde ainda defende uma compreensão específica dos elementos do Estado Social expostos apta a resolver a contradição social criada pelo Estado liberal. Essa é a de que o estado social significa o seguinte: “criar os pressupostos sociais dessa mesma liberdade (burguesa) para todos, ou seja, suprimir a desigualdade social. Parece, portanto, necessário ao nível da Administração, incluindo a legislação, e, aqui, desenvolve toda a sua força⁵⁷” (BOCKENFORDE, p. 37).

⁵⁶ No original: Sozialstaat und Rechtsstaat lassen sich auf der Verfassungsebene nicht verschmelzen. Der Entfaltungsraum des Sozialstaats ist Gesetzgebung und Verwaltung. Sozialer Rechtsstaat ist die typusbestimmende Kennzeichnung eines Staates, die Verfassung, Gesetzgebung und Verwaltung umgreift. Er ist kein Rechtsbegriff.

⁵⁷ No original: crear los supuestos sociales de esta misma libertad (burguesa) para todos, esto es, el de suprimir la desigualdad social. Parece por tanto algo necesario a nivel de la Administración, incluyendo la legislación, y desarrolla aquí toda su fuerza.

A jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão foi justamente nesse sentido, qual seja: “O reconhecimento do Estado social na Lei Fundamental contém, em primeiro lugar, um mandato constitucional ao legislador que o obriga a atender à justiça e ao equilíbrio social no quadro da Constituição; e que, além disso, como finalidade do Estado, representa um princípio de interpretação da Constituição e da lei⁵⁸” (BOCKENFORDE, p. 38). Tal ponto possui a concordância de Alexy (2017b, p. 419 a 429).

Nesse sentido, diversas ações estatais são percebidas na Inglaterra, Alemanha e, gradualmente, em boa parte dos países europeus para solucionar demandas como seguridade social, limite às horas de trabalho, aposentadoria pública, acesso à educação e saúde entre outros. Com isso, a própria estrutura burocrática do liberalismo rompe para dar lugar ao crescimento da estrutura administrativa (TAMANAHHA, 2004) responsável por assegurar o cumprimento dos direitos fundamentais de segunda geração, calcados nas prestações positivas do Estado em prol de direitos sociais.

Exemplos de estruturas constitucionais que seguem esse movimento são a Constituição alemã da República de Weimar de 1919, a Constituição brasileira de 1934 e a Carta brasileira de 1937 do Estado novo de Getúlio Vargas e a Constituição mexicana de 1917. É fato histórico que diversos Estados sociais falharam na limitação da sua estrutura política, dando lugar a governos totalitários e/ou autoritários. Contudo, o movimento social amparado no ideal do estado de bem-estar social também teve experiências positivas como a reestruturação inglesa e americana, que também foi objeto de crítica pelos liberais clássicos (TAMANAHHA, 2004, p. 72).

Contudo, no âmbito alemão e em boa parte da tradição do *common law*, disso não se deriva que há um direito constitucional a exigência direta, ou seja, sem ação do legislador. Com isso, a implementação dos direitos sociais precisa respeitar os pressupostos do conceito de Estado de Direito – os limites da atividade legiferante e administrativa por parte do Estado. Logicamente, isso não significa a privação da eficácia do Estado social, conforme os exemplos Alemão (BOCKENFORDE, 1991), norte-americano (TAMANAHHA, 2004) e brasileiro – todos

⁵⁸ No original: el reconocimiento del Estado social en la Ley Fundamental contiene em primer término um mandato constitucional al legislador que obliga a este a atender a la justicia y al equilibrio sociales em el marco de la Constitución; y que, más allá de esto, em cuanto fin del Estado, representa un principio de interpretación de la Constitución y da la ley.

com visíveis implementações do Estado social a partir de legislação ordinária apesar das peculiaridades constitucionais nacionais de cada um que refletem na extensão da proteção dessa segunda dimensão de direitos

Bockenforde, ainda, assinala: “Essa atividade social do Estado manifesta a tendência a se tornar um processo autônomo e a de se condensar em um sistema de benefícios sociais e obrigações legais que certamente não anulam formalmente as garantias de liberdade do Estado de Direito, mas que se impõem em seu conteúdo.”⁵⁹ (BOCKENFORDE, 1991, p. 38).

Entretanto, o Estado social invade em dois pontos a construção constitucional do Estado de Direito, quais sejam: o primeiro é pela implementação das chamadas leis-medidas e o segundo é a separação do princípio da soberania fiscal do princípio da garantia da propriedade (BOCKENFORDE, p. 38). O primeiro possibilita leis dirigidas a situações concretas - as chamadas leis de efeitos concretos -, o que é um instrumento necessário para a intervenção na economia e na sociedade. O segundo possibilita o acesso do Estado ao produto social da acumulação de capital, permitindo a redistribuição social com o objetivo de corrigir desigualdades sociais e retomar o equilíbrio social.

Ainda, há uma alteração de paradigma na compreensão do Estado de Direito alemão que é sintomática e encontra eco nos demais ordenamentos jurídicos de tradição ocidental, qual seja: a implementação de sua vinculação material. Esse ponto é essencial para compreender as transformações da compreensão do Estado de Direito e, com isso, a ressignificação do Poder Judiciário e das Cortes Constitucionais.

Nas palavras de Bockenforde:

O conceito material de Estado de Direito caracteriza-se pelo fato de o poder do Estado ser entendido como vinculado a determinados princípios e valores superiores do Direito, bem como pelo fato do centro de gravidade da atividade estatal não mais ser compreendido como orientado principalmente para garantir garantias formais de liberdade, mas para estabelecer uma situação jurídica justa no sentido material⁶⁰ (BOCKENFORDE, p. 40).

⁵⁹ No original: esta actividad social del Estado manifiesta la tendencia a convertirse em um processo autónomo y a condensarse em um sistema de prestaciones sociales y de obligaciones jurídicas que certamente no cancelan formalmente las garantias de libertad del Estado de Derecho, pero que se imponen sobre su contenido.

⁶⁰ No original: “el concepto material del Estado de Derecho se caracteriza por el hecho de que el poder del Estado se entiende como vinculado a determinados principios y valores superiores del Derecho, así como porque el centro de gravedad de la actividad estatal no se entiende ya como orientado primariamente a asegurar garantías formales de la libertad, sino a establecer una situación jurídica justa em sentido material”.

Com essa compreensão, a Constituição não mais é simples limitação do poder estatal, mas se converte numa positivação jurídica dos valores fundamentais da vida da comunidade. Nesse sentido, “abre-se indubitavelmente espaço para um novo totalitarismo” (BOCKENFORDE, p. 41), pois o Estado neutro característico do paradigma liberal (TAMANAHHA, 2004) é substituído por uma prescrição material de valores constitucionais que é supostamente compreendida como objetiva, tendo validade para todos os âmbitos do Direito (BOCKENFORDE, 1991, p. 41).

O ponto é que a Constituição sanciona uma série de convicções éticas e políticas. Assim, atribuir validade jurídica universal e geral a elas discrimina, na visão de Bockenforde, todas aquelas que se opõem a elas. Na essência, não há mais uma garantia incondicionada das liberdades, mas sim exclusivamente daquela que cabe dentro dos valores reconhecidos constitucionalmente. Quem estiver situado fora desse sistema de valores, deixa de ter liberdade política. Destarte, a estrutura tradicional do Estado de Direito (*rechtsstaat* para Bockenforde) dilui-se.

Bockenforde explica como essa diluição ocorre. Inicialmente, há uma subvalorização do significado do Estado de Direito tradicional, uma vez que são precisamente as garantias e os procedimentos formais que protegem a liberdade individual e social. Assim, a neutralidade, agora vista exageradamente como uma fórmula vazia, era antes uma forma de proteção de um maior escopo da liberdade. Essas garantias formais são, basicamente, a maior forma de proteção de individuais e/ou grupos sociais contra conteúdos materiais ou valores estabelecidos como algo absoluto. É muito significativo que a supressão da liberdade em regimes totalitários começa com o esvaziamento das garantias formais de proteção em nome de um direito material e natural superior, ou uma religião verdadeira ou de uma comunidade popular de membros de uma mesma espécie ou do proletariado, consoante argumento de Bockenforde (1991, p. 42). Apenas numa segunda fase totalitária é que o novo direito revolucionário é convertido em um sistema de domínio amparado no legalismo.

Nesse contexto é que Bockenforde afirma:

Se postulados ético-morais ou valores materiais são dotados de uma vinculação jurídica que vai além da garantia de liberdade igual para todos e das exigências fundamentais de uma vida comum ordenada, chega-se inevitavelmente a uma socialização da liberdade e autonomia individual. Estes estão sujeitos ao domínio de quem exerce o monopólio da interpretação desses postulados ou valores, ou dele se apropria. E isso vale também de maneira especial para o apelo aos valores materiais,

uma vez que os valores como tais não são suscetíveis de uma fundamentação racional mediada intersubjetivamente.⁶¹ (BOCKENFORDE, 1991, p. 42, 43)

Com isso, “não se abre a porta para um totalitarismo constitucional?” Bockenforde questiona sobre qual é a segurança que se tem num povo que entende ser obrigado a fixar valores fundamentais de regulação da sua vida e da sua organização política como intangíveis tanto para sim como para as futuras gerações. Não se está, no mínimo, negando o reconhecimento da própria capacidade de amadurecer do povo? (BOCKENFORDE, 1991 p. 43).

3.4 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E CORTES CONSTITUCIONAIS

Lenio Streck e José Luís Bolzan defendem que o movimento social é superado pela noção de Estado Democrático de Direito – compreendido como detentor de um conteúdo transformador da realidade, que é marcado por constitucionalismo, democracia, sistema de direitos fundamentais, separação de poderes, segurança e certeza jurídicas, legalidade compreendida enquanto ordenação racional, igualdade formal e material e justiça social (STRECK; DE MORAIS, 2019, p. 75 e 76). O Estado Democrático de Direito é um *plus* normativo em relação às formulações anteriores nos movimentos liberais e sociais (STRECK; DE MORAIS, 2019, p. 76), que se insere no âmbito do Constitucionalismo Contemporâneo. Com isso, há a integração entre os movimentos anteriores da forma como afirmada por Alexy (2017b, p. 40 e 41).

Este, o constitucionalismo contemporâneo, é compreendido enquanto o período próprio do constitucionalismo que surge após o segundo pós-guerra que reforça as características do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, ponto essencial desse paradigma é dado por Serrano que ressalta a realocação da importância da Constituição, não mais compreendida como

⁶¹No original: Si se dota a los postulados éticos-morales o a los valores materiales de una vinculatividad jurídica que va más allá de la garantía de la libertad igual de todos y de las exigencias fundamentales de una vida común ordenada, se llega inevitablemente a una socialización de la libertad y de la autonomía individuales. Estas quedan sometidas al dominio de los que ejercen el monopolio de la interpretación de estos postulados o valores, o que se lo aproprian. Y esto vale también de un modo especial para la apelación a valores materiales, ya que los valores como tales no son susceptibles de una fundamentación racional mediada intersubjetivamente.

carta política, mas como efetivo topo normativo positivo do *rule of law*. Destarte, o Direito, conforme já mencionado, não é desvelado como nos movimentos anteriores, mas criado por uma prática política legítima que está fundamentada pela própria tradição jurídica.

Nesse sentido que o sistema jurídico estará acobertado pelo *rule of law*, nesta tradição apenas quando justificado na concepção e no exercício prático de uma *praxis* política legítima (SERRANO, 2000, p. 10). Essas alterações consolidam-se nas práticas constitucionais posteriores ao segundo pós-guerra, que pretendem superar as falhas anteriores dos movimentos liberais e sociais ultrapassados. Com efeito, observa-se de forma hegemônica quatro tentativas que dão sentido à prática e às tentativas de responder problemas complexos.

A primeira é a pretensão de superar o caráter jurídico-formal das garantias do constitucionalismo liberal, o que, nas palavras de Serrano, “Significa admitir a necessidade de uma efetiva relação entre direito e realidade, como preconizam os movimentos sociais, e a demanda por uma efetiva vigência do direito constitucional responde a isso.”⁶² (SERRANO, 2000, p. 12). A segunda é a superação da concepção meramente negativa da função do Estado ao mesmo tempo em que se concretiza e plenamente se reconhece o princípio democrático, excluindo (ou tentando excluir) o risco de cair num dirigismo autoritário. (SERRANO, 2000, p. 12).

A terceira é a superação do individualismo liberal abstrato mediante a compreensão da estrutura intersubjetiva dos direitos e das liberdades, numa tentativa de harmonização faticamente possível dos princípios constitucionais de liberdade e igualdade. (SERRANO, 2000, p. 12). A quarta é a superação de uma concepção positivista de Direito como algo autônomo da política, compreendendo-a como única fonte legítima possível de sua criação. (SERRANO, 2000, p. 12).

O perigo é compreender os limites dessas alterações e superações. Para tanto, a advertência de Serrano é essencial. Com isso, não há uma negação do texto jurídico, tampouco das peculiaridades de cada um dos Estados constitucionais. A constituição própria de cada Estado faz eco de seus obstáculos, da sua prática e do desenvolvimento da sua própria história institucional, dos seus problemas concretos e das suas fórmulas específicas de solução para eles, que são descobertas e estabelecidas em momentos passados, atuais e futuros. O material jurídico

⁶² No original: supone admitir la necesidad de una relación efectiva entre derecho y realidad, tal como propugnaban los movimientos sociales y a ello responde la exigencia de una vigencia efectiva del derecho constitucional.

concreto é, sempre, o ponto de referência para a interpretação/aplicação constitucional. Contudo, nas palavras de Serrano: “Nessa mesma medida, a interpretação jurídico-constitucional tem hoje que cumprir uma tarefa mais complexa, uma vez que deve continuar a manter o respeito pelo texto jurídico enquanto tal e responder, ao mesmo tempo, às dificuldades que este contexto constitucional alargado coloca a suas interpretação e integração jurídicas⁶³” (SERRANO, 2000, p. 13). Nesse sentido, Streck (2014, p. 30) chama esse fenômeno da reformulação da teoria das fontes, visto que a supremacia da lei é substituída pela onipresença da Constituição – processo chamado por muitos autores de constitucionalização do Direito. Essa reformulação ocorre com duas outras, sendo elas da teoria da norma e da teoria da interpretação, que marcam a compreensão da normatividade dos princípios e a blindagem do Direito às ameaças da discricionariedade e do ativismo⁶⁴.

Contudo, a prática jurisdicional, ressignificada nesse novo paradigma de transformação, vê-se alçada a uma posição política sem precedentes e com dificuldades sistemáticas em lidar com esses limites. Juntamente com isso, há uma consolidação de novos arranjos políticos do segundo pós-guerra que incluem, por exemplo, posições de destaques para cortes constitucionais e ressignificam o papel do Judiciário no controle de constitucionalidade. Trata-se, assim, da ascensão do judiciário e das cortes constitucionais.

A ascensão das cortes constitucionais aos mais altos níveis de importância política é algo relativamente recente, a exceção dos Estados Unidos da América, no modelo predominante de democracia contemporânea. A sua elevação possui algumas características comuns, que são perceptíveis no seu processo de ascensão em diversos países do mundo, sendo elas as seguintes: a) uma estrutura de Estado que se posiciona como um Estado Democrático de Direito, ou seja, de que o regime político proposto é democrático e que o funcionamento desse regime está

⁶³ No original: En esa misma medida la interpretación jurídica constitucional tiene hoy que llevar a cabo una tarea más compleja, ya que tiene que seguir manteniendo el respeto al texto jurídico como tal y responder al mismo tiempo a las dificultades que este contexto constitucional ampliado plantea para su interpretación e integración jurídicas.

⁶⁴ Ambos os pontos foram abordados na primeira parte do trabalho a partir do referencial teórico da Teoria dos Princípios de Robert Alexy. Para uma necessária análise hermenêutica, indica-se a ampla produção acadêmica de Lenio Streck com especial destaque para STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011 e STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. Ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2014.

limitado pelo Direito; b) a previsão de uma Constituição, compreendida essa em sentido amplo; c) a previsão legislativa de um catálogo de direitos fundamentais.

Percebe-se que essas características estão umbilicalmente relacionadas ao que foi estudado até então. Nessa senda, os três elementos supramencionados apenas são bem compreendidos a partir das transformações e das características dos Estados liberais, sociais e democráticos já vistos.

Ainda, deve-se deixar claro que esse modelo de democracia permitiu a formação e a expansão das revoluções silenciosas e pacíficas, ou seja, a renovação gradual da sociedade por meio do livre debate das ideias, da mudança da mentalidade e do modo de viver do grupo (BOBBIO, 1997a, p. 39). Essas revoluções pacíficas são um avanço gigantesco em termos civilizatório, demonstrando o acerto do modelo e os ganhos que ele promove.

Breves apontamentos sobre cada característica são necessários. Sobre a estrutura democrática, é importante identificar que a hegemonia das democracias modernas ocidentais fornece uma ilustração mínima do seu funcionamento. Ilustração essa que não pode ser usada para ignorar particularidades próprias das histórias institucionais, das dificuldades, dos traumas e da cultura de cada país que efetivamente a implementa.

Essa estrutura de funcionamento mínimo se dá numa democracia representativa, na qual os cidadãos possuem direitos políticos ativos para votarem regularmente em candidatos que os representarão na arena política local, regional e/ou nacional ou para votarem em representantes que escolherão os políticos que representarão os cidadãos na arena política. A estrutura de Estado é dividida em três poderes principais⁶⁵, sendo eles o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. O primeiro responsável precipuamente pela atividade legiferante do Estado. O segundo responsável pelas atividades executiva-administrativas. O último, não integrante do conflito político próprio dos dois primeiros, responsável pela aplicação do ordenamento jurídico aos casos que são apresentados. A arena política é própria dos dois primeiros, que são auxiliados por corpos administrativos externos como Tribunais de Contas, Banco Central, Agências Reguladoras e diversas outras estruturas administrativas que tiveram pleno crescimento no século XX, conforme abordado no tópico anterior (Estado Social). Toda essa estrutura é encoberta pelos limites do ordenamento jurídico, ou seja, os agentes públicos possuem *accountability* e estão limitados pelo Direito a partir da onipresença constitucional.

⁶⁵ Divisões internas e organizações próprias de competências *interna corporis* gerais não valem o esforço da sistematização sob pena de desvio do foco.

Na essência, isso significa que a autoridade origina do Direito e da atuação dos agentes públicos submetidos a ele e não do simples exercício de poder. Tal lógica de funcionamento legitima o regime político e o exercício de poder na mesma medida que o limita.

Os dois próximos apontamentos serão feitos juntos. Primeiro, trata-se de uma democracia constitucional, isto é, há uma carta fundamental ou documentos esparsos fundamentais que estruturam as formas de funcionamento político do regime e dos três Poderes, os quais possibilitam a visualização e o controle das ações de um sobre os outros e de si mesmos. Segundo, a ilustração do Estado Democrático de Direito constitucional também possui um documento que prevê os direitos fundamentais daquela sociedade. Essa previsão pode estar na Constituição, pode ter status de norma supralegal ou mesmo legal, pode ser encontrado em documentos esparsos ou unificados, pode, ainda, conter apenas os chamados direitos de primeira geração, ou estes e os de segunda ou quantas gerações forem o caso. Mais uma vez, independente das particularidades locais, é importante identificar os traços essenciais dessa estrutura contemporânea.

Dentro desse molde, a grande questão que exsurgiu da prática política e jurídica contemporânea é a seguinte: quem é o responsável por controlar os limites jurídicos impostos às atividades políticas? O caso agrava-se, possuindo uma questão ainda mais delicada, que é: quem é o responsável por controlar os limites impostos pelo catálogo de direitos fundamentais à atividade normativa e/ou legiferante do Estado?

Percebe-se, assim, que a questão está umbilicalmente vinculada ao constitucionalismo e à perspectiva de *rule of law* tratada anteriormente. O aprofundamento das exigências de controle do Estado e dos mecanismos e critérios de legitimação fundamentam e explicam as características essenciais da estrutura ilustrada, conforme já abordado no ponto 2.6 do primeiro capítulo.

Nas últimas décadas, um número sem precedentes de Estados optou por responder as duas indagações anteriores transferindo poder das instituições representativas para o Poder Judiciário e, especialmente, para as cortes constitucionais (integrantes ou não da estrutura formal do Judiciário), limitando o exercício de poder dos atores políticos e aumentando o espaço de poder dos principais atores jurídicos desses países (e de diversos organismos internacionais) por intermédio da jurisdição constitucional. Isso ocorreu ao mesmo tempo em que essas estruturas políticas previam na sua Constituição ou nas suas cartas de direitos alguma forma de *judicial review* ou *constitutional revision*. Essas transferências de poder estatal chegaram a tal ponto que autores começam a denominar esse processo de ascensão como uma

nova estrutura per se, chamando-a de juristocracia (HIRSCHL, 2004) ou cortecracia (SCHEPPELE, 2002). Independente das denominações, o fato é que essa realocação de poder é um dos desenvolvimentos mais significativos do século XX e do início do século XXI em questões de Estado e, conseqüentemente, de Direito Constitucional.

Esse desenvolvimento é frequentemente explicado a partir da emersão da Alemanha depois do regime nazista. O exemplo da missão da Corte Constitucional alemã pós-guerra pode melhor ilustrar esse caminho de evolução dos sistemas políticos constitucionais. Um dos diversos problemas enfrentados na transição alemã do regime autoritário para o modelo democrático foi o da relação entre o Judiciário alemão e o nazismo. Apesar da grande controvérsia sobre o tema, Issacharoff proporciona uma ilustração racional e coerente da questão.

Na Alemanha, por diversos motivos⁶⁶, como sinaliza Issacharoff:

“todo o judiciário estava comprometido como uma instituição de tal forma que qualquer sistema defensável de cálculo moral exigiria a destituição do cargo daquele que emprestou qualquer forma de cobertura legalista ao nazismo. O fato contundente, no entanto, foi que, após doze anos de governo fascista, não havia juízes suficientes, não contaminados pelo passado, disponíveis para administrar o sistema jurídico da Alemanha Ocidental⁶⁷” (ISSACHAROFF, 2015, loc. 4342)”.⁶⁸

A solução foi permitir que o Poder Judiciário continuasse intacto e, aproveitando-se da tradição jurídica alemã⁶⁸, criar a Corte Constitucional – composta por juristas exilados e/ou

⁶⁶ Issacharoff percebe, por exemplo, que essas questões estão relacionadas com uma considerável inclinação favorável de alguns juízes ao regime nazista (2015, loc 4302), com uma notável quantidade de juízes remanescentes do período monárquico que compartilhava os sentimentos de nacionalismo e antisemitismo (2015, loc 4307), certa influência de um senso comum positivista na doutrina alemã que se preocupava mais com a estrutura hierárquica normativa do direito real, o que é, e menos (ou pouco) com as condições de possibilidade do que o direito deve ser (2015, loc 4314) e a formação de uma corrente de pensamento que compreendia o direito alemão como emanado do *Volk* (termo usado e popularizado no nazismo que expressava, na época, uma concepção mais radical do povo e/ou da raça alemã) e não do povo.

⁶⁷ No original: the entire judiciary was compromised as an institution such that any defensible system of moral reckoning would have demanded the removal from office of the who lent any manner of legalistic couver for Nazism. The blunt fact, however, was that after twelve years of fascist rule, there were not enough judges untainted by the past left available to administer the West German legal system.

⁶⁸ O Direito alemão conviveu com noções iniciais de judicial review desde, pelo menos, o final do Sacro Império Romano. Nesse período, já havia revisões de leis subnacionais tendo como parâmetro de compatibilidade a legislação federal. Na República de Weimar, havia revisão judicial com base em disposições constitucionais. Na Conferência de Herrenchiemsee, foi proposta a criação de um tribunal constitucional independente, o que encontrou eco no Conselho parlamentar responsável por finalizar o documento constitucional (ISSACHAROFF, 2015, loc. 4351 a 4363). Além disso, a questão já era profundamente debatida no campo doutrinário, consoante demonstram Schmitt e Kelsen.

opositores do regime nazista⁶⁹ – com responsabilidade para supervisionar o exercício do poder estatal, tanto na forma de violação de direitos fundamentais como no desrespeito dos limites constitucionais. Na essência, a corte ficou responsável pela importantíssima missão de constranger os excessos de poder na nova ordem constitucional (ISSACHAROFF, 2015, loc. 4403).

O exemplo alemão é importante, pois ele ilumina o delicado desafio pelo qual diversos Estados (e Judiciários) passam ao enfrentar o período pós-guerra e/ou um período pós-autoritário, qual seja: a necessidade de ocupar dois diferentes papéis. O primeiro é o de suprir a necessidade da manutenção de um sistema jurídico capaz e previsível que possibilite aos indivíduos e ao mercado privado o desenvolvimento num ambiente seguro e estável. O Judiciário, nessa perspectiva, é o garantidor por excelência do desenrolar da vida sob o *rule of law*. A advertência de Issacharoff (2015, loc. 4394 e 4398) é interessante, qual seja: assim como na Alemanha pós-nazismo, a tendência é que os indivíduos capacitados para essa missão sejam limitados na sociedade, o que impede qualquer desassociação global dos membros do Judiciário para com o regime anterior. O segundo é o papel do Judiciário, ao mesmo tempo, constranger os excessos do exercício de poder estatal no novo paradigma constitucional democrático. Tarefa essa que, consoante demonstra Issacharoff (2015, loc 4403), não pode ser confiada aos juízes que foram capazes de servir na ordem política autoritária.

Reconhece-se que o caso brasileiro – como ocorreu em 46 e em 88 – não é da mesma grandeza de transição social que a Alemanha pós-guerra, a África do Sul pós-apartheid ou o leste europeu pós-comunismo. A nossa história institucional é melhor comparada com as transições colombiana, argentina e chilena, por exemplo. Esse segundo comparativo trata de um frágil Estado desenlaçando-se do autoritarismo com aspirações a um novo paradigma constitucional e democrático. Apesar das diferenças de magnitude, há indubitavelmente uma lógica geral comum consubstanciada na esperança de que as tradições autoritárias possam ser superadas mesmo sem uma democracia funcionalmente consolidada. Tanto na superação do autoritarismo como na consolidação democrática, exsurge a importância do estudo da ascensão das cortes numa perspectiva geral.

⁶⁹ A mensagem era clara: a corte constitucional da nova ordem democrática precisava assinalar claramente o rompimento com o passado totalitário. Demanda, contudo, que não poderia ser universalizada para todo o Judiciário pela impossibilidade prática de tal ação (ISSACHAROFF, 2015, loc 4385). Com isso, a independência da corte para com as restrições do passado e o trabalho diário da jurisdição ordinária serviram como bastião contra eventuais novas ameaças autoritárias.

Dentro dessa perspectiva geral, duas interessantes correntes podem iluminar a relação entre o papel e os limites das cortes com a consolidação do modelo democrático. Essas correntes tratam sobre as condições ideais da relação entre a maturidade democrática e as cortes constitucionais. Contudo, adverte-se: apesar de aparentarem diametralmente opostas, elas serão apresentadas como complementares. Explica-se. A posição das correntes é motivada pelo espaço de poder de decisão teoricamente concedido às cortes constitucionais na comparação com os poderes políticos representativos. A presente proposta de complementação será dada em razão de uma possível relação entre espaço de poder decisório com o nível de maturidade democrática. A essência da nossa proposta será uma relação necessária e inversamente proporcional entre o espaço de poder decisório das cortes constitucionais com a maturidade democrática-constitucional. Em outras palavras, quanto mais madura a democracia potencialmente menor o espaço de poder decisório das cortes constitucionais e quanto menos madura a democracia potencialmente maior (e mais delicado) o espaço de poder decisório das cortes constitucionais.

Para iniciar a análise, apresenta-se a primeira corrente a partir de Issacharoff e a relação entre democracias frágeis e cortes constitucionais. O argumento central, conforme explicam Motta e Streck (2020, p. 2): “é o de que a presença de cortes constitucionais fortes funciona como o principal antídoto para o autoritarismo, sobretudo no contexto de sociedades caracterizadas por profundas divisões raciais, religiosas ou identitárias”. A grande questão centra-se na criação de instituições e cultura democráticas numa sociedade fraturada pelo autoritarismo. Com escreve Issacharoff, as jovens democracias precisam lidar com a difícil questão de permitir que a maioria governe ao mesmo tempo em que limita institucionalmente o seu poder. Tal contexto vem com um agravante de que o simples processo eleitoral não assegura toda a legitimidade democrática do paradigma constitucional. Ocorre, inclusive, o contrário.

“Em democracias instáveis, o choque de adrenalina nas paixões políticas da sociedade, provocado pelas eleições, pode ter o efeito [...] de aguçar a polarização e o ressentimento” (MOTTA; STRECK, 2020, p. 3). O exemplo dado por Issacharoff (2015, p. 5) é ilustrativo, qual seja: o mesmo exercício que energiza o indivíduo saudável pode levar à morte o indivíduo doente. Esse raciocínio pode se aplicar para as democracias frágeis, nas quais há um risco das eleições serem convertidas num simples mecanismo formal de superficial legitimação da tirania de determinado grupo majoritário.

Como abordado acima, a maioria dos modelos constitucionais, nesse processo de transição, utilizam-se da ascensão das cortes constitucionais. De modo aspiracional:

elas determinam que o poder político seja exercido em conformidade com uma série de padrões elevados de obrigações para com a sociedade. E essa tensão entre a política democrática e as restrições constitucionais exige a presença de uma instituição mediadora, com a capacidade institucional de impor essas restrições. E é aqui que se situam as preocupações centrais de Issacharoff: descobrir como essas restrições são exercidas, e como estabelecer comprometeros verdadeiros com estas em países sem um histórico consistente de governança democrática (MOTTA; STRECK, 2020, p. 3)

A característica final – de países sem um histórico consistente de governança democrática – é importantíssima, pois a fragilidades dos arranjos institucionais estará intimamente relacionada com a ausência de capacidade das instituições políticas gerenciarem autonomamente tais conflitos. Esse é a compreensão da espécie proposta por Issacharoff de democracias frágeis. A fragilidade da dimensão puramente político-democrática de mediar a sociedade fraturada herdada do colapso de um regime autoritário.

Percebe-se a dificuldade da missão. Trata-se de uma tarefa hercúlea das incipientes instituições democráticas de gerenciarem os conflitos sociais, estabilizarem a governança política, incultarem os valores da soberania popular, construir um projeto comum de comunidade (comum unidade) e, diante de tudo isso, exercerem a autocontenção da máquina pública para possibilitar o florescimento de rivais políticos. Tudo de forma concomitante.

A renovação gradual da sociedade por meio do livre debate das ideias, da mudança da mentalidade e do modo de viver do grupo consubstanciada nas chamadas revoluções pacíficas (BOBBIO, 1997a, p. 39) correrá grandes riscos nessa etapa inicial do amadurecimento democrático. Riscos que serão maiores ainda caso a hercúlea tarefa seja confiada apenas nas instâncias políticas – essencialmente mais próximas das paixões e das divisões sociais.

Nesse contexto, as cortes constitucionais ganham destaque. Conforme explicam Streck e Motta:

Elas desempenham, basicamente, dois papéis: o primeiro, de impor limitações processuais ao exercício do poder democrático. Trata-se aqui, significativamente, de garantir a higidez dos procedimentos democráticos, sobretudo os eleitorais por vezes postos em xeque por participantes do próprio procedimento, como no caso de grupos políticos com postura e propostas abertamente antidemocráticas. Segundo, uma corte é uma força importante para a viabilização da transição para uma nova ordem democrática.

Issacharoff explica como eleições podem transformar-se em simples continuidade da fratura social, conferindo legitimidade ao vencedor e munindo-o da máquina pública. Com isso, surge óbvio espaço de abusos, razão pela qual as minorias devem ser tuteladas por garantias constitucionais, portanto, para evitar que o resultado de primeiras eleições, favoráveis a seus adversários históricos, não se transformem no uso abusivo e vingativo do poder (ISSAHAROFF, 2015). Percebe-se, com isso, a ascensão de importância das cortes constitucionais como garantes do processo de amadurecimento da democracia e das instituições políticas.

Diante desses argumentos, Motta e Streck (2020, p. 5) classificam a corrente de Issacharoff como uma posição que defende a revisão judicial de forma contextual, porque a delimitação do espaço de poder de decisão de jurisdição constitucional está vinculada ao contexto sociopolítico do Estado na qual ela está inserida. Na essência, isso significa que “as cortes constitucionais devam ser tão mais interventivas quanto maiores forem os riscos à consolidação de democracias jovens” (STRECK; MOTTA, 2020, p. 5).

Voltamos, então, ao argumento central de que o constitucionalismo precisa ser vigiado por autoridades judiciárias independentes para permitir a consolidação e o amadurecimento democráticos em sociedades divididas e Estados jovens. Trata-se, na essência, da responsabilidade institucional das cortes de gerenciarem os conflitos sociais e os limites dos poderes políticos em democracias frágeis.

De outro giro, Waldron apresenta outra corrente de pensamento consubstanciada numa profunda crítica ao exercício do *judicial review*. Contudo, a crítica está intimamente vinculada – da mesma forma que Issacharoff – ao contexto sociopolítico de determinado Estado. Se antes falávamos de democracias frágeis com Issacharoff, Waldron delimita sua crítica para democracias maduras.

Waldron sustenta que o *judicial review of legislation* é uma forma inapropriada de modelo decisório final e definitivo numa sociedade livre e democrática (2006, p. 1.346). Como já estudado no ponto sobre *rule of law* a partir da Tamanaha, a supremacia do Poder Legislativo representativo é, na tradição liberal ocidental de democracias modernas, vinculada com a liberdade política do povo. Nesse sentido, os ideais democráticos modernos apresentam, no mínimo, um tensionamento – o que já foi representado pelo argumento da contradição democrática dos direitos fundamentais de Alexy. Na essência, trata-se do contraste entre a regra da maioria e a dificuldade contramajoritária. Em países que adotam a revisão judicial da legislação, o povo e os seus representantes podem propor-se a solucionar os diversos desacordos

morais que permeiam a sociedade. Contudo, eles não têm garantia de que a decisão tomada pela forma democrática da regra da maioria irá prevalecer (WALDRON, 2006, p. 1.349 a 1.350).

Diante desse problema, Waldron enfrenta o “caso contra o *judicial review*”. Uma delimitação anterior é importante, o foco do debate está relacionado com a fragilização da supremacia do parlamento, ou seja, de revisão de atos do parlamento dentro da sua função típica legiferante, não sendo considerado para fins do argumento waldroniano a revisão judicial de atos do Executivo ou de órgãos administrativos (WALDRON, 2006, p. 1353).

Além disso, o foco cuida da revisão judicial forte, isto é, aquela na qual as cortes possuem a autoridade de não aplicar, declarar a anulabilidade ou nulidade ou, ainda, de modificar os efeitos e/ou redação (d)o ato legislativo típico. A revisão judicial fraca, compreendida como a capacidade das cortes de fazer a legislação passar pelo escrutínio técnico-jurídico sem negar ou afastar seus efeitos, não é foco de preocupação do autor (WALDRON, 2006, p. 1.355). Exemplo de revisão judicial forte é o controle de constitucionalidade brasileiro e americano. Exemplos de revisão judicial fraca é o do sistema inglês. Neste sistema, por exemplo, a corte do Reino Unido pode analisar o ato legislativo e emitir uma declaração de incompatibilidade, no qual ela entende pela incompatibilidade do ato com, por exemplo, o catálogo de direitos. Com isso, pode-se iniciar um trâmite parlamentarista de urgência para que a incompatibilidade seja corrigida. Outros exemplos são encontrados na Nova Zelândia e no Canadá. Com isso, percebe-se que tanto Waldron como Issacharoff estão tratando sobre o mesmo problema – *judicial review* ou *constitutional revision* fortes, nos quais a Corte Constitucional tem a prerrogativa de agir como legislador negativo e mais (ABBOUD, 2020).

Retomando, o objetivo é fazer o enfrentamento sem lidar com efeitos particulares das decisões ou sobre a forma como os diversos atores deveriam agir diante do problema, mas concentra-se em responder, teoricamente, qual é o órgão responsável em solucionar de forma definitiva os desacordos morais da sociedade.

A seguinte advertência de Waldron é importante:

Pode ainda acontecer que a revisão judicial seja necessária como medida de proteção contra patologias legislativas relacionadas a sexo, raça ou religião em determinados países. Mas mesmo que seja assim, vale a pena descobrir se esse tipo de defesa vai ao cerne da questão, ou se deve ser visto como uma razão excepcional para se abster de

seguir a tendência do que, na maioria das circunstâncias, seria um argumento normativo convincente contra a prática ⁷⁰. (WALDRON, 2006, p. 1.352)

Na essência, dois são os principais argumentos de Waldron (2006, p. 1.353), quais sejam: 1) a revisão judicial de legislação não proporciona à sociedade uma forma de debater o problema de forma clara, enfrentando os reais problemas e principais fatores sobre os desacordos da sociedade sobre direitos; e 2) é politicamente ilegítimo diante de uma perspectiva comprometida com valores democráticos modernos.

Como já antecipado, os dois principais argumentos de Waldron são condicionais, ou seja, eles precisam de que a democracia em análise forneça quatro condições específicas para justificar o enfrentamento à revisão judicial forte. As quatro condições que marcam a maturidade democrática exigida por Waldron são: a) instituições democráticas em bom funcionamento, o que inclui um Poder Legislativo representativo eleito com base no sufrágio universal adulto; b) conjunto de instituições judiciais em bom funcionamento compostas por integrantes não representativos aptos a receberem ações individuais, resolverem litígios e manterem a autoridade do direito; c) comprometimento da maior parte dos membros da sociedade e dos agentes públicos à ideia de direitos individuais e direitos das minorias; e d) desacordos morais sobre direitos persistentes, substanciais e de boa-fé entre os membros da sociedade que são comprometidos com a ideia de direitos. Exemplo desse desacordo é o que o comprometimento com direito realmente significa, quais suas implicações e assim por diante. Como sintetizam Motta e Streck (2020, p. 13), “uma vez preenchidos esses requisitos, a sociedade deve resolver seus desacordos por intermédio de suas instituições legislativas”.

O debate sobre a questão do aborto pode fornecer um bom exemplo da estrutura madura idealizada por Waldron. O comprometimento com os direitos e a existência de desacordos morais pode dividir o debate em dois ou mais grupos. É fácil imaginar uma situação na qual um grupo pró-aborto e outro grupo antiaborto discutem intensamente sobre qual o direito em jogo, se há colisão de direitos e qual a melhor forma de concretizá-lo. Em diversos momentos, os grupos pró-aborto defendem que a questão da interrupção voluntária da gravidez é uma questão de saúde pública e de autonomia da mulher. Nesse sentido, é essencial que ele seja legalizado

⁷⁰ No original: It may still be the case that judicial review is necessary as a protective measure against legislative pathologies relating to sex, race, or religion in particular countries. But even if that is so, it is worth figuring out whether that sort of defense goes to the heart of the matter, or whether it should be regarded instead as an exceptional reason to refrain from following the tendency of what, in most circumstances, would be a compelling normative argument against the practice.

e/ou constitucionalizado para concretizar tais direitos, diminuindo as mortes em clínicas ilegais, dando um importante passo em prol da igualdade de gênero e de concepções mais justas de dignidade da vida da mulher. De outro giro, os grupos antiaborto podem argumentar que a interrupção voluntária da gravidez viola o direito à vida (ou a legítima expectativa do direito à vida) do feto, que deve ser considerado sujeito de direito, afinal, (potencialmente - a depender do mês) ele se tornará um bebê. Para esses grupos, a questão trata sobre uma colisão entre direitos fundamentais no qual o direito à vida prevalece em detrimento do direito de liberdade da mulher. Há, na essência do debate, um desacordo que perpassa desde a concepção filosófica de cada indivíduo e grupo sobre o início da vida e os direitos dos envolvidos, isto é, que aborda argumentos próprios desde a argumentação jurídica até a argumentação prática geral consoante estudado nos pontos 2.1. a 2.4. do primeiro capítulo.

O comprometimento com os direitos individuais e os direitos da minoria não são percebidos na concordância unânime da sociedade em prol de uma determinada posição, mas, sim, do desacordo racional e sério sobre o que os direitos protegem. Um desacordo descomprometido seria, por exemplo, o de que determinados grupos políticos não estão interessados efetivamente no direito da mulher ou (da expectativa de direito) do feto, mas sim de como a existência ou a solução do desacordo pode promover ganhos políticos e econômicos para tal. Isso não significa que a descomprometimento vem exclusivamente da existência de possibilidade de ganho com determinada solução do desacordo moral.

O debate relacionado com a legalização e/ou constitucionalização do uso recreativo da maconha é um bom exemplo. Determinado indivíduo pode ter uma empresa de fumo que se beneficiará largamente da permissão do uso recreativo da maconha ao mesmo tempo que concorda com o direito do indivíduo que autoriza esse uso ou, eventualmente, discordando que a melhor resposta seja pela permissão por mais que isso prejudique sua empresa. Sintomas do descomprometimento virão de grupos econômicos com interesse que, por exemplo, maquam e falsificam dados ou pesquisas científicas para influenciar o debate público. Outros sintomas da mesma natureza estão na propulsão e no incentivo de *fake news* conscientes por grupos de interesse que se beneficiarão de eventual resultado do debate público ou, ainda, da simples existência dele. Mesmo em democracias maduras, eventuais grupos de interesse descompromissados com os direitos individuais existirão e tentarão influenciar o debate público.

O ponto essencial é que, primeiro, eles não serão maioria e, segundo, as instituições democráticas e o conjunto de instituições em bom funcionamento funcionarão como proteção

para manter (a maior parte) do debate dentro de limites democráticos e jurídicos autênticos. Além disso, a polarização madura não pode fornecer argumentos e legitimidade para a utilização da máquina estatal contra as minorias de forma autoritária, persecutória ou em favor de privilégios da maioria. No mesmo sentido, os desacordos não podem legitimar que líderes políticos coloquem em xeque as instituições democráticas e constitucionais, fortalecendo construções populistas de governo ou modelos políticos polarizados.

O argumento final de Waldron (2006, p. 1.360) é que, quando uma sociedade consegue cumprir as quatro condições, a melhor forma de resolver os desacordos morais sobre direitos é utilizando as instituições legislativas. De outro giro, correlacionando o exposto com Issacharoff, o argumento deste é que, quando uma sociedade não consegue cumprir as condições de maturidade democrática, a melhor forma de gerenciar os conflitos sociais e limitar os poderes das maiorias é utilizando as cortes constitucionais.

Diante da correlação dessas duas correntes, surgem duas principais questões. A primeira é compreender os motivos da ascensão democrática – se eles são puramente de contexto sociopolítico ou não. Para tanto, analisar-se-ão 5 possíveis teses que explicam esse fortalecimento da jurisdição constitucional. Ademais, há que se definir, ainda, minimamente as condições de maturidade democrática e se elas encontram eco no paradigma brasileiro. Esse será o tom do próximo ponto.

3.5 5 TESES DA ASCENSÃO DAS CORTES CONSTITUCIONAIS:

Começar-se-á pelas teses que tentam explicar esse novo desenho institucional e, posteriormente, os desafios brasileiros de amadurecimento democrático.

Destarte, há diversas explicações sobre as razões desse processo de novos papéis e desenhos institucionais que toma forma. Tal desenvolvimento está umbilicalmente vinculado com a evolução do Estado Liberal para o Estado Social e, finalmente, para o Estado Democrático de Direito. Nessas correntes, articulam-se fundamentos para explicar como o desenvolvimento do constitucionalismo moderno incorporou também a proeminência política e a ampliação do espaço de decisão estatal do Poder Judiciário e, mais significativamente, das cortes constitucionais. Para ilustrar as principais correntes, elas serão sistematizadas em cinco grandes grupos, quais sejam: a tese da proliferação democrática, a tese da evolução dos direitos, a tese funcionalista, a tese da economia institucional e a tese dos grupos políticos.

3.5.1 Tese da proliferação democrática

A primeira tese a ser analisada é a da proliferação democrática. A ideia central dessa perspectiva é que a ascensão do poder judicial está vinculada com a expansão do *ethos* e da prática democrática no mundo ocidental. Isso, pois a realocação de poder tratada anteriormente ocorreu primeiro em democracias e/ou países que faziam a transição para a democracia. Nesse sentido, há três grandes movimentos nos quais países de determinada região passaram por transição, estabilização e/ou consolidação de suas democracias, quais sejam: uma primeira onda no sudeste da Europa em 1970, outra onda na América Latina em 1980 e outra no centro e no leste europeu em 1990 (HIRSCHL, 2004, p. 73). Esses movimentos possibilitam uma expansão dos poderes do Judiciário na maior parte dessas novas democracias. Isso se deve a três fatores, quais sejam: primeiro a constitucionalização de direitos individuais, segundo a organização de judiciários relativamente autônomos e independentes e, por fim, a previsão de cortes constitucionais com competência para revisão judicial (HIRSCHL, 2004, p. 73).

Apesar desses três fatores fazerem parte, em tese, da estrutura de um regime democrático e auxiliarem na persistência e estabilidade desse regime, sendo especialmente bem vistos em países federalistas como Estados Unidos, Alemanha, Brasil, Índia e outros, o Poder Judiciário imparcial serviu como um foco de disputas sobre a abrangência e a natureza das regras fundamentais do jogo político. Ainda mais, essa corrente argumenta que a transição e a consolidação da democracia exigem a previsão da separação de poderes entre os principais órgãos do governo concomitante com a separação entre entes nacionais-centrais e regionais – principalmente do legislativo (HIRSCHL, 2004, p. 74). Nesse meio, a existência de um Judiciário independente como guardião da constituição e tribunal da federação parecer ser um produto inevitável do surgimento e da expansão desse modelo democrático.

Essa parece ser a posição de Issacharoff (2015, loc. 287-298), que explica como as últimas ondas de democratização tornaram-se em formas assertivas de democracias constitucionais. Na essência, tratam-se de formas constrangidas de democracia, na qual o sistema democrático é limitado por fronteiras constitucionais que definem como os atores políticos majoritários devem agir e o que podem fazer em termo de exercício de poder (legiferante e executivo-administrativo). Na essência, trata-se do equilíbrio entre o modelo democrático ancorado na regra da maioria num formato representativo que é limitado pela

Constituição, esta, por sua vez, retira significativo poder de decisão da arena política. Com isso, Issacharoff (2015, loc. 305) demonstra não só como a proliferação das democracias está associada com uma expansão do poder do Judiciário, mas como a transição que elas enfrentam é facilitada pela criação de cortes especificamente encarregadas da vigilância constitucional sobre o exercício do poder político. O ponto central, defendido por Issacharoff (2015), é de que o uso do constitucionalismo acompanhado por cortes constitucionais surgiu como o principal meio de gerenciamento de conflitos na difícil tarefa de estruturação democrática nacional em diversos países ao redor do globo.

Em sentido semelhante, Magalhães, Guarnieri e Kaminis (2006) defendem que a consolidação da democracia (se não precisa, no mínimo,) beneficia-se largamente da limitação do poder político pelo Direito por intermédio de uma interpretação/aplicação estável, coerência e eficaz, ou seja, do *rule of law*. Esse potencial requisito exige a estruturação de um Poder Judiciário independente, autônomo, não arbitrário e com competência para realizar o *judicial review* de larga escala. Ademais, a presença dessa estruturação de poder judiciário com alguma forma de *judicial review* é essencial para a consolidação dos direitos políticos básicos de uma democracia, o que reforça a sua importância na consolidação democrática nos moldes da tese da proliferação.

Entre as principais críticas para essa tese, está a de que as características e o *timing* da ampliação decisória do Poder Judiciário e, especialmente, da corte constitucional não é plenamente explicada pela proliferação democrática. Justamente nesse sentido, há diversos cenários de constitucionalização de Estados e democracias sem uma efetiva transição para um modelo democrático, como Hirschl (2004, p. 75) ilustra a partir do estabelecimento do *judicial review* na Suíça em 1979, no Egito em 1980, no México em 1994 e na Tailândia em 1997. Ainda, a tese da proliferação possui dificuldade em explicar os diferentes momentos nos quais há a ascensão das cortes constitucionais em Estados que passam pela transição democrática.

O Brasil é um ilustrativo exemplo de certa deficiência dessa teoria. Afinal, o *judicial review* brasileiro em formato concentrado inicia em 1965 com a Emenda Constitucional nº 16 de 1965 em pleno governo autoritário da Ditadura Militar. Inclusive, conforme explica Streck, o controle concentrado de constitucionalidade brasileiro nasce como forma de manter o controle ditatorial do sistema do Judiciário. A ideia subjacente foi estabelecer um mecanismo rápido e eficaz pró-ditadura para evitar que juízes e desembargadores, com pensamento democrático, mediante decisões no controle difuso, obstaculizassem ações do *establishment*, evitando a instrumentalização do Direito (STRECK, 2018, p. 152). Por óbvio, essas críticas não eliminam

o valor geral da teoria, mas desvelam fragilidades importantes. Afinal, é essencial que estas fiquem conscientes para possibilitar adaptações, correções e afins.

3.5.2 Tese da evolução dos direitos

A segunda tese a ser examinada é a da evolução dos direitos. A lógica dessa tese é relativamente simples e encontra eco na maioria dos constitucionalistas nacionais e em diversos dos principais pesquisadores internacionais. Para essa perspectiva, o conceito contemporâneo de democracia inclui, além da atribuição de direitos de participação nas decisões coletivas, o respeito à regra majoritária e à estrutura ilustrada anteriormente, à preservação de um catálogo homogêneo de direitos e deveres fundamentais (BOBBIO, 1997a, p. 20; RAWLS, 1997, p. 388). Destarte, a legitimidade das decisões coletivas vinculantes estará atrelada não só aos fatores ditos tradicionais, mas também ao respeito e à concretização desse catálogo.

Com isso, haveria uma relação intrínseca entre a regra da maioria como exercício de poder na democracia e o respeito aos direitos fundamentais como limite a esse poder (CANOTILHO, 2003, p. 329-330). O ponto essencial é indivíduos livres e iguais possibilitam, através do voto livre e igual, a adoção de um método político de decisão que, privilegia legitimamente a maioria, o que é limitado pelos direitos fundamentais que asseguram a proteção das minorias contra eventuais desvios. Trata-se, na essência, da limitação da estrutura de poder, racionalizando-a e limitando-a para que a relação não se torne numa tirania majoritária (STRECK, 2012, p. 85).

Destarte, diversos autores afirmarão que o respeito aos direitos fundamentais se sobrepõe à norma formal majoritária. Esses direitos são pressuposto, garantia e instrumento da democracia (SARLET, 2007, p. 71), assegurando que o Estado (a maioria) exerça seu poder dentro dos limites constitucionais dos direitos individuais do indivíduo (FERRAJOLI, 1995, p. 33).

Nessa perspectiva, o órgão responsável por controlar a atividade política e fazer valer os direitos fundamentais/constitucionais é o Poder Judiciário e, especialmente, o tribunal constitucional. Nesse sentido, O cotidiano da representação parlamentar contém o perigo que maiorias se imponham. Por essa razão, segundo Alexy, quando o Tribunal Constitucional dirige-se contra tal decisão inconstitucional, ele não se dirige contra o povo, mas, em nome do povo, contra seus representantes políticos (ALEXY, 2015a, p. 54). A grande essência do

argumento é que o Tribunal Constitucional não irá atuar em favor das maiorias, pois ele exerce sua função de guardião da Constituição mesmo contra elas. A guarda da Constituição é do Tribunal Constitucional, incumbindo à jurisdição constitucional a proteção dos direitos fundamentais contra os erros das decisões políticas majoritariamente estabelecidas do legislador. Os erros são compreendidos a partir de decisões políticas que violam os direitos fundamentais. O grande argumento legitimador do papel do Judiciário e da Corte Constitucional para tanto é sua vinculação à Constituição e à Lei no lugar da sua vinculação política, o que possibilita um considerável afastamento aos sentimentalismos políticos, otimizando a qualidade da tomada de decisão pelos atores jurídicos. Na essência, se está tratando sobre a função contramajoritária do Poder Judiciário (CANOTILHO, 1993, p. 759; ALEXY, 2017b).

A existência dessa função majoritária como forma de concretização democrática submetida a limites contramajoritários que amparam a minoria perdedora da arena política provoca tensionamentos (ALEXY, 2015a, p. 53). O tensionamento consiste na existência de direitos fundamentais que funcionam como condição de possibilidade da democracia, exemplificados pelos direitos de liberdade, voto, participação, associação, liberdade de expressão entre outros, e os mesmos direitos fundamentais que possibilitam e efetivam a contribuição de cada um no processo democrático acabará por desconfiar do próprio processo que eles legitimam, limitando-o e subtraindo poderes de decisão da maioria parlamentar legitimada. Contudo, no final, o a balança pende favoravelmente para a existência da proteção jurisdicional dos direitos fundamentais (ALEXY, 2015a).

De forma muito parecida com a crítica anterior, também essa tese tem uma considerável dificuldade em explicar o timing e a amplitude do *judicial review* e da constitucionalização em diferentes democracias. Hirschl (2004, p. 76) faz a pertinente crítica de que essa tese falha em responder claramente o porquê desse movimento constitucionalizante ocorrer, por exemplo, no Canadá em 1982, na Nova Zelândia em 1990, em Israel em 1992 e na Grã-Bretanha em 1998 e não, por exemplo uma ou duas décadas antes. Ainda, o natural questionamento é se os interesses dos principais atores políticos em prol de uma expansão dos poderes do Judiciário e/ou das cortes constitucionais efetivamente são motivados por ideais de liberdade e direitos fundamentais básicos ressignificados pós-Segunda Guerra Mundial ou não. Retornando ao exemplo brasileiro de 1965, a resposta é seguramente negativa.

3.5.3 Tese funcionalista

Segundo Hirschl (2004, p. 78), a tese funcionalista explica o papel da transformação constitucional como uma resposta orgânica à pressão interna do sistema político. Essa linha argumentativa dá menor ênfase ao comportamento de atores específicos e tenta, essencialmente, reconhecer que o *judicial review* e/ou a judicialização de atividades tradicionalmente consideradas políticas promove um aumento de eficiência sistemática, razão pela qual a mudança é considerada uma resposta orgânica de desenvolvimento da própria estrutura – no lugar de uma valorização ética ou da (condição de possibilidade/facilitador/estabilizador da) proliferação democrática. Nessa mesma linha, “Alguns economistas institucionais, por exemplo, postulam um processo de transformação legal dirigido pela eficiência sistêmica, no qual regras legais ineficientes seriam mais provavelmente litigadas enquanto novas regras eficientes persistiriam uma vez estabelecidas.”⁷¹ (HIRSCHL, 2004, p. 78).

A grande tese central é de que a expansão do poder do Judiciário é motivada por problemas estruturais e orgânicos do sistema político no qual os atores jurídicos encontram-se. Assim, sistemas políticos fracos, descentralizados ou que apresentam graves obstáculos ao seu bom funcionamento naturalmente desenvolverão o mecanismo de revisão judicial como forma de aumento de eficiência da sua produção de governança. Destarte, a própria ideia de expansão do constitucionalismo e, com ela, do controle de constitucionalidade e da revisão judicial *lato sensu* virá de uma tentativa sistêmica de superar os entraves atuais em prol de mecanismos mais efetivos de decisões coletivas vinculantes. Os autores dão diferentes enfoques à tese central, podendo concentrar-se primariamente em questões relacionadas a transição democrática, ineficiência sistêmica em abordar (certas) questões políticas relevantes, polarização política ou crescimento do número da administração indireta quasi-autônomas e de agências reguladoras (FEELEY; RUBIN, 1998).

Mais uma vez, a grande crítica a ser feita é relacionada à ausência de explicação do momento da ascensão das cortes. Há uma falha estrutural nas teorias evolucionistas e funcionalistas caracterizada pela ausência de análise dos vetores políticos específicos subjacentes às revoluções constitucionais, o que acaba por apresentar um sintoma comum às

⁷¹No original: Some institutional economists, for example, posit a systemic efficiency driven process of legal transformation, in which inefficient legal rules would more likely be litigated while new efficient rules would persist once established.

três teorias já estudadas, qual seja: não há justificativa para o período no qual a expansão ocorre em detrimento de outros - seja 10 anos antes ou 10 anos depois. Precisamente por isso, Hirschl (2004, p. 81) defenderá que “o argumento da constitucionalização como pré-compromisso é baseado em um conjunto de pressupostos hipotéticos e especulativos sobre as origens das constituições e do controle de constitucionalidade que, na melhor das hipóteses, fornecem uma justificativa normativa *ex post facto* para sua adoção⁷²”.

3.5.4 Tese da economia institucional

Segundo Hirschl (2004, p. 82), essa perspectiva entende o desenvolvimento do constitucionalismo – especialmente das constituições e do judiciário independente – como uma eficiente resposta institucional ao problema dos compromissos sérios. A tese central é de que o crescimento econômico é favorecido pela existência de direitos constitucionais comprometidos com os direitos de propriedade e a estabilização das regras econômicas assim como pela vigilância efetiva do Poder Judiciário das ações do Poder Legislativo e do Poder Executivo. Esses dois fatores aumentam a credibilidade do sistema político, promovendo sustentabilidade a longo prazo e encorajando investimentos internos e externos.

Nesse sentido, é a perspectiva de North e Weingast; os autores estudam as evoluções dos arranjos constitucionais na Inglaterra do século XVII após a Revolução Gloriosa de 1688, especialmente na relação entre as instituições e o comportamento do governo para demonstrar como as novas instituições permitiram que o governo se comprometesse com credibilidade na defesa dos direitos de propriedade. Seu sucesso foi notável, como mostram as evidências dos mercados de capitais (NORTH; WEINGAST; 1989, p. 803).

A pesquisa dos autores é sintomática justamente dessa linha argumentativa. Um dos principais argumentos levantados por eles é o de que os desenvolvimentos institucionais que ocorreram na Revolução Gloriosa da Inglaterra podem ser interpretados como uma forma de aprimorar mecanismos de freios e incentivos ao Poder Real inglês para que este mantenha os acordos com os seus constituintes e não, por exemplo, exproprie bens e riquezas deles

⁷² No original: the constitutionalization as pre-commitment argument is based on a set of hypothetical and speculative presuppositions concerning the origins of constitutions and judicial review that at the very best provide an *ex post facto* normative justification for their adoption.

(NORTH; WEINGAST, 1989, p. 808). Ainda, essa ideia possui um escopo maior que consiste nas restrições da capacidade do Estado de manipular a economia e as regras econômicas em seu próprio benefício e, com isso, possibilitar um espaço favorável para o crescimento e desenvolvimento do mercado. Na essência, trata-se do seguinte: os mercados beneficiam-se e tendem a prosperar quando inseridos num contexto político no qual as instituições políticas possuem limitada intervenção nas regras de mercado, são comprometidas com os direitos de propriedade e possuem um eficiente mecanismo de auto restrição constitucional. O importante é que essa essência, ainda, manda uma mensagem pro-desenvolvimento de que os compromissos feitos pelo Estado em prol do mercado são levados a sério. Dentre as adaptações institucionais realizadas pela Coroa inglesa em prol de melhores mecanismos de controle, a independência do judiciário e a transferência de alocação de poder (na análise dos autores, principalmente do regulatório) do Executivo para o Legislativo bicameral estão entre as principais (NORTH; WEINGAST, 1989, p. 817-819).

O problema da tese da economia institucional é que ela falha em explicar como diversas democracias maduras conseguiram resolver de outra forma os problemas de custos decisórios que justificam o *judicial review*. Há uma questão sensível nesse ponto que envolve, mais uma vez, peculiaridades políticas a serem levadas em conta, isto é, a razão de certas democracias conseguirem resolver os entraves burocráticos e assegurarem as condições de possibilidade para o desenvolvimento do mercado a expansão judiciária em comparação com outras que, segundo esta teoria, necessitavam da expansão para a promoção do desenvolvimento econômico. Além de submeter-se à mesma crítica anterior relacionada com o momento da opção da constitucionalização de determinadas decisões e sua proteção pelo Judiciário (HIRSCHL, 2004, p. 83).

3.5.5 Tese dos grupos políticos

A quinta tese pode ser atribuída a Hirschl (2004; 2008). Ela tem como perspectiva uma aproximação estratégica e realista da expansão do poder do Judiciário focada nos vários atores detentores de poder e os incentivos em interesse próprio na deferência para com o Judiciário (HIRSCHL, 2004, p. 84). Para tanto, o autor faz quatro pressuposições. A primeira é de que a deferência política para o Judiciário e a expansão do espaço de decisão judicial não se desenvolvem separadamente dos planos reais do sistema social, político e econômico do qual

estão inseridos. Destarte, a expansão do Judiciário é, ao mesmo tempo, parte e manifestação desse sistema maior, razão pela qual não pode ser compreendido fora dele. Segundo, as explicações para essa expansão devem levar em conta eventos que não ocorreram e as motivações dos envolvidos de não agirem de determinada forma, isto é, não se pode deixar de analisar e refletir sobre a relação entre a expansão e as formas de impasse e estagnação constitucional. Terceiro, o desenho institucional de certo local produz efeitos distributivos diversos. Por isso, eles acabam por privilegiar certos grupos e indivíduos em detrimento de outros em questões como proeminência política, condições de desenvolvimento econômico favoráveis e afins. Nesse sentido, os principais atores judiciários provavelmente favorecerão desenhos institucionais que mais os beneficiem. Por último, os poderes do Judiciário, apesar de limitarem a flexibilidade institucional dos principais atores na tomada de decisão política, não possuem capacidade de coerção direta, necessitando do aparato burocrático dos outros poderes. Mesmo assim, há um elevado grau de deferência voluntária e auto imposta pelos atores políticos (pelo menos segundo Hirschl, 2004). A explicação plausível para essa atitude política é a de que agentes políticos que iniciam ou se abstém de bloquear o desenho jurídico-político que permite esses acontecimentos compreendem que a expansão do poder do Judiciário serve aos seus interesses na esfera política. (HIRSCHL, 2004, p. 84).

Há algumas explicações para o benefício dos atores políticos na transferência de alocação de poder ao Judiciário. Duas chamam atenção para a tese dos grupos políticos de interesse do HIRSCHL, quais sejam: a diminuição no custo de decisão e a estabilização de decisões benéficas. Esta segue a seguinte linha de raciocínio: as cortes supremas configuram-se como corpos profissionais e apolíticos de decisão e muitas vezes representam uma perspectiva de mudança em razão de um certo imaginário coletivo de restrição aos poderes políticos (de interesse) em prol de um corpo técnico motivado (pelo direito ou por critérios de justiça). Nesse contexto, há exemplos históricos que ilustram como agentes políticos que perderam o domínio dos processos de decisão (seja por perda da maioria em decisões que utilizam regras majoritárias ou por mudanças no sufrágio ou, ainda, por transições de governos) alocam poderes na corte suprema para que esta, com nova roupagem, continue a defender interesses específicos por mais tempo ao mesmo tempo que retira poder de decisão do seu sucessor.

Exemplo ilustrativo desse raciocínio são as ações dos atores políticos que ocupavam as posições de poder no África do Sul entre 1980 e 1990. Inicialmente, havia uma declarada hostilidade ao judicial review, conforme demonstra Hirschl (2004, p. 99) seguinte:

Considere a convergência milagrosa para constitucionalismo e revisão judicial entre as elites políticas e empresariais brancas da África do Sul durante o final dos anos 1980 e início dos anos 1990 - esforços que culminaram com a adoção de uma Declaração de Direitos provisória em 1993, uma Declaração de Direitos final em 1996 e a estabelecimento do novo Tribunal Constitucional em 1995. (...) Os apelos por direitos arraigados e pelo estabelecimento de revisão judicial ativa sofreram forte e consistente oposição das elites governantes da África do Sul ao longo do século XX. Até o final da década de 1980, os líderes do Partido Nacional insistiam que uma Declaração de Direitos não deveria fazer parte de nenhuma ordem constitucional futura na África do Sul, argumentando que uma ênfase em "interesses individuais" seria inconsistente com a tradição política e religiosa do africâner, que preferiu enfatizar "o Estado" e outros supostos valores comunitários sobre os interesses individuais. (...) Assim, a Lei de Emenda da África do Sul de 1958 estabeleceu que "nenhum tribunal de justiça será competente para investigar ou se pronunciar sobre a validade de qualquer lei aprovada pelo parlamento". (...) Uma antipatia semelhante em relação à constitucionalização dos direitos e ao estabelecimento da revisão judicial ativa refletiu-se na constituição de 1983⁷³.

Posteriormente, os mesmos atores políticos redescobrem a importância da constitucionalização dos (seus) direitos e do controle de constitucionalidade justamente quando a sua hegemonia política é ameaçada e o *status quo* torna-se insustentável:

Quando se tornou óbvio que o regime do apartheid não poderia ser sustentado pela repressão, os incentivos dos detentores do poder político e econômico entre a minoria branca mudaram rapidamente, e seguiu-se uma súbita conversão às supostas virtudes de uma declaração de direitos. Não surpreendentemente, essa instância apelou para instituir uma declaração de direitos. Justamente os velhos inimigos da constitucionalização. O governo do Partido Nacional e outros representantes políticos da minoria branca, que de repente pareceram "redescobrir" os encantos dos direitos arraigados e da revisão judicial, abandonando apressadamente seu compromisso histórico com a soberania parlamentar. Ao se reconciliar com a ideia de uma constituição consolidada que incluiria um catálogo constitucional de direitos, bem como um tribunal constitucional com poderes de revisão judicial ativa, o governo do apartheid esperava manter alguns dos privilégios desfrutados por tantas décadas pelos

⁷³ No original: Consider the miraculous convergence to constitutionalism and judicial review among South Africa's white political and business elites during the late 1980s and early 1990s-efforts that culminated with the adoption of an interim Bill of Rights in 1993, a final Bill of Rights in 1996, and the establishment of the new Constitutional Court in 1995. (...) Calls for entrenched rights and for the establishment of active judicial review were strongly and consistently opposed by South Africa's ruling elites throughout the twentieth century. Until the late 1980s, the National Party leaders insisted that a Bill of Rights should not form part of any future constitutional order in South Africa, arguing that an emphasis on "individual interests" would be inconsistent with the political and religious tradition of Afrikanerdom, which preferred to emphasize "the State" and other supposed communitarian values over individual interests. (...) Accordingly, the South Africa Amendment Act of 1958 provided that "no court of law shall be competent to enquire into or to pronounce upon the validity of any law passed by parliament." (...) A similar antipathy toward the constitutionalization of rights and the establishment of active judicial review was reflected in the 1983 constitution.

brancos. Seguiu-se o empoderamento judicial consciente por meio da constitucionalização. Em abril de 1986, apenas dois anos depois de declarar publicamente que uma Declaração de Direitos seria inconsistente com a tradição política e religiosa do africâner, o Ministro da Justiça H.J. Coetsee pediu à Comissão de Direito Sul-Africano que investigasse o assunto "grupo e direitos humanos". (...) Ironicamente, a Comissão de Direito, na qual nem uma única pessoa negra estava representada, concluiu seu relatório declarando que "não importa quem governa este país, é evidente que se quisermos evitar a ditadura - mesmo a ditadura de uma maioria democrática - precisamos de tal projeto de lei." O abandono noturno da retórica anti-Declaração de Direitos pelo Partido Nacional e outros representantes da elite branca foi concluído em fevereiro de 1990, quando o presidente F.W. de Klerk anunciou oficialmente no Parlamento que uma futura constituição precisaria incluir uma Carta de Direitos conforme proposto no Documento de Trabalho da Comissão de Direito⁷⁴. (HIRSCHL, 2004, p. 99-102)

Por fim, a constitucionalização de perspectivas de direitos alinhados com o derrotado e não mais hegemônico grupo político provoca uma interessante narrativa apta a ilustrar a tese de Hirschl (2004, p. 97 a 103):

Ao longo das negociações anteriores a 1996, o NP e o Partido Democrata (ambos os partidos com uma base substancial de apoio empresarial), defenderam a consolidação constitucional da proteção mais forte possível dos direitos de propriedade individual (incluindo disposições explícitas anti-redistribuição), juntamente com a mais estreita proteção viável do direito dos trabalhadores à greve, sindicalização e negociação coletiva⁷⁵.

⁷⁴ No original: When it became obvious that the apartheid regime could not be sustained by repression, the incentives of political and economic power holders among the white minority rapidly changed, and a sudden conversion to the supposed virtues of a bill of rights followed. Not surprisingly, this instance of a call to institute a bill of rights came from the old enemies of constitutionalization. the National Party government and other political representatives of the white minority, who suddenly appeared to "rediscover" the charms of entrenched rights and judicial review while hastily abandoning their historic commitment to parliamentary sovereignty. By reconciling themselves to the idea of an entrenched constitution that would include a constitutional catalogue of rights, as well as a constitutional court with powers of active judicial review, the apartheid government hoped to maintain some of the privileges enjoyed for so many decades by whites. Conscious judicial empowerment through constitutionalization followed. In April 1986, only two years after publicly declaring that a Bill of Rights would be inconsistent with the political and religious tradition of Afrikanerdom, Minister of Justice H.J. Coetsee asked the South African Law Commission to investigate the subject of "group and human rights." (...) Ironically, the Law Commission, on which not a single black person was represented, concluded its report by declaring that "No matter who governs this country, it goes without saying that if we are to avoid dictatorship--even the dictatorship of a democratic majority--we need such a bill."⁶⁴ The overnight abandonment of the anti-Bill of Rights rhetoric by the National Party and other representatives of the white elite was completed in February 1990, when President F.W. de Klerk officially announced in Parliament that a future constitution would need to include a Bill of Rights as proposed in the Law Commission's Working Paper.

⁷⁵ No original: Throughout the pre-1996 negotiations, the NP and the Democratic Party (both parties holding a base of substantial business support), advocated the constitutional entrenchment of the strongest possible protection of individual property rights (including explicit anti-redistribution provisions), alongside the narrowest viable protection of workers' right to strike, unionize, and bargain collectively.

O argumento da diminuição no custo de decisão, por sua vez, sustenta que a transferência de alocação de poderes de decisão dos atores políticos para as cortes é uma forma eficiente de redução de custos de decisão (HIRSHCL, 2004, p. 84), o que transfere também responsabilidades e reduz os riscos dos atores políticos e das instituições que eles ocupam ao não lidar com problemas virtualmente impossíveis de serem solucionados no consenso. Exemplos desses problemas são questões como aborto, identidade de gênero, desarmamento e afins. Destarte, a alocação de dilemas complexos que não oportunizam ganhos para os atores e instituições políticos no Judiciário torna-se uma forma de preservação desses mesmos atores.

Diante disso, a perspectiva defendida por Hirschl lida essencialmente com explicações e fatores políticos para explicar o constitucionalismo e, com ele, a ascensão do Judiciário. A crítica a ser feita a Hirschl é justamente o que faz o seu ponto forte, ele lida excessivamente com uma desesperança política. Assim, os interesses imediatos explicam questões como *timing* e outras peculiaridades das localidades específicas. Por exemplo, a tese de Hirschl para a origem política do controle concentrado de constitucionalidade brasileiro é muito mais eficiente que as teses clássicas da evolução dos direitos ou da proliferação democrática.

Quando analisamos a Emenda Constitucional nº 16 de 1965, resta claro o abismo entre uma a resposta idealizada pelas teses da evolução ou da proliferação e a realidade prática brasileira. Clemerson Cleve, na sua análise da citada EC 16/65, afirma que existe um paradoxo, pois a previsão da competência do Supremo Tribunal Federal julgar a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República seria uma inovação que demonstrava a maturidade democrática e certo compromisso com direitos fundamentais por intermédio do *judicial review*. O plano de fundo do argumento de Cleve é justamente as teses da proliferação e da evolução – ambas muito difundidas na doutrina pátria.

Contudo, a análise está errada. A melhor explicação é dada por Streck (2018) que esclarece o falso paradoxo. Naquele desenho político, o controle concentrado funcionava como uma forma de assegurar o controle autoritário pela Ditadura Militar do aparato do Poder Judiciário. A explicação está muito mais próxima ao estudado na opção pelo *judicial review* da África do Sul, que é um exemplo comparativo muito mais próximo da nossa realidade que o do

Estados Unidos, por exemplo. A explicação, na essência, está atrelada a interesses específicos motivados por cenários políticos peculiares que motivam a adoção da revisão constitucional de uma forma ou de outra.

Nesse âmbito, apesar de não se filiar à tese dos interesses políticos de Hirschl, que Streck alerta como “Mecanismos constitucionais instituídos no contexto europeu e estadunidense, para exercerem a necessária limitação do poder político, foram completamente distorcidos pelo estamento burocrático-militar”. Nesse contexto histórico que a Ditadura Militar promoveu alterações institucionais para aumentar o número de ministros da Corte Constitucional, aposentador ministros contrários ao regime e apontar julgadores favoráveis ao *estabishment* autoritário (STRECK, 2018, p. 154).

Contudo, como já antecipado antes, o argumento de Hirschl não pode ser lido isolado das demais teses. A resposta para o questionamento que se busca não funciona como uma questão objetiva, na qual há apenas uma assertiva correta, mas sim como uma resposta inserida no contexto maior (principalmente das duas primeiras teorias – proliferação democrática e evolução dos direitos).

A tese dos interesses políticos é bem-sucedida em explicar peculiaridades locais, o *timing* das reformas institucionais e como os diversos grupos de interesse influenciaram, influenciam e influenciarão o design político-constitucional adotado. Contudo, não se pode excluir do horizonte que os mesmos interesses políticos estão inseridos numa tradição maior, que é explicada pelas teses anteriores. Isso será, de forma muito interessante, percebido numa reconstrução da história constitucional e institucional brasileiro, visto que diversos “avanços civilizatórios” são dados por governos autoritários que são reinterpretados em governos democráticos posteriores. Isso ocorre, por exemplo, com Getúlio Vargas e a reinserção dos direitos sociais em 1946 e com o governo militar e a reinserção do controle de constitucionalidade em 1988.

Além disso, a busca do sistema político-jurídico por uma constante validação da sua legitimidade faz com que os grupos de interesse diluam seus objetivos em princípios que encontram eco numa tradição legítima de Estado. Em outras palavras, os interesses políticos identificados por Hirschl não estão excluídos da necessidade de legitimação estatal. Isso faz com que eles sejam diluídos a ponto de possibilitar ressignificações autênticas ao longo dos anos. Exemplo disso pode ser a guinada do controle concentrado de constitucionalidade brasileiro que, após a Constituição Federal de 1988, aproximou-se do seu real significado como imaginado pelo contexto europeu e estado-unidense de limitação legítima do poder político.

3.6 O CONSTITUCIONALISMO E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL

A presente pesquisa investiga a jurisdição constitucional em momentos de crise. Como já estudado no primeiro capítulo, uma proposta de critérios para a Jurisdição Constitucional Extraordinária brasileira precisa iniciar com um compromisso de levar a sério a teoria da decisão a partir de um paradigma cognitivista. Para tanto, elegeu-se a Teoria dos Princípios de Robert Alexy, que foi reinterpretada como um sistema teórico com aportes hermenêuticos cujo objetivo é, essencialmente, auxiliar no fechamento interpretativo da teoria, ou seja, minimizar o espaço de autoritarismo e decisionismo nas decisões judiciais.

Contudo, no avançar da pesquisa, é necessário compreender a atual inserção histórica do constitucionalismo contemporâneo de ascensão do Poder Judiciário, especialmente das Cortes Constitucionais e dos Tribunais Supremos, e a própria ressignificação de importância política e pela qual a jurisdição constitucional perpassa. Os subcapítulos anteriores dedicaram-se a isso. Contudo, para ser merecedora de ser considerada uma proposta teórica propriamente brasileira, faz-se necessária uma breve retrospectiva do constitucionalismo brasileiro.

O objetivo desse recorte é, na essência, fazer transparecer os contextos que explicam o amadurecimento do constitucionalismo pátrio e a inserção do Supremo Tribunal Federal na nossa história institucional. Com isso, arrisca-se a dizer que a própria jurisdição constitucional brasileira restará contextualizada, o que facilitará os necessários ajustes teóricos entre a proposta alexyana da primeira parte com critérios especificamente nacionais para a proposta do próximo capítulo.

Tendo esclarecido esses pressupostos, importante pontuar que três serão os pontos de análise desse breve recorte histórico. O primeiro é apresentar uma síntese da evolução do constitucionalismo brasileiro e sua normatividade prática. O segundo é apresentar a origem e a evolução da jurisdição constitucional brasileira, que ocorre em duas etapas, sendo a difusa originada com a primeira República Federativa dos Estados Unidos do Brasil e a concentrada surgida na República Federativa do Brasil sob a ditadura militar. O terceiro é a inserção do Poder Judiciário e, em específico, do Supremo Tribunal Federal e sua relevância política ao longo da história institucional brasileira. O argumento a ser desenvolvido no próximo capítulo é que esses pontos de análise devem ser levados em conta no momento da construção de

critérios para a Jurisdição Constitucional Extraordinária, tendo a autoridade da tradição um papel relevante a cumprir na proposta de critérios decisórios.

3.6.1 Constitucionalismo no Império do Brasil

O constitucionalismo do Império introduziu, no Brasil, uma forma política de organização do poder que se inspirava em grande parte nos princípios fundamentais da ideologia liberal. Contudo, o Brasil Império enfrentava, ao mesmo tempo, o processo de independência do sistema colonial para atingir a emancipação. Nesse sentido, o movimento constitucionalista acabou preso às circunstâncias europeias de retorno ao absolutismo e de enfraquecimento dos parlamentos. Isso refletiu-se na Constituinte e na própria Constituição de 1824 – ambas marcadas por uma colisão do autoritarismo imperial com uma certa ideia de liberalismo, no qual o primeiro insistentemente prevalecia (STRECK, 2018, p. 111; BONAVIDES; PAES, 1991, p. 89; LEAL, 2014, p. 108 a 110; ROURE, 2016, p. 144; RODRIGUES, 1978, p. 60; FREIRE, 1894).

A Assembleia Nacional Constituinte brasileira, democrática, demonstrou algum nível de efetividade jurídico-constitucional. Afinal os trabalhos constituintes demonstraram considerável responsabilidade política. Algo especialmente necessário em razão da cumulação de funções constituintes com as de legislador ordinário.

Nesse norte, o presidente da Assembleia constituinte vocalizou a primeira base do edifício constitucional: “a distinção dos poderes políticos era a primeira base do edifício constitucional”; que “a doce harmonia dos poderes era o objeto mais caro e precioso dos mais puros votos do coração brasileiro” (ROURE, 2016, p. 142). Também é relevantíssimo o fato narrado por de Roure (2016, p. 266) que “apesar de não estar ainda votada a Constituição, era muito comum falar-se na inconstitucionalidade deste ou daquele ato, desde que afetassem os princípios gerais do sistema político adotado e a divisão dos poderes”. Exemplo disso é a discussão gerada sobre a constitucionalidade do Decreto de 13 de novembro de 1823.

É extremamente relevante o fato de que os parlamentares – posteriormente responsáveis pela interpretação constitucional, conforme art. 15, VIII e IX, da Constituição de 1824 – vislumbravam a existência de princípios do Direito que viriam da própria ideia de um sistema político legítimo e da separação dos poderes. Justamente com base nesses princípios, eles discutiam a possibilidade de inconstitucionalidade antes de existir uma constituição. Com isso,

esses constituintes, em 1823, indiretamente reconhecem a existência de princípios próprios do Direito e de um projeto constitucional como condição de possibilidade para o fenômeno jurídico e, portanto, independentes da sua previsão expressa. Essa compreensão, apesar da diferença temporal, alinha-se com o paradigma cognitivista de compreensão do fenômeno jurídico, consoante apresentado no primeiro capítulo a partir de Alexy (2017a; 2017b). Nesse sentido, a existência de princípios implícitos que conformam o exercício de poder é defendida tanto por Alexy (2014) como por Dworkin (2001).

Contudo, o padrão de normatividade da época era consideravelmente distinto do atual, sendo de baixa constitucionalidade (STRECK, 2014a). Assim, os debates constitucionais que se desenvolvem dentro desse contexto são permeados por uma crise institucional. Com isso, a missão de constitucionalizar o império brasileiro é dada ao Conselho de Estado, criado pelo Imperador e composto por conselheiros reais. Justamente nesse sentido, Frei Caneca, ao analisar o projeto de 1824 do citado conselho, afirma: “temos absolutismo”, razão pela qual se tratou de um império projetado e não constituído (RODRIGUES, 1978, p. 60). Afinal, o Conselho de Estado criou quatro poderes, em vez dos três originalmente previstos no projeto da Constituinte (art. 10): o Legislativo, o Moderador, o Executivo e o Judiciário (ROURE, 2016, p. 144). Esse foi um dos principais golpes normativos em prol do desequilíbrio institucional, que caiu nas mãos do Poder Real. A Constituição Imperial outorgada foi objeto de duras críticas como, por exemplo, a de Frei Caneca (LEAL, 2014, p. 108 a 110) que versou sobre as suas fragilidades relacionadas a legitimidade, a efetividade e o equilíbrio institucional.

O ponto fora da curva própria do constitucionalismo contemporâneo é o Poder Moderador. As expectativas e os desejos (pelo menos de parte dos teóricos) da época era de que fosse um mediador da relação entre os três poderes. A leitura constitucional mais idealista imaginava que haveria um corpo para legislar, outra para obrar e outro para julgar. Nessa relação, haveria um quarto poder responsável por vigiar os três poderes e mantê-los dentro dos seus limites constitucionais (CONSTANT, 1815, p. 21 e 22).

Entretanto, a análise retrospectiva da história e do design constitucional possibilita afirmar que a Constituição de 1824 criou um Estado centralizado e desequilibrado, com fortes poderes nas mãos do imperador por intermédio do Poder Moderador. Se o objetivo era manter-se fiel aos ensinamentos de Constant sobre o poder moderador como poder neutro (STRECK, 2018, p. 111), ele não foi alcançado. Nesse sentido que a Constituição imperial, em seu art. 98, prevê que o Poder Moderador será a chave de toda a organização política, seguindo

expressamente a lição de Constant (1815, p. 20), que é exercido privativamente pelo Imperador como chefe supremo da nação e seu primeiro representante.

Na prática, o Poder Moderador brasileiro não era o ponto de equilíbrio entre todas as forças que se encontravam naquele nível, mas um que abria qualquer porta. Conforme citado por Leal (2014, p. 108), “O Poder Moderador não era, como dizia o projeto, a chave de toda a organização política, mas, sim, a chave mestra de opressão da nação brasileira e o garrote mais forte da liberdade dos povos”. Na essência, percebe-se um sistema de freios que não logra controlar o poder.

De outro giro, o Poder Judiciário foi classificado por Leal (2014, p. 56) como organização muito incompleta, que se compunha de juízes e jurados, estes temporariamente, só no crime. Segundo duras críticas de Streck (2018) e Bonavides e Paes (1991), o Judiciário funcionava, no Império, muito menos de forma técnica e mais como uma preparação política e privilegiada para filhos das famílias mais abastadas. Era comum que os magistrados tivessem filiações partidárias. Nesse sentido, em 1850, por exemplo, haviam 34 juízes e 8 desembargadores entre 111 deputados, isto é mais de um terço dos parlamentares tinha origem na magistratura.

A ausência de controle de constitucionalidade no órgão de cúpula e a inexistência de instrumentos de uniformização de jurisprudência na nossa jurisdição – por influência francesa (MENDES, 2018) - geraram “desordem da jurisprudência sem uniformidade e onde se acham arestos para tudo” (LEAL, 2014, p. 125), o que fragiliza sobremaneira a posição e importância do Superior Tribunal do Império brasileiro. Nesse sentido, é possível afirmar que o Brasil não possuía um autêntico Tribunal Supremo e tampouco uma Corte Constitucional. Demonstrador disso é a confusão de competências entre os poderes que imperava no Brasil Império, visto que os poderes invadiam as atribuições uns dos outros, despercebidos da autonomia de cada um. Tais violações eram especialmente graves no Judiciário. A questão ficou tão grave a ponto de o Executivo clamar para si a competência para a interpretação das leis, consoante circular de 7 de fevereiro de 1856.

Assim, Leal (2014, p. 125) analisa:

Esse documento mostra como o regime absoluto continuou a manifestar-se, porque o mesmo é dizer que o Executivo, além da sua preponderância de fato, assumiu essa verdadeira superioridade ao Legislativo e ao Judiciário, como intérprete das leis. Neste ponto, a circular de Nabuco atestava um fato inconfundível: “A Constituição do Império, no art. 102, § 12”, disse ele, “confere ao Poder Executivo a atribuição de

expedir decretos, instruções e regulamentos adequados à boa execução das leis. Por virtude dessa disposição, o governo, sob o império sucessivo de todas as opiniões políticas, com consentimento dos demais poderes, tem exercido o poder de interpretar as leis por via de autoridade.”

Tais questões justificam a conclusão de Ferisbello Freire (1894, p. 167) que, ao final, considera a organização judicial do Brasil Império como um “poder subalterno, sem elementos para opor-se às violências dos outros poderes em defesa dos direitos e das garantias constitucionais”. Resta o Judiciário, nesse contexto, como um cego instrumento de execução dos atos duvidosos dos Poderes Políticos por Excelência, que, nessa quadra histórica, se lê como o Imperador.

Esses pontos são ilustrativos de uma convivência conflituosa entre parcela de responsabilidade e efetividade constitucional na criação do primeiro design constitucional brasileiro (ROURE, 2016; LEAL, 2014), que também possui exemplos práticos como certo papel da imprensa – como Andradas e Tamoio de efetivo estrangimento aos abusos do poder real (ROURE, 2016, p. 219 a 225) - e decisões do Judiciário e do Conselho de Estado em prol de direitos fundamentais com, ao mesmo tempo, uma dificuldade considerável na concretização da íntegra ou da maior parte das promessas constitucionais, calcada num desequilíbrio constitucional que colocava poderes excessivos na figura do imperador. Com efeito, é possível afirmar que predominava um sistema autoritário e desequilibrado, com frágeis limites ao exercício do poder político e sem jurisdição constitucional.

3.6.2 Constitucionalismo e Jurisdição Constitucional na República dos Estados Unidos do Brasil

A revolução republicana e federativa dá as bases para a estruturação da Constituição da Primeira República, fazendo-a obra de “dois poderes constituintes de primeiro grau: o primeiro, o poder constituinte do Governo Provisório, revolucionário e fático, na plenitude ilimitada do exercício de todas as competências, o segundo, o poder constituinte soberano do Congresso Nacional” (BONAVIDES; PAES, 1991, p. 210) de direito, mas limitado pelas linhas mestras revolucionárias.

Streck (2018, p. 123) ressalta a importância do Decreto 511, de 23 de junho de 1890, que serve para balizar exclusivamente as eleições para a Assembleia Constituinte, transformando o sistema eleitoral do modelo distrital puro vigente para um novel modelo de

listas. O Decreto nº 511 foi a solução encontrada pelo Governo Provisório para garantirem a sobrevivência da República, qual seja: a de alterar as regras do processo eleitoral para impedir que uma maioria conservadora fosse eleita.

O pós-constituente também gerou preocupação na organização do futuro modelo. O citado Decreto nº 511 tinha aplicação exclusiva para a Constituinte, não sendo aplicável às eleições gerais. Isso trazia o risco de gerar um congresso, pós-constituente, tradicional. A ruptura plena não seria possível, uma vez que havia a necessidade de se buscar a legitimidade do novo regime com um compromisso, nem que mínimo, ao ordenamento jurídico anterior

Era por demais evidente a existência do risco da eleição de um parlamento adverso. É por tais razões que, levando em conta esse quadro político-institucional, o governo provisório vai entregar a garantia da instituição e da afirmação da República na lei infraconstitucional aos juízes e ao Supremo Tribunal Federal. O novo regime sabia que poderia não ter maioria para fazê-lo. No fundo, aduz a “transferência” do poder do Congresso Nacional republicano ao Poder Judiciário (observe-se que a Justiça Federal foi criada ainda no Governo Provisório, antes, portanto, da promulgação da Constituição), o que ocorre pela exata razão de que a República corria o risco de a monarquia voltar pela lei infraconstitucional: Por isso, outorgou aos juízes essa função, a função de garantir a República via sentença. Trata-se, aqui, de uma plena ilustração da Tese dos Grupos Políticos de Hirschl, consoante tratado no ponto anterior.

Essas alterações promoveram o Poder Judiciário à autêntico poder constituído. Ele foi alçado a supremo intérprete das leis e da Constituição, saindo de papel subalterno para ocupar autêntico e importante papel de garante constitucional. A transformação do Judiciário em órgão soberano com a função de último intérprete constituiu, no Brasil e no mundo, um dos fatos mais notáveis da ciência política moderna. Essa solução foi adotada de maneira comum aos federalistas americanos e aos republicanos brasileiros, que seguiram inspiração dos primeiros. Assim, foi instituído necessário defensor da lei e da constituição contra a onipotência dos parlamentos e as paixões e violências do executivo para, com isso, interpor-se a estes excessos com a finalidade de manter o equilíbrio constitucional. Esse foi o papel dado ao Poder Judiciário. Importante pontuar, ainda, que os membros do Supremo Tribunal Federal foram nomeados muito antes da promulgação da Constituição e, assim como eles, também toda a magistratura do país já estava em conformidade com a reforma (FREIRE, 1894, p. 164).

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal cumulou funções de Tribunal da Federação, instância última de interpretação constitucional em sede de controle difuso de constitucionalidade entre outras, previstas no art. 59 original da Constituição de 1891. Ponto

extremamente interessante é a previsão da possibilidade de recurso das Justiças dos Estados para o Supremo Tribunal Federal nos casos de violação a tratados, normas federais ou normas constitucionais, sendo adicionada, em 1926, a previsão de uniformização da interpretação de lei federal. Ainda, interessante alteração constitucional é feita em 03 de setembro de 1926, que alterou o art. 60 para prever que qualquer causa na qual a ação ou defesa se fundasse em disposição constitucional seria de competência da Justiça Federal. Destarte, esvazia-se a dúvida quanto ao poder outorgado aos órgãos jurisdicionais para exercer o controle de constitucionalidade (STRECK; MENDES, 2018).

Apesar disso, o Supremo Tribunal Federal brasileiro obedeceu às lições do seu paradigma norte-americano de forma parcial. Diante do regime instituído em 1889 e pela ausência de formal determinação daquele atributo na Constituição, não podia o Tribunal Supremo da época, que herdara a tradição do Judiciário do Império, criar e engrandecer um princípio que não se harmonizava com as nossas praxes políticas, que é o da jurisprudência derrubar a lei, contra a autoridade, em favor dos direitos individuais (STRECK, 2018).

Mesmo com a criação da Lei 221 de 1894, que previu ser de competência dos juízes e tribunais federais a apreciação da validade das leis e regulamentos e a não aplicação nos casos de leis manifestamente inconstitucionais e regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição, conforme art. 13, §10, o Supremo Tribunal Federal refugava-se da responsabilidade de autêntico tribunal constitucional. Com isso, a mais alta corte pátria não assumiu o seu devido papel, responsável por uniformizar e estabilizar a jurisprudência, o que gerou sérias críticas da doutrina em autêntica função de constrangimento epistemológico.

Com efeito, a principal missão do Poder Judiciário (ALEXY, 2017b) restou descumprida no seu nascedouro, o que contribuiu sobremaneira para o desequilíbrio institucional brasileiro na primeira república. Afinal, os governos democráticos - que são “essencialmente instáveis e sujeitos aos choques e abalos, quer da revolta popular, quer dos atritos dos poderes entre si, em que o cidadão presta obediência a duas autoridades soberanas” (FREIRE, 1894, p. 184) - devem trazer, dentro de si, medidas que anulem esses conflitos, essas paixões, essas tendências dissolventes a partir de um paradigma externo às simples concepções morais dos participantes do debate público, conforme abordado no modelo procedimental de quatro níveis definido no ponto 2.4 do capítulo anterior (ALEXY, 2017b).

No final, o novo modelo constitucional assim como o controle de constitucionalidade ficaram aquém das promessas republicanas. Junto com eles, restou descumprido o ideal de harmonia entre os poderes. Isso não significa que não evoluímos, principalmente entre 1897 e

1926. Existiram decisões importantes do Supremo Tribunal Federal que, em defesa de direitos constitucionais e liberdades civis, foram contrárias às vontades dos governantes. Apenas a título de exemplo, há diversos episódios de conflitos entre o Presidente da República e o Congresso Nacional e o Presidente da República e os estados, nos quais o “supremo magistrado da república” insistentemente prevaleceu diante de deposições de governadores e dissoluções do parlamento (FREIRE, 1894, p. 186; PAIXÃO, 2007).

Outros exemplos de decisões importantes são dados por Streck como, por exemplo, a declaração de nulidade do Código Penal da Marinha, o remédio heroico em favor da liberdade de reunião de membros do centro monarquista na limitação do poder de polícia e ampla série de decisões em Habeas Corpus em prol de liberdades e imunidades parlamentares contra situações de crise política como, por exemplo, estados de sítio e intervenções federais – essas, como já visto, frequentemente usadas para assegurar acordos eleitorais entre União e estados. Justamente nesse sentido, os HCs 2950, 2984, 3061 e 3088, que versam sobre a garantia da liberdade, inclusive no sentido de locomoção em espaços públicos como assembleias legislativas, senados e governos e exercício de direitos políticos, e demonstram a atuação do Supremo Tribunal Federal de, em casos individuais, proteger direitos fundamentais e certas garantias constitucionais em episódios de sérias crises políticas, o que fazem sem resvalar em questões como análise de mérito político e separação de poderes (SATO; GONÇALVES, 2016).

Nesse sentido, ressalta-se que o Supremo Tribunal Federal teve papel relevante na defesa do princípio da separação de poderes e do federalismo. Por exemplo, o Tribunal estendeu as garantias constitucionais dos magistrados federais aos magistrados estaduais (PAIXÃO, 2007, p. 136), defendeu a interpretação judicial autêntica, impossibilitando o crime de hermenêutica e frequente e ativamente fez o controle judicial da dimensão política, consoante HC nº 5.140 de 1919 (BRASIL, 1919), que afirmou a jurisprudência da época de compreender a corte como competente para conhecer de questões políticas, desde que não fossem puramente políticas, ou seja, lesassem direitos fundamentais.

Nesse sentido, Sato e Gonçalves afirmam que “os acontecimentos eram judicializados, e por mais que fossem por fim resolvidos pelo presidente com sustentação do Congresso, davam solidez cada vez maior, mesmo que longe de unânime, à competência do Judiciário para analisar questões políticas” (SATO; GONÇALVES, 2016, p. 437). No fim, o tribunal ocupou importante papel na defesa de direitos fundamentais em sede de jurisdição limitada à eficácia

inter partes. Contudo, a mesma corte deixou de ocupar papel de maior importância na estabilização institucional do país (FREIRE, 1894, p. 181 a 193).

Em contraposição à Constituição de 1824, que nasce de um conflito entre a perspectiva absolutista e a liberal, com a primeira prevalecendo, a Constituição de 1891 assentou-se no movimento liberal e federativo, dando voz ao que ficou reprimido na sua antecessora pelo poder e pela influência da família real. Além disso, há uma fortíssima inspiração no constitucionalismo estadunidense, que serve de base teórica e normativa. Com efeito, é possível inserir a Constituição brasileira de 1891 como pertencente ao movimento constitucional liberal estudado no subcapítulo 3.2.

Assim, dois pontos marcam a Lei Fundamental de 1891, a tentativa de neutralizar o poder pessoal dos governantes e distanciar o Estado da sociedade, o que não guardou a devida correspondência com a realidade, porque a construção liberal falhou. A força atrativa de um só poder aglutinou as oligarquias estaduais e o cargo de Presidente da República era excessivamente poderoso – a ponto de ser denominado como um “monarca sem coroa, um rei sem trono” (BONAVIDES; PAES, 1991, p. 249) ou de “majestade” (HAMBLOCH, 2000).

Na essência, percebeu-se uma grande dificuldade de as instituições constitucionalmente criadas romperem a realidade. Essa materializada na tradição, no costume, na menoridade cívica, nos vícios sociais ingênitos que caracterizavam o Brasil Império, o que foi muito bem ilustrado por Bonavides ao afirmar que “ninguém declara a supressão da história e da realidade, com lápis e papel, ao abrigo macio das antecâmaras do poder” (BONAVIDES; PAES, 1991, p. 250).

Não poderia ser diferente. Apesar da crise política do Império, a mudança teórica paradigmática – realizada, na essência, por novos e/ou insatisfeitos integrantes da classe política - não encontrou eco num povo ainda politicamente ingênuo e alheio às dinâmicas do poder. As mudanças de um sistema unitário e centralizador para um sistema descentralizado que contava com a autonomia das províncias e de uma forma parlamentar submetida à supremacia do Poder Moderador para um modelo presidencial de governo – cujas dúvidas sobre sua pertinência até hoje vivem no debate público brasileiro, mesmo passados mais de 130 anos – encontraram barreira numa tradição política que ou não estava preparada para as mudanças ou não as queria.

A condição de possibilidade do êxito das reformas dessa magnitude está nas condições sociais adaptáveis ao seu desenvolvimento. Assim, “é imprescindível que a adaptação venha manter e assegurar a sua estabilidade nos hábitos, nos precedentes e na cultura do povo. Se assim não encontrarem a razão de ser da sua necessidade, elas não passarão de uma conquista

transitória, que será eliminada como um corpo estranho do seio social” (FREIRE, 1894, p. 178). Para a constituição de nova vida política de um povo, entender e atender a condição social dele é absolutamente necessário para arquitetar uma organização constitucional que não seja puramente imaginária. Trata-se de manter uma fiel relação entre a dimensão social e a organização estatal.

A própria efetividade das constituições estará vinculada com o alinhamento entre a organização político-constitucional e a organização social. Por isso Ferisbello Freire (1894, p. 179), ao analisar a Constituição brasileira de 1891, afirma: “a causa do mal que leva os publicistas a desesperar da *eficácia das constituições*, consiste em haver-se, em todas, esquecido a sociedade quando se tem tratado de organizar o poder político do Estado”.

Voltando à prática constitucional da Primeira República, o Poder Executivo restou excessivamente poderoso, autoritário e arbitrário e com poucos mecanismos de controle eficientes. Os direitos encontraram, nas ações dos representantes dos poderes políticos, diversas restrições ao seu exercício. A liberdade pessoal, a liberdade de pensamento, o direito de reunião, os direitos políticos e o direito ao devido processo sofreram grandes violências (FREIRE, 1894, p. 181). A tradição da submissão à autoridade do Poder Executivo mostrou-se alta, contribuindo para desequilibrar a tripartição de Poderes ao fomentar à expansão da autoridade do Presidente da República. Nesse sentido que o chefe do Executivo federal governava dando autonomia e apoio aos chefes dos Executivos estaduais, representantes dos principais grupos oligárquicos.

Quando se analisa a dinâmica geral da Primeira República, percebe-se uma certa ausência de um sistema de freios e contrapesos eficientes. Nessa senda, para o mecanismo funcionar, as autoridades precisam ingressar em movimentos de expansão, que, por serem sobrepostos, acabam funcionando como controle dos limites de competência dos Poderes e dos órgãos públicos. Entretanto, a história demonstrou uma deferência à expansão do Executivo, possibilitando o seu crescimento autoritário. Quando isso ocorre, não há controle mútuo de poder, pois os movimentos de tensionamento em prol da expansão não ocorrem em razão da preponderância do Executivo, o que debilita os controles constitucionais e desequilibra a divisão dos poderes.

Exemplo concreto dessa prática está no espantoso número de Estados de Sítio na Primeira República em mandatos presidenciais de quatro anos com vedação de reeleição em plena política de café com leite, a saber:

Marechal Deodoro da Fonseca exerceu poderes discricionários desde a declaração da República em 1889 até a promulgação da Constituição de 1891, a saber, por 467 dias. Durante os restantes 271 dias do seu período como primeiro presidente constitucional, houve um estado de sítio de 20 dias.

Marechal Floriano Peixoto, em cujo período de governo de pouco mais de dois anos e meio o país esteve em estado de sítio por mais de nove meses. [...]

Dr. Prudente de Morais (1894-98), de São Paulo, com o Dr. Vitorino Pereira, da Bahia, como vice-presidente. Estado de sítio superior a três meses.

Dr. F. de P. Rodrigues Alves (1902-06), de São Paulo, com o Dr. Afonso Pena, de Minas Gerais, como vice-presidente. Estado de sítio superior a três meses.

Marechal Hermes da Fonseca (1910-14), do Rio Grande do Sul, com o Dr. Venceslau Brás, de Minas Gerais, como vice-presidente. Estado de sítio durante nove meses.

Dr. Venceslau Brás (1914-18), de Minas Gerais, com o Dr. Urbano Santos, do Maranhão, como vice-presidente. Estado de sítio superior a doze meses.

Dr. Rodrigues Alves, de São Paulo, morreu antes de assumir o cargo. Novas eleições fizeram o Dr. Epitácio Pessoa (1919-22), da Paraíba, presidente, com o Dr. Delfim Moreira, de Minas Gerais, vice-presidente. Estado de sítio durante quatro meses.

Dr. Artur Bernardes (1922-26), de Minas Gerais, com o Dr. Estácio Coimbra, de Pernambuco, como vice-presidente. Estado de sítio durante quase dois anos, com vários intervalos.

Dr. Washington Luís (1926-30), de São Paulo, com o Dr. Melo Viana, de Minas Gerais, como vice-presidente. Estado de sítio superior a dois meses.

Dr. Júlio Prestes (1930-34), de São Paulo, com o Dr. Vital Soares, da Bahia, como vice-presidente; não foi empossado devido ao movimento revolucionário de outubro de 1930, que colocou o Dr. Getúlio Vargas, do Rio Grande do Sul, no cargo, com poderes “discricionários” (HAMBLOCH, 2000, p. 106 a 109).

Um simples cálculo chega a espantosos 62 meses em vigência de Estado de Sítio decretado apenas pelo Poder Executivo Federal, ou seja, tempo superior a um mandato presidencial de 4 anos. A discrepância entre o prático e o teórico fica, portanto, a mostra. Dessa simples análise, denota-se como os mecanismos constitucionais eram utilizados com notável descompromisso aos seus critérios norteadores. Na prática, está acertada a análise de Hambloch (2000, p. 104) ao afirmar que as declarações de estado de sítio, no Brasil, foram, na prática, uma violenta extensão dos poderes arbitrários normalmente exercidos pelo Executivo e nada mais.

Isso não significa que há completa inefetividade constitucional, como deve ter ficado claro do desenvolvimento acima. A presença de algum nível incipiente de constrangimento epistemológico na doutrina, no parlamento e no Judiciário afasta a visão simplista da ausência de efetividade constitucional. Apesar de uma constitucionalidade menor que a contemporânea, ela existiu assim como uma jurisdição que pontualmente garantiu a proteção de disposições constitucionais. Por óbvio, o desenvolvimento da nossa história constitucional permitiu uma maior base comparativa em termos de história, novas teorias e a correlação com a evolução de grandes teorias da filosofia, da teoria do direito, da ciência política e das demais áreas que – em conjunto – possibilitam o aperfeiçoamento da efetividade constitucional e da sua hermenêutica.

Há, com efeito, uma evolução da efetividade e da interpretação constitucionais. Contudo, tal aperfeiçoamento não pode negar as crises e os acertos do passado. Fica a compreensão de que a Constituição de 1891 constrangeu na prática, foi dotada de algum nível de constitucionalidade e restou pontualmente tutelada por uma efetiva jurisdição constitucional em sede difusa e *inter partes*.

3.6.3 Corte Suprema na República dos Estados Unidos do Brasil de 1934

A Constituição de 1934 surgiu com o aparente objetivo de marcar o fim das oligarquias e dos vícios da República Velha. Na prática, a segunda Carta republicana foi um tecido de ambiguidades. Ela não tolheu a ressurreição dos vícios da Pátria Velha ao mesmo tempo que representou um enorme fracasso na história constitucional brasileira (BONAVIDES; PAES, 1991, p. 255). Não é por acaso que a política pátria de 1930 a 1945 é comandada, de forma contínua, por uma única pessoa - Getúlio Vargas. O governo provisório possibilita o governo constitucional da mesma forma que esse descamba para o Estado novo. Todos esses com seríssimas dificuldades em encontrarem controles e freios eficientes ao uso e abuso do Poder estatal. Esse rápido desenvolvimento de designs político-constitucionais fracassados materializa-se em impressionantes três constituições num curto período de 12 anos, que tem na terceira a nossa versão razoavelmente estável de República.

Até então, a prática constitucional brasileira dava razão à análise de Hambloch, que afirmava ser a bandeira constitucional não mais que uma cortina de tamanho padrão impressionisticamente drapeada – de maneira graciosa – para esconder as linhas gerais implacáveis da fortaleza de despotismo feudal (2000, p. 56). Sobre as bases teóricas e práticas da Constituição de 34, a inspiração na Constituição de Weimar e na Constituição republicana espanhola de 1931 é significativa (STRECK, 2018, p. 141), o que reforça as questões sociais.

O Poder Judiciário, por sua vez, recebeu alterações significativas com essa Constituição (MENDES, 2018). Ele é exercido pela Corte Suprema, pelos juízes e tribunais federais, juízes e tribunais militares e juízes e tribunais eleitorais, tendo os juízes vitaliciedade, inamovibilidade – pela primeira vez com previsão constitucional- e irredutibilidade de subsídios previstos como garantia constitucional, sendo a atividade político-partidária vedada a eles assim como o conhecimento de questões exclusivamente políticas, conforme arts. 66 e 69. A corte suprema é composta de 11 ministros, podendo ser elevada até 16 por proposta da própria corte. Ela tinha

previsão constitucional para funcionar como verdadeiro tribunal da federação, devendo resolver causas e conflitos entre União e os Estados ou só entre estes, assim como os conflitos de jurisdição entre Juízes ou Tribunais federais, entre estes e os Estados, e entre Juízes e Tribunais de Estados diferentes.

Ainda, a Constituição de 1934 previa que a Corte Suprema julgaria o recurso extraordinário quando a decisão em única ou última instância violasse tratado ou lei federal ou a Constituição – inclusive em casos de diversidade de interpretação de lei federal. Os juízes e os tribunais federais mantiveram a competência para o julgamento de questões constitucionais, cabendo recurso para a Corte Suprema sempre que tenha sido controvertida matéria constitucional e denegação de habeas corpus, conforme art. 78. Ainda, a Constituição trouxe previsões expressas de “de se exercer qualquer outra função pública, salvo a de magistério e os outros casos previstos na CF (art. 65), a impossibilidade de exercício de atividade político-partidária (art. 66) e a impossibilidade de se conhecer questões exclusivamente políticas (art. 68)” (MENDES; STRECK, 2018)

Por fim, ao Senado Federal incumbia a promoção da coordenação dos Poderes federais entre si, mantendo a continuidade administrativa, a proteção da Constituição, a colaboração na feitura de leis e a prática dos demais atos de sua competência. Eram eleitos dois representantes de cada Estado e Distrito Federal para mandatos de oito anos. Ponto inovador e importante é o inciso IV do art. 91, que previa: IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário.

Segundo Lenio Streck:(2018, p. 142):

Com efeito, é pelo texto de 1934 que começa a ser resolvido o problema do efeito *erga omnes* inexistente na Constituição de 1891. Assim, em face do art. 91, IV, da citada Carta, o Supremo Tribunal Federal, depois que, em sede de recurso extraordinário ou em julgamento originário, declarasse a inconstitucionalidade de ato normativo, deveria comunicar o Senado, ao qual competia suspender a execução da lei. Com isso, *inter partes* o efeito era *ex tunc*; para o restante da sociedade, desde que suspensa a execução do ato normativo pelo Senado, o efeito era *ex nunc* e *erga omnes*. Dito de outro modo, enquanto o Supremo Tribunal não mandasse ao Senado a lei declarada inconstitucional, e o Senado não suspendesse a execução dela, qualquer juiz ou tribunal poderia continuar a aplicá-la.

O mecanismo proposto pela Constituição de 34 teve problemas de ineficiência que, na prática, manteve o controle difuso e *inter partes* do controle jurisdicional de constitucionalidade brasileiro. Sinal, segundo Streck (2018, p. 142 e 143), que denotava a índole liberal-

individualista do sistema jurídico que, na Constituição de 34, não acompanhou os avanços das demais facetas dessa nova versão social de constitucionalismo, o que acabava por relegar a Constituição a um plano secundário. Por isso, os avanços sociais em questões de Direito ficaram incompatíveis com o *judicial review* previsto em razão da “falta de um mecanismo para dar efeito *erga omnes* com efeito *ex tunc* e pela ausência de um controle concentrado de constitucionalidade. O acesso à jurisdição constitucional postou-se como um obstáculo ao cumprimento das metas da Constituição de 1934” (STRECK, 2018, p. 142).

De outro giro, conforme leciona Gilmar Mendes, o debate sobre o papel da Corte Suprema ocorreu na Assembleia Constituinte, o que pode ser percebido pela proposta do Deputado fluminense Nilo Alvarenga. A proposta, que sofreu influência direta do modelo de jurisdição constitucional proposto por Kelsen (MENDES, 1994, p. 185), tinha como pontos principais a criação de uma Corte de Justiça Constitucional com competência originária e privativa para conhecer da arguição de conflito de lei ou de disposição de lei federal ou de uma constituição ou lei estadual ou algumas de suas disposições contra a Constituição Federal ou uma lei estadual contra a Constituição estadual.

Caso a inconstitucionalidade fosse incidental, os juízes poderiam suspender e mandar para a controvérsia constitucional para a Corte; e, se a decisão atentar contra direito fundamentais, qualquer um teria legitimidade para recorrer originalmente à Corte constitucional. Ainda, a composição seria de nove ministros, indicados pela Assembleia, PR e OAB com prazo de três anos, podendo ser renomeado. O fundamento é interessantíssimo, conforme se percebe: “os mais belos e generosos princípios de direito público consagrados nos textos constitucionais de nada valerão sem as necessárias garantias de sua efetividade. Essas garantias são dadas pelo Controle de Constitucionalidade das Leis”. Com foco ao amplo acesso, uma vez que o parlamentar adverte “não basta criar, é preciso assegurar a todos os indivíduos sua proteção por meios de recursos fáceis, rápidos e baratos” (MENDES, 1994, p. 187).

Sobre o controle de constitucionalidade, Streck (2018, P. 143) adverte, ainda, que a Lei Maior de 1934 “instituiu uma ação direta que, muito embora não tenha inaugurado um mecanismo abstrato de fiscalização da constitucionalidade (na medida em que o julgamento da ação constituía pressuposto da decretação da intervenção federal), *não se reconduz à configuração da fiscalização incidental*”. Trata-se do procedimento da ação interventiva, que mesclou o controle em tese e o controle incidental concreto. Nesse instrumento, a Intervenção Federal para assegurar a observância dos princípios constitucionais sensíveis – aqueles previstos nas letras a a h do nº I do art. 7º da Constituição Federal – só se efetuará depois “que

a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade”, conforme §2º do art. 12 da CF/34. Tal previsão configura inegável avanço, não tão vanguardista como a proposta de Alvarenga, mas inegavelmente importante para a jurisdição constitucional brasileira.

Apesar desses pontos, o Judiciário enfrentou fase de grave contenção. Como explica Paixão (2007), após o período de ampliação institucional, durante o qual a Corte foi de coadjuvante do processo político a efetivo órgão de soberania, responsável pelo legítimo exercício de poderes constitucionais do Estado, seguiu-se um período de vinte anos de reação contra o ativismo da corte. Essa reação veio, inicialmente, pela emenda constitucional de 1926, conforme já mencionado. Em seguida, por meio de medidas adotadas após a Revolução de 1930 – a grande maioria autoritária. Sob a égide da Constituição de 1934, o Supremo, rebatizado de Corte Suprema, já vivia a época de contenção forçada.

Ilustrativo disso são os Decretos nºs 19.398 de 1930, 19.656 de 1931, 19.711 de 1931. O primeiro suspendeu as garantias constitucionais do Judiciário, excluiu de apreciação os atos do governo provisório e deu poder para o regime provisório livrar-se de qualquer ocupante de cargo contrário ao regime que se instalara, conforme arts. 5º e 8º. O segundo reorganizou o Supremo Tribunal Federal e o terceiro, por sua vez, aposentou compulsoriamente cinco ministros, quais sejam: Godofredo Cunha, Edmundo Muniz Barreto, Antonio C. Pires e Albuquerque, Pedro Affonso Mibieli, Pedro dos Santos e Geminiano da Franca. Essas violações da autonomia do Supremo Tribunal Federal tinham por objetivo conter, forçadamente, a Corte Suprema, alinhando-a de forma autoritária com os objetivos e as ideologias de Getúlio Vargas.

Hambloch, por fim, traça um paralelo entre a Constituição de 1891, a reforma de 1926 e a Constituição de 1934. Como conclusão, ele percebe uma tendência constante de concentração dos poderes na figura do chefe do Executivo. Isso, como demonstrado, já existia em 91, e aumentou com a reforma de 26, uma vez que ela intencionalmente fortaleceu o poder centralizador ao enfraquecer a autonomia dos Estados, facilitar a aplicação do veto presidencial e impor maior restrição à liberdade do cidadão. No documento de 34, segundo Hambloch (2000, p. 86), não há “uma única variação no sentido ou alteração das palavras que de qualquer modo modifique a tendência inevitável para a concentração de poderes autocráticos nas mãos do presidente da República. Na verdade, não estava mesmo nas cogitações da maioria dos membros constituintes limitar aqueles poderes”. Na prática, tratava-se de uma reafirmação e ampliação do projeto presidencialista de 1934.

Como a história demonstrou, a Constituição de 34 teve vida curtíssima, sendo o documento constitucional brasileiro mais breve. Bonavides (1991) argumenta que o motivo do seu fracasso não está na inexecutabilidade ou inadaptabilidade das promessas constitucionais às realidades sociais, políticas e econômicas brasileiras, mas às contradições no seu próprio texto. Afinal, a Constituição de 34 refletiu o pluralismo de ideias e de projetos políticos presentes na sua Constituinte, sendo dois principais: um liberalismo herdeiro das formulações de 91 e outro marcado pela tendência centralizadora de ampliação do Poder Executivo como forma de concretização do projeto social. Para Bonavides (1991, P. 320), essa formulação somada ao “populismo em germe espalhado nas preocupações sociais, e teremos um quadro não muito distante do que viria a ser o chamado Estado Novo”. Com efeito, não “por ser irrealista ou inexecutável, mas por ser dúbia, é que a Constituição de 1934 selou seu destino” (1991, P. 320). Assim, “a Carta é uma colcha de retalhos, em que pese seu brilhantismo jurídico e sua lição história. Princípios antagônicos são postos lado a lado. [...] Um dele havia de prevalecer. O que efetivamente aconteceu: sobreveio a ditadura getulista a partir de 1937” (BONAVIDES; PAES, 1991, P. 320). Na síntese, isso significou um período de baixíssima constitucionalidade acompanhada por uma jurisdição que pouco contribuiu para a normatividade constitucional, sendo frequentemente contida e minimizada pelo Poder Executivo Federal. Com isso, afirma-se que o projeto constitucional de 1934 falhou.

3.6.4 Constitucionalismo na ditadura do Estado Novo

Difícil falar em transição, uma vez que a própria prática da CF/34, em razão do seu curto período, serve como compreensão da transição para 37. A Constituição de 1937, a carta polaca, refletiu diversos elementos autoritários que assolavam a Europa na época. Ela é classificada como nominal por Bonavides e Paes (1991, p. 131) e Streck (2018), em razão de ter ficado em grande parte sem aplicação e, potencialmente, não ter exercido de forma autêntica os limites constitucionalmente necessários ao Poder estatal. Essa carta foi um reflexo dos anseios autoritários de Getúlio Vargas, possibilitando um cenário pretensamente constitucional mais flexível para as pretensões do então Presidente da República e futuro ditador.

O Supremo Tribunal Federal, sob a Constituição de 1937, recuperou sua denominação tradicional, sendo integrado por onze ministros nomeados por Vargas. A Constituição, no seu art. 94, vedava ao Judiciário conhecer de questões “exclusivamente” políticas. Havia a

possibilidade constitucional dos tribunais declararem a inconstitucionalidade de atos dos Poderes Executivo e Legislativo. Contudo, havia, também, a possibilidade de confirmação do ato pelas casas legislativas, derrubando a decisão do Tribunal, conforme parágrafo único do art. 96 da Constituição de 1937. Nesse sentido, importante pontuar que, na época, o Poder Legislativo Federal restara dissolvido e era exercido, na prática, pelo Presidente Getúlio Vargas. Há exemplo histórico de exercício desse poder por Vargas a exemplo do Decreto-lei nº 1.564 de 1939. Assim, “a Carta de 1937 trouxe um inequívoco retrocesso no sistema de controle de constitucionalidade” (STRECK; MENDES, 2018). Ainda, a Constituição de 1937 reduziu a idade de aposentadoria compulsória em 7 anos, aposentando compulsoriamente mais dois ministros do Supremo (PAIXÃO, 2007, p. 163) – lembra-se que cinco já haviam sido afastados por decreto autoritário.

Na síntese, diante de todas as amarras colocadas, no período do Estado Novo, o tribunal pouco exerceu o seu papel constitucional. “Não há um único acórdão desse período incluído na coletânea de Edgar Costa (Os grandes julgamentos do Supremo Tribunal Federal, em 5 volumes), e tampouco na relação de julgamentos históricos elaborada pelo próprio tribunal, e disponível na rede mundial de computadores” (PAIXÃO, 2007, p. 164), o que demonstra a obtenção pela força, por Vargas, da docilidade do tribunal.

Essas formulações dão aparente razão para Hambloch (2000), que entende haver um desequilíbrio entre o Executivo e o Legislativo nas formas presidencialistas de governo da América Latina. Na prática, segundo o autor, isso concretiza-se na destituição de poderes do Legislativo e na excessiva centralização do Executivo. Nas quadras históricas analisadas até aqui, o caso piora diante de um “Judiciário invariavelmente flácido, dependendo demasiado do Executivo que o nomeia; assim, a justiça é muitas vezes ineficaz, mesmo quando não há, no caso, um malogro da justiça. [...] As demoras da lei são longas; mas a execução da justiça é mais longa ainda”. (HAMBLOCH, 2000, p. 59).

Em razão do desequilíbrio da carta de 37, os instrumentos constitucionais assemelhavam-se a simples instrumentos políticos a serem utilizados pelo titular do Poder Executivo que, na vida real, era Vargas. Os poderes ditatoriais e a construção teórica sustentados na vigência do Estado Novo apresentam inegável semelhança com os equivalentes da Ditadura militar de 64 como a suspensão dos direitos e garantias constitucionais, a impossibilidade de controle pelos outros poderes e os decretos-leis. Nesse sentido, a Constituição brasileira de 1937 constituiu em verdadeiro retrocesso para a incipiente

democracia brasileira. Da mesma forma, ele representou grave interrupção no frágil e em formação constitucionalismo nacional.

Diante das Constituições de 1824, 1891, 1934 e 1937 e suas práticas, uma importante proposta de compreensão faz-se necessária. O conceito de tirania merece ser dado a qualquer forma de governo na qual o chefe político e/ou a pessoa encarregada da execução das leis pode fazer, destruir, interpretar, obstruir, suspender ou ignorar as leis com a certeza da impunidade. Não importa se o violador é hereditário ou eletivo, usurpador ou legítimo, bom ou mau, um ou vários. Qualquer um que possa exercer tal poder é um tirano e qualquer sociedade que viva abaixo dele está, na realidade, abaixo do autoritarismo (ALFIERI, 1996, p. 5). Há de se questionar se esse não foi o caso, pelos menos a maior parte, do nosso primeiro século como país soberano. Arrisca-se a dizer que a resposta é afirmativa.

3.6.5 Constitucionalismo, Jurisdição Constitucional e presidencialismo de coalizão na Constituição de 1946

A Constituinte de 1946 nasce de um movimento nacional em contraposição ao Estado Novo. Ela gozou de uma função concreta de consagradora da legitimidade e juridicidade do constitucionalismo brasileiro.

Contudo, apesar das virtudes do processo de redemocratização, a nova Constituição não seguiu um processo inovador e tampouco acompanhou a dinâmica dos debates sobre o controle de constitucionalidade que aconteceram, por exemplo, entre Carl Schmitt e Hans Kelsen e foram materializados nas Constituições de 1920 da Áustria e da Tchecoslováquia. No Brasil, optou-se pelo continuísmo de princípios e projetos presentes nas Constituições de 1891 e 1934 – contrário, inclusive, às proposições desses documentos brasileiros, visto que cada um deles teve por princípio iniciar projetos constitucionais inovadores para o contexto pátrio.

Esse ponto é perceptível nas disposições relacionadas com o controle de constitucionalidade. A Constituição de 46 mantém a estrutura de 1891, ligeiramente desenvolvida em 34, ou seja, a declaração de inconstitucionalidade da Corte Suprema em controle difuso pode ser remetida para o Senado que, mediante quorum de maioria absoluta, pode universalizar a decisão, agindo como legislador negativo.

Na análise de Streck (2018, p. 145), o que mais contribuiu para a semelhança entre as Constituições de 46 e 34 foi “a coincidência dos fatores políticos, que inspiraram a elaboração

constitucional, orientada, nos dois momentos, pelo pensamento de uma reação contra os exageros presidenciais da República Velha ou contra as tendências ditatoriais”. Assim, trata-se do mesmo surto de espírito democrático que ergueu ambas as Leis fundamentais.

Nessa senda, inegável que existiram avanços como o voto secreto, o regime de partidos, a representação proporcional, a instituição da suplência, a validade dos diplomas e a Justiça Eleitoral para o controle da integralidade do pleito e o aperfeiçoamento da intervenção (STRECK, 2018, p. 145 e 146). Sobre eles, Streck explica que “a ação interventiva foi o caminho que culminou na criação, no ano de 1965, da ação direta de inconstitucionalidade, denominada de representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa federal ou estadual, a ser encaminhada pelo Procurador-Geral da República” (STRECK, 2018, p. 146).

O Poder Judiciário é exercido pelo Supremo Tribunal Federal, Tribunal Federal de Recursos, Juízes e Tribunais militares, eleitorais e do trabalho. Posteriormente, com o ato institucional nº 2, corrige-se a falha do art. 94, acrescentando os juízes federais como órgãos do Judiciário. Os magistrados mantêm as garantias anteriormente previstas, cuja redação é aperfeiçoada. Eles possuem vitaliciedade, não podendo perder o cargo senão por sentença judiciária; inamovibilidade, salvo quando ocorrer motivo de interesse público, reconhecido pelo voto de dois terços dos membros efetivos do Tribunal superior competente; e irredutibilidade de vencimentos, que, por óbvio, ficam sujeitos aos impostos gerais. Ainda, também as vedações são aperfeiçoadas, prevendo que os magistrados são proibidos de exercer outra função pública salvo magistério secundário, receber percentagens em causas sujeitas a seu despacho e julgamento e exercer atividade político partidária.

O Supremo Tribunal Federal é composto de 11 ministros, aumentados para 16 no Ato Institucional nº 2 como uma forma de aumento da influência do governo militar na Suprema Corte. A Corte é responsável pelos julgamentos de responsabilidade penal do Presidente da República, Ministros de Estado e Procurador-Geral da República e diversas outras autoridades. Ela também funciona como Tribunal da Federação e das competências do Judiciário. Por fim, compete à Corte Maior a interpretação final em controle de constitucionalidade difuso, de legalidade federal difusa e uniformização de divergência interpretativa. Assim, o Texto Magno de 1946 restaura a tradição do controle judicial no Direito brasileiro (MENDES, 2018).

Com a nova Constituição democrática, o Supremo Tribunal Federal entra numa fase de contenção voluntária, que durou de 1945 a 1964. Nesse período, o Supremo Tribunal Federal, apesar de ter recobrado suas prerrogativas e garantias, exerceu o seu papel constitucional com

parcimônia e pouca inovação. Isso não significa que casos não chegaram à Corte, mas sim que houve grande respeito pelas orientações postas pelos Poderes Políticos.

Uma das possíveis explicações para essa nova postura do Supremo Tribunal Federal está na sua composição, visto que marcada por magistrados mais legalistas e, tendo em vista a redemocratização nacional com a legitimidade eleitoral própria da Democracia, fez com que a postura da corte fosse mais contida (PAIXÃO, 2007). Nesse período, o protagonismo das decisões coletivas foi, efetivamente, dos representantes do povo eleitos pelo voto direto. Nas palavras de Paixão (2007, p. 169), quando o Supremo exerceu a sua função de jurisdição constitucional, “o fez em sintonia com o pensamento dominante na sociedade, seja por concordar com ele, seja por considerar que, havendo representantes eleitos diretamente pelo povo, a eles cabia o papel preponderante na definição do interesse público e dos meios para implementá-lo”.

Um ponto relevante da estrutura do Poder Judiciário Federal da Constituição de 1946 é a criação do Tribunal Federal de Recursos. Ele absorveu a competência para julgar, em segunda instância, as causas em que a União Federal tivesse interesse.

Na análise de Rogério Bastos Arantes (1997, p. 91 e 92):

Tal modificação tem duas consequências importantes: primeiramente porque soluciona, pelo menos em parte, o problema da sobrecarga de trabalho que se abatia sobre o STF com a transferência do papel de segunda instância em assuntos envolvendo a União para o TFR. Em segundo lugar, porque livrando-se dessa atribuição, vê salientado seu papel de árbitro da federação nos conflitos políticos e de jurisdição, e o papel de guardião da Constituição.

Esses pressupostos contribuíram para formar um período de excelência técnica na jurisdição constitucional brasileira. A jurisprudência construída nesse período pelo Supremo Tribunal Federal também merece destaque sobre duplo aspectos – supremacia constitucional e direitos fundamentais e federalismo e separação de poderes. Primeiro, com a eliminação das cláusulas de exclusão da apreciação judicial de matérias políticas, o Supremo Tribunal ganhou um maior espaço para exercer seu autêntico papel de freio para ações políticas – por que mais que fosse num viés de autocontenção nessa fase. Exemplo ilustrativo, que foi acompanhado por inúmeros outros julgados, é o MS nº 1.143. O caso trata de mandado de segurança impetrado contra convocação extraordinária do Congresso Nacional para funcionar durante janeiro, fevereiro e parte de março de 1951. Contudo, a legislatura e o mandato dos parlamentares em exercício encerravam em 31 de janeiro de 1951. Um dos novos deputados, recém-eleito,

impetrou o mandado de segurança, defendendo a existência de um direito subjetivo de atuar como deputado imediatamente após 01 de fevereiro de 1951 e, caso assim não fosse feito, que haveria violação por diminuição do seu mandato e ampliação dos mandatos anteriores. O Tribunal requisitou informações para a Câmara dos Deputados, que alegou preliminar de incompetência por ser matéria estritamente política – na senda das duas Constituições anteriores. O Supremo Tribunal Federal decidiu com base no voto do relator a liminar:

Não estão em causa, portanto, os aspectos de oportunidade, acerto ou conveniência do ato, hipótese em que não caberia a apreciação judicial. Há que examinar a legitimidade do ato no seu assento constitucional, matéria jurídica, que o Judiciário aprecia. Há que apurar se assiste ao impetrante o direito líquido e certo que invoca, mas isso já diz com o mérito do pedido. Improcede, por conseguinte, a preliminar de incompetência do Poder Judiciário (BRASIL, 1951)⁷⁶.

Segundo, sob a égide da Constituição de 1946, diversos estados testaram sua autonomia no que diz respeito ao próprio formato interno do seu sistema político e de sua separação de Poderes. Por exemplo, a Constituição estadual do Ceará pretendeu condicionar a nomeação dos Secretários de Estado, tradicionalmente do chefe do Executivo estadual, à aprovação da Assembleia Legislativa. Com isso, aproximando-se de um parlamentarismo estadual. No mesmo sentido, a Constituição estadual do Rio Grande do Sul estabeleceu, dentre outros comandos, que haveria um Chefe do Secretariado, que funcionaria como uma espécie de Primeiro Ministro estadual. Ademais, determinou que os Secretários de Estado apenas permaneceriam no cargo enquanto mantivessem a confiança da Assembleia Legislativa e que o Governador, em determinadas hipóteses, poderia dissolver o parlamento estadual para a realização de eleições. Os dois casos foram julgados inconstitucionais por intermédio de Representações – as respectivas nº 93 (BRASIL, 1947a) e nº 94 (BRASIL, 1947b). O argumento central era pela necessidade de simetria constitucional para o formato de separação de poderes previsto no paradigma - a Constituição Federal de 1946 -, uma vez que as tentativas “parlamentaristas” estaduais subordinavam o Executivo ao Legislativo, violando a separação de poderes. O Supremo Tribunal Federal decidiu no sentido de eliminar disparidades na organização dos diversos Estados.

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS nº 1.423, rel. Min. Luiz Gallotti, j. 22.02.1951. Num contexto um pouco diferente, mas seguindo a mesma lógica da possibilidade de apreciação e revisão judicial de atos políticos que violem à constituição ou direito, é o MS nº 3.557. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS nº 3.557, rel. Min. Hahnemann Guimarães, j. 14/12/1955.

Diante de tudo isso, a Constituição de 1946 foi um marco no constitucionalismo brasileiro por alguns pontos especialmente importantes. Primeiro, foi a nossa primeira experiência nacional com eleições hígidas, regulares e com amplo sufrágio para os cargos representativos do Poder Executivo e do Poder Legislativo. Segundo, trata-se de uma República Federativa que contou, ativamente, com o seu Tribunal Supremo. Terceiro, é o documento que marca o início do chamado presidencialismo de coalizão. Com isso, o próprio formato da dinâmica política brasileira altera-se.

Bonavides, Paes e Streck proporcionam interessantes análise sobre o texto de 46. Nesse sentido, defendem os dois primeiros que o liberalismo do texto de 46 é destaque na nossa história institucional. Isso se deve por ele fornecer parâmetro importante para nossa experiência constituinte contemporânea, tendo parte expressiva do texto e das tradições reproduzidas na Lei maior atual. A Constituição de 46, ainda, recuperou um princípio federativo mais equilibrado, estabelecendo uma valiosa autonomia para os Estados e Municípios.

A Constituição de 1946, apesar de mais conservadora em alguns artigos, teve recuos e avanços que nada comprometeram a estrutura já formalmente implantada do Estado social brasileiro. Há, na essência, um pretense equilíbrio diante das tradições liberal e social anteriores. Com efeito, indubitavelmente, houve uma melhora da dinâmica constitucional e um necessário retorno e aperfeiçoamento a um ideal de *rule of law*, mas o equilíbrio constitucional foi falho e a dignidade plena não foi dada ao Legislativo e ao Judiciário – dignidade essa que, na prática, raramente foi plenamente respeitada pelo Executivo na nossa história institucional.

Na essência, o Poder Executivo continuou forte – apesar de menos -, conflitando significativamente com o Legislativo enquanto o Judiciário restava relegado a um papel de menor protagonismo. Trata-se de quadro, até esse ponto da história constitucional, que promove uma certa continuidade com as experiências democráticas passadas e com semelhanças compartilhadas com as autoritárias. Há de se fazer justiça e reconhecer que o nível de expansão a despeito dos controles da Lei maior diminuiu de 1824 para 1946, contudo, o movimento – violador das promessas constitucionais – repetia-se em algum grau.

Esse modelo, nascido em 1945, combina, em estreita associação, o presidencialismo, o federalismo e o governo por coalizão multipartidária (ABRANCHES, 1988; 2020). Com isso, ele inaugura a primeira tentativa brasileira de um presidencialismo de coalizão.

Esse sistema possui um formato de funcionamento próprio que pode ser explicado da seguinte forma. Primeiro, trata-se de um modelo que precisa formar grandes coalizões no parlamento para obter o mínimo de governabilidade. Essas grandes coalizões são estruturadas

em eixos regionais e político-partidários e formadas por uma quantidade expressiva de partidos, o que dificulta a união em prol de uma linha ideológica clara, uniforme, estável e única. Diante disso, as grandes coalizões, a solução mais provável no nosso modelo para obter um mínimo de governabilidade, incluem um “maior número de parceiros e admite maior diversidade ideológica. Evidentemente, a probabilidade de instabilidade e a complexidade das negociações são muito maiores”, conforme explica Abranches. Com isso, criam-se contextos de elevada divisão econômica, social e política – ampliada/reforçada pela grande coalizão -, que se caracterizam, então, pela presença de forças centrífugas persistentes e vigorosas que estimulam a fragmentação e a polarização.

Segundo, essas grandes coalizões e suas características e desdobramentos requerem mecanismos e procedimentos institucionais complementares ao arcabouço representativo da liberal democracia que serviu de inspiração ao nosso modelo para que seja possível e viável a resolução de conflitos e formação de consensos – sempre parciais (ABRANCHES, 1988).

Isso afeta diretamente a dinâmica política e, além disso, as agendas – sempre conflitantes – do Legislativo e do Executivo. Com efeito, um dos principais problemas no exercício do poder federal no modelo brasileiro é que, em momentos de crise, o sistema responde de forma pior. Em outras palavras, a tendência institucional não é resolver a crise, mas agravá-la. Nesse sentido, é a análise de Abranches:

Em circunstâncias de crise, entre os pontos de divergência encontram-se questões inarredáveis da agenda de políticas de governo, tais como controle da inflação, as prioridades para o gasto público ou a política salarial. O dilema que se apresenta é a identificação do limite de tolerância dos parceiros, que depende da posição das lideranças políticas e de fatores a elas externos - ligados à sua relação com as bases, os grupos de militantes e as facções parlamentares -, de um lado, e da reação dos interesses organizados na sociedade, de outro. É exatamente por isto que a manutenção da coalizão depende decisivamente do desempenho corrente do governo, a despeito dos acordos e compromissos formulados na sua constituição. No que diz respeito às lideranças, isso implica a capacidade de negociar a inclusão recíproca de políticas contrárias aos princípios diretivos dos partidos de calcular corretamente a amplitude de sua legitimidade e autoridade junto às bases e de sua credibilidade perante a opinião pública. Em outras palavras, competência na negociação de sacrifícios recíprocos, resguardando os interesses coletivos, e extensão real de seu mandato para fazer concessões em nome da estabilidade da coalizão e do sucesso da gestão governamental” (ABRANCHES, 1988, p. 28).

Tudo isso cria evidente ineficiência diante de altos custos e riscos de negociação. Abranches (1988, p. 29) percebe o mesmo ao afirmar:

O maior risco ao desempenho da coalizão está no quadro institucional do Estado para decidir, negociar e implementar políticas. Isto porque, como o potencial de conflito é muito alto, a tendência é retirar do programa mínimo, ou compromisso básico da aliança, as questões mais divisivas, deixando-as para outras fases do processo decisório. Viabiliza-se o pacto político de constituição do governo, mas sobrecarrega-se a pauta de decisões, na etapa de governo, propriamente dito, com temas conflitivos e não negociados. Para que o processo decisório não seja bloqueado e desestabilize a coalizão no futuro, torna-se, então, indispensável um esforço de construção institucional que viabilize acordos setoriais, à medida que os conflitos forem surgindo.

A partir de Abranches, pode-se afirmar que é uma característica natural de governos de coalizão a possibilidade de cisões e instabilidades internas. Afinal, o interpartidarismo em prol de um fim comum é condição de possibilidade para formá-lo. Justamente por isso, as coalizões demandam mecanismos institucionais de regulação dos conflitos, o que possibilita a sua estabilização. No plano ideal, isso é feito a partir de acordos setoriais com ampla legitimidade e institucionalizados. Contudo, dois pontos afetam o modelo brasileiro aqui, quais sejam: 1) esses mecanismos são deficientes diante da quantidade de conflitos e intensidade das instabilidades; 2) conseqüentemente, não há garantia de estabilização, continuidade e sucesso das coalizões brasileiras. Inclusive, a história demonstra justamente o contrário, ou seja, a tendência de insucesso, conflito e crise⁷⁷. Diante disso, há inexorável alta probabilidade de enfraquecimento da autoridade executiva e maior potencial de conflito entre Legislativo e Executivo.

Essa é justamente uma das características mais marcantes do nosso modelo. Esse funcionamento próprio do presidencialismo de coalizão brasileiro contribui de forma decisiva para a inefetividade constitucional, uma vez que é ineficiente, caro, instável e propenso a degenerações e crises. Destarte, percebe-se a necessidade de aperfeiçoamento de mecanismos institucionais de arbitragem para as coalizões formadas no seio da relação entre Executivo e Legislativo para regulação de conflitos e minimização do risco institucional e do esvaziamento da autoridade e da autonomia tanto da presidência como do congresso. Tal ponto será parcialmente corrigido a partir de 1988 com o controle concentrado de constitucionalidade. Esse controle, surgido de forma instrumental por criação da ditadura militar, passará por uma releitura democrática na Constituição Cidadã. Tanto a sua criação como a sua releitura serão analisadas nos próximos pontos.

⁷⁷ Abranches analisa as possibilidades de rompimento das grandes coalizões no modelo brasileiro – especialmente a partir da experiência da Constituição de 1946.

3.6.6 Constitucionalismo na Ditadura Militar:

Sem entrar no complexo debate sobre os motivos da queda da República de 46, o fato é que o período abrangido pelo governo militar é marcado por um retrocesso autoritário de concentração de poderes no Executivo e de diminuição de autonomia e direitos individuais. Os argumentos que sustentaram o golpe são interessantíssimos e retomam para as bases da nossa Carta Polaca.

A narrativa defendida pelos militares é de que “queremos devolver o Brasil à democracia, mas, antes, vamos aproveitar o momento para introduzir algumas reformas e mudanças que possam garantir a longevidade de nossa democracia e a articulação do Brasil com a economia mundial”. Retorna, assim, um certo mito, ou compreensão, já denunciado, de que as conquistas, como as reformas de legislação e de políticas públicas, por exemplo, não significavam conquistas democráticas, mas dádivas do poder. Essas dadas bondosamente por sábios chefes públicos. O problema do reforço dessa concepção é visto na República brasileira atual, visto que a segunda versão do presidencialismo de coalizão brasileiro mantém o perigoso traço de ampla adesão e, quiçá, até demanda popular de líderes populistas. No senso comum, percebe-se certo desejo atual de que os males da nação sejam milagrosamente curados por figuras públicas populistas - compreensão que foi potencialmente reforçada em 37 e em 64 – e que reforça fragilidades institucionais e a própria compreensão do constitucionalismo.

De outro giro, a ausência de prazo para o término da suposta intervenção foi um problema. Como argumentavam os militares, há sempre o perigo de retrocesso presente em todo processo revolucionário, sendo preciso tempo para que a revolução se consolidasse e apresentasse resultados – ideia presente, anteriormente, na CF/37 por Francisco Campos – coautor do AII. Com isso, denota-se uma forte preocupação do Estado burocrático autoritário em preservar uma aparente legalidade de seus atos, ou seja, havia uma importante fantasia de legalidade alinhada com a estratégia política autoritária. *Rule of law*, na essência, não havia, mas sim um disfarce pretensamente jurídico consubstanciado na aparência técnica – própria dos integrantes da prática jurídica - das normas autoritárias.

Os argumentos do primeiro Ato Institucional funcionam como justificativa para o poder ilimitado conscientemente exercido pelo governo militar. Eles demonstram que as manifestações do Poder Constituinte originário não ocorreram apenas com a Constituição de 1967, mas com todas as outorgas de atos institucionais, sendo a Constituição de 1967 apenas

mais um estágio do processo institucionalizado da Ditadura (BONAVIDES; PAES, 1991, p. 420 – 431).

Nesse âmbito, o Supremo Tribunal Federal viveu duas fases, quais sejam: uma primeira de enfrentamento, que durou de 1964 a 1968 e uma segunda de nova autocontenção forçada, que foi de 1968 a 1988. A primeira marcada por uma tentativa de defesa da legalidade constitucional em face da força do governo militar e a segunda caracterizada pelo esvaziamento da sua autêntica missão constitucional como reflexo de uma contenção forçada e consequente alinhamento para com o governo.

Todas essas renovações, em conjunto – nomeações de ministros simpáticos ao regime e com viés legalista, aposentadoria compulsória de outros que cobravam maior rigor constitucional (PAIXÃO, 2007, p. 200) e as alterações legislativas via Atos Institucionais (VALÉRIO, 2010) –, contribuíram sobremaneira para o enquadramento do STF pelo Executivo militar a partir de 1969. Com isso, ingressando na nova fase de contenção forçada.

Importante pontuar, a partir da pesquisa de Valério (2010) e Paixão (2007), que havia elevado respeito à jurisprudência consolidada da corte, o que levou a um elevado número de decisões unânimes que reuniam ministros indicados por civis e ministros indicados por militares. Indubitavelmente, mesmo os mais alinhados ao regime militar tinham elevado respeito à colegialidade e à tradição já formada pela corte, decidindo, inclusive, contrariamente aos interesses do Poder Executivo Federal Militar da época. Isso não significa que, como reconhecido por Valério (2010, p. 199), os ministros não colocavam, nos seus votos, suas convicções políticas e ideológicas, contudo, eles decidiam juridicamente. Sintomático é o percentual de habeas corpus relativos ao regime militar concedidos por ministros indicados por presidentes civis, que foi de 65,1%, o que é muito próximo ao percentual concedido pelos ministros indicados pelos presidentes militares, que foi de 63,2% (VALÉRIO, 2010, p. 198).

Nessa linha, manifestação desse argumento é a consolidação da jurisprudência que compreendia que o excesso de prazo de prisão processual, mesmo que militar, era ilegal⁷⁸, com isso, concedendo diversos Habeas Corpus favoráveis aos opositores do regime militar por tal fundamento. Ademais, a compreensão de que apenas seria possível configurar crime contra

⁷⁸ Como exemplos os HCs nº 41.014, 41.030, 41.020, 41.023, 41.027, 41.018, 41.029, 41.043, 41.019, 41.022, 41.037, 41.039 e 41.044.

segurança nacional se houvesse ato concreto de subversão, o que afastaria a tipicidade do simples fato de “ser comunista”⁷⁹.

Independente do enfrentamento do Supremo Tribunal Federal, que posteriormente é contido, o fato é que o país ingressou em um regime de obscuridade que se estendeu até 1985, com a eleição de Tancredo Neves para a presidência da República.

Sobre o controle de constitucionalidade na carta de 1967, manteve-se o controle difuso, nos mesmos moldes das Constituições anteriores. O mesmo ocorreu com a representação interventiva e a representação de inconstitucionalidade – prevista originalmente na Emenda Constitucional 16, de 26 de novembro de 1965, que alterou a CF/46 e estabeleceu “a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República”⁸⁰.

Alguns autores abordam a questão como se fosse um paradoxo que a institucionalização do controle concentrado de constitucionalidade, que resolveu um problema brasileiro de longa data, responsável por diversos importantes avanços civilizatórios na nossa história recente, tenha vindo do regime militar. Nesse sentido, “Para Clèmerson Clève, o paradoxo está ‘no fato da representação genérica de inconstitucionalidade ter sido instituída em nosso país pelo regime militar, especialmente porque esse mecanismo, contrariando a dinâmica de qualquer ditadura, presta-se admiravelmente para a proteção e garantia dos direitos fundamentais’” (STRECK,

⁷⁹Como exemplos os HCs nº 42.159, 42.046, 42.666, 42.622.

⁸⁰ Acerca do instituto da representação de inconstitucionalidade, cumpre tecer algumas considerações, especialmente em face de texto produzido pelo Ministro Gilmar Mendes, aduzindo que o instrumento era dotado de “caráter dúplice ou natureza ambivalente”, o que permitiria ao Procurador-Geral submeter a questão constitucional ao STF, mesmo quando estivesse convencido da inconstitucionalidade da norma ou em casos em que, convencido da higidez da situação jurídica, surgissem controvérsias relevantes sobre sua legitimidade. Com isso, Mendes sugere que ali já estava o germen da ação declaratória de constitucionalidade – MENDES, Gilmar Ferreira. Considerações sobre o papel do Procurador-Geral da República no controle abstrato de normas sob a Constituição de 1967/69: proposta de releitura. *Brasília*, Brasília, ano 34, n. 135, jul.-set. 1997. Disponível em: [<http://www.gilmarmendes.org.br/index.php>]. Acesso em: 10 dez. 2012). Com fundamento em “propósito inequívoco do legislador”, afirma: “Não se pretendia, pois, que o Procurador-Geral instaurasse o processo de controle abstrato com o propósito exclusivo de ver declarada a inconstitucionalidade da lei, até porque ele poderia não tomar parte na controvérsia constitucional ou, se dela participasse, estar entre aqueles que consideravam válida a lei”. Diante disso, a mera controvérsia constitucional seria suficiente para ensejar o “encaminhamento” da representação pelo Procurador-Geral ao STF, que o faria mesmo que seu intuito fosse o de ver a norma declarada constitucional, para o que se utilizaria de parecer contrário à inconstitucionalidade. Segundo Mendes, tal tese restaria confirmada pelo Regimento Interno do STF de 1970, especificamente em seu art. 174, § 1.º (“Provocado por autoridade ou por terceiro para exercitar a iniciativa prevista neste artigo, o Procurador-Geral, entendendo improcedente a fundamentação da súplica, poderá encaminhá-la com parecer contrário”).

2018, p. 142). Contudo, da mesma forma como visto no caso africano anteriormente, paradoxo não há.

Conforme explica Streck, deve-se ter claro que “a preocupação dos militares era justamente de estabelecer um mecanismo rápido e eficaz para evitar que juízes e tribunais, com pensamento democrático, mediante decisões no controle difuso de constitucionalidade, obstaculizassem ações do *establishment*” (STRECK, 2018, p. 142). Da mesma forma que ocorreu o grave distanciamento teórico do prático na questão do Judiciário, esse também ocorreu na questão da declaração de direitos. A análise final é dada por Streck, para quem:

Essa interferência direta do Poder Executivo, nos temas que, em tese, deveriam estar relacionados à atuação exclusiva do Poder Judiciário, demonstra o nível de instrumentalização que o direito alcançou durante a ditadura militar. Mecanismos constitucionais instituídos no contexto europeu e estadunidense, para exercerem a necessária limitação do poder político, foram completamente distorcidos pelo estamento burocrático-militar. Na verdade, em regimes autoritários, como no Estado burocrático-militar formado em 1964, o direito perde a sua autonomia e passa a ser colonizado por decisões políticas arbitrárias que refletem apenas as vontades ou opções ideológicas de quem detém o poder.

Contra esse tipo de dominação, que se baseia mais na força do que nas vinculações jurídicas exigidas pelo direito, o controle difuso e o controle concentrado são incapazes de funcionar como mecanismos de defesa da supremacia constitucional. Nesse sentido, as constantes interferências do Poder Executivo no Supremo Tribunal Federal ajudam a compreender os entraves à jurisdição constitucional deste período (STRECK, 2018, p. 143).

Na síntese, tratou-se de desenho constitucional com excessiva concentração de poderes no Poder Executivo Federal e na União, instrumentalizando, em diversos momentos, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. Apesar disso, conquistas civilizatórias importantes de outros períodos foram mantidas como a Justiça Federal, a Justiça Eleitoral e a Justiça Trabalhista. Ademais, o problema estrutural de uma maior efetivação da supremacia constitucional foi resolvido pela previsão do controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Inegavelmente, a sua criação é explicada para atender interesses do governo militar, confirmando a tese dos grupos políticos analisada no ponto 2.5. Entretanto, o ponto, que foi reinterpretado na nossa histórica constitucional, é, hoje, um dos pilares de manutenção e desenvolvimento do constitucionalismo brasileiro. Além disso, mantiveram-se diversas previsões constitucionais promovidas por outros momentos históricos. Novamente, com baixa efetividade constitucional no período ditatorial, mas que se faziam presente no texto constitucional e foram retomadas e aprimoradas no texto de 1988.

Com efeito, percebe-se que a evolução do constitucionalismo brasileiro é caracterizada por períodos democráticos com baixa constitucionalidade (STRECK, 2014a) e com uma jurisdição que frequentemente restou contida no necessário constrangimento aos Poderes Políticos da República. Inclusive, identificou-se uma prevalência de acúmulo de poder e protagonismo do Poder Executivo no próprio sistema político nacional. Em mais de um momento, esses fatores aliados às circunstâncias históricas explicam as derrocadas do sistema democrático para os governos autoritários, sacrificando, assim, o projeto constitucional vigente na época.

3.7 PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

Em razão de um expressivo número de artigos, livros e demais produções científicas que analisam a Constituição Federal de 1988, a pesquisa abstém-se de avançar na análise pormenorizada do texto constitucional e focará no modelo de presidencialismo de coalizão 2.0, com os seus avanços em comparação ao modelo de 1946, e no formato da sua jurisdição constitucional.

Importante pontuar que a baixa constitucionalidade e a baixa jurisdição passaram por uma ressignificação com a Constituição Cidadã. Nesse sentido que há o chamado *plus* normativo, consoante chamado por Streck (2018). Para os fins do presente subcapítulo, inicia-se com o presidencialismo de coalizão. Depois, analisar-se-á a jurisdição constitucional. Há uma certa relação de complementaridade entre a atual posição do Supremo Tribunal Federal e os desafios e os fracassos encontrados nos modelos de 1946 e 1967.

Em 1946, o sistema brasileiro enfrentou dificuldades na manutenção da estabilidade do seu regime político-constitucional em razão dos inúmeros conflitos entre os dois Poderes Políticos da República. Destarte, o dilema institucional brasileiro relacionado com a necessidade de mecanismos adicionais externos para solução dos conflitos entre o Executivo e o Legislativo obteve uma tentativa de resposta em 1988.

Para bem entender esse ponto, parte-se da demonstração de Abranches sobre a existência de mecanismos adicionais externos mais ou menos institucionalizados já ocorridos em outros períodos históricos e em outros modelos. Nesse sentido, Abranches (1988) afirma que 1) o Império tinha no poder moderador um mecanismo desse estilo, 2) a República Velha

não adotou nada semelhante, mas o equilíbrio deu-se por intermédio da política de governadores, estabelecida por Campos Salles, 3) Nos Estados Unidos da América, a Suprema Corte tem poderes que lhe permitem intervir nos conflitos constitucionais entre Executivo e Legislativo, funcionando como tal mecanismo e, 4) no Brasil da República de 46, precisamente os casos mais claros de presidencialismo de coalizão, este mecanismo inexistiu.

Isso demonstra que, na análise de Abranches, havia uma indispensabilidade de se estruturar o novo projeto de presidencialismo de coalizão brasileiro – a sua versão 2.0 inaugurada pela Constituição de 88 – com tal requisito adicional fundamental, ou seja, uma instância institucional, com força constitucional, com competência para intervir e propor soluções aos tensionamentos entre Executivo e Legislativo, definindo critérios minimamente racionais de resolução de impasses e, com isso, mantendo a estabilidade – ou, pelo menos, a higidez – do regime democrático. Com isso, naturalmente haveria uma diminuição das convergências de tensão no âmbito da autoridade presidencial, o que a alivia em termos de conflito e promove – apesar de ainda insuficientemente – a governabilidade.

De forma acertada, a Constituição Federal de 1988 promoveu o aperfeiçoamento ressaltado pelo pesquisador. Para tanto, o Supremo Tribunal Federal foi alçado ao mais alto posto de guardião da constituição e, em último nível, de auxiliar na estabilização da própria democracia. Contudo, tal desenvolvimento não resolveu nem transformou marcantes tendências brasileiras, sendo elas: (a) alto grau de heterogeneidade estrutural, quer na economia, quer na sociedade, além de fortes disparidades regionais; (b) alta propensão ao conflito de interesses, cortando a estrutura de classes, horizontal e verticalmente, associada a diferentes manifestações de clivagens inter e intra-regionais; (c) fracionamento partidário parlamentar, entre médio e mediano, e alta propensão à formação de governos baseados em grandes coalizões, muito provavelmente com índices relativamente elevados de fragmentação governamental; (d) forte tradição presidencialista e proporcional. A primeira indicando, talvez, a inviabilidade de consolidação de um regime parlamentarista puro. A segunda apontando para a natural necessidade de admitir a representação dos diversos segmentos da sociedade plural brasileira; (e) insuficiência e inadequação do quadro institucional do Estado para resolução de conflitos e inexistência de mecanismos institucionais para a manutenção do equilíbrio constitucional.

Tendo como marco a nossa experiência constitucional de exercício de poder federal das mais altas autoridades brasileiras sob o império da Constituição de 1988, alguns elementos interessantes são dignos de análise em prol do objetivo dessa pesquisa. Há diferenças marcantes entre a primeira e a segunda versão do nosso presidencialismo de coalizão e das normas

constitucionais. Com isso, ressaltam-se, com apoio em Abranches, a nossa estrutura federativa e o formato e a lógica das coalizões.

Sobre a nossa estrutura federativa, a diferença estrutural entre a Constituição de 1946 e a Constituição de 1988 está na hipercentralização do federalismo – especialmente dos poderes fiscais, regulatórios e legislativos do Presidente da República – que ocorreu em 88 e não era uma realidade em 46. Nesse sentido, Abranches (2018, loc. 254 a 259) escreve que:

Na Segunda, a Constituição de 1946 redistribuiu os poderes, concentrando os mais decisivos na União e, em particular, na Presidência da República. Os governadores, contudo, mantiveram dose significativa de poder político residual, com o mando efetivo nos seus estados e grande influência sobre suas bancadas federais. O Congresso Nacional manteve e ampliou seus poderes. Teve participação efetiva nas decisões orçamentárias, por meio da qual os parlamentares podiam atender às demandas de seus estados.⁷ As coalizões se tornaram interpartidárias, não mais intrapartidárias como na Primeira República.

Na Terceira, o modelo de 1946 foi reproduzido, com algumas alterações relevantes, principalmente a hipercentralização do federalismo, o fortalecimento dos poderes fiscais e legislativos do presidente da República, e regras de formação de partidos mais liberais que, associadas ao modelo de coligações eleitorais e de voto proporcional em eleições coincidentes, incentivam maior fragmentação partidária.

Esse ponto é uma das principais diferenças entre os modelos de 46 e 88, ou seja, o centralismo federativo – aliado às modificações relacionadas com competências do Congresso no orçamento e do Presidente na produção normativa (ABRANCHES, 2018, loc 80) – gera estruturas de incentivo e funcionamento do modelo diversas da primeira versão do presidencialismo de coalizão.

Na ampliação dos poderes presidenciais na produção legislativa, é importante pontuar como os poderes legislativos da Presidência da República obtidos na ditadura militar foram mantidos pela Constituição de 1988, o que permite um alto grau de influência e decisão do Executivo na agenda do Congresso (FIGUEIREDO; LIMONGI, 2001, p. 41). Nesse sentido, “Das oito modalidades de poderes legislativos da Presidência da República identificadas por esses autores, apenas uma existia no modelo de 1946” (ABRANCHES, 2018, loc. 1322). Apenas a título de exemplo, a possibilidade de legislar via medida provisória, o poder de pedir urgência em projetos de lei e a exclusividade na iniciativa de propor legislação sobre matéria orçamentária e tributário contribuíram para uma maior alocação de poderes no Executivo.

Sobre a estrutura e a lógica das coalizões, é interessante perceber que o multipartidarismo iniciou e se consolidou com a Constituição de 1946. Há, indubitavelmente, uma interrupção dessa trajetória na Ditadura Militar que, com a Constituição Cidadã, retorna

com ainda mais força. Com a Constituição de 1988, o multipartidarismo ficou mais forte e mais fragmentado (ABRANCHES, 2018, Loc 516), o que reforça as dificuldades de manutenção e amplia o espectro ideológico das grandes coalizões. Assim, modificando e dificultando a governabilidade do sistema.

Além disso, o Senado Federal, sob o regime de 1988, obteve considerável simetria de poderes para com a Câmara dos Deputados, uma tendência nos presidencialismos latino-americanos (ABRANCHES, 2018, LOC 1362). Contudo, isso institucionalizou um novo jogo nas deliberações do Congresso, visto que a diferença na lógica de representação aumenta a ineficiência do sistema e dificulta a aprovação de reformas. A lógica é a seguinte, estruturada a partir do exemplo de Abranches (2018) sobre a reforma tributária. As propostas de reforma, invariavelmente, colocam em confronto estados mais ricos - em geral produtores e, portanto, com maiores bancadas na Câmara -, a estados mais pobres, na maioria consumidores e, por questões históricas de formação dos estados brasileiros, que somam maior número de cadeiras no Senado. Diante disso, há um acréscimo de complexidade na configuração da coalizão em prol da aprovação da proposta. Esse exemplo demonstra, ainda, como a estratégia legislativa muda significativamente.

Na essência, o Presidente da República é o centro do sistema político brasileiro na segunda versão do presidencialismo de coalizão com grande poder na agenda legislativa. Há, assim, um modelo com alta interdependência entre os poderes Executivo e Legislativo, no qual o Presidente concentra poderes em detrimento do segundo – algo, inclusive, perene na nossa história institucional.

Contudo, é inegável que a governabilidade presidencial depende do Legislativo – altamente fragmentado e multipartidário com diferenças estruturais de lógica de representação e agenda. Essa dependência manifesta-se na necessidade de grandes coalizões para obtenção tanto de maiorias simples como qualificadas. Ainda, a interdependência agrava-se na medida em que os Estados, carentes de recursos, precisam de apoio do orçamento federal dominado com alto nível de discricionariedade pelo Executivo Federal. Mais que isso, os próprios interesses parlamentares de reeleição dependem de apoio para cumprir promessas e atender as bases, o que se desenvolve em relações clientelistas entre Presidente e parlamentares.

No fim do dia,

o sucesso presidencial depende da associação entre sua aptidão para o relacionamento parlamentar e sua força relativa. Tal força depende de alguns fatores-chave ou de uma combinação deles: popularidade, políticas públicas com amplo apoio popular,

capacidade de recorrer à parcela informada e ativa da sociedade para pressionar os congressistas (ABRANCHES, 2018, loc. 1614).

Todo esse cenário – e isso é de extrema importância – é altamente instável, circunstancial e com poucos incentivos de cooperação e muitos incentivos para conflitos sem mecanismos institucionais de resolução de tensionamento adequados. Destarte, o sistema é propenso a tensionamentos e crises, consoante a nossa própria história de 1988 até agora demonstra.

Apesar disso, o sistema político-constitucional prova-se resiliente. Desde a promulgação da Carta Cidadã, o Estado Democrático de Direito pátrio resistiu a dois processos de Impeachment com condenações de presidentes eleitos por crime de responsabilidade, dois ex-presidentes presos, diversos escândalos de corrupção em importantíssimos segmentos econômicos e políticos, uma crise pandêmica de dimensão mundial, incontáveis crises econômicas e políticas. Tudo isso sem ruptura institucional – apesar da frequente e inadequada utilização da palavra golpe e exceção nas narrativas políticas e sociais.

Além disso, apesar da manutenção de elevado grau de ineficiência constitucional, o Brasil conseguiu avançar em problemas importantes como amadurecer institucionalmente o Judiciário, o Ministério Público e os órgãos de controle como Controladoria-Geral da União e Tribunais de Contas, conter a hiperinflação, diminuir a pobreza e a desigualdade e ampliar o acesso à saúde e à educação – todos esses avanços foram, nas palavras de Abranches (2018, loc. 117), “com mais sucesso que em qualquer outro momento de nossa história”.

Ainda assim, o caminho é longínquo:

a economia tem disfunções, o sistema tributário é ineficiente e concentrador, o orçamento é perdulário e rígido. A educação pública e o sistema público de saúde estão em ruínas. A cobertura do saneamento no Brasil é vergonhosa. O déficit habitacional, absurdo. Os monopólios, oligopólios e cartéis dominam a formação de preços. O sistema regulatório é disfuncional e, quando funciona, o faz em favor dos regulados. A economia fechada protege a ineficiência e a baixa produtividade. Nós nos tornamos o país que aceita serviços públicos indigentes. Que se adapta à baixa qualidade e altos preços dos produtos e serviços privados (ABRANCHES, 2018, loc. 136).

Isso significa que avançamos mais que em qualquer outro momento brasileiro em prol dos nossos objetivos e compromissos constitucionais, mas ainda estamos aquém do aceitável para os padrões civilizatórios de uma democracia madura na contemporaneidade. Da mesma forma, o nosso atual Estado Democrático de Direito mostra-se resistente a rupturas institucionais, o que é importantíssimo, mas também se mostra suscetível a processos de

degeneração constitucional e crises. Em outras palavras, o sistema (ainda) não rompe(u), mas incentiva tensionamentos, crises e – inclusive – momentos de fragilização dos seus próprios mecanismos de proteção. Na essência, isso significa que há um risco do sistema enfraquecer até chegar num ponto de ruptura, que não ocorreu antes em razão, justamente, dos mecanismos de proteção que ora podem estar se fragilizando.

Diante disso, foca-se no papel constitucional do Supremo Tribunal Federal. Dentro do nosso projeto constitucional, a nossa jurisdição e, atualmente, a nossa jurisdição constitucional devem ser alçadas aos patamares mais importantes de mecanismos de proteção. A proteção da “ordem jurídica fundamental da coletividade” (MENDES, 2018, p. 934) pelo Judiciário, instituição caracterizada pelo fato de ser garante e contramajoritária por excelência, é fator relevantíssimo de proteção, de estabilidade e de normatividade. Como já estudado, insere-se a Constituição brasileira de 1988 num autêntico movimento do constitucionalismo ocidental.

Se as constituições escritas são o apanágio do Estado Moderno (MENDES, 2018, p. 934), desafiadoras da limitação temporal e da ganância humanas, guardiãs da complexidade e das conquistas do nosso processo civilizatório, é a jurisdição constitucional a garantia da sua sobrevivência e do seu respeito. Se a Constituição Federal de 1988 insere-se nesse processo, resposta absolutamente afirmativa, são o Poder Judiciário e o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade instituição e mecanismo necessários e imprescindíveis para a existência e manutenção da nossa República Federativa do Brasil, compreendida enquanto Estado Democrático de Direito. Por isso, numa perspectiva de história constitucional, é possível afirmar, com base em Mendes, que “a Constituição de 1988 confiou ao Judiciário papel até então não outorgado por nenhuma outra Constituição” (MENDES, 2018, p. 851).

Tais fatores de proteção não resolvem todos os problemas brasileiros – tampouco é esse o seu objetivo. A própria Constituição não tem pretensão de completude. Como explica Mendes (2018, p. 935):

essa característica que empresta à Constituição a flexibilidade necessária (*Beweglichkeit*) ao contínuo desenvolvimento e permite que o seu conteúdo subsista aberto dentro do tempo (*in die Zeit hinein offen*). Têm-se, assim, a um só tempo, rigidez e flexibilidade. E, segundo Hesse, o ponto decisivo situa -se, precisamente, na polaridade desses elementos. Não se trata de eleger alternativas, mas de coordenar esses momentos. Conciliam-se, assim, estabilidade e desenvolvimento, evitando-se, de um lado, a dissolução da ordem constitucional, e, de outro, o congelamento da ordem jurídica. A Constituição escrita não se limita a estabelecer os baldrames da organização estatal e os fundamentos da ordem jurídica da comunidade, mas desempenha relevante papel como instrumento de estabilidade, de racionalização do poder e de garantia da liberdade

A Constituição Cidadã de 1988 foi erguida pelo constitucionalismo brasileiro enquanto parte desse constitucionalismo ocidental. É ela a responsável por estabilizar os elementos-chaves do projeto constitucionalista brasileiro - como Estado Democrático de Direito, Republicanismo, cidadania, dignidade da pessoa humana, separação de poderes, voto direto, periódico, universal e secreto – conjugados com contemporânea compreensão da justiça social – como mínimo existencial, proibição de retrocesso social, comunitarismo e novas acepções de normatividade e eficácia de direitos sociais (MENDES; STRECK, 2018).

Assim, é possível afirmar que a Constituição de 1988 é o mais avançado texto jurídico-político já produzido no Brasil. Inspirado nas Constituições do segundo pós-guerra, o texto da Constituição de 1988 filia-se ao constitucionalismo dirigente, compromissário e social, que tão bons frutos rendeu nos países em que foi implantado (MENDES; STRECK, 2018). Nesse sentido, Mendes afirma que o catálogo de direitos fundamentais, os direitos sociais, as ações constitucionais e tudo o que havia sido reivindicado pela sociedade foi positivado no texto constitucional. Destarte, a Constituição estabelece, já de início, que o Brasil é uma República que se constitui em Estado Democrático de Direito, trazendo explicitamente seus objetivos de construir uma sociedade mais justa, com a erradicação da pobreza, cumprindo com as promessas da modernidade (MENDES, 2018).

Nessa compreensão da Constituição de 1988 como expressão autêntica do movimento constitucionalista brasileiro e ocidental, há que se perceber a centralidade do processo hermenêutico e da jurisdição constitucional no seu desenvolvimento. Nesse sentido, Streck e Mendes defendem que a distinção entre constituição em sentido normativo (constituição jurídica) e constituição em sentido fático (constituição real) serviu e serve para realçar a condicionalidade recíproca entre ambas, de forma a obter metodicamente uma realista força normativa de Constituição. Com efeito, com apoio nos autores (STRECK, MENDES, 2018), é possível afirmar que, para imprimir força normativa a uma constituição, é necessário assegurar a sua concretização e a concretização nada mais é que o processo integral de interpretação e aplicação da norma, conforme visto no primeiro capítulo.

Nesse âmbito, tanto a doutrina como a jurisprudência compreenderam-na, a partir de uma acepção histórica, como pertencente a um movimento hermenêutico concretizador próprio – principalmente quando comparado com a baixa normatividade da Constituição anterior, própria do Governo Militar. Nesse sentido, ocorreu grande adesão às propostas teóricas de Robert Alexy, numa perspectiva argumentativa, e Ronald Dworkin, numa perspectiva hermenêutica, sobre a compreensão da dimensão principiológica das normas constitucionais e

seus processos de interpretação e aplicação, de efetividade e de controle. Inclusive, essas diferentes teorias foram abarcadas numa mesma denominação de constitucionalismo principialista (FERRAJOLLI, 2010). Nessa senda, escrevem Mendes e Streck (2018) que essa nova acepção busca dar resposta aos impasses metodológicos do positivismo subjacente nas propostas de alguns dos “neoconstitucionalistas fundadores”, evitando, do mesmo passo, cair no jogo moralista do “neojusnaturalismo”. A via escolhida foi a de seguir o rasto dworkiniano e alexyano, com certa aderência - em algum grau - à proposta dessa pesquisa.

No seu viés jurisprudencial, surgem duas facetas distintas, quais sejam: uma referente ao aproveitamento da revelação jurisprudencial do direito para ditar de forma vinculante interpretações reiteradas na apreciação de casos concretos; a segunda é a de transmutar o controle abstrato de normas em interpretações autênticas da Constituição (MENDES; STRECK, 2018). Na essência, o resultado desvirtuoso desses supostos processos interpretativos é que a Constituição e o Direito são o que o Supremo Tribunal Federal diz que é. Como reconhecido por ambos os autores e intensamente abordado na primeira parte desse trabalho, trata-se de um erro. É um erro constitucional e democrático o “achatamento do político”. O Poder Judiciário, justamente por ser instituição integrante do projeto brasileiro de Estado Democrático de Direito, não pode converter-se em sistema autorreferencial, fechado na cúpula e imune a quaisquer exigências de *accountability* (MENDES; STRECK, 2018).

Tal ponto é especialmente delicado no âmbito do órgão de cúpula do Judiciário brasileiro, que é o Supremo Tribunal Federal. O seu inegável peso político é percebido pelo grande significado jurídico de sua competência (MENDES, 2018, p. 877).

É possível perceber, a partir da conjugação desse ponto com o histórico já apresentado, que o Supremo Tribunal Federal é fruto de duas inspirações – a inspiração original da Suprema Corte americana complementada com o exemplo do Tribunal Constitucional alemão. Com isso, combinou-se um modelo de Supremo Tribunal enquanto pertencente à estrutura do Poder Judiciário e ao controle difuso de constitucionalidade, agregando funções que um Tribunal Constitucional racionalmente possui de controle concentrado (TASSINARI, 2016, p. 25). Isso equivale dizer que ele é, primeiro, órgão de cúpula do Poder Judiciário (enquanto última instância jurisdicional responsável por apresentar síntese do pensamento constitucional que foi discutido nos demais graus a partir de certo controle difuso oriundo da concretude dos casos) e, depois, instância única do controle judicial abstrato de constitucionalidade.

Ainda, é essencial observar que a Constituição brasileira de 1988 modificou a lógica preponderante do nosso sistema de controle de constitucionalidade. Nas constituições

anteriores, historicamente foi dada maior relevância ao controle difuso de constitucionalidade, compartilhado com a íntegra da Justiça Federal por elevado período de tempo e, posteriormente, universalizado nos órgãos judiciais brasileiros. Com a Constituição Cidadã, a legitimidade, os objetos e os próprios parâmetros de discussão do controle de constitucionalidade concentrado foram ampliados. Tal ponto alterou a lógica do sistema, ao fazer preponderar a importância do controle concentrado – próprio do Supremo Tribunal Federal – e reduzir o significado do controle difuso – compartilhado com os demais órgãos judiciais. Tal ponto possui o amparo da análise de Streck e Mendes (2018), que ressaltam como a ampliação do controle concentrado importa em redução do difuso.

Ilustrativo dessa alteração de lógica do sistema é perceber, por exemplo que “entre outubro de 1988 e setembro de 2010, foram distribuídas 4.441 ADIs junto ao STF, das quais 716 foram julgadas procedentes, 187 procedentes em parte, 184 improcedentes, 1801 não foram conhecidas e 1058 aguardam julgamento” (STRECK; MENDES, 2018). Ainda, o significado jurídico-político do Supremo Tribunal Federal é reforçado com o fato, por exemplo, de que 200 obtiveram deferimento de liminar, provocando alterações substanciais normativas e práticas na vida política e social da nação.

A preponderância da lógica concentrada e abstrata é explicada não só pela simples ampliação constitucional, mas, também, pela presteza e celeridade desse gênero de processo constitucional. Algumas características-chaves justificam essa prevalência como, por exemplo, a possibilidade de suspensão imediata via decisão cautelar com efeitos concretos em todo o país, a eficácia *erga omnes* das decisões e o próprio significado federativo adquirido pós-88 como, por exemplo a possibilidade de aferição de constitucionalidade de normas federais via governadores de Estado e de normas estaduais via Presidente da República. A garantia de proteção de princípios e direitos correspondentes a ideologias de Partidos Políticos por intermédio de ações constitucionais, uma vez que eles - os partidos - foram alçados a legitimados para participar desse sistema de controle. Isso significa que há, a partir de 1988, novos instrumentos jurídicos a serem usados, inclusive, na arena política, protegendo minorias e facções parlamentares. Além de tudo isso, a manutenção de competências originárias em demandas próprias da atividade pública e também relacionadas com o cometimento de crime que envolvem e importam para o mais alto escalão do Poder Judiciário, Poder Legislativo e Poder Executivo é outro fato de importante exercício de poder jurídico com elevados respaldos políticos.

Isso promoveu uma ampliação – conjugada pela inafastabilidade da revisão judicial, forte no art. 5º, XXXV, da Constituição – do número de processos a cargo do Supremo Tribunal Federal. Há que se perceber a ampliação não só do controle concentrado, mas da competência do Supremo Tribunal Federal como um todo em razão da responsabilidade de órgão de cúpula enquanto revisor de decisões de tribunais superiores, a ampliação do acesso à Justiça Federal, a criação de novos instrumentos como mandado de injunção, mandado de segurança coletivo, habeas corpus coletivo e habeas data, os quais incentivaram a chegada de processos ao Supremo. Ainda, a ampliação da regulamentação constitucional promovida pela Constituição Cidadã, que elevou consideravelmente o número de matérias com hierarquia constitucional, vincula um maior espectro de possíveis paradigmas de análise do Supremo (MENDES; BRANCO, 2018).

Tudo isso faz com que ele seja tribunal de jurisdição ordinária e, simultaneamente, uma corte constitucional. Essa dualidade – que já existia antes de 1988, e que é comum em países que não possuem uma corte encarregada única e exclusivamente pela guarda da Constituição – foi acentuada pela nova Constituição, pelos motivos vistos acima. Como consequência, o espaço para exercer função com impactos políticos também foi consideravelmente aumentado.

Segundo Rogério Bastos Arante:

não há como desconsiderar, principalmente a partir da Constituição de 1988, que o Judiciário brasileiro se tornou fator condicionante fundamental do processo político. Basta uma simples retrospectiva dos principais conflitos entre os poderes do Estado, e destes com a sociedade, nos últimos anos, para constatar que a reorganização constitucional de 1988 colocou o Judiciário na difícil posição de árbitro do jogo político entre estes importantes contendores (PAIXÃO, 2007, p. 204 a 206).

Ainda, há reflexos na própria composição da Corte Suprema na transição do regime autoritário para o democrático e na estabilização do presente regime. Assim, é importante, também, analisar sucintamente o perfil da corte. A composição da corte e a origem dos seus membros influencia a sua jurisdição, visto que possibilita maior ou menor alinhamento principiológico para com os Poderes Executivo e Legislativo.

Nesse mapeamento, é possível observar que o Presidente José Sarney, por exemplo, nomeou cinco nomes, sendo eles: Carlos Madeira, Ministro do Tribunal Federal de Recursos e primeiro ministro a ser indicado ao Supremo Tribunal Federal na nova república, Célio Borja, ex-presidente da Câmara dos Deputados e professor de Direito Constitucional; Paulo Brossard, gaúcho, Consultor-Geral da República e Ministro da Justiça com carreira política; Sepúlveda

Pertence, membro do MPDFT, advogado e Procurador-Geral da República; Celso de Mello, membro do Ministério Pública de São Paulo por quase vinte anos.

O Presidente Fernando Collor, durante três anos, nomeou quatro ministros. Primeiro, Marco Aurélio Mello, advogado trabalhista, membro do Ministério Público do Trabalho e Magistrado da Justiça do Trabalho; Carlos Velloso, integrante da magistratura federal, sendo Juiz Federal, Ministro do TFR e do STJ e professor de direito Constitucional e Direito Público; Ilmar Galvão, integrante da magistratura federal por mais de vinte anos, tendo sido Juiz Federal, Ministro do TRF e do STJ e professor universitário; Francisco Rezek, Ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Ministro das Relações Exteriores e, futuramente, viria a ser Juiz da Corte de Haia.

O presidente Itamar Franco, em 1994, nomeou Maurício Correa, advogado, senador e Ministro da Justiça. O Presidente Fernando Henrique Cardoso, em seu primeiro mandato, fez a nomeação de Nelson Jobim, seu Ministro da Justiça, advogado, professor de processo civil e Deputado Federal. Na reeleição, nomeou Ellen Gracie, Procuradora da República e Desembargadora do Tribunal Regional Federal; e Gilmar Mendes, Advogado-Geral da União e grande professor de Direito Constitucional, “autor de várias obras jurídicas de grande densidade” (PAIXÃO, 2007, p. 209).

Para lembrarmos, o Presidente Luiz Inácio Lula da Silva nomeou Cezar Peluso, integrante da magistratura paulista por quase vinte anos e professor de Direito Processual Civil; Ayres Britto, advogado, consultor-geral e procurador-geral do Estado de Sergipe, Joaquim Barbosa, membro do Ministério Público Federal por quase vinte anos e professor; Eros Grau, advogado e professor; Ricardo Lewandowski, integrante da magistratura paulista por 16 anos e professor, Cármen Lúcia, procuradora do Estado de Minas Gerais por 23 anos, Menezes Direito, político, advogado e magistrado no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro; e Dias Toffoli, advogado e Advogado-Geral da União.

A Presidente Dilma Roussef nomeou Luiz Fux, professor e integrante da magistratura fluminense por quase vinte anos, ministro do Superior Tribunal de Justiça, Teori Zavascki, advogado, Desembargador do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Rosa Weber, integrante de todas as classes da magistratura do trabalho, progressão que percorreu em 35 anos, Roberto Barroso de 1958, professor, e advogado, e Edson Fachin, advogado e professor.

O Presidente Michel Temer nomeou Alexandre de Moraes, membro do Ministério Público de São Paulo e Ministro da Justiça. Por fim, o Presidente Jair Bolsonaro nomeou Nunes

Marques, advogado, desembargador de Tribunal Regional Federal, e André Mendonça, advogado.

Paixão menciona que, em 2003, iniciou-se uma fase de “ativismo político” do Supremo Tribunal Federal, que foi motivada por nomeações do Ex-Presidente Lula ao longo dos seus mandatos:

A partir de 2003 teve início aquela que poderá vir a ser uma nova fase de ativismo político do Supremo Tribunal Federal. O Presidente Luiz Inácio Lula da Silva foi eleito por um partido político que jamais havia ocupado a Presidência da República [...] Ainda durante seu primeiro mandato, teve ocasião de nomear a maioria dos atuais ministros da Corte. Foram seis nomeações nos primeiros quatro anos de mandato. [...]. Uma renovação dessa magnitude certamente trará modificações significativas na jurisprudência do Tribunal. (PAIXÃO, 2007, p. 209)

E realmente ocorreu uma mudança de perfil da Corte – seja pela maior presença de perfis técnicos como pela presença – inédita até 1999 - de mulheres. Atualmente, o tribunal mantém-se com duas mulheres entre os onze integrantes – Ministra Carmen Lúcia e Ministra Rosa Weber.

Além disso, há 9 professores de Direito (Luiz Fux, que é professor de Processo Civil; Enrique Lewandoski, que é professor de Teoria Geral do Estado; Edson Fachin, que é professor de Direito Civil; André Mendonça, que é professor de Compliance e Teoria do direito). Desses, há cinco professores ou ex-professores universitários de Direito Constitucional (Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Roberto Barroso, Alexandre de Moraes).

Imediatamente antes de ingressarem no Supremo Tribunal Federal, os atuais ministros eram advogados (Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Roberto Barroso, Edson Fachin e Cármen Lúcia), Desembargadores (Nunes Marques e Enrique Lewandoski) e integrantes de Tribunal Superior (Luiz Fux, oriundo da magistratura estadual; Rosa Weber, oriunda da magistratura trabalhista), Ministro da Justiça (Alexandre de Moraes, que foi advogado antes disso; André Mendonça, que foi Advogado-Geral da União antes disso);

Na parte acadêmica, há 8 doutores (Gilmar Mendes, que é doutor pela Westfälische Wilhelms-Universität Münster com revalidação pela Universidade de São Paulo como Doutor em Direito do Estado; Luiz Fux, que é doutor em direito processual civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro; Enrique Lewandoski, que é doutor em Direito pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco; Roberto Barroso, que é doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro; Edson Fachin, que é doutor em Direito das Relações

Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Alexandre de Moraes, que é doutor em Direito do Estado pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco; Nunes Marques, que é Doutor em Direito pela Universidade de Salamanca na Espanha; André Mendonça, que é doutor em Direito pela Universidade de Salamanca na Espanha), 1 mestre (Cármem Lúcia, que é mestra em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais) e 2 bacharéis (Rosa Weber, que é formada pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Dias Toffoli, que é formado pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo).

Outro ponto interessante é a falta de Ministros com experiência em cargo eletivo do Legislativo ou do Executivo. Sob o império da Constituição Federal de 1988, apenas quatro ministros representaram cargos eletivos antes, sendo eles Célio Borja – que foi Deputado Federal, Paulo Brossard – que foi Deputado Federal e Senador da República –, Nelson Jobim – que foi Deputado Federal – e Maurício Corrêa – que foi Senador da República. Isso significa menos de 15% dos ministros nomeados. Na história do Supremo Tribunal brasileiro, segundo Paixão (2007), há uma maior presença de ministros oriundos de cargos eletivos. Nesse sentido:

merece destaque [...] o fato de nenhum dos atuais ministros ter experiência como titular de cargo eletivo, seja no Poder Legislativo, seja no Executivo. Em relação ao que normalmente ocorre nas cortes constitucionais, e vinha ocorrendo também no Brasil, atualmente faltam ministros que tivessem exercido atividade político-partidária antes do ingresso no Supremo Tribunal Federal. A história tem demonstrado que a presença de alguns integrantes com experiência política contribui para o bom funcionamento das cortes constitucionais. Um dos maiores juízes da Suprema Corte americana foi político: o ex-Governador da Califórnia Earl Warren. No Brasil, tiveram destaque como Ministros do Supremo Tribunal Federal Epitácio Pessoa (que foi Deputado Federal, Senador e Presidente da República), Pedro Lessa (Deputado Estadual), Pires e Albuquerque (Deputado Estadual), Carlos Maximiliano (Deputado Federal), Anibal Freire (Deputado Estadual, Deputado Federal e Ministro da Fazenda), Candido Motta (Deputado Estadual) e entre tantos outros, para ficar apenas nos mais antigos. Recentemente, o Supremo Tribunal Federal contou com os ministros Maurício Correa (Senador) e Nelson Jobim (Deputado Federal e Ministro da Justiça). Um Tribunal composto apenas por técnicos competentes pode ganhar em profundidade na análise jurídica, mas perder em sensibilidade social. Evidentemente, um Tribunal de composição excessivamente política também pode gerar inconvenientes decorrentes de um conhecimento jurídico menos abrangente. (PAIXÃO, 2007, p. 210)

Provavelmente, no plano doméstico, a atual composição da corte, a ausência de ministros com experiência em cargos eletivos, a nova estrutura de competências com as novas ações constitucionais que tutelam, também, as omissões inconstitucionais, a ampliação do controle concentrado de constitucionalidade, seus legitimados ativos e passivos, objetos e

paradigmas cumulada com a extensão do texto constitucional e, ainda, a fé depositada em ser o Supremo Tribunal o principal mecanismo para solucionar o dilema institucional do presidencialismo de coalizão e, no plano ocidental, a consolidação das cortes constitucionais enquanto fundamentais para a proteção e o desenvolvimento dos direitos humanos e fundamentais, acompanhamento da transição de um regime autoritário para um democrático e, ainda, o reconhecimento político da vantagem da transposição de competências às cortes pela diminuição de custos políticos em temas sensíveis, em conjunto, todos esses elementos construíram um contexto que possibilitou larga expansão do Supremo Tribunal Federal e, em algum grau, uma diluição da fronteira entre o político e o jurídico.

Sintomático disso, na jurisprudência constitucional brasileira, é, por exemplo, as evoluções jurisprudenciais do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, do mandado de segurança relacionado com indicação de autoridades executivas federais e da prisão em segunda instância.

Sobre o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, é interessante observar que o Supremo Tribunal Federal, até 2007, adotou a posição não-concretista – isso significa que a decisão limitava-se a decretar a mora do poder omissor e, portanto, reconhecer sua inércia sem criar condições jurídicas materiais para regular o exercício do direito em questão⁸¹. A partir de 2007, o Tribunal alternou com decisões de cunho concretista individual intermediário – posição sustentada pelo Ministro Néri da Silveira⁸², que fixa prazo para o órgão omissor elaborar a norma regulamentadora e, findo tal prazo e mantida a inércia, haveria espaço para o próprio Tribunal prever as formas de assegurar o exercício do direito do impetrante. Também a partir de 2007 e cada vez mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal tem se manifestado com viés concretista geral, ou seja, o Tribunal supre a omissão de caráter normativo, produzindo decisões com efeitos *erga omnes*, regulamentando o exercício do Direito e substituindo o poder regulamentador e, as vezes, até legislador do órgão omissor⁸³. Tal ponto mesmo a despeito de previsão expressa da Lei nº 13.300/2016 que adota, em regra, a corrente concretista individual. Interessante pontuar que a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão perpassou caminho jurisprudencial semelhante.

⁸¹ Nesse sentido, vide MI nº 107/DF (BRASIL, 1990) e MI nº 20 (BRASIL, 1994).

⁸² Nesse sentido, vide MI 232-1/RJ (BRASIL, 1991)

⁸³ Vide MI nº 670 (BRASIL, 2007), MI nº 708 julgado em 2007 (BRASIL, 2007), mais recentemente, o MI nº 4733/DF (BRASIL 2020).

Em casos de omissões do Poder Legislativo, o início da jurisprudência apontava para o simples reconhecimento formal da mora. Com isso, o período do nascedouro da tutela das omissões inconstitucionais com o documento de 1988 foi marcado pela semelhança e proximidade de efeitos entre o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão com clara autocontenção por parte do Supremo Tribunal Federal. A partir de 2007, o Tribunal inovou no mandado de injunção, chamando para si o papel de regulamentar diante da omissão do Legislativo, por exemplo. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, por sua vez, também em 2007, o Supremo passou a determinar de forma cada vez mais comum prazo específico⁸⁴ – poder não previsto de forma explícita na Constituição de 1988 – para o Poder Legislativo. Aqui, ADO e MI afastaram-se da autocontenção do papel do tribunal no escopo do seu espaço de decisão. Mais recentemente, contudo, elas voltaram-se a aproximar com o paradigmático julgamento da ADO nº 26 (BRASIL, 2020a) e do MI nº 4733 (BRASIL, 2020b), que foram julgados em conjunto para criminalizar a homofobia.

Não é esse o espaço para uma análise aprofundada dos erros e acertos da decisão, mas, inegavelmente, isso demonstra que a tese de Paixão de que o Supremo Tribunal Federal passaria por uma mudança de postura no sentido de expandir seus poderes, competências e diminuir sua autocontenção está acertada. Inclusive, tal ponto é concretizado a partir de uma certa diluição das fronteiras entre a política e a jurisdição e, conseqüentemente, o correto uso de argumentos legítimos em cada espaço. Também ilustrativo do aqui exposto, é a jurisprudência relacionada com a execução provisória da pena de prisão em segunda instância. Tal tema sofreu três alterações jurisprudenciais num espaço de 10 anos, com graves reflexos para a sociedade e para o próprio cenário eleitoral brasileiro. Afinal, com o Habeas Corpus nº 84.078 (BRASIL, 2009) e o Habeas Corpus nº 126.292 (BRASIL, 2016) e as ADCs nº 43, 44 e 54 (BRASIL, 2019a, 2019b e 2019c), o Supremo Tribunal Federal mudou três vezes, sendo a primeira em 2009, a segunda em 2016 e a terceira em 2019. Isso sem alteração substancial da norma constitucional sobre o tema.

De outro giro, diante de todos os fatores já mencionados, o Supremo Tribunal Federal escalou ao mais alto grau de importância política nacional. Contudo, quando esse órgão apresenta indícios de conversão a um sistema autorreferencial, enclausurado na sua própria cúpula e blindado de exigências de *accountability*, corre-se um especial risco constitucional-

⁸⁴ Por exemplo, ADI nº 3.682 (BRASIL, 2007).

democrático. Há um risco de a supremacia constitucional ser substituída pela supremacia judicial, conforme denuncia Tassinari (2016).

Nesse sentido, leituras transversas da combinação das suas fontes de inspiração estadunidense e germânica possibilitam uma alma intensamente política para o Supremo Tribunal Federal, que pode carregar as expectativas de ser não só o guardião da Constituição, mas também das próprias promessas constitucionais e árbitro dos infindáveis problemas políticos brasileiros, e com o risco de se autocompreender capaz para tanto. A análise de Tassinari (2016, p. 29 a 32) é precisa:

É possível dizer que a atuação do judiciário brasileiro, em especial do Supremo Tribunal Federal, que acaba atingindo ares de supremacia na atual conjuntura, foi possibilitada pela mistura dessas duas tradições (common law e civil law, estadunidense e germânica), uma vez que reuniu em sua mais alta instância jurisdicional, isto é, em um único órgão, o poder de decidir sobre disputas judiciais envolvendo sujeitos de direito, gerando efeitos exclusivamente entre as partes – controle difuso, de origem norte-americana; mas também de promover a discussão sobre a constitucionalidade das leis, um debate que visa a colocar o ordenamento jurídico sob a proteção da constituição, que produz efeitos para todos (erga omnes) – controle concentrado, influência germânica. Só que, a partir desta mescla, pode-se pensar em um outro interessante desdobramento, que se aproxima diretamente com a linha de desenvolvimento da tese: no que diz respeito à dimensão política de sua atuação, a postura do STF reflete, ao mesmo tempo,

- a) Por inspiração de uma leitura que se faz do modelo norte-americano: um papel progressista estratégico na disputa política – um tribunal propulsor político de novos direitos e promovedor de liberdades no julgamento de controvérsias subjetivas (então a decisão judicial passa a ser meio de movimentação/modificação/transformação política);
- b) Por assimilação de um olhar que recai sobre o modelo germânico: uma função política deslocada para o âmbito de concretização (ou efetivação) de direitos – um tribunal que se volta à implementação de expectativas normativas, através de um perene dever de revisão constitucional que se direciona a um projeto político já existente – seja por disposições constitucionais ou por previsão legislativa – e, por isso mesmo, de cunho universalizante.

[...] Na história recente, o Supremo Tribunal Federal imprime em sua atuação uma função política progressista da decisão judicial, um papel preponderante e determinante na definição das principais controvérsias da sociedade (que pode ser vista como característica da Suprema Corte norte-americana), o que acaba se legitimando a partir de um discurso de concretização, compreendida não como aplicação da norma ao caso, mas, exatamente por estar unida a essa espécie de objetivo político do judiciário que se sobrepõe inclusive às esferas majoritárias de poder, como promoção judicial (que, em muitas situações, ganha ares de apelo e simpatia social, certo populismo). (TASSINARI, 2016, p. 31 e 32)

Diante disso, é possível apontar que um dos grandes problemas brasileiros consiste em conjugar dois modelos de controle de constitucionalidade e duas inspirações de tribunais distintas, ou seja, o modelo difuso próprio da Suprema Corte americana e o modelo concentrado próprio do Tribunal Constitucional alemão (TASSINARI, 2016, p. 90). Com efeito, o Supremo

Tribunal Federal é, ao mesmo tempo, a mais instância jurisdicional (quando suas decisões possuem efeitos entre as partes) e instância originária (cujos posicionamentos geram efeitos para todos). A problemática aumenta quando as inspirações, que fluem em movimentos contrários, são conjugadas numa leitura dominante de supremacia a custas de competências de outros Poderes Políticos, consoante argumenta Tassinari:

no caso norte-americano, a dimensão política de atuação da Suprema Corte provoca a existência de um projeto de universalização que visa à concretização; no contexto germânico, tem-se uma expectativa de concretização que objetiva a universalização. Na hipótese brasileira, como há uma mistura desses elementos (que, como observado, não reduzem à mera análise sobre os efeitos da decisão), o STF julga em sede de controle difuso, mas pretende que sua decisão produza efeitos para todos (situação que até é abrangida pela constituição, mas exige a intervenção do Senado Federal – art. 52, X, CF) – caso de mutação constitucional (tese presente no julgamento da reclamação n. 4335/AC). (TASSINARI, 2016, p. 90)

Vive, portanto, o Supremo Tribunal Federal entre uma autocompreensão de supremacia judicial e outra de legítimo guardião constitucional. A supremacia judicial, quando exercida, é, inclusive, consentida como afirma Tassinari (2016). A análise de Tassinari é reforçada pelos pontos acima abordados. Ainda, válido reforçar que, como já mencionado, havia a esperança de ser o Supremo Tribunal Federal o responsável por resolver o dilema institucional brasileiro, conforme denominação de Abranches (1988). Isso significa que as instabilidades políticas geradas pelo modelo de presidencialismo de coalizão no contexto brasileiro, consoante detalhamento feito no ponto anterior, deveria encontrar solução de estabilidade, em 1988, no mais alto órgão jurisdicional pátrio, que é realocado em importância e competência constitucionais no paradigma cidadão.

Segundo, é perceptível da análise da história constitucional brasileira que, frequentemente, o Judiciário foi considerado o Poder Político ideal para estabilizar e preservar conquistas civilizatórias. Exemplos dessa tradição são: a Justiça Federal e o Federalismo na Constituição de 1891, a Justiça Eleitoral e a reforma do sistema eleitoral para diminuição das fraudes em 1932 e com reflexos na Constituição de 1934, a Justiça do Trabalho e a proteção de direitos sociais com a incorporação do viés social nas Constituições de 1934, 1937 e, especialmente, na de 1946.

Interessante observar como a história constitucional brasileira recorrentemente depositou no Judiciário a expectativa não só de assegurar Direitos, mas de estabilizar o próprio processo de conquista deles. Nesse ponto, é interessante pontuar como a evolução do constitucionalismo brasileiro esteve relacionada com uma ampliação da proeminência do Poder

Judiciário e do próprio Supremo Tribunal Federal. O órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro ascendeu de relevância e significado jurídico-político, conforme a história brasileira desenrolou-se. Mais que isso, esses fenômenos de expansão foram especialmente verdadeiros nos regimes democráticos com destaque para as escaladas com as Constituições de 1891, 1946 e 1988. A cada nova Constituição democrática, mais proeminente ficou o Supremo Tribunal Federal até alcançar o seu atual ápice.

Com efeito, o viés de supremacia judicial do Supremo Tribunal Federal, defendido e sustentado ocasionalmente, apesar de ilegítimo, não é completamente descolado da história institucional brasileira. Independente disso, a perspectiva da supremacia judicial do Supremo Tribunal é inegavelmente fundada numa interpretação inautêntica da nossa tradição, visto que, conforme minuciosamente demonstrado (TASSINARI, 2016; ALEXY, 2017b; STRECK, 2011; MENDES e BRANCO, 2018), a única supremacia possível é a da própria Constituição, e, consoante exaustivamente defendido por Streck (2011; 2014), a Constituição não é o que os tribunais dizem que ela é.

Compreender esse contexto possibilita perceber o cenário de expectativa e realidade no qual o Supremo Tribunal Federal insere-se na realidade constitucional brasileira contemporânea. Essa clareza dos pré-conceitos autênticos e inautênticos da própria inserção jurídica, política e social do Supremo Tribunal brasileiro possibilita iluminar os critérios que devem ser priorizados na Jurisdição Constitucional ordinária, como já feito pela Crítica Hermenêutica do Direito, e, especialmente, pois o foco da tese, na Jurisdição Constitucional extraordinária própria de períodos de crise. Essa última sendo o foco da próxima parte do trabalho.

Ainda, nesse ponto, conjugam-se a primeira e a segunda parte da tese, visto que a resposta para essa possível problemática posta no segundo capítulo – qual seja: a pontual diluição da fronteira entre o político e o jurídico na jurisdição constitucional que tem por fim as fissuras do fechamento jurídico para aberturas discricionárias e, quiçá, até autoritárias – encontra resposta numa estruturada Teoria da Decisão compromissada com um viés cognitivista que apresente critérios para o controle intersubjetivo de decisões judiciais e para o legítimo espaço de atuação da Corte Constitucional brasileira. Assim, o problema da segunda parte é respondido pela primeira. Mas a tese não se encerra aqui, pois o atual cenário não é de uma Jurisdição Constitucional ordinária, mas de uma Jurisdição Constitucional Extraordinária que necessita enfrentar crises e processos de degeneração política, o que será analisado, a partir de argumentos postos na parte 1 e 2, na terceira e última parte dessa pesquisa.

Com isso, já é possível assentar premissas para a proposta de critérios que está por vir como a necessidade de uma Teoria da Decisão com um claro recorte cognitivista e que defenda a racionalidade dos juízos morais e jurídicos, que promova e guarde a supremacia constitucional e que demande razões de decisão próprias do fenômeno jurídico, auxiliando na reconstituição da fronteira entre o político e o jurídico. Isso com a necessária abertura hermenêutica ao contexto brasileiro marcado por degeneração e crises.

3.8 CONSIDERAÇÕES PARCIAIS

O objetivo da pesquisa é investigar as condições de legitimidade e de correção para uma jurisdição constitucional em momentos de crise constitucional como a enfrentada pelo Brasil na pandemia da COVID-19. Para tanto, o primeiro capítulo investigou uma teoria da decisão que ofereça bons critérios de legitimidade e de correção das decisões judiciais a partir de um compromisso com uma perspectiva cognitivista do fenômeno jurídico. Nesse segundo capítulo, o foco foi a evolução do constitucionalismo ocidental e do brasileiro.

A importância da história para iluminar o presente e o futuro é inegável. Maquiavel, preocupado com crises e abusos políticos de sua época, escreve que o estudante do passado pode prever e solucionar diversos problemas do Estado que se apresentarão no futuro. Quando a resposta não está na história, ela, indubitavelmente, serve como boa inspiração.

Tal constatação não é diferente quando enfrentamos problemas constitucionais. Afinal, eles são, na essência, problemas de Estado. Se o Brasil enfrenta, hoje, graves tensionamentos políticos que motivam e originam decisões polêmicas por parte da Suprema Corte pátria, o nosso passado institucional é boa fonte de inspiração para buscarmos respostas. Esse é o objetivo desse segundo capítulo da pesquisa.

Reconstruir histórica e teoricamente a evolução do conceito de “*rule of law*” para compreender como se assenta o paradigma do Estado Democrático de Direito, previsto na nossa Constituição, ao mesmo tempo em que se reconstrói a nossa história constitucional brasileira, revolvendo-se o chão linguístico no qual ambos os conceitos estão assentados – por mais que de forma breve – iluminam possíveis propostas de solução e esclarecem a nossa tradição.

Com isso, é possível adaptar a proposta teórica do primeiro capítulo às necessidades e características específicas do Brasil contemporâneo. Como resultado, espera-se construir critérios que auxiliem a jurisdição constitucional brasileira em momentos extraordinários como

de enfrentamento a crises constitucionais, originando, assim, uma proposta propriamente brasileira.

Diante disso, algumas considerações parciais são dignas de nota. Primeiro, tanto a evolução do Estado de Direito como o desenvolvimento da nossa história constitucional não foram lineares. Ambas evoluções ocorreram com avanços e retrocessos, caminhos e descaminhos. Exemplo sintomático disso são os institutos que legitimam a atuação protagonista do Poder Judiciário na concretização da autoridade do Direito brasileiro hoje.

Nessa senda, o controle difuso e o controle concentrado de constitucionalidade tiveram origens duvidosas, oriundas de avanços sem restrições constitucionais claras, sem o devido respeito pelos limites jurídicos das competências de suas autoridades e com significativos desvios de finalidades. Contudo, a despeito dessa origem, ambos instrumentos são importantíssimos no desenvolvimento da história constitucional brasileira e na Constituição atual. Além da importância, ambas formas de controle passaram, a partir de seu distanciamento da origem, por um verdadeiro filtro constitucional e democrático. Com isso, transformando-se em relevante forma de avanço civilizatório, manutenção e desenvolvimento dos direitos e garantias fundamentais e limitação dos poderes políticos, cumprindo, portanto, sua finalidade mais autêntica.

O início do controle de constitucionalidade difuso brasileiro ocorreu por vias tortas. Afinal, a Justiça Federal e o seu norte de ser a guardiã das promessas constitucionais de 1891 e dos princípios dos revolucionários tiveram, como instrumento de criação, autoridade do Poder Executivo sem legitimidade democrática que exerceu seus poderes com claro abuso do poder regulamentador e com o duro objetivo de impedir a ascensão do adversário político, conforme estudado no ponto 3.6.

Da mesma forma, o controle de constitucionalidade concentrado brasileiro também surgiu por vias autoritárias. Em plena ditadura militar, esse foi o instrumento identificado pelo governo autoritário para controlar a jurisdição e esvaziar o poder de tribunais estaduais mais garantistas e vanguardistas, consoante pesquisado no ponto 3.6.

Ambos instrumentos – tanto o controle de constitucionalidade difuso como concentrado –, hoje, são dos mais relevantes para a manutenção do nosso Estado Democrático de Direito e das nossas promessas constitucionais, conforme visto ao longo de todo o segundo capítulo e no subcapítulo 3.6 com maior foco. Eles, hoje, asseguram a reprodução de diversas conquistas civilizatórias, limitando o poder e desenvolvendo direitos e garantias. Essa capacidade de filtrar

instrumentos de poder e transformá-los em virtuosas garantias de manutenção de avanços civilizatórios e democráticos é importante de ser destacada e percebida.

Tal ponto é especialmente verdadeiro na ascensão do Supremo Tribunal Federal enquanto autêntica corte suprema responsável pela interpretação no controle difuso e no controle concentrado de constitucionalidade. Este último compreendido enquanto uma tentativa de resposta ao problema institucional brasileiro percebido na primeira versão do presidencialismo de coalizão, qual seja: uma instância constitucional responsável por solucionar as crises e aliviar o tensionamento entre as disputas do Executivo com o Legislativo.

Segundo, o constitucionalismo brasileiro é marcado por uma baixa constitucionalidade. Como explica Streck (2014a, p. 83 a 108), a baixa constitucionalidade é um fator preponderante para uma histórica inefetividade das constituições brasileira, contribuindo tanto para desvirtuamentos de projetos democráticos a exemplo de 1891 e 1946 como para o assentamento de governos autoritários como os projetos de 1937 e 1964. A função mais autêntica da Constituição de conformar o exercício de poder e impedir o seu uso autoritário restou, por diversas vezes, eclipsada por uma baixa normatividade das constituições brasileiras. O próprio movimento constitucional brasileiro, historicamente, é marcado por essa baixa constitucionalidade.

Ademais, a baixa constitucionalidade é acompanhada de uma baixa jurisdicionalidade constitucional autêntica, em outras palavras, a jurisdição constitucional brasileira teve dificuldades de se consagrar num exercício autêntico de limitação dos Poderes Políticos em prol da Constituição e dos direitos fundamentais. Numa perspectiva histórica, por exemplo, percebe-se uma baixa jurisdicionalidade constitucional no Brasil Império, no período Vargas e na Ditadura Militar. Esses três momentos, que cortam períodos de vigência das constituições de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1969, contaram com posturas subservientes e contidas do órgão de cúpula do Poder Judiciário e de limitações, características essas que diversas vezes foram impostas pela força. Tais características não marcam toda a história da jurisdição constitucional brasileira. Sob a égide das constituições de 1891 e 1946, o projeto democrático brasileiro viveu sob o escudo de autêntica jurisdição constitucional que diversas vezes enfrentou os Poderes Políticos representativos na defesa de garantias constitucionais. Contudo, mesmo nesses dois períodos, o Supremo Tribunal Federal, apesar de possuir diversos julgados importantes que ilustram o autêntico exercício de um Poder Contramajoritário como defendido por Alexy na primeira parte do trabalho, limitou-se a fazê-lo num controle difuso de constitucionalidade com efeitos *inter partes*. Em outras palavras, o Supremo não ocupou a

mesma função que o seu paradigma norte-americano de guardião da Constituição. Ademais, em diversos momentos desses dois períodos, o Supremo Tribunal Federal exerceu consideráveis autocontenção e parcimônia.

Terceiro, as baixas constitucionalidade e jurisdicionalidade constitucionais não significam inefetividade. A história institucional demonstra que as leis fundamentais brasileiras apresentam sinais de efetividade desde 1824. Não é exigível, da Carta de 1824 ou da Constituição de 1891, o mesmo grau e forma de limitação que a Constituição de 1988 exerce, visto que marcada por uma ampla mudança de paradigma de normatividade, como bem explica Streck (2018).

Contudo, há importantes decisão oriundas do Legislativo e do Judiciário desde 1824, passando por importantes limites impostos pelo Supremo Tribunal Federal ao Executivo sob a égide da Constituição de 1891 e ao longo de toda a nossa história institucional que não podem ser negados. As constituições brasileiras – especialmente a de 1891 e 1946 – manifestaram-se na prática e constrangeram autoridades, inserindo-se na consciência coletiva brasileira. Há diversos exemplos históricos brasileiros de importantes conquistas civilizatórias, freios às autoridades políticas e estrangimentos epistemológicos que só foram possíveis em razão das nossas constituições passadas. Algo reconhecido, inclusive, pelos constitucionalistas da época. Com isso, a teoria da inefetividade constitucional histórica equivoca-se ao negar a efetividade das constituições anteriores a de 1988⁸⁵. Negar a tradição constitucional brasileira é desviar o foco de importantes lições históricas.

Quarto, percebe-se, inserido nessa (baixa) efetividade constitucional histórica, um verdadeiro crescendo de importância do Poder Judiciário brasileiro como ator institucional garantidor da Lei Fundamental e limitador das demais autoridades políticas em prol de direitos fundamentais. A Suprema Corte brasileira – e o Judiciário como um todo - cresce ao longo da nossa história institucional, expandindo suas competências e fortalecendo sua importância constitucional ao longo de mais de 100 anos. Tal ponto é extremamente interessante, pois, frequentemente, a resposta para assegurar avanços civilizatórios e limites ao poder da maioria esteve em depositar confiança no Judiciário brasileiro. Foi assim com a defesa do sistema

⁸⁵ Nesse sentido, indica-se: LYNCH, Christian Edward Cyril; DE MENDONÇA, José Vicente Santos. Por uma história constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade. *Revista Direito e Práxis*, [S.l.], v. 8, n. 2, p. 942-973, jun. 2017. ISSN 2179-8966. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/25654>>. Acesso em: 05 maio 2022. doi:<https://doi.org/10.12957/dep.2017.25654>.

federalista em 1891. Também foi assim com a reforma do sistema eleitoral em 1932, incluída como disposição constitucional em 1934. Da mesma forma, essa foi a resposta em prol de direitos dos trabalhadores em 1934. Essa também foi a resposta para a manutenção da coerência constitucional em 1967, com o necessário filtro constitucional em 1988. Indubitavelmente, muitas vezes essas disposições passaram por filtros constitucionais e democráticos como já mencionado e defendido por Streck (2014). Contudo, é extremamente interessante que o Brasil, sistematicamente, depositou confiança no Judiciário, enquanto ator institucional, para garantir avanços e corrigir o sistema constitucional.

Quinto, quando se analisam os fundamentos da evolução do constitucionalismo e a expansão do Poder Judiciário na doutrina, cinco teses adquirem preponderância doutrinária, sendo elas a tese da proliferação democrática, a tese da evolução dos direitos, a tese funcionalista, a tese da economia institucional e a tese dos grupos políticos. Na doutrina nacional, comumente se estudam as duas primeiras, quais sejam: a proliferação democrática e a evolução dos direitos. A ideia central da primeira é que a ascensão do poder judicial está vinculada com a expansão do *ethos* e da prática democrática no mundo ocidental. Isso, pois a realocação de poder tratada anteriormente ocorreu primeiro em democracias e/ou países que faziam a transição para a democracia. Com isso, o amadurecimento democrático brasileiro naturalmente implicaria numa expansão do Poder Judiciário, segundo tal teoria. A lógica central da segunda, ainda mais popular que a primeira, é que o conceito contemporâneo de democracia inclui, além da atribuição de direitos de participação nas decisões coletivas, o respeito à regra majoritária e a preservação de um catálogo homogêneo de direitos e deveres fundamentais. Esse conceito contemporâneo implica numa ampliação e evolução dos direitos que só pode ser mantida e protegida pelo Poder Judiciário, visto que o poder político, manifestado na regra da maioria, é uma ameaça para tais direitos. Tal é a perspectiva alexyana, consoante estudado no primeiro capítulo.

Contudo, no limitado recorte feito da história constitucional brasileira, percebeu-se que, pelo menos, uma outra teoria é essencial para compreender a expansão do Poder Judiciário brasileiro e diversas das mais importantes e relevantes conquistas civilizatórias nacionais, qual seja: a tese dos grupos políticos. Essa tese tem como perspectiva uma aproximação estratégica e realista da expansão do Poder do Judiciário focada nos vários atores detentores de poder e nos incentivos em interesse próprio na deferência para com o Judiciário. O conceito central dela é que, por detrás da expansão de poder do Judiciário brasileiro, há motivos políticos relacionados

com interesses estratégicos dos detentores de poder que independem de um aprimoramento do *ethos* desses atores ou da compreensão deles da doutrina democrática.

Há, na essência, interesses políticos contextualizados desses atores. Duas características oferecidas pelo Judiciário contribuem para nortear alocação de poder nos órgãos judiciais nacionais, quais sejam: diminuição no custo de decisão e estabilização de decisões benéficas. Analisando a última em especial, percebe-se que ela motivou – de forma clara – tanto a instituição do controle difuso como o controle concentrado de constitucionalidade brasileiro. Dois instrumentos estruturantes do Supremo Tribunal Federal brasileiro hoje podem – e devem – ser explicados (também) pela tese dos grupos políticos sob pena de não bem compreender a origem, a tradição e as expectativas originais para com esses institutos/poderes. Além disso, é relevantíssimo que as nossas transições constitucionais e importantes partes dos documentos constitucionais pátrios são limitadamente explicadas pelas teses da proliferação democrática ou da evolução dos direitos. Conhecer minimamente a dinâmica dos grupos políticos é essencial para compreender a alocação de poderes e de competências na dinâmica constitucional e, para tanto, reconhecer a importância dessa tese é um acréscimo significativo.

Com efeito, entende-se que há uma importante relação de complementaridade entre as teses de proliferação democrática, de evolução de direitos e de grupos políticos que, apenas em conjunto, iluminam a expansão do Poder Judiciário brasileiro. Essas teses são essenciais para possibilitar 1) o filtro constitucional-democrático pelo qual diversos instrumentos brasileiros passaram e continuarão a passar e 2) a análise genético-crítica desses instrumentos, ou seja, avaliar se os motivos que o originaram continuam sendo coerentes com as circunstâncias presentes e futuras e/ou se há novos motivos que os justificam.

Com efeito, entende-se que a justificativa para essa ascensão do Judiciário brasileiro ao longo da nossa história institucional está amparada nas três teses expostas. Primeiro, a tese dos grupos políticos, consoante diversas vezes apontado ao longo do subcapítulo 3.5, explicou o motivo desses avanços acontecerem em determinado período e determinada quadra histórica. Por exemplo, de forma simplista, a criação da Justiça Federal foi uma forma de manter a estrutura federativa a salvo dos adversários políticos dos governantes no regime de transição. Na mesma lógica, o controle concentrado de constitucionalidade no período da Ditadura Militar. Segundo, a aplicação da tese da evolução dos Direitos é uma interessante lente de análise dos debates constituintes, que foram marcados pela utilização de doutrina estrangeira e relevantes diálogos constitucionais, especialmente no tocante aos direitos fundamentais e sua proteção. Apesar de níveis distintos de maturidade cívica e de conhecimento da doutrina

estrangeira mais atualizada ao longo da nossa histórica constitucional com, por exemplo, maior precariedade em 1824 e maior desenvoltura em 1988, o fato é que constituições e tendências políticas e jurídicas estrangeiras foram utilizadas como inspiração e exemplo para diversos dispositivos constitucionais, o que possibilitou o Brasil acompanhar as tendências de evolução dos direitos no mundo ocidental. Nesse sentido, é visível a adoção de instrumentos constitucionais do modelo norte-americano e germânico, por exemplo. Com isso, é possível reconhecer o alinhamento entre a evolução dos direitos ocidental, a história constitucional brasileira e a expansão do nosso Judiciário.

Por fim, também a tese da proliferação democrática contribuiu para que o Judiciário servisse como instrumento de manutenção das conquistas civilizatórias. Afinal, é ele a tentativa de solução de diversos problemas estruturais brasileiros, conforme já afirmado, como, por exemplo, o dilema institucional de 46, o problema do sistema eleitoral de 1930 e a manutenção da federação.

Sobre o sexto ponto, é importante reconhecer que esses avanços civilizatórios e constitucionais não são estanques ou imutáveis. Ademais, eles e, com eles, a alocação de poder em diferentes órgãos institucionais não são desenhos perenes, mas circunstanciais e condicionais. É inegável a importância da estabilidade institucional, mas ela não pode ser confundida com imutabilidade. Nesse contexto, é mister reconhecer a relação entre as características institucionais, sociais e políticas do país e a divisão da responsabilidade de solucionar desacordos morais no debate público. Na essência, reconhece-se a relação entre a transferência de poder estatal – antes eminentemente político – para o Poder Judiciário e o nível de maturidade democrática de um país. No caso brasileiro, como visto, por uma considerável fragilidade institucional que o caracteriza como uma democracia frágil e/ou fraca.

Contudo, isso traz uma conclusão relevante, qual seja: a atual estrutura não é acabada e perfeita em razão de uma evolução ética-democrática compartilhada, mas condicionalmente motivada por características próprias das instituições, dos grupos políticos e da história brasileira. A própria correção dessa alocação de poder é umbilicalmente dependente dessas condições, que precisam se manter para continuar a justificar o atual desenho.

Além disso, numa perspectiva histórica, percebe-se que o Poder Executivo Federal frequentemente foi o autor responsável por desequilibrar o sistema constitucional, acumular e centralizar poderes e, muitas vezes na base da força, substituir a própria supremacia constitucional pelo incontrolável exercício de poder fático e político. Há uma intrínseca relação

entre a baixa constitucionalidade e jurisdição constitucional brasileira com o protagonismo do Poder Executivo Federal ao longo da nossa história institucional.

Se é assim, adquire relevância a percepção de que a Constituição Federal de 1988 opera em lógica distinta. A manutenção da supremacia constitucional e a ascensão do Poder Judiciário contribuem para manter o Poder Executivo Federal controlado dentro dos limites constitucionais. A complementação do nosso sistema jurisdicional com o controle concentrado de constitucionalidade proposto pela Constituição Federal de 1988 é um fator relevante de estabilidade institucional e um importantíssimo mecanismo de controle dos Poderes Políticos, sendo especialmente importante na limitação do Executivo.

O sistema de presidencialismo de coalizão, na versão inaugurada pela Constituição Cidadã, ganhou importante instrumento de estabilização com o novo papel do Supremo Tribunal Federal, que o exerce cada vez de forma mais ativa em contraposição ao seu histórico de parcimônia. Justamente a relação entre a jurisdição constitucional e o contexto do constitucionalismo contemporâneo brasileiro e as crises constitucionais serão o foco do próximo capítulo, responsável por propor os critérios auxiliares de uma jurisdição constitucional extraordinária brasileira.

4 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL EXTRAORDINÁRIA: CONTEXTO, CRISES E CRITÉRIOS⁸⁶

O terceiro capítulo está dividido em duas partes. Na primeira, dedicou-se a analisar as circunstâncias institucionais brasileiras atuais. Na segunda, a partir de uma teoria da decisão judicial responsável, do respeito à autoridade da tradição e do contexto institucional brasileiro atual, a pesquisa propõe critérios legitimadores da jurisdição constitucional extraordinária em momentos de crise constitucional.

4.1 DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO

A democracia constitucional é, essencialmente, um conceito interpretativo. Destarte, é esperado que o conceito evolua. O conceito da democracia constitucional desenvolveu-se de um sistema comprometido primariamente com o *rule of law* e com os direitos individuais – os direitos de primeira dimensão – para um sistema cujo norte é a promoção sistemática da dignidade da pessoa humana (GRABER, 2018, loc. 17892).

Para bem compreender essa transformação, Klare e Graber utilizam-se da ideia do constitucionalismo transformativo. A ideia visa descrever o projeto constitucional contemporâneo como um comprometimento interpretativo e ativo de desenvolver os sistemas e as instituições políticas nacionais num norte mais democrático, participativo e digno.

Grabber (2018, loc. 17899), nesse sentido, entende que o paradigma constitucionalista do segundo pós-guerra se insere nesse constitucionalismo transformativo ao estabelecer um sistema intersubjetivamente compartilhado de princípios, direitos e dignidades que devem – ou,

⁸⁶ Aqui, ao se enfrentar o principal problema da tese, provavelmente surgirão dúvidas como "o que é crise constitucional?" e "qual a relação entre uma jurisdição de crise e uma jurisdição extraordinária?". Tanto o último capítulo como a conclusão tentam responder essas questões. Entretanto, assim como foi feito na página 14, conceitos introdutórios serão apresentados nesta nota de rodapé para auxiliar no desenvolvimento da leitura. Retomando definição já apresentada, a crise constitucional é o lapso temporal no qual há um sério perigo de que a constituição falhe em manter os desacordos sociais dentro dos limites da política e do Direito no lugar da violência. Ressalta-se que a ideia de violência se relaciona com anarquia ou guerra civil e não com padrões aceitáveis de violência dentro do Estado Democrático de Direito. Diante de tal ameaça, surge a necessidade de uma jurisdição constitucional de crise cujo objetivo é contribuir para a higidez do projeto democrático-constitucional, resguardando a normatividade constitucional. O adjetivo "extraordinária" refere-se à necessidade do Judiciário assumir espaços de interpretação fora da normalidade constitucional, o que será explorado no ponto 4.7.

pelo menos, espera-se – ser otimizados por todas as estruturas de Estado que se proponham democracias constitucionais. Dentre esses comprometimentos, Graber destacam cinco, quais sejam (GRABER, 2018, loc. 17901): 1) robustos direitos políticos e liberdades civis; 2) comprometimento constitucional de acesso aos direitos básicos, 3) proibição de discriminação, 4) forte secularismo; e 5) cortes independentes.

O novo paradigma, que foi razoavelmente universalizado depois da Segunda Guerra Mundial, agravou consideravelmente a confusão entre a democracia e o constitucionalismo, fazendo com que ambos se aproximem estruturalmente. Nessa senda, o constitucionalismo demanda aderência aos princípios que focam no respeito à dignidade humana e às obrigações que advêm desses princípios. Na visão do autor, um sistema só pode ser caracterizado como uma democracia constitucional se há efetiva proteção a determinados direitos fundamentais (GRABER, 2018, loc 18008).

No mesmo norte, está a concepção de Ronald Dworkin. Para ele, uma democracia autêntica está umbilicalmente vinculada com respeito aos princípios constitucionais que a estruturam. Esses princípios, na essência, fazem parte de uma concepção mais abrangente de moralidade pública como os do autorrespeito e da igual consideração e respeito por todos. Na mesma perspectiva, encontra-se Alexy, para quem a própria noção de uma autêntica democracia necessita de um compromisso sério com os direitos humanos e fundamentais.

Na compreensão da democracia constitucional, faz-se mister visualizar alguns dos seus elementos identificadores. Tal tarefa contribui sobremaneira para compreender a forma democrática pela qual determinadas decisões políticas ocorrem, suas características e, a depender de determinados contextos, suas ameaças.

Nesse ponto, é essencial perceber que as democracias constitucionais contemporâneas herdam três básicas instituições das democracias liberais modernas, quais sejam: o Estado, o *rule of law* e a responsabilidade democrática. O Estado é definido como o monopólio legítimo do poder coercitivo que a autoridade exerce num território previamente definido. O Estado concentra esse monopólio de poder coercitivo para manter a paz, defender a comunidade de inimigos externos, impor a lei e fornecer bens públicos comuns. O *rule of law*, como já visto, é um ordenamento jurídico comprometido com a limitação e conformação do exercício de poder que reflete os valores intersubjetivamente compartilhados de determinada comunidade que vinculam, essencial e tradicionalmente, a relação entre o poder público e o cidadão e, atualmente, também as relações dos cidadãos entre si. A responsabilidade democrática, por sua vez, garante que a ação pública seja exercida em prol do interesse público no lugar do simples

interesse privado dos governantes. Essa responsabilidade democrática constitui uma série de regras como eleições livres e justas, transparência, responsabilidade e lealdade democrática entre outras que asseguram um certo nível de responsabilidade procedimental e substancial – que nem sempre coincidem (FUKUYAMA, 2015, p. 11 a 20).

Como Fukuyama (2015, p. 16) escreve: “uma democracia constitucional precisa equilibrar essas instituições potencialmente contraditórias. O Estado gera e emprega poder enquanto o *rule of law* e a responsabilidade democrática objetivam limitar o poder e assegurar que ele seja exercido em prol do interesse público.” Um Estado sem *rule of law* e/ou responsabilidade democrática é autoritário. Uma nação sem estado, mas com algum grau de *rule of law* e responsabilidade democrática é uma anarquia.

Essas três características desdobram-se em dimensões, conforme ilustra Issacharoff (2018), que ressaltam as limitações como funções chaves de identificação da democracia. A ideia do autor, ao abordar essas quatro perspectivas, é ressaltar características identificadores de Estados que se propõem democráticos a partir de conceitos estruturais de compromissos e restrições. Destarte, as quatro dimensões-chave de compreensão contemporânea da democracia constitucional serão ressaltadas, sendo elas: a dimensão temporal da democracia, a dimensão fracionada dos poderes, a dimensão das instituições intermediárias e a dimensão da governança.

A dimensão temporal da democracia é a responsável pela renovação da legitimidade política da democracia. É essa dimensão a responsável ou pela renovação dos representantes ou pela renovação do consentimento. Isto é, há uma repetição obrigatória no jogo democrático que o fundamenta e o legitima.

Nessa dimensão reside a ideia central da democracia que é a possibilidade das revoluções silenciosas e pacíficas (BOBBIO, 1997a, p. 39) Em outras palavras, a compreensão de que os perdedores de hoje podem ser os vencedores de amanhã pelas próprias regras pacíficas e seguras do jogo democrático (ISSACHAROFF, 2018b, loc 12254), ou seja, sem necessidade de violência ou ruptura. O próprio jogo democrático estrutura a arena adequada, civilizada e periódica para o embate de ideias cujo prêmio é a subida ao poder pelo necessário apoio popular.

Com efeito, democracias estáveis exigem a internalização da política como um jogo de repetição. Além disso, a dimensão temporal concretiza a concepção de trocas intertemporais como um dos pilares do design democrático (ISSACHAROFF, 2018b, loc 12276), ou seja, há um custo de oportunidade associado ao tempo, o que poderá ser corrigido em frequências pré-

determinadas pelas regras do jogo democrático específico. Isso possibilitará, por exemplo, correções em políticas públicas, alteração de nortes ideológicos e renovações de representantes.

A dimensão fracionada dos poderes relaciona-se com a exigência de uma democracia estável possuir separação de poderes e sistema de freios e contrapesos. Isso em conjunto com órgãos da sociedade civil e significativas instituições políticas intermediárias promovem instituições estáveis que competem dentro das regras do jogo político pelo apoio popular com rotatividade.

A dimensão das instituições intermediárias reporta-se ao papel das instituições da sociedade civil que atuam como fiscalizadoras do poder público. Conforme Issacharoff ressalta, o papel das instituições civis é ainda mais importante em situações nas quais há uma expansão e/ou concentração de poderes no Executivo (ISSACHAROFF, 2018b, loc 12339). A sociedade civil organizada - na sua forma multifacetada como federações de comércio, associações religiosas, entidades de classe, organizações sindicais, mídia tradicional e independente, e demais formas de associações civis - funciona como uma instância de controle inestimável contra os excessos de concentração de poder, sendo, também, ator importante na proteção da ordem (ISSACHAROFF, 2018b, loc. 12346) democrática e das múltiplas interpretações de valores constitucionais – cada um a partir da interpretação política dos grupos representativos – contra investidas populistas ou autoritárias, que normalmente se propõem totalizantes.

Por sua vez, a dimensão da governança é a responsável, em termo gerais, por identificar as normas de *compliance* que ajudam a manter o inevitável interesse privado dentro de limites toleráveis no exercício da função pública (ISSACHAROFF, 2018b, loc 12392). A ideia, numa perspectiva ideal, é de que as decisões do governo sejam transparentes, determinadas por regras previamente estabelecidas e claras com órgãos de controle internos e externos independentes e inseridas dentro de uma série de práticas democráticas institucionais que visam garantir a conformidade jurídica e republicana da decisão. Obviamente, trata-se de um ideal otimizável que depende de diversas circunstâncias práticas da realidade nacional. Contudo, existe um “mínimo é” da dimensão da governança que funciona como condição de possibilidade para uma *república democrática*.

Nessa dimensão, ainda, inserem-se as normas de governança, consoante identificado por Levistky e Zibblatt (2018). Essas normas são aquelas condutas não positivadas que funcionam como uma série de costumes que tutelam práticas democráticas. Os autores, por exemplo, identificam que as democracias adquirem estabilidade e longevidade a partir de normas de tolerância mútua e autocontenção de exercício de poder pelos governantes na relação com os

seus rivais políticos. Há, como pilar essencial da democracia, uma compreensão de legitimidade mútua entre os adversários políticos a partir de desacordos morais razoáveis. Isso, por sua vez, dá origem a uma série de normas e costumes que, apesar de não serem escritos na Constituição, são parte essencial da manutenção da democracia constitucional.

Todas essas dimensões, conforme reconhecido por Issacharoff (2018b, loc. 12470), são engrenagens em prol do desafio democrático, qual seja: o de permitir que o vencedor das eleições prevaleça exclusivamente dentro do jogo democrático. Em outras palavras, que o vencedor das eleições triunfe, mas não de forma absoluta.

Como identificado por Madison, no *The Federalist Paper's*, é esperado que haja um exercício de poder da autoridade pública expansionista e concentrador, o que deve ser combatido por um sistema de freios, controles e relações de sobreposição mútuas dentro da engenharia burocrática. Isso, naturalmente, provoca tensionamentos entre rivais políticos, governantes e instâncias de controle, representantes e representados e assim por diante. Há, na essência, diversas tensões democráticas quando esses mecanismos de freio, controle e sobreposição operam, visto que naturalmente isso significa conflito democrático entre autoridades, órgãos, Poderes ou, inclusive, representantes e eleitores.

Elkins (2018, p. 51) utiliza-se dos principais exemplos de tensionamentos para demonstrar que a democracia não é um bem absoluto nem está livre de tribulações. Bem pelo contrário, é intrínseco ao funcionamento de uma democracia constitucional o conflito e o tensionamento. As próprias dimensões identificadas por Issacharoff já denotam isso, visto que todas lidam com conflitos, controles e contenções. Elas, naturalmente, operam com tensionamentos como é da própria essência da limitação do poder.

Nesse sentido, é importante identificar os quatro exemplos principais de Zachary Elkins para compreendermos quais desses tensionamentos são o simples funcionamento de uma democracia – e as suas múltiplas situações desagradáveis – e quais são efetivos riscos a esse sistema. Importante lembrar que a democracia é um processo de esforço mútuo que provoca, invariavelmente, desconforto, frustrações e debates. Nas experiências democráticas brasileiras, por exemplo, os tensionamentos foram frequentes, consoante abordado na parte 2.

Com efeito, Elkins (2018, p. 50), a partir de Larry Diamond cita os seguintes tensionamentos, quais sejam: 1) conflito contra consenso; 2) representação e consenso, que pode ser mais bem identificado no Brasil como proporcionalidade de representação contra governabilidade; 3) resultados de curto prazo contra resultados de longo prazo; e 4) liberdade

contra igualdade, o que pode ser mais bem compreendido dentro do marco teórico da presente pesquisa como desacordos morais razoáveis. Explicar-se-á brevemente cada um deles

O primeiro tensionamento – conflito contra consenso – relaciona-se com o embate de ideias. Uma cultura popular e política participativa e ativa no debate público é um sinal saudável da democracia constitucional. Esse embate, contudo, em diversos momentos custa – ou, pelo menos, prejudica - o próprio funcionamento do governo, o que também é algo bem-visto em termos democráticos. O grande ponto no confronto de ideias – sejam das batalhas travadas pelos representantes ou pelos eleitores – é a necessidade de lealdade. Manifestações e oposição devem e precisam ser politicamente leais. Conforme leciona Elkins (2018, p. 50), a palavra-chave na oposição leal é, ou deveria ser, leal. A lealdade ao sistema requer alguma flexibilidade ideológica, tolerância e confiança entre os litigantes em prol da tomada de decisão. O exemplo, aqui, é de dois rivais políticos em que um assumiu o executivo federal e o outro fará oposição no legislativo. Contudo, ambos discutem pautas comuns e avanços em prol da sociedade. Nas pautas divergentes, críticas, constrangimentos epistemológicos, manifestações e obstruções políticas serão, invariavelmente, ferramentas da oposição no jogo político. Contudo, a lealdade ao sistema exige que o terreno comum seja palco de diálogo e desenvolvimento mútuo em prol do projeto constitucional.

O segundo tensionamento ocorre entre a proporcionalidade na representação contra a governabilidade. O nosso sistema de presidencialismo de coalização 2.0 inaugurado pela Constituição Federal de 1988 é o exemplo clássico disso. Em prol da representação dos mais diversos setores da sociedade (o que, na prática brasileira, é discutível), o multipartidarismo brasileiro restou tão fragmentado que, em 2021, os dois maiores partidos do Brasil possuíam apenas 11% dos representantes na Câmara dos Deputados. Tal dado, que é acompanhado de diversas pesquisas sobre o assunto, já permite que se visualize a dificuldade na formação de uma maioria estável do governo que permita reformas – sejam simples, complexas e, ainda mais, de cunho constitucional. Realidade, por exemplo, presente desde 1946 no Brasil.

O terceiro tensionamento refere-se a resultados de curto prazo contra resultados de longo prazo. A ideia é muito simples, qual seja: “é muito difícil tomar boas decisões de longo prazo diante das perspectivas eleitorais de curto prazo” (ELKINS, 2018, p. 51). O caso clássico são os orçamentos que demandam austeridade. Neles, os líderes que, por exemplo, enfrentam reeleição rotineiramente preferem manter programas sociais populares com reflexos positivos de curto prazo e negativos de médio e longo em detrimento de cortes com reflexos positivos de médio e longo prazo e negativo de curto.

O quarto tensionamento, que se nomeou como desacordos morais razoáveis, reflete a disputa entre a liberdade em custo da igualdade e a igualdade em custo da liberdade. Visões políticas mais alinhadas a democracias sociais diferem-se, evidentemente, de visões políticas mais alinhadas a democracias liberais. Visões diferentes de governo implicam em projetos políticos, políticas públicas e inovações ou reformas legislativas e constitucionais significativamente distintas. Isso, naturalmente, provoca tensionamento na própria máquina pública e na interpretação do ordenamento jurídico. Além de, normalmente, praticamente toda reforma deixar insatisfeitos. Aqui, o problema segue o já identificado no ponto 2.4 da parte 1.

Esses tensionamentos demonstram que o conflito, o atrito e o descontentamento são elementos indissociáveis de uma democracia constitucional, visto que se trata de um conceito interpretativo e argumentativo/discursivo. As discordâncias naturalmente surgem sobre os caminhos adequados para o projeto nacional, o que provoca tensionamento nos mais diversos âmbitos da democracia. Contudo, esses tensionamentos, frequentemente, não significam nada mais do que o funcionamento normal do modelo constitucional democrático.

Nesse ponto, chega-se a um elemento central, que é o funcionamento da democracia constitucional. A literatura especializada de modo geral atenta-se às transições democráticas, ao significado da democracia constitucional e ao papel das cortes e à efetividade dos direitos fundamentais. Isso parece se relacionar intimamente com a realidade posta pela Constituição de 1988 – ela própria uma lei fundamental oriunda de transição democrática. Contudo, existe uma certa desproporção entre esses tópicos e o tema da capacidade do Estado moderno de, simplesmente, funcionar. Fukuyama (2015) afirma que há um vazio de pesquisas sobre a transformação de um sistema neopatrimonialista para um estado moderno. Da mesma forma, Graber (2018) afirma que a literatura especializada precisa atentar-se para a governabilidade eficiente da mesma forma que estuda direitos fundamentais.

Apesar da enormidade da literatura sobre democracia, direitos fundamentais e corrupção, Fukuyama (2015) fornece o exemplo concreto de um problema que – apesar dos três temas citados circundarem-no – é central, qual seja: simplesmente a (in)capacidade do Estado funcionar. O autor afirma que ninguém imaginou argumentar que Guiné, Serra Leoa ou Libéria não conseguiram lidar com a recente epidemia de Ebola em razão da corrupção generalizada em seus respectivos sistemas de saúde pública. O problema concreto está relacionado com recursos humanos - médicos, enfermeiras - e materiais insuficientes - hospitais sem eletricidade nem água potável - e assim por diante. Nesse sentido, a capacidade estatal é algo muito mais

próximo do cerne do problema que a ausência de corrupção ou uma má-compreensão do papel das cortes constitucionais – apesar de ambos também influenciarem.

Isso significa que a capacidade estatal é indissociável de uma democracia madura saudável. Em processos de transição, Fukuyama (2015), com apoio em Huntington (1973), percebe dois estágios na transição para uma democracia estável, que se relacionam diretamente com a viabilidade democrática tanto numa perspectiva política como noutra de capacidade estatal. O cenário hipotético leva em conta um Estado no início de transição de uma ditadura, que é confrontada por movimentos sociais, para um regime democrático.

O primeiro estágio é a organização dos movimentos sociais em partidos políticos com capacidade para disputarem eleições (FUKUYAMA, 2015). As organizações sociais, geralmente, focam em problemas tópicos e não são estruturadas nem preparadas para disputar votos. Essa arena é específica dos partidos políticos. Destarte, a transformação das principais organizações civis em partidos políticos inseridos dentro de um sistema político-eleitoral é essencial para a duração e para a estabilidade do novo regime democrático. Esse sistema, como já identificado, deve estar em conformidade com as dimensões supramencionadas – especialmente a dimensão temporal. Em outras palavras, a inserção dos movimentos civis em partidos políticos deve ocorrer num sistema de repetição obrigatória do jogo democrático que possibilite que os perdedores de hoje possam ser os vencedores de amanhã por regras previamente determinadas, claras e seguras que permitam as transições pacíficas (ISSACHAROFF, 2018b, loc 12254), ou seja, sem necessidade de violência ou ruptura.

O segundo estágio, por sua vez, lida com a construção e a capacidade estatais. Nas palavras de Fukuyama, “uma vez que um governo democrático está no poder, ele deve realmente governar, ou seja, deve exercer autoridade legítima e fornecer serviços básicos à população. Sem habilidade para governar bem, no entanto, novas democracias vão decepcionar as expectativas de seus seguidores e deslegitimam-se” (FUKUYAMA, 2015, p. 17-19). A percepção desse segundo estágio relacionado com a capacidade estatal de efetivamente fazer a democracia funcionar e cumprir suas promessas - assim como as dificuldades de se colocar em prática - é compartilhada, também, por O'Donnell (1991) e Issacharoff (2015).

Isso é central, porque, como será estudado a seguir, a erosão da democracia no mundo e da sua legitimidade tem relação com a incapacidade de democracias modernas responderem, em tempo adequado, às demandas populares por serviços públicos de qualidade compreendidos como verdadeiras concretizações de direitos fundamentais. No Brasil, pode-se usar como

exemplo a exploração do petróleo e o preço da gasolina⁸⁷, a eficiência do Sistema Único de Saúde em promover o direito fundamental à saúde⁸⁸, as redes de ensino básico⁸⁹, as polícias como promotoras da segurança pública e assim por diante. A incapacidade de atender essas demandas populares plenamente justificadas deslegitima o modelo democrático constitucional o que é agravado pela capacidade de regimes autoritários entregarem justamente esses serviços como, por exemplo China e Singapura. Com efeito, a legitimidade das democracias no mundo depende não só do amadurecimento das instituições democráticas – como muitas vezes a literatura especializada sugere, mas também – e talvez até mais – da capacidade de providenciar serviços, enquanto manifestações de direitos fundamentais, de qualidade. Todos esses pontos lidam com esse segundo estágio, conforme menciona Fukuyama (2015), ou segunda transição, conforme assinala O'Donnel (1991).

Além disso, nesse ponto também se insere a crítica de Issacharoff. Afinal, países de democracia frágil possuem especial dificuldade em lidar com isso, visto que a construção da capacidade estatal ocorre ao mesmo tempo em que deve haver a estabilização das instituições, o rompimento com o passado autoritário e consolidação do próprio projeto democrático – tudo isso ocorrendo em contextos sociais normalmente fragmentados. Destarte, reforça-se a necessidade de refletir e compreender o papel da corte constitucional nesse redemoinho de desafios. Como a corte constitucional deve agir justamente nesse período de consolidação de uma jovem e frágil democracia?

⁸⁷ Matéria sobre o preço da gasolina brasileira entre os 100 países mais caros do mundo disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/gasolina-do-brasil-esta-entre-as-100-mais-caras-do-mundo/>. Ranking sobre o preço da gasolina no mundo disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/gasolina-do-brasil-esta-entre-as-100-mais-caras-do-mundo/>. Nesse último, é interessante perceber que o Brasil, na segunda semana de abril de 2022, tinha uma gasolina mais cara que todos os seus vizinhos sulamericanos.

⁸⁸ Há diversos materiais que apontam a ineficiência e a inadequação dos gastos brasileiros com a saúde, o que provoca serviços de baixa qualidade para a população e, conseqüentemente, baixa concretização do direito social à saúde. Como título de exemplo: o ranking da world population review sobre saúde <https://worldpopulationreview.com/country-rankings/healthiest-countries>, matéria jornalística do G1 sobre a baixa posição brasileira entre os países da OCDE: <https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2019/11/07/os-dados-da-ocde-que-poem-o-brasil-entre-ultimos-em-ranking-de-gastos-em-saude.ghtml> e notícia da Bloomberg sobre o Brasil como último lugar em sistema de saúde entre 48 países pesquisados: <https://www.bloomberg.com/graphics/best-and-worst/most-efficient-health-care-2014-countries>.

⁸⁹ Por todos, os péssimos resultados brasileiros no Programa Internacional de Avaliação de Estudantes de 2018 (PISA), que apontou o Brasil com baixa proficiência em leitura, matemática e ciência. Conforme informações oficiais disponíveis no portal do Ministério da Educação aqui: <http://portal.mec.gov.br/busca-geral/211-noticias/218175739/83191-pisa-2018-revela-baixo-desempenho-escolar-em-leitura-matematica-e-ciencias-no-brasil>.

Antes de propor respostas, esse breve recorte conceitual precisa assentar-se no contexto histórico e temporal do estado das democracias hoje. Para compreender esse ponto e como ele relaciona-se com as cortes constitucionais, faz-se essencial explicar sucintamente o processo da terceira onda de democratização do mundo ocidental e a atual *backwash* de erosão democrática.

4.2 TERCEIRA ONDA DE DEMOCRATIZAÇÃO E RETROCESSO DEMOCRÁTICO

A terceira onda de democratização começou com a Revolução dos Cravos em 1974 em Portugal. Quando ela começou, apenas 30% das nações independentes no mundo atingiam os critérios básicos de eleições democráticas (DIAMOND, 2015, p. 141). Pelos critérios básicos de eleições, entende-se um sistema no qual os cidadãos, por intermédio do sufrágio universal, escolhem e retiram seus líderes por eleições livres, regulares, justas e significativas. Em 1975, calcula-se que existiam apenas 46 democracias no mundo.

Nas três décadas posteriores, o mundo presenciou uma transformação histórica de impressionante estabilidade. Entre 1975 e 2007, o modelo democrático expandiu constante e significativamente no mundo (DIAMOND, 2015, p. 141). Em números, isso significa que o mundo passou de 46 democracias em 1975 para 110 em 2014 (FUKUYANA, 2015, p. 11). Diamond aponta algo entre 114 e 119 democracias em 2006 a depender dos critérios de identificação utilizados (DIAMOND, 2015, p. 142). Issacharoff (2018, locb. 12210) chega a apontar 121 democracias em 2003.

Essa expansão ocorreu sem precedente histórico, o que, por si só, é motivo de admiração e reconhecimento. Ela foi acompanhada por um similar e significativo crescimento de níveis de liberdade, direitos políticos e civis (DIAMOND, 2015, p. 141). Reconhece-se, então, uma expansão estável de liberdade e do modelo democrático sem precedentes nesses últimos quarenta anos. O desenvolvimento de qualidade de vida das milhões de pessoas que viveram essa expansão é inegável, o que demonstra um enorme avanço em termos civilizatórios.

Entretanto, a expansão da democracia e da liberdade parou. Diamond percebe, desde 2006, que a expansão não continuou. Há, na realidade, um decréscimo que ocorre a partir de 2006 em termos de democracia e liberdade no mundo. Pode-se citar, nesse ponto, que a média de 3.22 de 2005 em termos de nível médio de liberdade no mundo deteriorou levemente em 2006 e 2007, conforme análise proposta por Diamond (2015, p. 143). Da mesma forma, há uma recessão democrática no mundo que ocorre de 2007 até a contemporaneidade.

Esse decréscimo de liberdade e de democracia está sujeito a duas visões, que são complementares em alguma medida. Conforme escreve Diamond (2015, p. 142):

Existem duas maneiras de ver esses dados. Uma é vê-los como constituindo um período de equilíbrio - a liberdade e a democracia não continuaram ganhando, mas também não experimentaram declínios significativos. Pode-se até celebrar isso como uma expressão da durabilidade notável e inesperada da terceira onda democrática. Dado que a democracia se expandiu para uma série de países onde as condições objetivas para sustentá-la são desfavoráveis, como, por exemplo, devido à pobreza (por exemplo, na Libéria, Malawi e Serra Leoa) ou a pressões estratégicas (por exemplo, na Geórgia e Mongólia), é impressionante que sistemas políticos razoavelmente abertos e competitivos tenham sobrevivido (ou revivido) em tantos lugares. Como uma variante dessa interpretação mais benigna, Levitsky e Way argumentam nesta edição do *Journal* que a democracia nunca se expandiu tão amplamente quanto a Freedom House percebeu em primeiro lugar. Assim, eles afirmam que muitos dos aparentes fracassos da democracia nos últimos dez a quinze anos foram, na verdade, deteriorações ou endurecimentos do que haviam sido desde o início regimes autoritários, por mais competitivos que fossem.

Alternativamente, pode-se ver a última década como um período de declínio pelo menos incipiente da democracia. Para fazer este caso, precisamos examinar não apenas a instabilidade e estagnação das democracias, mas também o declínio incremental da democracia no que Thomas Carothers chamou de países de "zona cinzenta" (que desafiam uma classificação fácil de serem ou não), o aprofundamento do autoritarismo nas não democracias e o declínio no funcionamento e na autoconfiança das democracias ricas e estabelecidas do mundo.

Na mesma linha de Diamond (2015) em prol da segunda abordagem, ou seja, de que há um declínio democrático no mundo, estão Fukuyama (2015), Graber (2018), Issacharoff (2018a; 2018b), Elkins (2018), Levitsky e Ziblatt (2018), Gargarella (2018) e a presente pesquisa.

Nesse sentido, por exemplo, Fukuyama (2015, p. 12) entende que o ano de 2014 é ilustrativo do declínio democrático, visto que há avanços de duas grandes potências autoritárias como Rússia e China nas extremidades da Eurásia. A primavera árabe demonstrou-se frustrada, uma vez que degenerou numa renovação da ditadura no Egito e na anarquia na Líbia, Iêmen e Síria. Fortaleceram-se, também, movimentos radicais islâmicos, como o Estado Islâmico no Iraque e a ISIS na Síria. Em 2020, Polônia, Hungria e Sérvia e Montenegro sofrem derrocadas, entrando em regimes autoritários híbridos. Em 2021, o grupo Talibã tomou o poder no Afeganistão, que acaba regido por um grupo fundamentalista radical autoritário. As perspectivas, consoante identificado por Fukuyama, não são boas em termos de liberdade e democracia no mundo, o que reforça o acerto da visão pessimista de um declínio democrático.

Isso traz dois desdobramentos. Primeiro, os elementos empíricos globais parecem demonstrar que há um avanço populista no mundo que ameaça democracias a partir de sua

desestruturação interna e um avanço autoritário que efetivamente promove derrocadas autoritárias por meio de golpes. Ambos, nessa linha, parecem tentar se apresentar como alternativas ao modelo democrático. O segundo é que a performance das democracias no mundo parece ser deficiente. Nas palavras de Fukuyama (2015, p. 13 a 15):

Isso começa com as democracias mais desenvolvidas e bem-sucedidas, as dos Estados Unidos e da União Europeia, que passaram por crises econômicas maciças no final dos anos 2000 e parecem estar atoladas em um período de crescimento lento e estagnação da renda. Mas uma série de democracias mais novas, do Brasil à Turquia e à Índia, também têm sido decepcionantes em seu desempenho em muitos aspectos, e estão sujeitas a seus próprios movimentos de protesto. Os movimentos democráticos espontâneos contra os regimes autoritários continuam a surgir na sociedade civil, da Ucrânia e Geórgia à Tunísia e do Egito a Hong Kong. Mas poucos desses movimentos tiveram sucesso em levar ao estabelecimento de democracias estáveis e funcionais. Vale a pena perguntar por que o desempenho da democracia em todo o mundo tem sido tão decepcionante. Em minha opinião, um único fator importante está no cerne de muitos reveses democráticos na última geração. Tem a ver com uma falha de institucionalização.

A institucionalização, para Fukuyama, significa a capacidade das democracias maduras e frágeis de atenderem as demandas populares por responsabilidade democrática. Há, conforme já percebido por Issacharoff e Fukuyama, uma dificuldade enorme em transformar um país patrimonialista ou neopatrimonialista híbrido ou autoritário para uma democracia estável. Acaba sendo mais fácil – e muitas vezes essa parece ser a regra – uma forma híbrida de governo não democrático com eleições regulares, livres e justas sem uma democracia institucionalizada.

Nesse sentido, há uma aproximação entre Fukuyama e Diamond de extrema relevância, que demonstra o problema da estabilidade democrática e das ameaças populista e autoritária que as democracias contemporâneas sofrem. Esses elementos – instabilidade, ameaças populistas e autoritárias e decréscimos na performance da liberdade e da área de proteção das liberdades – são especialmente percebidos na América Latina e no Brasil.

Nessa linha, Diamond (2015, p. 144) identifica quatro elementos/casos da erosão democrática que o mundo sofre. Primeiro, há um crescimento significativo e acelerado no

número de rompimentos democráticos no mundo⁹⁰. Segundo, a qualidade⁹¹ e a estabilidade⁹² das democracias no mundo está diminuindo, especialmente entre países emergentes – grupo que alterna entre regimes democráticos, híbridos e autoritários. Terceiro, o autoritarismo está enraizando-se em nações poderosas em termos bélicos e econômicos no mundo, o que é obviamente preocupante. Quarto, as democracias maduras – muitas exemplos de modelos idealizados – cada vez mais performam pior em termo de estabilidade democrática e capacidade estatal (DIAMOND, 2015, FUKUYAMA, 2015, GRABER, 2018).

Dentro desse cenário, percebe-se, ainda com Diamond (2015, p. 149) que cada região do mundo tem uma pontuação pior na escala padronizada de transparência e estado de direito do que em direitos políticos ou liberdades civis. Inclusive, uma grande ameaça às democracias em países de baixa, média e até de alta renda é o ressurgimento de tendências “neopatrimoniais” (DIAMOND, 2015; FUKUYAMA, 2015).

Diversos líderes nacionais estão ativamente “corroendo os freios e contrapesos democráticos, esvaziando as instituições de responsabilidade, ultrapassando os limites de mandato e as restrições normativas e acumulando poder e riqueza para si próprios e suas

⁹⁰ Os dados apoiam essa identificação. Por exemplo, Diamond (2015, p. 144) afirma que caso se divida a terceira onda em suas quatro décadas componentes, percebe-se uma incidência crescente de fracasso democrático por década desde meados da década de 1980. A taxa de fracasso democrático, que havia sido de 16 por cento na primeira década da terceira onda (1974-83), caiu para 8 por cento na segunda década (1984-93), mas depois subiu para 11 por cento na terceira década (1994–2003), e mais recentemente para 14 por cento (2004–13). Se incluirmos as três falhas de 2014, a taxa sobe para mais de 16 por cento.

⁹¹ Também aqui os dados são interessantes. Mais uma vez com apoio em Diamond, tomando por exemplo a África Subsaariana, percebe-se que os declínios de liberdade tendem a se enrijecer com o tempo. Assim, se se comparar as pontuações de liberdade no final de 2005 e no final de 2013, percebe-se que 29 dos 49 estados da África Subsaariana (quase 60 por cento) declinaram em liberdade, enquanto apenas quinze (30 por cento) melhoraram e cinco permaneceram inalterados. Além disso, vinte estados da região viram um declínio nos direitos políticos, liberdades civis ou ambos que foi substancial o suficiente para registrar uma mudança na escala de sete pontos (enquanto apenas onze estados viram uma melhoria visível). Os maiores estados da África Subsaariana (aqueles com uma população de mais de dez milhões) se saíram um pouco melhor, mas não muito: a liberdade se deteriorou em treze dos 25 deles e melhorou em apenas oito.

⁹² Outro problema é a erosão interna das instituições democráticas. Em vários países considerados como uma democracia livre de riscos, como a África do Sul, a presunção não se confirma. Na verdade, não há um único país no continente africano onde a democracia esteja firmemente consolidada e segura. Inclusive, dado extremamente interessante, é que Diamond (2015, p. 148) compara a África do Sul, enquanto democracia em risco, com a Polônia (democracia da terceira onda de democratização) tida por seguro pelo autor. A frase completa, numa tradução livre, é a seguinte: “Na verdade, não há um único país no continente africano onde a democracia esteja firmemente consolidada e segura - como é, por exemplo, em democracias da terceira onda como Coreia do Sul, Polônia e Chile”. Contudo, menos de 6 anos depois, Chile passou por uma ruptura constitucional e a Polônia apresenta problemas democráticos estruturais com diversos organismos internacionais temendo uma derrocada autoritária. Isso demonstra o nível alarmante de retrocesso da democracia e da liberdade pelo qual o mundo passa.

famílias, amigos, clientes e partidos”, conforme escreve Diamond (2015, p. 149). Tal afirmação é prontamente aceita por Graber (2018) em termos globais, Issacharoff (2018b), e Gargarella (2018) - com especial ênfase nas democracias frágeis (ISSACHAROFF, 2015), especialmente latino américa – e Levistky e Ziblatt (2018) nos Estados Unidos.

Nesse processo, diversos líderes mundiais com tendências populistas, neopatrimonialistas e/ou simplesmente autoritárias demonizam, intimidam e vitimizam (e ocasionalmente até prendem ou assassinam) os oponentes políticos. O espaço para os partidos da oposição, para a sociedade civil e para a mídia está diminuindo assustadoramente.

Com efeito, nas palavras de Diamond (2015, p. 149):

As clivagens de identidade étnicas, religiosas e outras polarizam muitas sociedades que carecem de instituições democráticas bem projetadas para administrar essas clivagens. As estruturas do Estado são frequentemente fracas e porosas - incapazes de garantir a ordem, proteger direitos, atender às necessidades sociais mais básicas ou superar os impulsos corruptos, clientelistas e predatórios. As instituições democráticas, como partidos e parlamentos, são frequentemente mal desenvolvidas e a burocracia carece de expertise em políticas e, mais ainda, de independência, neutralidade e autoridade para administrar a economia com eficácia. O fraco desempenho econômico e a crescente desigualdade agravam os problemas de abuso de poder, manipulação de eleições e violação das regras democráticas do jogo.

Nesse ponto, percebe-se, atualmente, o retrocesso da democracia constitucional ocidental e o ressurgimento de vieses autoritários. Nesse processo, há não só relatos de diversas medidas autoritárias internas em países como Rússia e China⁹³, mas há, também, uma atuação clara de descredibilizar a democracia em geral enquanto são promovidos os próprios modelos autoritários de nação e ordenamento. Concomitante a isso, percebe-se uma diminuição de eficiência, energia e segurança democrática doméstica e internacional nas principais democracias constitucionais ocidentais. Nisso, insere-se a diminuição do ritmo de produção legislativa, a polarização política, o surgimento de políticos populistas e o seu enraizamento

⁹³ Diamond (2015, p. 151), por exemplo, relata que na Rússia, o espaço para oposição política, dissidência de princípios ideológicos e atividade da sociedade civil fora do controle das autoridades governantes tem diminuído. Na China, os defensores dos direitos humanos e ativistas da sociedade civil enfrentam cada vez mais assédio e vitimização. As autocracias pós-comunistas (principalmente) da Organização de Cooperação de Xangai, centradas no eixo da cooperação entre a Rússia e a China, tornaram-se muito mais coordenadas e assertivas. Ambos os países têm exercitado agressivamente seus músculos ao lidar com seus vizinhos em questões territoriais. E cada vez mais eles estão lutando contra as normas democráticas, também usando instrumentos de soft power - mídia internacional (como RT, canal de "notícias" de televisão global 24 horas por dia, 7 dias por semana da Rússia).

enquanto atores políticos relevantes, a ineficiência de promoção de desenvolvimento econômico nacional e crises das mais diversas formam a diminuição da qualidade democrática.

Com efeito, a democracia constitucional retrocede em termos globais e, especialmente, latino-americanos. Nesse processo de retrocesso, algumas ameaças compartilhadas e mais comuns precisam ser ressaltadas. Essas ameaças, apesar de identificadas a partir de análises gerais de autores que não se atentam especificamente para a realidade posta pela Constituição Federal de 1988, são de fácil e clara transposição para o contexto brasileiro.

As ameaças aqui identificadas, que são elencadas a partir de uma confluência de visões entre Issacharoff (2018), Elkins (2018) e Balkin (2018), são o populismo, a polarização, a fragmentação e deslegitimação partidária, a concentração de poderes no Executivo, a fragilização do Legislativo e os problemas de capacidade estatal.

Desses problemas, dois serão maior objeto de preocupação nesse trabalho, sendo eles o populismo e a polarização. A maior atenção a eles está relacionada com o risco de gerar uma crise constitucional a partir do marco teórico eleito (Balkin, 2018).

Destarte, há quatro problemas importantes, mas, para os fins dessa tese, satélites. É inegável que também constituem ameaças democráticas e integrantes de um perigoso processo de degeneração constitucional. Esses riscos são: a deslegitimação partidária, a concentração de poderes no Executivo, a fragilização do Legislativo e os problemas de capacidade estatal.

4.2.1 Populismo

O primeiro problema central versa sobre o populismo. Conforme escreve Issacharoff (2018, p. 106), a atual onda de populismo é uma ameaça à própria existência da democracia. Contudo, o populismo não é necessariamente incompatível com conceitos mais simplistas de democracia. Por exemplo, caso se entenda esse conceito como um sistema no qual o líder é escolhido pela maioria dos eleitores numa população dotada de sufrágio universal por intermédio de eleições, não haverá incompatibilidade.

Entretanto, há um viés autoritário que marca os populistas de esquerda e direita. Esses movimentos populistas, com alarmante frequência, ameaçam as condições de possibilidade para uma democracia constitucional (ISSACHAROFF, 2018b, loc 12210 a 12221).

Nesse sentido, com apoio em Issacharoff (2018a), é possível ressaltar algumas características identificadoras dos populistas e ameaçadoras à democracia. Eles tendem a não

tolerar políticos de oposição; a utilizar-se do Estado, compreendido enquanto monopólio legítimo do poder coercitivo que a autoridade exerce num território previamente definido, contra adversários, contaminando sua legitimidade; a suprimir e atacar opiniões contrárias e atores sociais que o criticam no debate público – frequentemente por ataques à mídia e às organizações sociais com o uso do aparato estatal; e a concentrar e expandir poderes na autoridade do Executivo. O grau e a intensidade dessas tendências podem levar o Estado em espécie para fora dos limites democráticos. Contudo, muitas vezes, os elementos existem dentro de um regime que ainda funciona enquanto uma democracia constitucional, que se fragiliza a cada investida contra suas condições de possibilidade.

Assim, retomando as quatro dimensões democráticas, é possível perceber como movimentos populistas – sejam de direita ou de esquerda – ameaçam as estruturas da democracia constitucional. Lembra-se que as quatro dimensões são a temporal, a fragmentação do poder, as organizações intermediárias e a transparência.

Como já afirmado, a dimensão temporal da democracia constitucional assenta que o jogo democrático é uma competição de repetição obrigatória. Contudo, os populistas reivindicam o mandato diretamente do povo, ou seja, além da escolha eleitoral dos representantes políticos. A própria questão da sucessão de mandatos – essencial para a noção de democracia – não é algo simples e legalmente exigido, mas se transforma numa competição sem regras e expectativas claras, pois se lida com o risco de fraude ou de captura do mandato pelo inimigo do povo – sempre o opositor ao populista.

Com efeito, o populista essencialmente rejeita as restrições temporais próprias da democracia em nome de uma suposta vontade do povo (ISSACHAROFF, 2018b). Há, a partir da vontade do povo e da ameaça que o inimigo do povo representa, uma urgência em superar as restrições temporais (que são garantes do modelo democrático) e maximizar ou a permanência no ou o próprio poder do governante populista.

Exemplo ilustrativo é fornecido por Issacharoff (2018b, loc. 12284):

Se o Congresso venezuelano é um impedimento ao governo cada vez mais tirânico do presidente Nicolás Maduro, a cativa Suprema Corte pode declarar o Congresso dissolvido e uma nova assembleia constituinte criada. No outro extremo do espectro, se os republicanos da Carolina do Norte perderem o governo, eles também podem reescrever as regras do governo, neutralizando o poder governamental e restringindo o acesso dos eleitores às urnas. Em cada caso, as instituições que esfriam a política mostram-se vulneráveis a uma tomada única de poder.

De outro giro, o fracionamento do poder também é um traço essencial das democracias. Contudo, há, no populista, uma tentativa de remover os mecanismos de controle que impedem a hipertrofia do executivo. O argumento é que os obstáculos à concentração de poder não passam pelo teste de legitimidade do líder nacional, enquanto verdadeiro líder do povo.

Como afirma Issacharoff (2018b), o que Madison definiu como as virtudes da filtragem do sentimento popular por instituições de intermediação tornam-se objeto de frustração da vontade do povo. Há, na essência, um argumento de unicidade da vontade popular que demanda o enfrentamento das elites e instituições tradicionais que são ilegítimas. Assim, existe um comprometimento monista a uma verdade vinculante que consegue capturar o interesse da totalidade das pessoas, que são salvas pelo líder populista. O preço a se pagar por essa suposta salvação é a desestruturação do fracionamento dos poderes e dos controles temporais da democracia. Com isso, há consequentes ataques ao Poder Legislativo, ao Poder Judiciário e ao próprio sistema político-eleitoral pré-definido.

De outro lado, as instituições intermediárias - responsáveis por exercer o chamado *soft power*, ou seja, controlar, limitar e conformar preferências e decisões das autoridades por apelos e convencimento – também são vistas como uma ameaça à concentração de poderes do populista. Enquanto as instituições intermediárias são importantes controles contra excessos autoritários, o populista as percebe como uma ameaça à sua comunicação direta com o povo.

Fortalece esse ponto o fato de que há uma crise de legitimidade que assola tanto parte da mídia tradicional como os próprios partidos políticos enquanto instituições intermediárias. Nesse sentido, nas palavras de Issacharoff (2018b, loc. 12368), “sem instituições intermediárias capazes de transmitir demandas à governança, o homem forte do Executivo aparece como a única esperança para a agenda populista mal definida. As instituições intermediárias deixam de servir de cola que amarra a população ao projeto de autogoverno”.

A dimensão da governança, diante de uma escalada populista, também é atacada. Como já afirmado, ela trata das normas de *compliance* que ajudam a manter o inevitável interesse privado dentro de limites toleráveis no exercício da função pública. O populismo tende a desconstruir essas normas que mantêm o interesse próprio das autoridades dentro de um espaço republicano. As decisões públicas concretas jamais atingem o ideal de decisões inteiramente desprovidas de interesses ou preferências privadas. Destarte, tais normas de conformidade jamais conseguirão conformar absolutamente a decisão pública. Como identifica Issacharoff (2015), os representantes sempre tendem a fazer mais quando estão saindo do mandato, os partidários sempre recebem uma porção extra de recompensa em forma de empregos e contratos

públicos e os opositores sempre buscam atrapalhar a mais a vida dos governantes. A impossibilidade de atingir o ideal democrático é explicado pela própria natureza humana.

Contudo, as atitudes de políticos tradicionais diante das normas de *compliance* são distintas das do movimento populista. No populismo, há uma tendência sistemática de atacar o núcleo fundamental dessas normas, que são compreendidas como um entrave à concretização do verdadeiro interesse do povo.

Fazendo um recorte específico com os pontos defendidos por Levitsky e Ziblatt (2018), por exemplo, percebe-se que a governança democrática bem-sucedida precisa que os rivais políticos exerçam o poder estatal dentro de limites previamente reconhecidos (ISSACHAROFF, 2018b). Não há um uso pleno do poder estatal contra os adversários políticos em homenagem à tolerância mútua e à autocontenção. O populista não respeita tais limites e, além disso, coloca esses mesmos valores em risco.

4.2.2 Polarização

O segundo problema central é a polarização. Assim, também ela é uma ameaça concreta ao projeto democrático. Um dos aspectos fundamentais da democracia é que os cidadãos concordam sobre algumas básicas condições existenciais como, por exemplo, a legitimidade da unidade estatal e o reconhecimento mútuo da dignidade do outro enquanto justo participante da dinâmica política. Na essência, enxergam-se rivais políticos e não inimigos que ameaçam a existência do Estado ou a integridade física do outro.

Essa condição existencial é o que explica como adversários admitem que, no sistema democrático, eleições são perdidas e, mesmo assim, há concordância mútua sobre o respeito aos resultados (ISSACHAROFF, 2018a). Da mesma forma, isso explica diversos costumes democráticos não-positivados que contribuem para o jogo político como, por exemplo, o não exercício do poder público às últimas consequências de forma a respeitar os adversários (Levistky e Ziblatt, 2018).

Contudo, problemas como a polarização ameaçam pilares fundamentais da democracia por potencialmente desconstruírem essas condições existenciais. Conforme escreve Elkins (2018, p. 53), há uma identificação de conjunto de atitudes – principalmente confiança e tolerância – que conduzem e mantêm a democracia. Há outras atitudes auxiliares também de significativa importância como associativismo, conhecimento político e interesse político.

Na contemporaneidade, entretanto, percebe-se que esse conjunto de atitudes – do qual confiança, tolerância, associativismo, conhecimento político, interesse político e reconhecimento da dignidade do outro fazem parte – está em risco por fatores como segregação e polarização, o último provavelmente mais significativo no Brasil atual.

Elkins (2018) compreende que a polarização política é, simplesmente, uma sociedade altamente dividida em razão de partidos políticos (ou outra forma de agrupamento político) que opera tanto nos níveis das elites políticas como das massas. Essa polarização contribui para que os aspectos fundamentais da democracia sejam ameaçados. Balkins (2018), por exemplo, compreende que a polarização ocorre quando os participantes da comunidade política entendem seus concidadãos como inimigos e não como membros do mesmo projeto público.

Nessa senda, é interessante perceber como essa polarização pode levar para uma disfuncionalidade das quatro tensões anteriormente identificadas, visto que a estabilidade democrática depende de que elas operem em níveis aceitáveis. Entretanto, a polarização pode fazer com que as tensões atinjam graus tão excessivos que ponham em xeque as próprias estruturas democráticas, contribuindo para a deslegitimidade sistêmica do modelo democrático constitucional nacional.

Afinal, a coesão social suporta, em medida importante, o projeto democrático. É essencial, no modelo democrático, o senso de identidade coletiva para estruturar o autogoverno cidadão. Contudo, a polarização fragiliza justamente essa coesão social. Segundo Issacharoff: “entre os desafios contemporâneos nas sociedades democráticas avançadas estão erosões significativas no sentido de solidariedade coletiva que forneceu a cola histórica para o projeto comum de governança democrática”⁹⁴.

Diante disso, há um risco estrutural de que, se a polarização for levada às últimas consequências, surja um risco de ruptura institucional. Afinal, o aumento da polarização política com a demonização da oposição ou dos governantes num mútuo empreendimento de eliminar o opositor do jogo político faz com que os atores públicos aumentem o grau e o ciclo de retribuição violenta – seja em termos políticos, seja, quiçá, até físicos – dos oponentes. Isso pode levar tanto à ineficiência do próprio governo como à deslegitimação do partido político

⁹⁴No original: Among the contemporary challenges in advanced democratic societies are significant erosions in the sense of collective solidarity that provided the historic glue for the common Project of democratic governance.

que ocupa o poder – compreendido pelo outro lado enquanto golpista ou inimigo público, por exemplo – o que pode provocar uma ruptura institucional (BALKIN, 2018, p. 16)

Nessa mesma linha, ressalta-se que, conforme pesquisa de Elkins (2018, p. 60), as democracias constitucionais necessitam de muito tempo para sua construção, mas, quando falham, elas falham rápido. Então, a recessão democrática deve ser vista com extra cautela – assim como a polarização - diante desses dados.

4.2.3 A concentração de poderes no Executivo

O primeiro problema satélite é a concentração de poderes no Executivo. Importante pontuar que, quando essa concentração se insere em uma lógica populista e/ou polarizada, há um reforço da ameaça que ela significa. Afinal, a maior preocupação da democracia constitucional, em razão da sua própria inserção histórica, é o Executivo. A maior ameaça é, justamente, um Executivo que insiste em transgredir os limites do Estado de Direito (ELKINS, 2018, p. 52). Portanto, a democracia constitucional inclui elementos de controle e limitação do Poder Executivo dentro da sua separação dos poderes e do sistema de freios e contrapesos. Nessa engenharia constitucional, uma relação equilibrada entre o Executivo e o Legislativo e um controle de constitucionalidade autêntico que assegure à supremacia constitucional são, idealmente, a regra e o objetivo.

Percebe-se, atualmente, que diversos movimentos populistas em diferentes países procuram transferir poderes do Poder Legislativo e do Poder Judiciário para o Poder Executivo. As transferências pontuais de poder a depender das circunstâncias políticas são algo natural, conforme já foi anteriormente visto no ponto 3.5 com Hirschl. Afinal, há uma inclinação racional dos líderes políticos de empoderar as instituições mais propensas ao seu controle e enfraquecer as instituições mais alinhadas com os rivais políticos (GRABER; LEVINSON; TUSHNET, 2018).

Diante da escalada populista, rapidamente citada acima, percebe-se que há um direcionamento ainda maior de empoderamento específico do Poder Executivo, que reforça a necessidade de limitação do exercício do poder da autoridade pública (ISSACHAROFF, 2018b, Loc. 12247). No mesmo sentido, Graber identifica que há uma subida autoritária que tenta concentrar poderes no Executivo. Ao fazer isso, percebe-se que aconteceu uma substituição de

golpes militares por um enfraquecimento da limitação constitucional democrática tanto no âmbito de normas escritas como costumeiras.

Percebe-se, assim, que existe um *modus operandi* de movimentos e líderes políticos que se utilizam de poderes constitucionalmente previstos para fragilizar a própria razão de existir da ordem constitucional. Algo, por exemplo, já presenciado na Primeira República brasileira. Com isso, percebe-se que poderes do Executivo são utilizados como forma de fragilizar instâncias de controle e pavimentar o caminho para a dominância política unipartidária ou, até unipessoal de algumas nações. Com isso, estruturas básicas da governança democrática, das instituições de controle e das instituições intermediárias são postas em xeque ou gravemente ameaçadas.

Na essência, percebe-se que há um abuso no exercício de poder que, apesar de exercer poderes constitucionalmente permitidos em tese, desvirtua a sua razão de existir ao descambar para uma espécie de corrosão constitucional que objetiva enfraquecer os limites e os mecanismos de controle ao qual o Executivo está submetido (GRABER, 2018, loc 18201). Na essência, percebe-se um menor compromisso aos elementos substantivos de uma democracia constitucional pelos principais líderes políticos.

Graber (2018, loc 18201), utilizando-se de Sujit Choudhry (2018), afirma que o ponto identificador desse diagnóstico é que eles ameaçam as normas constitucionais que constroem a utilização dos poderes públicos para conformá-los ao compromisso democrático constitucional com o objetivo de manutenção de poder em futuros ciclos eleitorais, ou seja, enfraquecendo o aspecto fundamental da democracia de se tratar de um jogo político de repetição obrigatória.

4.2.4 A deslegitimação dos partidos políticos

Os partidos políticos são compreendidos enquanto grupos sociais com formação ideológica definida e com objetivo de conquista do poder estatal, conforme explica Zilio (2018). Por isso, eles são considerados, a partir do desenvolvimento do autogoverno democrático por eleições, como um fundamental elemento de concretização do regime democrático por proporcionarem a efetivação da participação da população pelo exercício do sufrágio. Eles funcionam, na linha que defende Gilmar Mendes (2018), como um ponto de integração entre o público e o privado, visto que são os responsáveis por oferecer o *locus* de recebimento das

demandas populares e interesses privados e transformá-los em ações e decisões públicas por intermédio de pressão, influência, participação e exercício de poder. Na síntese com Issacharoff, os partidos políticos são o mecanismo institucional responsável por traduzir interesses e ideologias em governança. Lembra, contudo, Issacharoff (2018a) que o papel cumprido pelos partidos políticos na política está longe de um ideal. A política é a arte do possível, mesmo que isso não seja inspirador. Sem partidos, a governança produtiva e responsável depende excessivamente da casualidade – e aleatoriedade – de líderes iluminados do que de mecanismos institucionalizados para tomar decisões difíceis, realizar acordos, aceitar custos de curto prazo para benefícios de longo prazo e todos os demais mecanismos que definem uma boa administração.

Contudo, percebe-se um certo desfazimento dos partidos políticos enquanto instituições essenciais. Na medida em que as instituições partidárias amadureceram no século XIX e XX, consoante visto no segundo capítulo, os partidos organizavam os recursos, as campanhas políticas, escolhiam candidatos e coordenavam plataformas. Com isso, os partidos possuíam certo controle sobre o acesso ao poder, o que permitia uma disciplina coordenada aos candidatos e representantes.

A realidade atual, entretanto, é distinta. Há uma dissolução da disciplina dos partidos políticos que criou uma política livre das agendas partidárias. Contudo, ocorreu uma expansão de movimentos políticos em torno de personalidades individuais e questões momentâneas em detrimento da institucionalidade oferecida pelos partidos políticos (ISSACHAROFF, 2018a, p. 490). Richar Pildes chama isso de processo de fragmentação política em razão da difusão do poder para longe dos partidos políticos.

No Brasil, passa-se por problema semelhante, pois o país sofre um agravamento em razão do modelo de presidencialismo de coalizão. Segundo diagnóstico de Zílio (2018), ocorre uma deterioração das agremiações partidárias na atual engenharia política nacional, eis que se assiste à proliferação de legendas de aluguel e a subvalorização das doutrinas ideológicas na formação dos quadros partidários.

Com efeito, são características do nosso modelo brasileiro a proliferação de legendas, o afastamento do sistema partidário parlamentar do sistema partidário eleitoral, a migração individual dos parlamentares entre os partidos, o enfraquecimento dos partidos e o aumento do individualismo no processo político-parlamentar (ZÍLIO, 2018). Esses fatores dificultam a criação de consensos, de maiorias estáveis e, ao fim, da governabilidade no sistema constitucional brasileiro (ABRANCHES, 2018).

4.2.5 A fragilização do Poder Legislativo

Ainda, a fragilização gradual que ocorre com o Legislativo é, no mínimo, alarmante. Conforme sustenta corretamente Issacharoff, as democracias são compreendidas e concebidas a partir do Poder Legislativo. Ele é, por excelência, a mais nobre herança democrática. Justamente por isso, os momentos mais marcantes do autoritarismo recente do século XX estão entrelaçados com a rejeição da deliberação parlamentar em favor dos triunfos plebiscitários e eleitores de Hitler ou Mussolini.

A perspectiva teórica da arena legislativa enquanto o mais autêntico local institucionalizado para a deliberação democrática é bem apresentada por Issacharoff (2018a, p. 489). Nesse sentido, numa visão clássica, é o local no qual os participantes do discurso, antes da contagem de votos, estão abertos para mudar suas preferências a luz de racionais, persuasivos e bem fundamentados argumentos. Como já estudado na teoria do discurso no primeiro capítulo, há uma série de exigências de fundamentação racional para o bom desenvolvimento do diálogo que permite a justificação e o convencimento mútuos para a tomada de decisão (ALEXY, 2018a).

Contudo, a era contemporânea utiliza de forma excessiva as palavras "legislativo" e "disfunção" para os padrões de uma democracia saudável. Os dados nesse sentido são preocupantes. Por exemplo, o nível de material legislativo votado e aprovado no Congresso americano era de uma média de 804 projetos nos anos setenta. Nos anos dois mil, a média diminuiu para aproximadamente 320 (ISSACHAROFF, 2018a). No Brasil, a expansão do espaço de decisão da Corte Constitucional pátria no enfrentamento das omissões inconstitucionais demonstra, da mesma forma, uma grave crise de legitimidade e de aparente produtividade – pelo menos percebida pelos legitimados em participar do controle concentrado de constitucionalidade brasileiro – que também é preocupante.

Evidência disso é a pesquisa de Pereira (2017, p. 47), que demonstra uma alarmante diminuição de propostas enviadas pelo Presidente da República ao Congresso Nacional entre 1995 e 2016. Por exemplo, no segundo governo de Fernando Henrique Cardoso de 2000 a 2003, foram enviadas 936 propostas de atos legislativos de iniciativa do Poder executivo. No primeiro mandato de Dilma Rousseff de 2012 a 2016, 440 propostas, ou seja, menos da metade do primeiro mandato do ex-Presidente Fernando Henrique Cardoso. No segundo, foram 166, o que

demonstra o alinhamento entre a experiência e o argumento estadunidense e a experiência brasileira e o argumento desse subponto.

Nesse contexto, Issacharoff afirma que, diante de vários marcos, os Legislativos das democracias maduras restam fragilizados enquanto centros de debate e formação de políticas. Com isso, o espaço do legislador cedeu para o Poder Executivo, que cada vez mais adota funções de formulação de políticas mais vigorosas, e o Judiciário, que exerce concomitantemente o papel de controle e de formulação de políticas pontuais – segunda função especialmente significativa no Brasil (TASSINARI, 2016). Issacharoff (2018a, p. 499 e 500) demonstra isso a partir de uma relação entre os Presidentes americanos e a mudança de comportamento deles. Próximo à década de 80, o habitual era de 100 primeiros dias com significativa iniciativa do Poder Executivo na formulação de propostas e estatutos para a deliberação do Legislativo. Atualmente, os 100 primeiros dias – que continuam marcados por expressiva ação do Executivo – destacam-se por ações no âmbito do Poder Regulamentar, ou seja, de formulação de políticas públicas próprias do Executivo que independem do Congresso. O diagnóstico completo é feito com maestria por Issacharoff (2018a, p. 501):

O fracasso do lado participativo da política democrática vincula-se diretamente às dificuldades encontradas no lado deliberativo. As democracias parlamentares estão centradas nos partidos. Os candidatos concorrem como parte de uma chapa, e a demanda por uma parcela maior de assentos no parlamento é o que oferece a perspectiva de assumir o governo. Em teoria, existem tantos interesses conflitantes, e tal inconsistência em resultados políticos potenciais que, dependendo de quem tem o controle de definir a agenda, decidir o que é apresentado e de qual forma, que existe o risco de completa incoerência e desencontro no processo legislativo. O problema do ciclo de preferências, o grande insight do Professor Kenneth Arrow e o estudo subsequente da teoria da escolha pública, demonstram a real ameaça de colapso da capacidade decisória de qualquer órgão legislativo encarregado de liderança política⁹⁵.

Diante desse cenário, o resultado é que a disfunção do parlamento corresponde à ascensão do unilateralismo do Executivo. Dessa forma, aumenta – levando em conta a estrutura

⁹⁵ No original: The failure of the participatory side of democratic politics ties directly to the difficulties encountered on the deliberative side. Parliamentary democracies are centered on the parties. Candidates run as part of a slate, and the demand for a larger share of seats in parliament is what offers the prospect of national stewardship. In theory, there are so many competing interests, and such inconsistency in potential political outcomes depending on who has control of setting the agenda and deciding what is presented in what form, that there is a risk of complete incoherence in the legislative process. The cycling-of-preferences problem, the great insight of Professor Kenneth Arrow and the ensuing study of public-choice theory, threatens to collapse the capacity of any legislative body charged with policy leadership.

do Estado Social, ainda mais – a dependência da esfera administrativa própria do Executivo, o controle por parte do Judiciário e uma certa deslegitimação do Congresso e fragilização dos sistemas de controle. Isso ocorre em um cenário em que a mais autêntica arena da democracia perde espaço para os outros dois poderes que a ocupam. Na essência, na disfunção do Legislativo, os mecanismos de limitação democrática fragilizam-se. Nesse sentido, Issacharoff escreve (2018a, p. 505):

Para Jackson, a inação do Congresso representou as questões mais difíceis para a governança democrática e, por extensão, para o judiciário. Como ele formulou o problema: Quando o presidente age na ausência de uma concessão do Congresso ou negação de autoridade, ele só pode contar com seus próprios poderes independentes, mas há uma zona de penumbra em que ele e o Congresso podem ter autoridade simultânea, ou em que sua distribuição é incerta. Portanto, a inércia, indiferença ou quietude do Congresso podem às vezes, pelo menos como uma questão prática, permitir, se não convidar, medidas sobre responsabilidade presidencial independente. Nessa área, qualquer teste real de poder provavelmente dependerá dos imperativos dos eventos e dos imponderáveis contemporâneos, em vez de teorias abstratas do direito⁹⁶.

Como é de conhecimento geral, pelo menos com os Federalistas, diante da ausência de um poder, outros naturalmente correm para ocupá-lo. Não há vazio de poder num sistema político complexo como o da democracia constitucional, no qual há diversas sobreposições de instâncias para assegurar controle e limite ao exercício de poder pelos mais diversos órgãos e autoridades. Jackson afirma, inclusive, que na omissão do Legislativo, enquanto autêntica arena democrática, geram-se disputas e tensionamentos entre Executivo e Judiciário pela correta demarcação de poderes. Algo visível no Brasil durante a pandemia da COVID-19.

4.2.6 Os problemas de capacidade estatal

⁹⁶ No original: for Jackson, congressional inaction posed the most difficult issues for democratic governance and, by extension, for the judiciary. As he framed the problem: When the President acts in absence of either a congressional grant or denial of authority, he can only rely upon his own independent powers, but there is a zone of twilight in which he and Congress may have concurrent authority, or in which its distribution is uncertain. Therefore, congressional inertia, indifference or quiescence may sometimes, at least as a practical matter, enable, if not invite, measures on independent presidential responsibility. In this area, any actual test of power is likely to depend on the imperatives of events and contemporary imponderables rather than on abstract theories of law.

Por fim, as dificuldades de capacidade estatal estão, também, entre os problemas que deslegitimam todo o projeto democrático. A título de exemplo, nos últimos dois séculos, o modelo democrático superou os seus principais rivais nas mais diversas áreas. A democracia venceu mais guerras, inovou mais e produziu mais. Ademais, o modelo constitucional democrático melhorou a qualidade de vida de milhões de pessoas em questões relacionadas com educação, saúde, alimentação, trabalho, renda, qualidade de vida, cultura e muito mais. Ainda numa perspectiva largamente favorável, é o modelo que mais produziu legitimidade e engajamento cívico. O modelo provou-se seguro para administrar enormes forças militares sem sucumbir ao governo militar. A visão – possivelmente tendenciosa – reflete o consenso ideológico que prevaleceu desde a queda do império soviético.

Contudo, o presumido universalismo democrático apresenta sintomas de retrocesso. Conforme narra Issacharoff, o modelo autoritário aliado com altíssima competência estatal, como exemplos da China e de Singapura, resalta problemas concretos no modelo democrático. Dentre eles, um em especial fica em evidência maior que os demais, qual seja: o problema de governança.

Nesse sentido, Fukuyama (2015) reconhece o risco da vetocracia, que é definida como uma situação em que grupos de interesses privados podem vetar medidas prejudiciais a si mesmos, enquanto tornam as ações coletivas para o bem comum extremamente difíceis de alcançar. A vetocracia não é fatal para a democracia, mas é capaz de produzir má governança. As democracias efetivas apresentam mecanismos de transparência, respeito ao devido processo e amplitude de participação democrática. Com isso, elas precisam lidar com grupos de interesses e de pressão que legitimamente têm acesso e influência na decisão pública, o que dificulta sobremaneira a uniformização de interesses e a tomada de decisão eficiente. Afinal, as próprias características de uma democracia efetiva podem ser usadas inadequadamente como forma de obstrução do processo decisório. Na essência, como posto por Issacharoff (2018a, p. 513-514), é mais fácil bloquear que construir. Essa lógica, contudo, aumenta consideravelmente os custos de decisão e diminui significativamente a eficiência na governança democrática.

O cenário completo é dado por Issacharoff (2018a, p. 514):

A reivindicação central das democracias não é o processo de governança, mas os resultados. A deliberação democrática é necessariamente mais lenta e complicada do que um decreto autoritário. Em algum ponto, entretanto, a deliberação não é um processo de contribuições dos cidadãos, mas um pesadelo de escolha pública em que grupos de interesse e de pressão investidos podem reunir recursos para sobrepujar a maioria passiva. O resultado é um fracasso na liderança das políticas públicas e um

colapso em recompensas pelo acesso privilegiado às forças mais poderosas do governo, quase invariavelmente o executivo. Como descrevi o processo em outro lugar, "os 'três C's' do poder consolidado tomam conta: clientelismo, (cronyism) fisiologismo e corrupção". O resultado são "democracias fracas com líderes autocráticos, que governam por meio de redes informais de clientelismo. [...]. Clientelismo vincula muitos cidadãos às elites governantes por meio de cooptação e coerção.". Essas democracias falidas não têm superioridade organizacional necessária para regimes mais decisivos e, de fato, a presença de vários pontos de veto à ação pode, na verdade, tornar as democracias menos capazes⁹⁷

Nesse sentido, percebe-se que a estrutura brasileira herdou e manteve uma enorme inércia burocrática-orçamentária estatal, que teve considerável ascendência desde a época varguista. Diante disso, os governos – passados e atuais – enfrentaram e enfrentam uma inércia de difícil superação, “que torna extremamente difícil a eliminação de qualquer programa, a redução ou extinção de incentivos e subsídios, o reordenamento e a racionalização do gasto público” (ABRANCHES, 1988, p. 6).

Abranches (1988; 2018) explica que cada item já existente na estrutura se incorpora à inércia. Ela, por sua vez, é sustentada tanto pelo conluio entre segmentos da burocracia e os beneficiários privados como pelo desinteresse das forças políticas que controlam o Executivo e o Legislativo em assumir os custos de decisão e modificação. Diante disso, o raio de ação do governo diminui, o que reduz as possibilidades de redirecionamento da intervenção do Estado por mais racional e necessário para o próprio cumprimento dos princípios constitucionais que isso seja. Exatamente o mesmo ponto é percebido por Skorwonek (2011, p. 27 a 78) e Balkin (2020; 2021) na análise de ciclos políticos norte-americanos. O ponto, chamado por Skorwonek de “*waning of political time*” e acompanhado por Balkin, trata sobre a dificuldade de vencer a inércia, os pontos de veto, os conflitos de interesse e os obstáculos ao longo do passar dos anos e do desenvolver do Estado e dos seus regimes políticos, visto que cada nova tentativa de

⁹⁷ O argumento original é: "The central claim to superior competence of democracies is not the process of governance but the outputs that result; deliberation is necessarily slower and more complicated than decree. At some point, however, deliberation is not a process of citizen inputs but a public-choice nightmare in which vested sectional interests can marshal resources to overwhelm the passive majority. The result is a failure of public policy leadership and a collapse into rewards for privileged access to the strongest forces in government, almost invariably the executive. As I have described the process elsewhere, “the ‘three C’s’ of consolidated power take hold: clientelism, cronyism, and corruption.” The result is “weak democracies with autocratically minded leaders, who govern through informal, patronage networks [C]lientelism binds many citizens to ruling elites through cooptation and coercion.” Such failing democracies have no necessary organizational superiority to more decisive regimes, and indeed the presence of numerous veto points to action may actually make democracies less capable".

reforma ou ruptura lida com uma estrutural estatal potencialmente maior, mais complexa e com maior histórico de costumes, normas e decisões. Trata-se da mesma questão identificada por Abranches (1988; 2018).

Com isso, percebe-se que a erosão democrática, em larga parte, refere-se não apenas a não construções de condições para o florescimento democrático em razão de uma fissura na coesão identitária nacional, mas também de um processo de piora da própria governança democrática que afeta, na essência, a capacidade da democracia constitucional de funcionar no mesmo ritmo das demandas populares.

Esse processo de retrocesso democrático ocorre, ainda, num cenário no qual há um agigantamento das atribuições submetidas ao modelo constitucional democrático. Como já estudado, a história demonstrou um processo gradual de acumulação de competências relacionadas com proteções e prestações de direitos por parte do Estado para a sociedade. Esse processo, que ocorreu tanto no Brasil como no mundo, desconfigurou o modelo constitucional democrático liberal clássico dos Federalistas americanos, por exemplo.

A questão é simples de ser percebida. Sob a égide da Constituição de 1891, os deveres do Estado democrático relacionavam-se, essencialmente, com respeitar liberdades e garantir segurança. Sob o império da Constituição de 1988, os deveres do Estado brasileiro são encontrados numa pluralidade de dimensões que vão desde as tradicionais até a questões relacionadas com prestações (custosas) como educação infantil, fundamental, média, superior e pós-graduação e saúde universal. Alguns dos deveres estatais, inclusive, estão relacionados com missões impossíveis, que nunca foram passíveis de cumprimento na nossa história como proteção ao trabalhador e a previsão de um salário mínimo nacionalmente unificado capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família - moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social - com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo. Tratava-se de algo fática e economicamente impossível em 1988 e continua a ser em 2021 no nosso modelo.

Quando um Estado oferece um rol de promessas extensivas como os direitos da Constituição Federal brasileira, mas apresenta sérios problemas de cumprimento das promessas ao mesmo tempo em que não consegue responder às demandas populares num tempo adequado, acaba sendo esperado o processo de perda de legitimidade. A questão, por óbvio, não se trata de simplesmente prever menos direitos, mas de compreender o contexto no qual a erosão e a crise democráticas ocorrem e os seus motivos. Desses, é inexorável a observância dos

problemas de governança eficiente que grande parte das democracias no mundo e especialmente o Brasil apresentam.

Diante de todos esses problemas que compõem uma experiência compartilhada e internacional de erosão democrática, diversos autores e comunicadores utilizam o termo “crise constitucional” indistintamente. Contudo, conforme constantemente lembrado por Streck, “não se pode falar qualquer coisa de qualquer coisa”. Assim como no exemplo do conto da “A Sereníssima República” de Machado de Assis⁹⁸, por mais que haja grandes filólogos que assim afirmem, Nebraska não é Caneca. A necessidade de conceituação responsável dos diversos fenômenos e diferenciação deles é imprescindível para a definição de limites à jurisdição constitucional.

4.3 CONCEITOS E FENÔMENOS:

Destarte, o primeiro passo para uma proposta de resposta precisa ser dado em prol de uma tentativa de conceituação. Com isso, sinaliza-se que se aproxima a “tese da tese”, visto que

⁹⁸ Nesse ponto, cita-se a seguinte passagem: “Daí a necessidade de evitar os dois extremos da interpretação, o textualismo ingênuo e o voluntarismo sem limites. Se fôssemos buscar na literatura um modo de tentar metaforizar esse “estado de natureza hermenêutico” que se instaurou no Direito, poderíamos convocar Machado de Assis, com seu conto A Sereníssima República, na qual o Cônego Vargas relata sua descoberta: “aranhas falantes, que se organizaram politicamente”. O Cônego lhes ofereceu um sistema eleitoral a partir de sorteio, onde eram colocadas bolas com os nomes dos candidatos em sacos. O inusitado ocorreu quando da eleição de um magistrado: “Nebraska contra Caneca”. Em face de problemas anteriores — grafia errada de nomes de candidatos nas bolas — a lei estabeleceu que uma comissão de cinco assistentes poderia jurar ser o nome inscrito o próprio nome do candidato. Feito o sorteio, saiu a bola com o nome de Nebraska. Ocorre que faltava ao nome a última letra. Mas as cinco testemunhas resolveram o problema. Caneca, o derrotado, impugnou o resultado. Trouxe um grande filólogo, um bom metafísico, que apresentou a sua tese: “Em primeiro lugar, não é fortuita a ausência da letra “a” do nome Nebraska. Não havia carência de espaço. Logo, a falta foi intencional. E qual a intenção? A de chamar a atenção para a letra “k”, desamparada, solteira, sem sentido. Ora, na mente, “k” e “ca” é a mesma coisa. Logo, quem lê o final lerá “ca”; imediatamente, volta-se ao início do nome, que é “ne”. Tem-se, assim, “cané”. Resta a sílaba do meio “bras”, cuja redução a esta outra sílaba “ca”, última do nome Caneca, é a coisa mais demonstrável do mundo. Mas não demonstrarei isso. É óbvio. Há consequências lógicas e sintáticas, dedutivas e indutivas... Aí está a prova: a primeira afirmação mais as sílabas “ca” às duas “Cane, dando o nome Caneca.” Não se sabe se a tese do grande filólogo foi vencedora, mas uma coisa se fez: Eliminaram a possibilidade desse tipo de parecer no futuro! Nunca mais o chamaram. Por isso, a importância da hermenêutica naquilo que ela se assenta em uma tradição autêntica de sentidos não surpreendentes. Observe-se que por vezes é possível ao intérprete colocar-se manifestamente contra a lei, mesmo que sob pretexto de a cumprir, como no caso dos juízes colombianos que, sob pretexto de cumprirem a reserva legal, burlaram a regra “é proibido que os juízes eleitores dos órgãos de cúpula ocupem cargos de confiança”, nomearam parentes seus. Necessariamente o que não é proibido será ou é permitido. Como no caso da proibição de carregar cães na plataforma do trem. Tal proibição não libera ursos, lembrança sempre presente de Recasens Siches”. (STRECK; LORENZONI, 2020, p. 110).

esses conceitos, trabalhados em conjunto com uma proposta de jurisdição constitucional, que proporcionarão os critérios para uma jurisdição extraordinária.

Voltando ao processo de fragilização e de ameaça autoritária é que o estudo e os conceitos oriundos das análises do retrocesso democrático pós-terceira onda de democratização podem ser mais relevantes no nosso sistema. Afinal, problemas importantes são compartilhados por parcela significativa do mundo ocidental no *backwash* da terceira onda. O recorte precisa ser feito com a perspectiva brasileira e, para tanto, far-se-á em constante diálogo com as nossas características próprias do modelo pátrio de 1988.

Iniciando pela forma mais geral, é interessante perceber que os problemas e as mudanças na engenharia constitucional e na alocação de autoridade constitucional são de altíssima relevância para o constitucionalismo como um todo e para teorias da decisão política e da jurídica. Tal diagnóstico é reforçado por Elkins (2018, loc. 18261), que prevê a substituição dos holofotes das questões relacionadas com os déficits democráticos e a dificuldade contramajoritária para as questões relacionadas com a ditadura constitucional.

A ditadura constitucional é uma tentativa de conceituar a necessidade de maior concentração de poderes no Executivo, numa expansão da autoridade do governo e da diminuição dos direitos individuais. Contudo, o que era, segundo Rossiter em 1948, temporário parece adquirir ares de permanência.

Nesse sentido que Elkins (2018, loc. 18273) afirma:

A ditadura constitucional também é consequência da política “comum” na virada do século XXI. O que Rossiter pensava serem condições temporárias agora são permanentes. Oren Gross detalha como “a proliferação de estados permanentes de emergência e a normalização de poderes excepcionais de segurança nacional dentro dos sistemas jurídicos comuns dos estados” expandiu drasticamente o poder executivo na França, no Reino Unido e nos Estados Unidos. A guerra às drogas, um tipo diferente de emergência, é o veículo pelo qual o poder executivo está se expandindo no México. Os executivos têm sido os beneficiários do aumento do lugar da política externa nas agendas políticas⁹⁹.

⁹⁹ No original: Constitutional dictatorship is also a consequence of “ordinary” politics at the turn of the twenty-first century. What Rossiter thought were temporary conditions are now permanent. Oren Gross details how “the proliferation of permanent states of emergency and the normalization of exceptional national security powers within ordinary legal systems of states” has sharply expanded executive power in France, the United Kingdom, and the United States. The drug war, a different kind of emergency, is the vehicle by which executive power is expanding in Mexico. Executives have been the beneficiary of the increased place of foreign policy on political agendas.

Nisso, há uma aparente contradição entre a ampliação dos poderes do Executivo – exigido por uma multiplicidade de fatores que vão desde insuficiência legislativa, maior rol de atribuições estatais em razão de direitos e deveres prestacionais e, inclusive, ameaças (sejam reais ou imaginárias) à segurança interna dos cidadãos – e os próprios direitos fundamentais, visto que a justificativa para essa ampliação é justamente a sua tutela e, por sua vez, a consequência é sua diminuição.

Ponto essencial é perceber o encaixe dessas questões com os processos de retrocesso democrático experienciados atualmente. Para tanto, Balkin (2018) é de ilustrativa importância. Segundo o autor, o termo de crise constitucional é frequentemente utilizado de forma exagerada e leviana. As pessoas aplicam-no para muitas situações que, apesar de preocupantes, não são crises constitucionais. Exemplo trazido pelo autor é a estratégia de significativa parcela dos meios de comunicação americanos de afirmarem que os Estados Unidos da América estão sob uma crise constitucional, seja em razão das dúvidas sobre a demissão do *Special Prosecutor Robert Mueller*¹⁰⁰, seja em razão do *travel ban*¹⁰¹ ou, ainda, da demissão do Diretor do FBI James Comey¹⁰² (BALKIN, 2020, loc 836). Todos esses seriam, supostamente, casos de crise constitucional. Todos eles, na realidade, não foram casos de crise constitucional.

Num paralelo interessantíssimo com o Brasil, pode-se rapidamente citar: a suposta crise em relação aos limites e à obediência dos militares em maio de 2020¹⁰³ e os protestos de 07 de

¹⁰⁰ BUSH, Daniel. Trump firing Mueller would create a constitutional crisis, Sen. Warner says. PBS. PBS News Hour. 19/04/2018. Disponível em: <https://www.pbs.org/newshour/show/trump-firing-mueller-would-create-a-constitutional-crisis-sen-warner-says>. No mesmo sentido: PROKOP, Andrew. Trump friend: he's thinking about firing Robert Mueller: if Trump actually fires the special counsel investigating Russian interference, a crisis would ensue. VOX. 12/06/2017. Disponível em: <https://www.vox.com/2017/6/12/15788530/trump-firing-robert-mueller>.

¹⁰¹ WALTERS, Joanna. An epic confrontation: has travel ban put white house and courts at odds? The Guardian. 5/02/2017. Disponível em: <https://www.theguardian.com/us-news/2017/feb/04/donald-trump-travel-ban-constitutional-crisis>. Apenas para citar um trecho: "On Saturday, as the president attacked a judge who ruled against his executive order, experts warned of an impending crisis". Outro exemplo: Taking on Trump: is the US facing a constitutional crisis? BBC. US & Canada. 06/02/2017. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-38881119>.

¹⁰² ROSEN, Joffrey. Does Comey's dismissal fit the definition of a constitutional crisis? The Atlantic. Politics. 11/05/2017. Disponível em: <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2017/05/president-trump-james-comey-constitutional-crisis/526299/>. Outro exemplo: MATTHEWS, Dylan. I asked 7 experts if th Comey firing is a constitutional crisis. Vox. 11/05/2017. Disponível em: <https://www.vox.com/policy-and-politics/2017/5/11/15615138/james-comey-firing-trump-constitutional-crisis-expert-law>.

¹⁰³ Consultor Jurídico. Para Collor, governo Bolsonaro gesta uma crise institucional. Revista Consultor Jurídico. 04/05/2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-04/collor-governo-bolsonaro-gesta-crise-institucional>.

setembro de 2021 em favor do governo¹⁰⁴. Igualmente, também no Brasil, setores importantes da academia e dos meios de comunicação sinalizam que vivemos uma crise constitucional. Também aqui, a realidade é diversa. Não se vive uma crise constitucional no Brasil contemporâneo, conforme será detalhado. Para bons argumentos preliminares, Luís Inácio Adams (2021) explica que não há risco concreto de rompimento constitucional. Há, indubitavelmente, tensionamentos – mas só isso.

Nesse sentido, frequentemente as pessoas estão decepcionadas com alguma solução dada ou ação realizada pelas autoridades estatais – sejam do Poder Legislativo, Poder Executivo ou Poder Judiciário – e chamam essas ações de crise constitucional. Como Balkin (2018) demonstra, trata-se de um equívoco. A maior parte dessas situações não é crise constitucional, porque não há risco concreto de um rompimento constitucional.

Na maioria das vezes, o que as pessoas chamam de crise constitucional é, na realidade, um acalorado debate sobre a melhor interpretação da lei e/ou da Constituição – argumentando, por óbvio, que os seus oponentes interpretam a lei/constituição de forma equivocada. Isso é ainda mais relevante em casos como o brasileiro, visto que a própria Constituição dá margem para compreensões contraditórias em razão da estratégia de acumulação de ideologias e princípios conflitantes como já observado e amplamente demonstrado no segundo capítulo.

Ainda, também os tensionamentos da democracia fazem parte do seu desenvolvimento, o que é especialmente significativo no contexto brasileiro em razão das deficiências do presidencialismo de coalizão em formar maiorias estáveis, fornecer incentivos de apoio e conciliação mútuos e criar princípios de ações políticas comuns entre poderes. Na falta desses atributos, naturalmente os tensionamentos tendem a escalar, como frequentemente são vivenciados no Brasil.

Nada disso, contudo, é uma crise constitucional. A maioria dessas disputas é resolvida nas cortes ou na política e relaciona-se com desacordos morais ou jurídicos – algo que Alexy chamaria de um desacordo racional no âmbito do discursivamente possível e Streck de desacordo moral razoável. Quando se resolvem disputas – seja no Judiciário seja na política –

¹⁰⁴ STUENKEL, Oliver. Embate entre Bolsonaro e a democracia entra em fase mais crítica. El País. Opinião. 08/09/2021. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/opiniao/2021-09-08/embate-entre-bolsonaro-e-a-democracia-entra-em-fase-mais-critica.html>; e Redação. O papel do Supremo na crise institucional com Bolsonaro e para sair dela. 10/09/2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/sem-precedentes/o-papel-do-supremo-na-crise-institucional-com-bolsonaro-e-para-sair-dela-10092021>.

não há crise constitucional. Justamente pelo contrário, a principal tarefa constitucional continua a ser cumprida.

As constituições visam proteger direitos e distribuir poderes e deveres. Acima de tudo, constitui a política, isto é, compreendida enquanto em contraposição à violência, à insurreição e à guerra civil. A tarefa central da Constituição, como recorrentemente afirmado ao longo da pesquisa, é criar as condições de possibilidade para canalizar os desacordos por poder e decisão dentro do Direito e das regras do jogo para que justamente essas discordâncias não terminem em violência (BALKIN, 2020, loc 844). A Constituição, assim, legitima justamente sua razão de existir quando os desejos de poder e de dominação se tornam disputas políticas e, com isso, descansam sob os limites constitucionais.

Resta, então, o seguinte questionamento: o que é efetivamente uma crise constitucional? Balkin (2018, p. 14) responde:

Uma crise constitucional ocorre quando há um sério perigo de que uma constituição esteja prestes a falhar em sua tarefa central. A tarefa central das constituições é manter o desacordo dentro dos limites da política comum, em vez de se transformar em anarquia, violência ou guerra civil. Certamente, as constituições também são valiosas porque protegem as liberdades civis e dividem e restringem o poder, mas seu primeiro trabalho é manter a paz e fazer as pessoas lutarem umas com as outras dentro da política e não fora dela¹⁰⁵.

Dessa forma, três tipos de crises constitucionais são identificadas, sendo elas crise constitucional de tipo 1, relacionada com rompimento constitucional por autoridades; crise constitucional de tipo 2, no qual há uma impossibilidade fática de que o regime constitucional responda efetivamente alguma crise; e crise constitucional de tipo 3, que trata do rompimento constitucional por setores da sociedade (BALKIN, 2018; 2020; 2021).

De forma mais detalhadas, o “*Type One Crisis*” ocorre quando autoridades públicas (políticos ou militares por exemplo) não obedecem à Constituição (BALKIN, 2018). O argumento pode ser o de que respeitar a Constituição não é mais possível, visto que a situação é tão desastrosa, o inimigo interno ou externo é tão perigoso e as ameaças tão reais que a Constituição não fornece um plano de ação possível (BALKIN, 2020, loc 852), motivo pelo

¹⁰⁵ No original: A constitutional crisis occurs when there is a serious danger that a constitution is about to fail at its central task. The central task of constitutions is to keep disagreement within the boundaries of ordinary politics rather than breaking down into anarchy, violence, or civil war. To be sure, constitutions are also valuable because they protect civil liberties and divide and restrain power, but their first job is to keep the peace and make people struggle with each other within politics rather than outside of it”.

qual o seu rompimento é a única resposta certa. Aqui, lembra-se, por exemplo, das crises constitucionais do Brasil Império, as quais originaram a Constituição de 1891, e do período constitucional de Getúlio Vargas, que originou a Carta Polaca de 1937. No mesmo sentido, a crise constitucional no âmbito da Constituição de 1946 que marcou o início do Governo Militar com o Ato Institucional nº 01, também é um exemplo. Fundamento comum a essas três crises constitucionais brasileiras, conforme estudado no capítulo 2, é o de uma crise constitucional de tipo 1.

Num paradigma constitucional, as autoridades públicas estão submetidas à Constituição e às decisões judiciais (o que é verdadeiro quer se concorde ou discorde). Quando autoridades públicas não atuam dentro das regras do jogo, ou seja, dentro das regras da Constituição, ela falhou.

A *Type two Crisis* estará configurada quando a constituição impede que atores políticos ajam para prevenir ou minimizar um desastre (BALKIN, 2018). Uma situação que, de forma hipotética, seria uma crise constitucional de tipo 2 é a seguinte: imagine-se que as autoridades públicas tenham interpretado que a Constituição Federal de 1988 não permitia que as autoridades responsáveis agissem para combater a pandemia da COVID-19, causando um número absolutamente avassalador de mortos, infectados e rompendo completamente a economia brasileira. Nessa situação, seria necessário o rompimento constitucional como tentativa de continuidade ao projeto brasileiro. Contudo, casos reais são muito raros, pois normalmente os atores institucionais interpretam que a constituição permite agir (BALKIN, 2020, loc 864). Há de se pontuar que a hermenêutica constitucional já se desenvolveu de forma a tornar altamente improvável um caso desses.

Por fim, na *Type Three Crisis*, há um significativamente grande número de pessoas que recusam a obedecer à Constituição. Com isso, há revoltas, revoluções, secessões, desobediência civil e/ou militar e assim por diante. Esse tipo envolve situações nas quais desacordos públicos sobre a Constituição levam os atores a se engajarem em formas extraordinárias de protesto, desobediência e/ou revolta fora. Dessa forma, violando os limites constitucionais e rompendo o pacto de revoluções pacíficas (BALKIN, 2018). Nesses casos, a força bruta é usada de forma efetiva ou como ameaça para fazer determinada posição ou ordem prevalecer. Assim, a Constituição falhou na sua tarefa central, qual seja: de manter os desacordos dentro de uma política constitucionalmente limitada que, na essência, implica um convívio pacífico – por mais que não de opiniões unânimes – dentro do país (BALKIN, 2020, loc 869).

Contudo, as crises constitucionais não são a única manifestação do retrocesso democrático atualmente vivenciado. Elas são as suas manifestações mais radicais, mas há outras mais sutis e também prejudiciais para os projetos de estados democráticos constitucionais.

Nesse sentido, adquire relevância diferenciar a *constitutional hardball*¹⁰⁶, da degeneração constitucional e da crise constitucional. Segundo Balkin (2018, p. 15), a *constitutional hardball* ocorre quando:

atores políticos forçam ou desafiam convenções políticas que antes eram consideradas regras tácitas de jogo limpo na política, mas que não eram claramente exigidas legalmente. As pessoas que se envolvem em táticas duras violam deliberadamente as velhas normas para criar novas e obter uma vantagem política. Isso muitas vezes causa indignação e leva a represálias e reprimendas na política¹⁰⁷.

Os malefícios da *constitucional hardball* já foram muito bem identificados por Zibblatt e Levistky (2018), razão pela qual se concorda com o diagnóstico de que é prejudicial a ação de ignorar a reserva institucional, ou seja, a existência de regras informais que reconhecem a legitimidade adversária e exigem uma autocontenção do detentor de poder público no sentido de não exercer ações que – apesar de aparentemente jurídicas - violam a força normativa constitucional.

Como exemplo, podemos citar a estratégia da maioria republicana do Senado estadunidense em 2016 de não colocar em votação uma indicação para juiz associado da Suprema Corte. Em março de 2016, Barack Obama, enquanto Presidente dos Estados Unidos da América, indicou Merrick Garland para ser juiz associado da Suprema Corte americana no lugar de Scalia, que havia se aposentado. O Senado de maioria republicana – rivais, portanto, do Presidente Obama – recusou-se a apreciar a indicação, deixando-a sem apreciação por 293 dias. Diante disso, a legislatura encerrou e a indicação foi tida como “expirada”, o que abriu margem para o novo Presidente americano, o republicano Donald Trump, fazer nova indicação para a Suprema Corte, o que foi feito. Pouco tempo depois, o Senado estadunidense aprovou a

¹⁰⁶ Uma possível tradução é "jogo duro constitucional" no sentido de as regras do jogo democrático serem forçadas a comportar uma atitude agressiva, impiedosa e limítrofe na política.

¹⁰⁷ No original: political actors stretch or defy political conventions that were previously considered unspoken rules of fair play in politics but were not clearly legally require. People who engage in hardball tactics deliberately violate old norms in order to create new ones and gain a political advantage. This often causes outrage and leads to reprisals and reprimands in politics.

indicação de Trump em prol de Neil Gorsuch que assumiu uma cadeira na Corte Constitucional dos Estados Unidos.

Tática semelhante começou a ser empregada pelo Senado Federal brasileiro com a indicação do Presidente Jair Bolsonaro de André Mendonça para o Supremo Tribunal Federal. A espera para a sabatina foi superior a 130 dias – um recorde na política brasileira –, que acabou sendo superada a partir de uma formulação de coalizão governista no Senado Federal.

De outro giro, a degeneração constitucional é compreendida por Balkin como um processo pelo qual o governo degenera-se, restando menos democrático e menos republicano com o tempo (BALKIN, 2021, p. 476). O autor (BALKIN, 2018, p. 16) especifica a conceituação da seguinte forma:

é uma doença específica das constituições das democracias representativas – as repúblicas. Enquanto a crise constitucional ocorre durante um período de tempo relativamente breve; a degeneração constitucional é uma degradação das normas constitucionais que podem operar por longos períodos de tempo. Ela é um processo de decadência nas características do nosso sistema de governo que o mantém como uma república democrática saudável. À medida que a degeneração constitucional ocorre, nosso sistema se torna simultaneamente menos democrático e menos republicano. Menos democrático porque o poder do Estado torna-se menos sensível à opinião popular e à vontade popular. Menos republicano, porque os representantes não se dedicam mais à promoção do bem público; em vez disso, eles procuram se manter no poder e agradar a um grupo relativamente pequeno de indivíduos e grupos poderosos¹⁰⁸.

Na essência, trata-se de um processo de degeneração das características democráticas e constitucionais do sistema de governo, fragilizando a saúde, a estabilidade e a eficiência dele ao prejudicar seus pilares identificadores e sua finalidade (BALKIN, 2020, loc 960). Esse processo, numa versão “aguda”, pode, inclusive, fazer com que o sistema constitucional falhe na sua própria razão de existir.

Balkin, ainda, identifica resultados ruins do processo de degeneração constitucional, sendo três principais. O primeiro trata sobre a falha do sistema republicano representativo, isto é, apesar da possibilidade da manutenção de eleições formais, corre-se o risco de, no longo

¹⁰⁸ No original: is a specific malady of constitutions of representative democracies – republics. While constitutional crisis occurs during a relatively brief period of time; constitutional rot is a degradation of constitutional norms that may operate over long periods of time. Constitutional rot is a process of decay in the features of our system of government that maintain it as a healthy democratic republic. As constitutional rot occurs, our system becomes simultaneously less democratic and less republican. Less democratic because the power of the state becomes less responsive to popular opinion and popular will. Less republic because representatives are no longer devoted to promoting the public good; instead, they seek to maintain themselves in power and please a relatively small ser of powerfull individuals and groups.

prazo, os líderes políticos vincularem-se a um pequeno grupo de pessoas e grupos de pressão que influenciam exageradamente o poder estatal, o que, no fim do dia, faz com que o modelo descambe para uma oligarquia.

O segundo relaciona-se com a perda de legitimidade do sistema. Em outras palavras, a partir da degeneração constitucional é esperado que as pessoas percam a fé no sistema constitucional em questão, visto que haverá problemas de eficiência, governança e participação democrática. Com isso, naturalmente segmentos populares perceberão que os líderes políticos não servem mais aos interesses democrático e populares.

Esse ponto é especialmente chave para a realidade brasileira, em razão do nosso modelo adotado. Afinal, o presidencialismo de coalizão, como já visto, manifesta-se, atualmente, num modelo propenso a crises políticas, instabilidade institucional, baixa eficiência, alto custo, dificuldade de racionalização dos gastos públicos, manutenção de privilégios e dificuldade de reformas estruturais. Tudo isso, na prática, significa um baixo nível de força normativa da Constituição.

O terceiro, por sua vez, é que a degeneração constitucional potencialmente cria condições para o florescimento de líderes populistas e demagogos. Enquanto Estados democráticos constitucionais saudáveis diminuem as chances de surgimento de populistas e demagogos, o processo de degeneração constitucional opera na lógica contrária.

Afinal, conforme a degeneração ocorre, ela corrói a fé pública depositada no sistema e no governo. Com isso, segmentos da população naturalmente irão buscar alternativas não institucionais – visto que tomadas por influências não republicanas – o que potencializa que *outsiders* sem os freios institucionais e costumeiros próprios do jogo político possam criar vínculos diretos com setores da população e sem compromisso às regras tradicionais do jogo democrático. Com o surgimento de populistas e demagogos, cresce a probabilidade de polarização, tensionamento e perda de estabilidade institucional, agravando o problema da degeneração constitucional, o que, no Brasil, parece ser especialmente uma realidade. Há, assim, uma repetição cíclica degenerativa do Estado Democrático de Direito.

Há de se observar que populistas e demagogos reforçam características ruins do jogo político, visto que eles 1) afastam a atenção pública dos problemas reais da república para problemas fictícios e inimigos políticos ficcionais, o que acaba por agravar os problemas verdadeiros; 2) aumentam e incentivam a polarização e a identificação do outro enquanto ilegítimo participante do jogo democrático, agravando a degeneração constitucional e diminuindo a mútua tolerância essencial para qualquer projeto democrático; 3) fazem a gestão

do medo, utilizando-o no lugar de solucioná-lo, o que cria as condições de possibilidade para uma crise constitucional de qualquer um dos três tipos.

Além disso, esse processo de degeneração possui quatro fatores de agravamento. Balkin os chama de “*four horsemen of constitutional rot*” (BALKIN, 2018, 2020, 2021). o primeiro é a perda da confiança no governo e nos concidadãos (BALKIN, 2018, p. 17). O segundo trata sobre polarização (BALKIN, 2021, p. 476) – compreendida como a identificação dos concidadãos enquanto inimigos e não como parceiros de um projeto comum (BALKIN, 2018, p. 17). O terceiro é a falta de condições econômicas dignas e desigualdade econômica (BALKIN, 2018, p 17), que produz e exacerba a polarização, a perda de coesão social, e potencializa conflitos em razão da disparidade macroeconômica com seus naturais reflexos, como já analisado, em demandas e interesses. Como resultado, há um potencial agravamento da deslegitimidade política e da perda de confiança geral na estrutura de governo. (BALKIN, 2020, loc 1092). O quarto refere-se à ineficiência institucional grave, que Balkin (2018, p. 17) entende como políticas públicas desastrosas que são falhas graves na tomada de decisões pelos representantes políticos que fazem com que o público perca a fé no governo¹⁰⁹, já que há uma identificação popular razoavelmente comum de que os seus líderes políticos são incompetentes, falsos e inautênticos do ponto de vista democrático. Como é facilmente percebido, cada um deles tende a reforçar o outro.

Na visão de Balkin (2018), a degeneração constitucional cria dois seríssimos riscos para a democracia, quais sejam:

1) muito *constitutional hardball* reforçando a polarização política, demonizando sua oposição e tentando esmagar aqueles que estão em seu caminho, os atores políticos correm o risco de aumentar e ampliar os ciclos de retribuição de seus oponentes. Isso pode levar ao impasse e à incapacidade de governar de forma eficaz.

2) minar ou destruir as normas do jogo limpo político e usar táticas duras para impedir a competição política pode produzir uma decadência gradual num regime autoritário ou autocrático¹¹⁰.

¹⁰⁹ No original: policy disasters, [...] which is serious failures in decision-making by the public’s representatives which cause the public to lose faith in government.

¹¹⁰ No original: 1) too much hardball enhancing political polarization, demonizing their opposition and attempting to crush those who stand in their way, political actors risk increasing and widening cycles of retribution from their opponents. This may lead to deadlock and inability to govern effectively. 2) undermining or destroying norms of political fair play and using hardball tactics to preempt political competition may produce a gradual descent into authoritarian or autocratic politics.

Destarte, a degeneração constitucional pode levar – acrescenta-se: ou agravar - à ineficiência governamental e tamanha desestruturação do justo jogo democrático que, a partir de um ou dos dois resultados, encontra um ponto de chegada num regime autoritário (BALKIN, 2018). Importante pontuar, nesse sentido, que Fukuyama (2015) associa a eficiência governamental tanto com maturidade democrática como sua longevidade. Fukuyama, ao desenvolver o tema, explica como a criação de uma estrutura governamental eficiente – em termos de governo e capacidade estatal – é, inclusive, um estágio fundamental na consolidação de qualquer regime democrático, sendo um dos interessantes fatores no rompimento de regimes democráticos na recessão pós-terceira onda de democratização. De outro giro, os malefícios da desestruturação do *fairplay* do jogo democrático já foram aprofundados por Levitsky e Ziblatt (2018) e Issacharoff (2018).

Nesse sentido, a degeneração constitucional, ao gerar o apodrecimento das normas de cooperação entre partidos políticos e entre governo e oposição – todas necessárias para o bom funcionamento da democracia – contribui para o agravamento da polarização e reforça a desestruturação do *fairplay* democrático e a deslegitimação da fé pública. Afinal, quando os líderes políticos se recusam a jogar de acordo com as regras do jogo e utilizam, cada vez mais, de *constitutional hardball* e excessos dos poderes políticos para prejudicar o seu oponente – então compreendido como verdadeiro inimigo -, todo funcionamento do sistema político-democrático desgasta-se (BALKIN, 2021, p. 476).

Em síntese, apesar de um processo de maior duração, a degeneração constitucional é um problema grave com consequências preocupantes para as democracias, podendo levá-la a sua ruína (BALKIN, 2018; 2020; 2021). Nessa senda, em razão de características próprias, a crise constitucional é diferente da degeneração constitucional. Apesar dos prazos, da forma e dos mecanismos de solução distintos, ambas são ameaças à existência do Estado Democrático de Direito.

Com Balkin (2018), a crise constitucional é um conceito que deve ser empregado quando pessoas, com fundamentos razoáveis, temem e esperam que a constituição irá falhar num dos três tipos mencionados. “A constituição que está na iminência da falha configura uma crise constitucional” (BALKIN, 2018, p. 16). Aqui, por exemplo, pode-se citar dois casos: a guerra civil americana é um exemplo de crise constitucional americana que foi superada - as consequências foram trágicas em razão de milhares de mortos, mas a Constituição americana não sofreu um rompimento; o golpe da ditadura militar em 1964 é um exemplo de crise

constitucional brasileira que não foi superada - as consequências, também trágicas, motivaram os Atos Institucionais, a reforma constitucional pela junta militar e, posteriormente, uma nova Constituição – a carta de 1967.

Os dois exemplos ilustram o conceito de uma genuína crise constitucional. Nela, há um risco real e sério que a constituição falhe na sua tarefa central (BALKIN, 2018), qual seja: limitação racional do exercício do poder público de forma a possibilitar o convívio e as transições pacíficas de poder.

Balkin, ainda, fornece uma distinção a mais, qual seja: entre a crise política e a crise constitucional. A crise constitucional, como já definida, ocorre quando a constituição falha ou está na iminência de falhar. A crise política, por sua vez, ocorre quando pessoas competem (*struggle*) por poder dentro dos limites constitucionais.

Esse refinamento conceitual é especialmente relevante, pois 1) há uma necessidade de compreensão intersubjetiva dos conceitos e situações e 2) as diferentes situações conceituadas exigem planos de contingenciamento diversos – nessa diferença há uma questão crucial: a degeneração constitucional exige um formato de ação mais duradoura e longa das instituições que a crise.

Além disso, a necessidade dessa diferenciação é acompanhada por diversos autores com propósitos semelhantes. Nesse sentido, a aparente popularização de processos de degeneração constitucional no retrocesso democrático pós-terceira onda de democratização e as subsequentes crises constitucionais que culminam com transformações e/ou golpes autoritários exigem um maior aprofundamento sobre o tema relacionado com identificação, características, fases, consequências e formas de contingenciamento.

Nesse sentido, diversos autores (LANDAU, 2018; MATE, 2018; VAROL, 2018; TUSHNET, 2018; SCHEPPELE, 2018; CHOUDHRY, 2018; ISSACHAROFF, 2018; GRABER, 2018; BALKIN, 2018; FUKUYAMA, 2015; DIAMOND, 2018) tratam justamente sobre as questões relacionadas com a degeneração constitucional e suas conceituações.

Landou, por exemplo, no âmbito da degeneração constitucional, aponta para o constitucionalismo abusivo - conceito descrito pelo autor como a utilização de instrumentos legais comumente associados ao constitucionalismo democrático por líderes políticos com a finalidade de romper com a ordem constitucional posta (LANDAU, 2018). Algo muito próximo do “*stealth authoritarianism*” apresentado por Varol (2018). Essa relação, inclusive, já feita por Graber (2018, loc 18.184).

No mesmo norte, Manoj Mate explica a sua definição da erosão constitucional, que se refere ao aumento do uso da religiosidade nas eleições e no governo como uma forma de enfraquecer e minar o secularismo e os princípios constitucionais subjacentes a ele (MATE, 2018). Tushnet, por sua vez, utiliza o seu conceito de “*constitutional hardball*” para definir situações nas quais políticos violam convenções e costumes tradicionais da prática constitucional ainda que dentro das linhas da constituição (2018, p. 638-650).

Scheppele (2018), por sua vez, aborda o constitucionalismo autoritário e a democracia antiliberal. O primeiro trata-se de um sistema de governo que combina eleições razoavelmente livres e justas com graus moderados de repressão, controle e limitação na liberdade pessoal; o segundo versa sobre um governo eleito que desrespeita os elementos substantivos do *rule of law* e da democracia.

Como bem notado por Graber (2018, loc 18201), Sujit Choudhry nota que há um fio condutor nessa gama conceitual, que é o seguinte: atitudes que desafiam as normas constitucionais e democráticas relacionadas com as formas e os limites de exercício dos poderes constitucionais. Isso ocorre em contraposição a uma violação clara e flagrante do texto constitucional. Assim, a erosão democrática que ocorre no final da terceira onda de democratização no mundo é marcada por processos de degeneração constitucional mais do que crises constitucionais a partir de golpes. Há, assim, uma interessante diferença entre, por exemplo, os episódios de golpes militares ocorridos na América Latina em meados dos anos 60 e o contexto constitucional contemporâneo.

Sujit Choudhry (2018) afirma que há um ponto comum nos processos de degeneração constitucional. Os governantes utilizam-se de instrumentos legais para manipular o direito e as instituições de forma desconforme com as práticas passadas com o objetivo de se manter no poder em futuros ciclos eleitorais. Diferentemente de um *coup d'état*, esse processo degenerativo não é abrupto, mas desenvolve-se a partir do enfraquecimento de instituições democráticas por diversos movimentos e alterações que, inclusive, podem parecer técnicos/progressistas/inofensivos de forma isolada, mas causam real fragilização ou desaparecimento de mecanismos de controle quando analisados em conjunto. Tal ponto é acompanhado por Graber (2018). Com isso, não há ataques radicais ao sistema eleitoral, partidário, institucional ou mesmo constitucional, mas sim diversos processos de média duração de enfraquecimento e/ou eliminação de atores e de mecanismos de controle em prol de uma concentração de poderes potencialmente no Executivo.

A partir disso, entende-se que fica claro o seguinte: o processo de degeneração constitucional pode levar a uma crise constitucional. Diante da degeneração, os políticos podem rejeitar obrigações ou ignorar proibições constitucionais, entrando numa crise constitucional de tipo 1; o sistema pode sofrer crises de ineficiência no governo tão severas que o Estado não consegue cumprir suas funções básicas, o que caracteriza uma crise constitucional de tipo 2; e a perda da fé pública combinada com movimentos populistas, demagogos e polarizados podem produzir ciclos políticos de violência, insurreição e/ou desobediência civil, o que escala para uma crise constitucional de tipo 3. Caso o objetivo seja a manutenção do paradigma constitucional democrático, isso exige que o processo de degeneração constitucional seja fiscalizado e tratado.

De outro giro, isso qualifica os elementos necessários para a identificação de uma crise constitucional. Afinal, ela existe quando os políticos não obedecem ao Direito, à Constituição ou às ordens judiciais. Da mesma forma, há crise constitucional numa rebelião civil, num golpe de Estado ou numa crise de ineficiência geral de um governo. Sem esses elementos, conforme estudado, não há crise constitucional.

Aqui, também se percebe que o termo é frequentemente utilizado de forma leviana. O termo não pode e não deve ser usado em casos de desacordos racionais, de crises políticas ou mesmo em casos de injustiça. Há muitas situações injustas que ocorrem dentro do sistema constitucional sem fazê-lo adentrar em uma crise. Da mesma forma, as crises políticas – especialmente comuns no nosso modelo – também não configuram crise constitucional, visto que elas frequentemente ocorrem dentro dos limites constitucionais sem uma ameaça concreta ao rompimento da Lei Fundamental.

No próximo ponto, é importante aprofundar os fenômenos da polarização e da degeneração constitucional. Para tanto, utilizar-se-á a teoria dos ciclos do tempo constitucional de Balkin para, posteriormente, propor "a tese da tese" – um modelo de jurisdição constitucional diante da experiência desses fenômenos.

4.4 O TEMPO DOS CICLOS CONSTITUCIONAIS: UM ARGUMENTO NORTE-AMERICANO

Balkin argumenta que os fenômenos de polarização e de degeneração constitucional não estão separados da história tampouco são novos e/ou originais do *backwash* da terceira onda de

democratização. Ocorre precisamente o contrário. Segundo o autor, a história política e constitucional americana desenvolve-se de forma cíclica e não linear. Precisamente por isso, ela já enfrentou outros ciclos de degeneração constitucional por exemplo.

Isso é importante, pois diminui o medo de que haja uma ruptura democrática nos Estados Unidos e aumenta o horizonte (hermenêutico) de visão dos atores políticos, renovando as esperanças e impulsionando-os para ações de que a democracia pode redimir-se, com isso concretizando sua redenção.

Justamente nesse sentido, Balkin afirma, categoricamente, que os Estados Unidos da América não estão enfrentando uma crise constitucional, mas passam por um sério caso de degeneração constitucional com alguns fatores agravantes. Ele entende, a partir de Skowronek, que o tempo constitucional ocorre a partir da confluência de três ciclos. O primeiro é de ascensão e queda de regimes políticos. O segundo é de polarização e de despolarização. O terceiro é de degeneração e renovação constitucionais. É na interação entre os três ciclos que o tempo constitucional acontece.

Diante disso, o Balkin elabora um argumento central baseado em sete pontos, quais sejam: 1) os Estados Unidos da América não estão numa crise constitucional. Contudo, 2) o país sofre com uma alta degeneração constitucional. Ainda, 3) ela está conectada com uma alta polarização na política norte-americana. Nesse contexto de ápice de dois ciclos de degeneração e polarização, 4) o Judiciário americano não ajuda, mas atrapalha, ou seja, ele é parte do problema e não da solução.

5) A solução do problema é a mobilização política e movimentos de reforma. São eles - a mobilização e os movimentos reformistas - o melhor caminho para uma renovação constitucional autêntica. 6) Já é possível perceber como essa renovação pode ocorrer. Em outras palavras, é possível visualizar como a reorganização das principais coalizões partidárias levarão à despolarização, tornando possível e viável o bipartidarismo e a regeneração constitucional. Tudo isso indica, na essência, que 7) a condição atual - de degeneração e polarização - é temporária e passageira, não significando a crise constitucional definitiva dos Estados Unidos da América.

Interessante pontuar que o autor, de forma sutil, constrói uma crítica a uma concepção linear de tempo, demonstrando que as duas principais teorias constitucionais americanas - o originalismo e o constitucionalismo vivo - erram ao aderir a essa visão linear. Afinal, conforme o autor sustenta, as duas teorias implicitamente defendem a ideia de que o se afastar linearmente do passado é algo bom ou ruim em termos de hermenêutica constitucional. Contudo, para

Balkin (2020, loc. 128 a 158), com apoio em significativa literatura filosófica e política clássica, a história – e, com ela, a história constitucional –, não se desenvolve linearmente, mas em ciclos.

Claro, há de se compreender o termo “cíclico” com certa flexibilidade. Isso não significa que a história se repete *ipsis literis*, mas que o estudo do passado é uma excelente forma de compreender e solucionar os problemas futuros visto que comumente há princípios gerais que governam a própria essência do desenvolvimento humano. E esse é, precisamente, o sentido cíclico dos períodos de degeneração e renovação constitucional, polarização e despolarização e ascensão e queda dos regimes políticos.

Ponto consideravelmente importante para a presente pesquisa é compreender os três ciclos identificados – ciclo de ascensão e queda dos regimes políticos, o de polarização e despolarização e de degeneração e renovação constitucionais – por Balkin. Para tanto, os três serão explicados na mesma ordem acima exposta, ou seja, iniciando com o de ascensão e queda, depois, apresentando o de polarização e despolarização e, por fim, o de degeneração e renovação.

O ciclo de ascensão e queda dos regimes políticos denota que a história política norte-americana se desenvolveu a partir de uma série sucessiva de regimes de governo nos quais partidos políticos competem. Durante cada um desses regimes, há uma tendência de que um único partido político domine a arena pública. Isso significa que uma agremiação partidária irá vencer com maior frequência as eleições, governando os Poderes da República por mais tempo em determinado regime.

Com isso, não se afirma que todas as eleições serão vencidas por um determinado partido. Como já apontado anteriormente, a alternância cíclica de poder e sua possibilidade são características marcantes da democracia, que foram cumpridas durante os diversos regimes políticos estadunidenses. Contudo, isso significa que um partido político tende a ganhar mais eleições que o outro. Ademais, ele impõe majoritariamente a agenda política básica durante o regime e desenha as linhas do que é possível e impossível politicamente, estruturando as convicções políticas básicas da arena pública daquele período (BALKIN, 2020, loc. 314).

Balkin (2020, loc 327) faz a seguinte importante ressalva:

A ideia de regimes políticos não deve ser confundida com a teoria do realinhamento das eleições – a teoria de que há eleições cruciais nas quais um grande número de eleitores muda repentinamente de um partido para outro, inaugurando uma nova era política. As coalizões políticas podem mudar lentamente e não por meio de transições rápidas da maneira que a teoria do realinhamento propõe. Talvez mais importante, os

regimes políticos apresentam partidos dominantes que conseguem estabelecer os termos do debate político por longos períodos de tempo, mesmo quando os alinhamentos eleitorais mudam abaixo deles. Eles conseguem manter coalizões eleitorais dominantes, embora as próprias coalizões mudem constantemente.¹¹¹

Nesse sentido, o ciclo dos regimes políticos pode perdurar alinhamentos eleitorais. Os períodos dos regimes políticos são mais longos do que os alinhamentos eleitorais. Durante um regime político, o partido dominante conquista um governo efetivo, mantendo poder e preponderância sobre a oposição, permitindo que ele avance – pelo menos no seu início – reformas estruturais, implementando a ideologia razoavelmente dominante. Esse ciclo de regime político passa por alguns estágios identificadores de sua ascensão e queda.

Destarte, é possível identificar, pelo menos, três fases desse ciclo. A primeira é a de ascensão, na qual o partido político dominante depende de coalizões partidárias para ascender e manter o poder. Nessa fase inicial de ascensão, o regime é forte, ele rejeita a política anterior e, ao fazê-lo, promove mudanças e reformas que pretendem solucionar problemas existentes do regime anterior.

Com isso, há a fase intermediária de manutenção, na qual o regime normaliza-se, a coalizão evolui, transforma-se e as estruturas de apoio vão fraturando. Com isso, as próprias circunstâncias sociais, culturais, econômicas e políticas vão mudando na medida em que novos problemas e ameaças vão surgindo. Todos esses fatores testam a coalizão dominante do regime. Afinal, coalizões bem-sucedidas são muitas vezes vítimas de seus próprios sucessos passados. À medida que alcançam vitórias políticas, mudam o mundo político ao seu redor, mas, ao fazê-lo, muitas vezes criam problemas para si mesmas e produzem novos impedimentos institucionais que dificultam novas mudanças¹¹² (BALKIN, 2020, loc 337).

Com isso, o regime encaminha-se para a fase final de decadência. Na transição da fase intermediária para a final, a oposição realinha-se e reorganiza-se, encontrando novos problemas

¹¹¹ No original: The idea of political regimes should not be confused with the theory of realigning elections—the theory that there are crucial elections in which large numbers of voters suddenly shift from one party to the other, inaugurating a new political era. Political coalitions may change slowly rather than through quick transitions in the way that realignment theory proposes. Perhaps more important, political regimes feature dominant parties that manage to set the terms of political debate for long periods of time, even as electoral alignments shift beneath them. They manage to maintain dominant electoral coalitions even though the coalitions themselves constantly change.

¹¹² No original: successful coalitions are often the victims of their own past successes. As they achieve policy victories they change the political world around them, but in so doing, they often create new problems for themselves and produce new institutional impediment that make further change difficult.

que ameaçam o regime em vigor e novos eleitores insatisfeitos com os problemas atuais. Assim, o partido dominante, suas posições, agendas e políticas tornam-se irrelevantes, arcaicas e defasadas para os problemas existentes. A coalizão deforma-se, os eleitores afastam-se e a estabilização do regime fica especialmente difícil. Com efeito, a própria estabilidade institucional e o compromisso comum da coalizão ficam especialmente difíceis assim como a obtenção da maioria em eleições. A coalizão, então, fica ainda mais fraca, fragmentada e menos resiliente, criando a oportunidade para que outro partido político comece um novo regime. O partido político, então em ascensão, amparado por uma coalizão política majoritária, pode promover mudanças e reformas que pretendem solucionar problemas existentes do regime anterior, dominando a arena pública e estabelecendo os princípios políticos desse novo regime. Desse modo, o ciclo político reinicia-se.

A história política americana é uma série de regimes de governos sucessivos nos quais partidos políticos competem. Em cada um deles, um partido político tende a dominar a prática e a ideologia política. Isso não significa que ele ganha todas as eleições, mas ele ganha mais e, mais importante, a sua ideologia e seus interesses constroem a agenda política básica do regime e do seu tempo. A ideia geral é que o partido dominante organiza, ascende, normaliza o regime, desenvolve a coalizão, fragmenta e decai. Nesse processo, na organização, na ascensão e na normalização, ele resolve problemas passados, faz reformas estruturais de acordo com sua ideologia, novos problemas surgem, aumenta a dificuldade de negociações e a coalizão que o mantém fratura e o regime decai.

Como próximo ciclo, analisa-se o de polarização e despolarização políticas. Segundo Balkin, por exemplo, a história política norte-americana experimentou longos períodos de polarização e despolarização entre os partidos políticos. A polarização passa por um processo de crescimento até atingir o pico da guerra civil americana, no qual a disputa política mantém-se fortemente polarizada por um longo período. Depois, na primeira década do século XX, a polarização diminui, declinando até a era do *New Deal*. Com isso, os Estados Unidos passam também por um período razoável de despolarização até que começa a polarizar, novamente, com as reformas dos direitos civis. Segundo Balkin, isso ocorre até a polarização tornar-se um projeto da GOP¹¹³ durante os anos noventa. O cenário é bem definido, novamente, por ele (2020, loc. 695 a 714):

¹¹³ GOP significa Great Old Party. É a forma que comumente o Partido Republicano é chamado.

A crescente polarização destruiu o sistema de política de compromisso que caracterizou a era do New Deal/Direitos Civis. Democratas conservadores e republicanos liberais tornaram-se cada vez mais raros ou praticamente inexistentes. Sem surpresa, porque havia pouca sobreposição entre as posições dos membros dos dois partidos, o compromisso político tornou-se cada vez mais difícil. A obstrução é um resultado previsível quando não há meio termo. Hoje existe uma regra de fato de que são necessários sessenta votos no Senado para aprovar qualquer legislação importante porque o partido oposto ao presidente irá obstruir se ainda não controlar a maioria. Esse fenômeno é relativamente recente. É um produto da década de 1990, desenvolvido como estratégia de obstrução. (...)

A polarização e a obstrução tornam mais difícil para o Congresso chegar a compromissos. Por um tempo, isso combinou bem com a mensagem ideológica dos republicanos de que o governo é incompetente e, portanto, devemos ter um governo menor e menos regulamentação. Mas tornou difícil governar quando os republicanos estavam no poder. A polarização também ajudou a encorajar o surgimento de facções cada vez mais radicais dentro do partido que valorizavam a pureza ideológica acima do compromisso e a obstrução acima do sucesso legislativo. Um Congresso travado encoraja o Presidente a utilizar uma sempre maior autoridade de governo, tanto na política externa como pelo uso criativo do estado administrativo¹¹⁴.

Os problemas da polarização já foram razoavelmente apresentados no ponto 4.2. Também a polarização é cíclica, o que significa que ela é passageira e transitória. Se assim é, haverá um período – próximo, na análise de Balkin sobre a realidade norte-americana – de diminuição da polarização, possibilitando agrupamentos intrapartidários, formação de novas coalizões e, essencialmente, espaço comum de diálogo entre os partidos políticos. O ponto essencial é perceber que a polarização não é permanente, ou seja, existe a tendência de uma natural despolarização da arena pública.

Balkin defende que os ciclos de polarização não estão necessariamente alinhados com os de regimes políticos e de degeneração e renovação constitucional; portanto, não há uma proporção direta no estágio de cada um, razão pela qual eles podem encontrar ou desencontrar-

¹¹⁴ No original: Increasing polarization destroyed the system of compromise politics that characterized the New Deal/Civil Rights era. Conservative Democrats and liberal Republicans became increasingly rare to virtually nonexistent. Unsurprisingly, because there was little overlap between the positions of members of the two parties, political compromise became increasingly difficult. Obstruction is a predictable result when there is no middle ground. Today there is a de facto rule that it takes sixty votes in the Senate to pass any important legislation because the party opposite the president will filibuster if they don't already control the majority. This phenomenon is relatively recent. It is a product of the 1990s, developed as a strategy of obstruction. (...) Polarization and obstruction make it more difficult for Congress to reach compromises. For a time this meshed well with Republicans' ideological message that government is incompetent and therefore we should have smaller government and less regulation. But it made governing difficult when Republicans were in power. Polarization also helped encourage the rise of increasingly radical factions within the party who valued ideological purity over compromise and obstruction over legislative success. A gridlocked Congress also encourages presidents to assert ever-greater authority in governing, both in foreign policy and through creative uses of the administrative state.

se. Enquanto o ciclo dos regimes políticos está alinhado com os estágios iniciais, intermediários e finais de domínio da arena política por certo partido, o ciclo de polarização e despolarização é explicado por uma multiplicidade de fatores. Os mais importantes são os seguintes: 1) desigualdade econômica relacionada com falta de acesso às condições básicas de vida digna; 2) falta de coesão social relacionada com fluxo migratório¹¹⁵; 3) coerência partidária, visto que incoerência partidária possibilita formação de grupos intrapartidários com finalidade comuns, diminuindo a cisão dicotômica da arena política e aumentando a possibilidade de *common ground* (BALKIN, 2020) - importante lembrar aqui que Balkin se refere a um sistema bipartidário e não multipartidário como o brasileiro.

Diante disso, na medida em que há reforma das coalizões políticas, direcionamento de demandas populares que diminuem as desigualdades econômicas e, quiçá, demais desigualdades macro e novos problemas, cria-se a necessidade de formação de blocos intrapartidários, reconfigurando os partidos políticos existentes e redesenhando a arena política numa tela menos polarizada, permitindo reformas, novas coalizões e soluções de problemas contemporâneos (BALKIN, 2020, p. 33 a 37).

Por fim, o ciclo de degeneração e renovação constitucionais é examinado. Como já afirmado (BALKIN, 2020, loc978), a degeneração constitucional é um processo pelo qual o sistema constitucional fica menos democrático e menos republicano com o passar do tempo. Destarte, falar em degeneração constitucional significa um interesse em falhas na democracia – na responsividade à opinião e ao desejo públicos – e em falhas no republicanismo - na (falta de) devoção do exercício da autoridade em prol do bem comum. A degeneração constitucional, então, é o processo pelo qual ocorre o apodrecimento das características de um sistema constitucional que o definem enquanto democrático e republicano (BALKIN, 2020, loc960).

Nesse sentido, a história constitucional do Brasil ou dos Estados Unidos da América não se desenvolve numa linearidade de evolução democrática-republicana que apenas aperfeiçoa

¹¹⁵ Esse argumento de Balkin é especialmente interessante, pois ele sustenta que a impossibilidade dos imigrantes votarem até serem naturalizados, o perfil majoritário de baixa renda e, uma vez naturalizados, o baixo índice de votação (lembra-se que o voto é facultativo nos Estados Unidos da América) influenciam demandas populares em eleições. A tese é de que a pressão eleitoral por redistribuição de renda e investimentos em direitos sociais próprios da concretização de uma igualdade depende de um alinhamento entre a renda média dos eleitores que efetivamente votam com as famílias no geral – inclusas as que não votam. Com influxo migratório de baixa renda, há uma tendência de que haja menor pressão por políticas de redistribuição e de concretização de direitos sociais, uma vez que há um gap proporcional entre a média de renda dos votantes e dos não votantes. Com isso, os primeiros percebem-se prejudicados com essas políticas, o que agrava a desigualdade econômica, o acesso às condições dignas de vida e, com tudo isso, polarização.

virtuosamente o sistema. Ocorre, inclusive, precisamente o contrário: a história está repleta de episódios que marcam avanços e retrocessos do nosso sistema constitucional, conforme exposto no segundo capítulo da pesquisa. Com efeito, não é a degeneração um processo novo nem exclusivo do nosso tempo. A manutenção de um projeto constitucional compartilhado, intersubjetiva e intergeracionalmente, enfrentará obrigatoriamente dificuldades, erosões e possibilidades de renovação ao longo da sua história, uma vez que a própria diversidade da vida humana com a impossibilidade de previsão e respostas de perguntas antes que elas surjam desafiam, constantemente, a estabilidade e a sobrevivência desse projeto que enfrenta a própria natureza humana.

Isso significa dizer que ciclos de degeneração constitucionais são esperados e parte integrante do projeto de um Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, percebem-se três dimensões para a degeneração constitucional. A primeira refere-se à sua própria conceituação. A segunda é a gradual destruição das normas políticas de tolerância mútua e justa competição na arena pública. Essas normas são condições de possibilidade para que os desacordos morais racionais na arena pública democrática sejam produtivos e em prol de bem comum (HIRSCHL, 2004; ZIBLATT; LEVISTKY, 2018; STRECK; MOTTA, 2020). Elas, junto com outros elementos, são sustentadoras do próprio projeto democrático. Essa segunda dimensão, então, diz respeito a essas normas e convenções que vinculam o exercício da autoridade pública e o limitam (BALKIN, 2020, loc 995).

A terceira dimensão, por sua vez, engloba a perda gradual da fé pública que é necessária para fazer as instituições e a República como um todo funcionarem. A confiança recíproca entre os cidadãos – adversários políticos ou não – entre a população e os oficiais e entre as autoridades públicas de diferentes partidos, instituições e entes federados é essencial. Visualizar o outro como adversário e não como verdadeiro inimigo público é condição de possibilidade para o projeto democrático.

É necessário que haja presunção, expectativa e confiança de que os agentes públicos exerçam seus poderes em prol do interesse público e não apenas para seu benefício pessoal e privado. Da mesma forma, também é importante que haja presunção, expectativa e confiança que as regras do jogo democrático – inclusas as normas de tolerância mútua e autocontenção – serão respeitadas por aliados e adversários. Toda essa dimensão constitucional depende, essencialmente, de confiança. Algo, inclusive, já identificado por Benjamin Franklin em 1787, que afirmou “grande parte da força e eficiência de qualquer governo em obter e assegurar a felicidade do povo depende da opinião geral sobre a bondade do governo, bem como da

sabedoria e integridade de seus governadores”¹¹⁶ (MADISON, 1787). Com a sua perda gradual, todo o projeto vai, aos poucos, também se perdendo, criando um ciclo vicioso de degeneração constitucional (BALKIN, 2020. Loc 1008 a 1018). O risco é que, no apodrecimento, o projeto desvie-se tanto que não seja mais merecedor dos adjetivos democrático, republicano e constitucional.

Uma passagem interessantíssima de Balkin (2020, loc 1022 a 1038), que relaciona dois momentos históricos, ilustra justamente essa preocupação central. Benjamin Franklin, em determinado momento, foi supostamente solicitado por uma mulher para descrever a nova constituição estadunidense. A resposta foi: “uma República, madame, se vocês conseguirem mantê-la”. O outro episódio, de mesmíssimo sentido, ocorre no final da convenção de Philadelphia em 17 de setembro de 1787. Benjamin Franklin faz um importante discurso para os delegados com a seguinte passagem:

Concordo com esta Constituição com todas as suas falhas, se são; porque eu acho que um governo geral é necessário para nós, e não há forma de governo que não seja uma bênção para o povo se bem administrado, e acredito, ainda, que isso provavelmente será bem administrado por um curso de anos, e só pode terminar no despotismo, como outras formas o fizeram antes dele, quando o povo se tornar tão corrompido a ponto de precisar de governo despótico, sendo incapaz de qualquer outro. Duvido também que qualquer outra Constituinte que possamos obter possa fazer uma Constituição melhor. Pois quando você reúne vários homens para ter a vantagem de sua sabedoria conjunta, você inevitavelmente reúne, com esses homens, todos os seus preconceitos, suas paixões, seus erros de opinião, seus interesses locais e seus pontos de vista egoístas. De tal montagem pode-se esperar uma produção perfeita? Portanto, surpreende-me, senhor, encontrar este sistema se aproximando tão perto da perfeição¹¹⁷.

¹¹⁶ No original: Much of the strength & efficiency of any Government in procuring and securing happiness to the people, depends, on opinion, on the general opinion of the goodness of the Government, as well as well as of the wisdom and integrity of its Governors. MADISON, James. Notes of debates in the federal convention of 1787. New Haven: Avalon Project, 2008. Disponível em: https://avalon.law.yale.edu/18th_century/debates_917.asp. Acesso em 20/03/2022.

¹¹⁷ No original: I agree to this Constitution with all its faults, if they are such; because I think a general Government necessary for us, and there is no form of Government but what may be a blessing to the people if well administered, and believe farther that this is likely to be well administered for a course of years, and can only end in Despotism, as other forms have done before it, when the people shall become so corrupted as to need despotic Government, being incapable of any other. I doubt too whether any other Convention we can obtain, may be able to make a better Constitution. For when you assemble a number of men to have the advantage of their joint wisdom, you inevitably assemble with those men, all their prejudices, their passions, their errors of opinion, their local interests, and their selfish views. From such an assembly can a perfect production be expected? It therefore astonishes me, Sir, to find this system approaching so near to perfection as it does. MADISON, James. Notes of debates in the federal convention of 1787. New Haven: Avalon Project, 2008. Disponível em: https://avalon.law.yale.edu/18th_century/debates_917.asp. Acesso em 20/03/2022.

Frisa-se a frase: *“believe farther that this is likely to be well administered for a course of years, and can only end in Despotism, as other forms have done before it, when the people shall become so corrupted as to need despotic Government, being incapable of any other”*. O ponto é que todas as repúblicas estão suscetíveis à degeneração constitucional. Como explica Balkin (2020, loc 1032): as repúblicas são difíceis de serem mantidas, por causa da ambição, da ganância e do sempre presente desejo pelo poder que estão presentes em todos seres humanos. A fragilidade de uma República Democrática é a fragilidade da nossa própria humanidade. Como já afirmado, se humanos fossem anjos, não precisaríamos de governo. Se toda a tradição ocidental do Estado de Direito formou-se centralizada na limitação de poder é, justamente, pela fragilidade humana em lidar com ele de forma desfiscalizada.

A essência de um projeto constitucional autêntico é, principalmente, controlar o exercício do poder que estará, na realidade, submetido ao governo humano. O projeto constitucional norte-americano, inclusive, foi desenhado com diversos instrumentos para tentar limitar o ciclo de degeneração constitucional, possibilitando que o povo e as próprias instituições tivessem mecanismos de renovação prévios à derrocada autoritária (BALKIN, 2020). O objetivo, na essência, é ganhar tempo para a democracia para que os inevitáveis períodos de degeneração constitucional tivessem por sequência períodos de renovação.

Balkin afirma que a perspectiva de compreender a missão constitucional como de possibilitar ciclos de renovações pós-degenerações é estruturalmente diferente da perspectiva que entende a Constituição como uma forma de controle de poder. Contudo, trata-se de duas faces da mesma moeda. Os elementos estruturais da Constituição como federalismo, separação de poderes, sistema de freios e contrapesos, Judiciário independente, mandatos políticos periódicos e eleições são compreendidos como instrumentos de amortecimento de períodos mais graves de inevitável degeneração constitucional, pensados para manterem a República Democrática viva até que o sistema político tenha a chance de se renovar e corrigir. Todos esses pontos garantem que, por pior que fique a democracia ao longo da história, sempre haja portos seguros de manutenção republicano-democrática.

Balkin está correto no sentido que essas características constitucionais possibilitam oportunidades de renovação constitucional. Contudo, todos esses elementos estruturais – assim como a própria existência de "portos seguros republicano-democráticos" – servem também como controle do exercício de poder. A tentativa de garantir sequencialmente a existência de renovação depois da degeneração é, no sentido mais autêntico da ideia, controle de poder.

Se é a democracia a pior forma de governo exceto todas as outras já tentadas, a manutenção do paradigma constitucional de Estado Democrático de Direito é, por excelência, a manutenção do exercício de poder dentro dos limites constitucionais. Garantir a sobrevivência do projeto democrático em contraposição ao autoritarismo é autenticamente manter vivo o compromisso intergeracional de conformar o exercício da autoridade.

A visão de Balkin, portanto, não é estruturalmente diferente da perspectiva constitucional trabalhada até aqui. Precisamente o contrário, ela é absolutamente complementar por iluminar um aspecto fundamental do design constitucional, que hoje está em flagrante evidência. Afinal, as Repúblicas Democráticas – assim como todos nós – estão à mercê do tempo. Nesse avançar, elas serão melhores e piores, mais e menos orientadas ao interesse público. Elas degenerar-se-ão assim como renovar-se-ão. As pessoas eleitas, às vezes, serão boas. Outras vezes, serão ruins. Alguns serão habilidosos, outros incompetentes e uma parte corrupta. O projeto constitucional do país passará por períodos de fluxo e refluxo, renovação e degeneração, mas o ponto central é criar um sistema que, mesmo no pior dos tempos, consegue se reerguer. (BALKIN, 2020, loc. 1055).

Esse ponto é tão verdadeiro nos Estados Unidos da América como no Brasil. O projeto constitucional responsável por conformar o poder não o faz apenas para o tempo presente, mas, principalmente, numa lógica intergeracional. O peso da tradição demanda que o projeto intersubjetivamente compartilhado de racionalidade no exercício da autoridade reconheça a sua herança e esteja à altura da sua responsabilidade de manutenção futura do projeto. Isso só é possível, seja no Brasil ou nos Estados Unidos, com um sistema que resista aos seus invariáveis ciclos.

A possibilidade de compartilhar esse ponto entre o projeto americano e o brasileiro é inegável, uma vez que a estruturação constitucional brasileira encontra evidente inspiração na Constituição dos Estados Unidos¹¹⁸. Assim, também a experiência constitucional brasileira moldou-se com características parecidas. Elas previram, majoritariamente, uma estrutura federalista, separação de poderes, freios e contrapesos, um Judiciário independente, mandatos representativos com períodos fixos, eleições entre outros que formam a essência de um design

¹¹⁸ Se não pelas relações já feitas no segundo capítulo responsável por analisar a história constitucional brasileira, o nome Estados Unidos do Brasil, vigente entre 1889 até 1968, já é suficientemente ilustrativo. Caso reste alguma dúvida, a bandeira do governo provisório de 1889 pode ser ainda mais esclarecedora, visto que de semelhança espantosa à inspiração localizada na América do Norte.

constitucional voltado à limitação de poder e manutenção do projeto de Estado Democrático de Direito. É verdade que características nos diferenciam como, por exemplo, a tradição jurídica, a ausência de eleições escalonadas nacionais no Brasil, o próprio sistema político-partidário entre outros.

Nessa senda, aprofundar-se-ão dois argumentos dos ciclos constitucionais para compreender o problema brasileiro. Os dois ciclos constitucionais focados são o da degeneração e renovação constitucional e o da polarização e despolarização política¹¹⁹. Nesse sentido, é necessário questionar o papel da jurisdição constitucional diante dos ciclos de polarização e despolarização e de degeneração e renovação constitucional para, então, propor critérios para a jurisdição constitucional extraordinária.

4.5 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E OS CICLOS CONSTITUCIONAIS

Antes de analisar o adequado espaço de decisão do Supremo Tribunal Federal nos períodos de polarização e degeneração, faz-se mister questionar: como o ciclo de ascensão e decadência de regimes políticos afeta o *judicial review*. Tal pergunta, que é basilar para a Teoria

¹¹⁹ O ciclo da ascensão e queda dos regimes políticos é consideravelmente mais sensível, visto que lida com questões próprias da ciência política e exigiria um nível de aprofundamento de dados que não foi feito nessa pesquisa. O próprio modelo bipartidário americano permitiu, por exemplo, definir com certa razoabilidade seis ciclos de regimes políticos, sendo eles o Federalista de 1789 a 1800, o Jeffersoniano de 1800 a 1828 – liderado pelo partido democrata-republicano –, o Jacksoniano de 1828 a 1860 – liderado pelos democratas –, o período Republicano de 1860 a 1932, o ciclo do New Deal de 1932 a 1980 – dominado pelos democratas –, e o período Reagan, que é o atual dominado por republicanos. Fazendo um breve e despretensioso paralelo com a experiência constitucional brasileira e excluindo o período monárquico, é possível propor quatro períodos políticos, sendo eles o da Constituição de 1891, dominado pelas elites paulistas e mineiras que organizaram a política dos governadores e, posteriormente, a política do café com leite. Depois, a experiência constitucional brasileira foi dominada por Getúlio Vargas entre 1930 e 1945, tendo ele governado durante três Constituições, sendo elas a de 1891, a de 1934 e a de 1937. A nossa primeira experiência de presidencialismo de coalizão foi dominada, aparentemente, pelo Partido Social Democrático de 1945 a 1965, visto que foi o partido, sob a égide da Constituição de 1946, que obteve o maior número de Presidentes da República no período, dois eleitos e 5 ao todo, foi majoritário na Câmara dos Deputados durante toda a sua existência. Nas eleições de 1945, com a vitória de Dutra, obteve 10 ministérios e elegeu 11 governadores. Nas eleições de 1950 com o governo Getúlio, elegeu 10 governadores, obteve 6 ministérios e a liderança da maioria governista. Nas eleições de 1955 com o governo Kubitschek, além da presidência da república, elegeu 6 governadores e obteve também 6 ministérios. Nas eleições de 1958, o partido continuou com a maioria na Câmara dos Deputados, elegeu, apenas, dois governadores. Nas eleições de 1960, obteve, novamente, maioria na Câmara dos Deputados e elegeu 4 governadores. Esses rápidos números sinalizam um possível e provável domínio do Partido Social Democrático, que foi central na primeira experiência de presidencialismo de coalizão brasileiro (FGV, 2009; HIPOLITO, 2004; CUSTÓRIO; 2020), tendo, assim, dois regimes políticos durante a nossa experiência democrático-republicana e dois períodos autoritários – Vargas e a Ditadura Militar. Destarte, a segunda experiência de presidencialismo de coalizão lida com o quinto regime político brasileiro e terceiro democrático-republicano, que ainda está em curso.

da Decisão, visto que influencia diretamente na relação entre discricionariedade e correção das decisões judiciais, precisa ser analisada. Segundo Balkin, na maior parte, a ascensão e a decadência de regimes políticos afetam as atitudes partidárias sobre a revisão judicial.

Quando um novo regime começa na etapa de ascensão, como já exposto, o partido dominante não nomeou a maioria dos membros do Tribunal Supremo nem do Judiciário federal, razão pela qual eles serão provavelmente hostis ao programa político novo. Ao refletir os valores do regime antigo, o Judiciário irá obstaculizar algumas reformas políticas, o que motivará o novo partido dominante a assumir posições de defesa da autocontenção do Judiciário e respeito aos poderes políticos. Em contraponto, o partido opositor será um defensor do Judiciário, que preserva valores do regime antigo.

Com o tempo, o partido dominante ganhará influência nas cortes por intermédio das nomeações. Com isso, a visão cética inicial mudará, conforme o partido dominante passa a perceber e reconhecer as vantagens de ter uma revisão judicial favorável e que proteja e promova os valores e compromissos partidários dominantes. O outro partido, de outro giro, passará a exigir maior autocontenção e a criticar o Judiciário.

No final do ciclo do regime político, então, o partido que inicialmente era favorável ao controle judicial será desfavorável e vice-versa. Importante pontuar, com força em Balkin, que esses efeitos são geracionais (ocorrem em períodos de gerações). Ademais, tal ponto não significa uma adoção de uma postura behaviorista, mas, sim, de perceber certa influência das escolhas políticas na estrutura de Judiciário a partir da fusão de horizontes própria de cada intérprete.

Explica-se. Ao privilegiar magistrados, por exemplo, com uma interpretação judicial que tende a valorizar mais o princípio constitucional da liberdade em contraposição ao princípio constitucional da igualdade, é possível alterar a própria jurisprudência. Isso é possível, num âmbito da alta política, mesmo sem o Direito sucumbir à política. Aqui, novamente, insere-se a necessária compreensão dos desacordos morais ou jurídicos, conforme estudado no primeiro capítulo. Logicamente, tal ponto reforça a necessidade do constrangimento epistemológico e a adoção de uma teoria cognitivista da decisão judicial como forma de controle do exercício de poder e de redução dessa influência na atividade jurisdicional.

Contudo, são esses pontos – constrangimento epistemológico e critérios para a teoria da decisão – que são mais influenciados pela relação do próximo ciclo com o Judiciário, qual seja: o de polarização. Isso é assim, pois a polarização pode fragilizar os mecanismos de proteção oferecidos por uma teoria da decisão aliada com o constrangimento epistemológico.

Esse ciclo afeta o quanto a classe política incentiva ou critica o Poder Judiciário. Quando a política está despolarizada, a classe política tem a tendência de achar convenientes decisões pontuais do judiciário, uma vez que retiram custo de decisão dos políticos e permite que eles se preocupem e discutam sobre outros temas. Além disso, a Suprema Corte tem a tendência de preservar os valores da classe política e da União Federal, especialmente contra governos locais, o que traz vantagens para a elite da classe política nacional.

Quando a política está polarizada, as elites políticas discordam de tudo, então, a revisão judicial não pode fazer o mesmo trabalho. Ela, na realidade, possibilita que partidos vençam em temas que não podem ser negociados pela polarização política, porque o processo político não funciona e se encontra bloqueado. Com isso, o Poder Judiciário torna-se um método eficaz de produção de políticas públicas.

Assim, em períodos de polarização, espera-se uma ampliação do Controle de Constitucionalidade tanto em ações legislativas comissivas como omissivas. Tal ponto será um reflexo natural assim como uma possível ampliação do ativismo judicial na produção de políticas públicas (BALKIN, 2020). Logicamente, uma maior popularização ou defesa de posturas como a iluminista - por exemplo - não a torna correta. Entretanto, será natural um maior cuidado com as nomeações e uma maior intervenção do Judiciário em assuntos políticos.

Em linha semelhante, também o ciclo de degeneração e renovação afeta o Poder Judiciário. Esse ciclo afeta o suporte político para a revisão judicial. Balkin (2020) defende que a degeneração está ancorada em desigualdade econômica (precisa ser mais amplo) e polarização política, que se reforçam mutuamente.

Em períodos de degeneração constitucional avançada, decisões judiciais ficam altamente polarizadas. Ainda, é comum que as maiorias judiciárias, circunstanciais que são, decidam de forma a aumentar a desigualdade econômica, diminuir o eleitorado e aumentar/manter a oligarquia política. Isso ocorre, especialmente, quando os membros dos partidos dominantes controlam o Judiciário, pois auxiliam que eles fiquem no poder. Em síntese, em períodos de degeneração constitucional, Balkin defenderá que o Judiciário é mais parte do problema que da solução (BALKIN, 2020).

Ainda, a depender do nível de degeneração constitucional, a própria independência do Judiciário e a fé pública nele podem restar fragilizadas, comprometendo-o e, com isso, agravando a degeneração.

A degeneração constitucional não é solucionada apenas pelo Judiciário, mas por mobilização popular e demandas por reformas favoráveis ao aperfeiçoamento da república

democrática e das instituições. Em algum ponto, segundo Balkin (2020), quando degeneração constitucional e polarização somam-se, o Judiciário passa de ser uma salvaguarda para a república democrática constitucional e passa a ser parte do problema, visto que afetado pela influência da elite política e pela fragilização da confiança pública nele e da sua independência.

Os tempos do Judiciário e da política são distintos, razão pela qual nem sempre a polarização da suprema corte combina com a polarização da política. Isso ocorre principalmente por alguns motivos 1) a duração dos cargos dos juízes é mais longa que a dos políticos e 2) o presidente de oposição tende a nomear juízes mais moderados e 3) no ciclo de ascensão e decadência dos regimes, o próprio viés ideológico dos partidos muda e, com isso, nomeações antigas de um partido podem não representar os valores atuais dele.

Ainda, a explicação constitucional da revisão judicial é óbvia. A questão mais interessante é quais são os motivos de os políticos a apoiarem? Diversas explicações exsurgem para tanto. Primeiro, os políticos nacionais preferem que o Judiciário resolva disputas entre união e estados e entre presidente e congresso (normalmente sendo favorável aos dois primeiros). Segundo, eles acham útil os juízes controlarem e conterem os limites do jogo político para não ficar caótico. Terceiro, eles transferem custo de decisão de temas políticos que são politicamente/eleitoralmente caros aos tribunais, o que é benéfico em termos eleitorais. Quarto, os políticos nacionais apoiam quando o Judiciário legitima suas ações políticas e controla as ações dos adversários. Quinto, eles entendem como útil a uniformização, pelos tribunais, da jurisprudência e leis estaduais em conformidade com os valores da classe política nacional. Sexto, eles apoiam decisões judiciais favoráveis ao seu programa político como forma de perpetuação e proteção desses valores via jurisprudência.

Essas questões vistas sob a perspectiva de um autor americano precisam ser contextualizadas no panorama brasileiro. Para tanto, três pontos são essenciais para essa adaptação, sendo eles: 1) compreender as mudanças entre o modelo constitucional de 1988 e o de 1946, 2) analisar as especificidades do Supremo Tribunal Federal contemporâneo e 3) investigar se há indícios de polarização e degeneração constitucional no Brasil contemporâneo.

Com foco no primeiro ponto, pode-se afirmar que, no modelo da Constituição brasileira de 1988, o sistema de presidencialismo de coalizão é reestruturado sob maior centralismo federativo, com ampliação de poderes do Executivo e reforço dos mecanismos de fiscalização do Legislativo e maior equilíbrio cameral. Além disso, também o papel do Judiciário foi repensado, pois o controle concentrado de constitucionalidade iniciado na Ditadura Militar sofreu alterações nucleares que ampliaram sua legitimidade, amplitude, volume e escopo

decisório. Diante disso, a Corte Constitucional foi alçada a papel de relevância fundamental, ainda maior, da República brasileira.

Assim, o Supremo Tribunal Federal – e o Judiciário como um todo – possui tarefa alargada na mediação entre os dois Poderes Políticos e, ao mesmo tempo, missão constitucional de guarda da Constituição. Isso colocou o Supremo Tribunal Federal como o grande mecanismo institucional para resolver o dilema institucional enfrentado na primeira versão do presidencialismo de coalizão - consoante visto no final do segundo capítulo - , qual seja: ser a instância institucional com força constitucional e competência para intervir e propor soluções aos tensionamentos entre Executivo e Legislativo, definindo critérios minimamente racionais de resolução de impasses e, com isso, mantendo a estabilidade – ou, pelo menos, a higidez – do regime democrático.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal, no recorte do presidencialismo de coalizão na sua segunda versão, não pode – nem deve – ser a única resposta para solucionar o dilema institucional brasileiro. Isso é assim por diversas razões. O próprio processo legislativo e o funcionamento do congresso brasileiro carecem de mecanismos que removam os impasses que afastam as decisões do ponto ótimo. Por variadas características, há um fracionamento de poder no Legislativo que gera controvérsias e conflitos nas feitura das leis e que as impedem de atingir o nível de maior efetividade. Nesse sentido, as soluções legislativas são sempre subótimas e, invariavelmente, desagradarão algum grupo político e/ou de interesse. Conforme já explicado no primeiro capítulo com Alexy, assim, ocorrerá a judicialização para a Suprema Corte. Hoje, a judicialização já integra o próprio cálculo político das ações do Legislativo.

Como bem percebe ABRANCHES (2018), a judicialização é a busca do Judiciário como árbitro final de conflitos institucionais, políticos ou sociais. Tal ponto é indicativo de que o sistema político não cumpre bem essa função, sobretudo na instância mais apropriada, que é a legislativa. O papel de destaque do Supremo Tribunal Federal na égide da Constituição de 1988, apesar de pensado como fator de equilíbrio entre poderes (ABRANCHES, 2018), apresenta dificuldades na prática.

Há, hoje, uma inegável dimensão política na atuação da Suprema Corte. Essa dimensão tem legitimidade restrita, é altamente controversa e, muitas vezes, opera (e força) limites democráticos. A indeterminação semântica, a constituição extensa e prolixa, o acúmulo de diferentes perspectivas constitucionais ao longo das 7 constituições brasileiras e a amplitude tanto do controle de constitucionalidade como das competências constitucionais do Supremo –

tudo isso aliado à crise de paradigma¹²⁰ que rege o direito brasileiro hoje – fragilizam a legitimidade da jurisdição constitucional brasileira e colocam-na no centro do debate e da crítica pública. Além disso, também os ciclos de polarização e de degeneração constitucional afetam o funcionamento da Suprema Corte e da própria Justiça Federal.

Explica-se a relação entre o argumento de Balkin e a experiência brasileira. Com a política despolarizada, há conveniência política nas decisões pontuais do judiciário, consoante tese dos grupos políticos de interesse apresentada no capítulo 2 (HIRSCH, 2004). Também como recentemente afirmado, com a polarização, há discordância estrutural na classe política com pouco - ou sem - espaço de diálogo, inviabilizando consensos sobre as decisões. Isso parece ser especialmente verdadeiro no Supremo Tribunal Federal, principalmente em pontos já abstratamente normatizados pela Constituição, conforme exemplo da ADO nº 26. Diante disso, o Judiciário brasileiro torna-se um método eficaz de produção de políticas públicas.

Com efeito, em períodos de polarização, amplia-se o controle de constitucionalidade sobre ações e omissões legislativas. Pode-se utilizar como exemplo as omissões estruturais. Elas serão mais frequentes diante de um sistema ineficientemente polarizado. Ademais, os próprios partidos políticos iniciarão a atuação do controle concentrado de constitucionalidade – seja pelos próprios partidos seja por instituições ideologicamente alinhadas que compõem a dimensão das instituições intermediárias vistas acima – como forma de construção de soluções e de políticas públicas oriundas do Judiciário (BALKIN, 2020). Afinal, as soluções políticas encontrar-se-ão bloqueadas em impasses parlamentares. Diante disso, é razoável esperar uma ampliação e um agravamento do ativismo judicial na produção de políticas públicas.

Sob outro aspecto, em ciclos de degeneração, as decisões judiciais tendem a ficar altamente polarizadas. Afinal, é comum que as maiorias judiciárias - circunstanciais que são - decidam de forma a corroborar para a polarização e, em algumas circunstâncias, até para a degeneração. Exemplos desse ponto em decisões do Supremo Tribunal Federal que contribuíram para a diminuição da segurança jurídica e da fé pública é o tema da prisão em segunda instância com os Habeas Corpus nº 84.078 e nº 126.292 e as ADCs nº 43, 44 e 54. Circunstâncias nas quais o Supremo Tribunal Federal mudou três vezes de posição sobre o tema, sendo a primeira em 2009, a segunda em 2016 e a terceira em 2019. Nas duas últimas decisões, desagradando, substancialmente, aos dois principais polos da arena pública. Nesse

¹²⁰ Nesse sentido, indica-se: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Livraria do Advogado, 2014.

ponto, inclusive, influenciou fortemente o cenário político e afetou a conjuntura eleitoral de 2018. Tudo isso sem alteração substancial da norma constitucional ou legal sobre o tema.

Quando os membros dos partidos dominantes nomeiam os principais tribunais do Poder Judiciário como, por exemplo, a Suprema Corte, há especial pressão para que as decisões se inclinem para manutenção de poder. Além disso, o próprio formato do poder de agenda no Supremo Tribunal Federal e a quantidade exorbitante de casos criam condições de discricionariedade que – acertada ou erroneamente – podem virar motivos de perda da fé pública e de maior polarização. Acrescenta-se a isso a crise de paradigma pela qual passa o Direito brasileiro principalmente relacionada com temas como fundamentação da decisão judicial, discricionariedade judicial e a existência ou não de respostas adequadas à Constituição. Na síntese, em períodos de degeneração constitucional, o Judiciário pode ser mais parte do problema que da solução - possibilidade presente tanto no Brasil como nos Estados Unidos.

Nesse ponto, é necessário abordar a prática constitucional da escolha dos principais tribunais federais do país e, especialmente, do Supremo Tribunal Federal. Isso ocorre, porque o perfil da Corte Constitucional altera-se com as diferentes nomeações. Algo natural de um ponto de vista hermenêutico, visto que a fusão de horizontes entre o texto e o intérprete é um processo que, apesar de intersubjetivamente controlável, lida com a inserção histórica, cultural e pessoal daquele ser-no-mundo que interpreta. Tal ponto, não tão evidente a partir de uma perspectiva argumentativa, fica claro diante da Crítica Hermenêutica do Direito.

Aqui, é preciso fazer a óbvia ressalva: as diferenças no processo de fundamentação e interpretação de um participante do discurso jurídico para o outro, apesar de significativamente interessante e de ter o condão de modificar o perfil de decisão da corte, não impossibilita o constrangimento epistemológico. A correção do Direito não está subordinada à política, conforme diversas vezes lembrado por Streck. Além disso, a alteração do perfil de decisão da Suprema Corte não implica alterar a resposta jurídica correta, visto que também os juízes, todos eles, podem errar – e erram.

A ideia, originalmente defendida por Levinson e Balkin (2001, p. 1066), é que “o entrenchamento partidário é um mecanismo especialmente importante de mudança constitucional. Quando um número suficiente de membros de um determinado partido é nomeado para o Justiça Federal, eles começam a mudar os entendimentos da Constituição que

aparecem no direito positivo¹²¹”. De forma mais detalhada, pode-se afirmar que o entrenchamento partidário é o processo pelo qual o Presidente da República aponta juízes no Judiciário Federal que compartilham pontos de vista constitucionais comuns com a expectativa que a atuação jurisdicional do magistrado promova determinado sentido autêntico de interpretação constitucional. Com isso, objetiva-se preservar determinada posição argumentativa nas cortes quando se perdem eleições e obter aliados no Judiciário que compreendam e concordem com a visão constitucional da coalizão governista quando se vençam eleições, consoante argumentam Levinson e Balkin (2006, p. 103). O ponto da conceituação desse fenômeno é demonstrar como o desenvolvimento de decisões constitucionais, na prática, lida com visões político-constitucionais – com amplas possibilidades de discussão – sobre o que a Constituição determina, proíbe ou faculta.

Ainda, há dois fatores chaves do entrenchamento partidário, quais sejam: primeiro, ele potencializa as chances do Tribunal Supremo estar em sintonia com as forças políticas atuais, promovendo e fiscalizando com certa compatibilidade teórica à atuação política – pode-se usar uma analogia como se falassem a mesma linguagem constitucional -; segundo, as nomeações passadas criam um certo contrapeso responsável por controlar e fiscalizar de forma mais aguda o presidente em exercício e a coalizão governista (BALKIN; LEVINSON, 2006, p. 106 a 107). Essa sintonia significa que decisões judiciais tanto do Judiciário Federal como, especialmente, do Supremo Tribunal Federal têm impacto na realidade política nacional e, algumas vezes, nas próprias disputas políticas que a coalizão governista enfrenta.

No contexto brasileiro, isso se manifesta nas próprias competências do Supremo Tribunal Federal. Afinal, a corte pode 1) manter leis, políticas e programas de preferências do governo no exercício da competência do art. 102, I, “a)”, e III, “a” e “b”, da Constituição Federal, 2) anular ou interpretar restritivamente leis alinhadas com os valores dos adversários no exercício da mesma competência supracitada e 3) reforçar os valores e princípios constitucionais da coalizão governista contra governos estaduais ou locais no exercício da competência art. 102, I, “a)” e “f)”, e III, “c” e “d”, da Constituição Federal. Há que se reconhecer: a aceitação desse fenômeno significa admitir uma certa relação – jamais

¹²¹ No original: partisan entrenchment is an especially important engine of constitutional change. When enough members of a particular party are appointed to the federal judiciary, they start to change the understandings of the Constitution that appear in positive law.

subordinação – entre o Direito Constitucional e a política grosseira e imperfeitamente democrática (BALKIN, LEVINSON, 2001, p. 1073).

Nesse processo de entrincheiramento partidário, há dois focos de debates constitucionais chamados de alta e baixa política. A alta refere-se a debates constitucionais de princípios - jurídicos e políticos - que motivam desacordos como liberdade e igualdade, a sua definição e seus desdobramentos (BALKIN; LEVINSON, 2001, p. 1062). Trata-se da própria essência do Direito Constitucional. Os discursos jurídicos sobre a correta interpretação de normas constitucionais e sua aplicação nos casos concretos são o ponto central de um debate constitucional de qualquer país. Claro que, também como já demonstrado no ponto 2.4, trata-se de matéria suscetível a um alto nível de desacordos racionais que serão solucionados por decisões judiciais de órgãos constitucionais frequentemente colegiados por regra da maioria. Contudo, a alta política versa justamente sobre o discurso próprio da jurisdição constitucional.

A baixa refere-se à “luta” por vantagens políticas específicas. Os juízes devem tratar da alta política e não da baixa. Conforme afirma Balkin (2020, loc 1683):

Os juízes inevitavelmente se envolverão em brigas sobre a alta política: o equilíbrio entre o poder federal e o nacional, o escopo da revisão judicial e o significado dos princípios básicos de igualdade e liberdade. O que eles não devem fazer é se envolver em política baixa – decidir casos principalmente para ajudar sua “equipe” ou para beneficiar seu partido político, grupo de interesse ou eleitorado preferido. A distinção entre alta e baixa política é importante para a legitimidade sociológica da Corte. Mas está sob pressão crescente em períodos de alta polarização e podridão constitucional¹²².

Isso é essencial para a própria legitimidade constitucional, que estressa em períodos de polarização e degeneração constitucional. A diferença entre alta e baixa política também afetará o escopo da crítica. Na alta política, o controle é próprio do constrangimento epistemológico. Como afirma Streck (2020), é papel precípua da doutrina criticar os equívocos dos que detêm a jurisdição. Com isso, a doutrina jurídica será responsável por garantir a força normativa do art. 93, IX, da Constituição Federal, visto que nenhum órgão do Judiciário tem o direito de errar por último. Assim, é mister da doutrina constranger as decisões judiciais fundamentadas a partir

¹²² No original: Judges will inevitably engage in fights over high politics: the balance between federal and national power, the scope of judicial review, and the meaning of basic principles of equality and liberty. What they should not do is engage in low politics—decide cases primarily in order to help their “team,” or to advantage their preferred political party, interest group, or constituency. The distinction between high and low politics is important for the Court’s sociological legitimacy. But it comes under increasing stress in periods of high polarization and constitutional rot.

de argumentos solipsistas, voluntaristas e/ou não cognitivistas e, por fim, qualquer interpretação inautêntica (ALEXY, 2017a, 2017b; DWORKIN, 2001, 2011; STRECK, 2014a, 2018, 2020).

Na baixa política, além do constrangimento epistemológico, a decisão ficará submetida, também, ao maior crivo público de maior fragilização de sua legitimidade. Como Levinson e Balkin (2001, p. 1063) comentam sobre um exemplo de *low politics*: “as circunstâncias da decisão criaram a aparência de um conflito de interesses e uma forte inferência de ilegitimidade. É quase impossível acreditar que a melhor explicação do resultado seja jurídica. O caso não é apenas pouco persuasivo; é um embaraço para o raciocínio jurídico¹²³”. A consequência, em situações como essas, não pode ser outra além da perda de legitimidade, da diminuição fé pública, do agravamento da degeneração constitucional e do aumento da polarização.

Com efeito, é possível afirmar que o entrincheiramento partidário afeta o tempo do Judiciário, o apoio dos partidos ao controle de constitucionalidade, o perfil de decisões da Corte Constitucional e a própria prática constitucional - tanto no sentido de preferência e prioridade de casos como em formato da decisão. Ainda, o entrincheiramento partidário afeta e é influenciado pelo nível de polarização e de degeneração constitucional. Em altos momentos de um ou dos dois ciclos, o entrincheiramento partidário tende a assumir características mais radicais, mais próximas à baixa política e sua própria importância aumenta, porque a ineficiência do sistema político encontra vazão nas cortes a partir de posturas ativistas, reforçando a necessidade de magistrados de perfis constitucionais semelhantes. Em momentos de baixa dos ciclos de polarização e degeneração, o entrincheiramento partidário fica mais leve. Há uma maior tendência de nomeação de magistrados mais moderados, uma maior probabilidade de disputas de alta política e as próprias nomeações perdem importância. Isso significa, ainda, que há uma relação entre a ineficiência do sistema político-partidário com a importância e, quiçá, expansão do Supremo Tribunal.

Não se pode olvidar que a jurisdição constitucional brasileira é contenciosa por natureza, ou seja, é um jogo de soma zero. Alguém perde e alguém ganha. Com a ampliação da judicialização da política e do ativismo judicial no Brasil (TRINDADE; MORAIS, 2011; TASSINARI, 2012, 2016), percebe-se que diversas controvérsias de natureza política encontram proteção no Judiciário. Contudo, a lógica de funcionamento da solução ótima é

¹²³ No original: the circumstances of the decision created the appearance of a conflict of interest and a strong inference of impropriety. it is almost impossible to believe that the best explanation of the result is the internal logic of the law. The case is not only unpersuasive; it is an embarrassment to legal reasoning.

distinta para essas duas dimensões. Explica-se: uma parcela relevante dos problemas políticos precisa ser solucionada por negociações e acordos num modelo ganha-ganha, ou seja, um jogo de soma positiva, no qual é possível uma decisão em que todos os participantes são vencedores. Quando esses problemas – passíveis de solução ótima por um sistema político saudável num modelo de jogo de soma positiva – são levados ao Judiciário, há potencialmente tensionamento institucional e resultados subótimos. Nesse sentido, ao decidir quem ganha e quem perde em questões estritamente políticas, o STF interfere no curso, na substância e, eventualmente, no resultado do conflito político (ABRANCHES, 2018, loc. 7735 a 7753), o que potencialmente reforça os fenômenos do entrincheiramento partidário, polarização e degeneração constitucional.

Atualmente, a característica de persona altamente política do Supremo Tribunal Federal é agravada pelos ciclos de polarização e degeneração constitucional¹²⁴. Como se percebe, apesar da função de garantidor da democracia e do direito, o Supremo Tribunal Federal não tem capacidade – e não pode ter a pretensão – de ser um árbitro sobre-humano à luz do juiz Hércules.

Outrossim, é preciso indagar se há, no Brasil contemporâneo, indícios de degeneração constitucional e polarização política. Para tanto, deve-se levar em conta as circunstâncias atuais do *backwash* da terceira onda democrática e o modelo brasileiro de presidencialismo de coalizão. Sobre as circunstâncias atuais do *backwash*, isso significa inquirir como os fenômenos já abordados como os atuais ciclos de polarização e degeneração constitucional e a sua diferenciação para crises constitucionais afetam o bom funcionamento do Supremo Tribunal Federal. Sobre o modelo brasileiro de presidencialismo de coalizão, isso significa formular respostas para o Brasil. Com efeito, a própria compreensão desse modelo não pode ficar restrita

¹²⁴ Retomando os pontos trabalhados anteriormente, é interessante pontuar que o Judiciário viveu, ao longo da história institucional brasileira, períodos de contenção e de expansão, que possuem certa relação com os períodos de ascensão e queda dos regimes políticos. Utilizando, por exemplo, o marco proposto por Paixão (2007), é possível perceber os períodos de expansão do Supremo Tribunal Federal, sendo eles: ampliação do papel institucional (1897 a 1926), fase de enfrentamento (1964 a 1968) e a fase contemporânea (2007 em diante). Em contraponto, é possível perceber fases de contenção por motivos externos (forçada) ou internos (por compreensão do seu papel institucional), sendo elas: fase inicial (1891 a 1897), fase de contenção imposta (1926 a 1945), fase de contenção voluntária (1945 a 1964), nova fase de contenção imposta (1968 a 1988) e, de certa forma, na fase inicial de redemocratização (1988 a 2007). É interessante pontuar que, com essa perspectiva teórica, possui-se indícios de ciclos de expansão e contenção relacionados com as ascensões, estabilizações e quedas dos regimes políticos. Ainda, no recorte brasileiro, os períodos de contenção foram as marcas de períodos autoritários e os períodos de expansão tendem a ocorrer em períodos democráticos, visto que são esses que naturalmente possuem as condições para um Judiciário atuante e autenticamente constitucional. Tais pontos, apesar de interessantes e merecedores de um breve apontamento, são iniciais e serão desenvolvidos numa pesquisa própria.

a categorias estanques. Algo perceptível, a partir dos ciclos do tempo constitucional estudados, é que não existem modelos perenemente maduros nem frágeis em termos democráticos. O desafio da manutenção do projeto constitucional, suscetível à diversidade dos desafios da vida, implica inconstância. Há, nos ciclos, uma relação que pode ser lida de forma pendular que alterna entre períodos de polarização e de despolarização, de degeneração e de renovação constitucional. Com efeito, também é possível utilizar o mesmo raciocínio para a maturidade democrática de um país. É tanto possível que ela falhe, como que ela execute o mesmo movimento pendular, indo de uma democracia mais frágil em períodos de polarização e degeneração sem resvalar na derrocada autoritária até ir para um estágio mais maduro com períodos de despolarização e renovação constitucional.

Nessa lógica, o recorte da presente proposta é feito como se fosse uma fotografia da situação atual brasileira. Em 2022, o Brasil enfrenta desafios estruturais.

Há altíssimos níveis de polarização política, com dois grandes polos representando perfis popularmente chamados de “direita” ou “nova direita” brasileira e, de outro lado, a “esquerda brasileira”. Os dois grandes polos possuem ícones políticos que são adorados por número expressivo do eleitorado nacional, tendo, cada um dos polos, entre 20 e 30% do eleitorado nacional de forma fiel, disputando pelos aproximadamente 40% restantes.

Importante pontuar que há uma escalada de polarização de diversos anos com notável agravamento a partir de 2014¹²⁵ (GOLDSTEIN, 2019). Segundo Pereira (SOUZA NETO, 2020), as eleições de 2014 marcaram um maior engajamento proporcional aos anos anteriores com notável aumento da polarização política, que segue avançando até os dias atuais. Em sentido semelhante, Avritzer (2020) também reconhece que o período entre 2014 e 2018 foi marcante para um aumento do ciclo de polarização. Acrescenta-se: que segue em ascensão.

Atualmente, ambos os nomes representantes desses dois grandes polos possuíram, possuem e possuirão níveis alarmantes de rejeição. Por exemplo, o Presidente Bolsonaro possui

¹²⁵ Na eleição de 2014, os dois principais candidatos também caracterizados como de esquerda e direita tinham, respectivamente 42% de rejeição para Dilma Roussef e 35% de rejeição para Aécio Neves, segundo pesquisa de setembro da Datafolha sob registro no TSE sob o número BR-00584/2014. Na eleição de 2010, os dois principais candidatos caracterizados como de esquerda e direita tinha, respectivamente, 27% de rejeição para Dilma Roussef e 25% de rejeição para José Serra, segundo pesquisa do Ibope sob registro no TSE sob o número 5429/2010 de março de 2010. Em junho de 2010, a pesquisa do mesmo instituto sob registro no TSE sob o número 16292/2010 apresentou rejeição de 23% para Dilma e 30% para Serra. Para um aprofundamento sobre a inclinação partidária ao Partido dos Trabalhadores e a relação com as eleições de 2010 e 2014, indica-se: ROCHA, Mariela Campos; VIANNA, Iara Lima. As eleições presidenciais de 2010 e 2014 no Brasil: do voto petista ao antipetista. In: ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CIÊNCIA POLÍTICA, 10., 2016, Belo Horizonte. Anais eletrônicos [...]. Rio de Janeiro: ABCP, 2016. p. 1-22.

56% de rejeição e o Ex-Presidente Lula possui 38%¹²⁶ em 2022. De outro giro, em 2018, o Ex-Presidente Lula possuía rejeição de 62%¹²⁷ e o então Deputado Federal Bolsonaro possuía 43%¹²⁸. Não é exagero afirmar que esses são os dois grupos políticos estruturados com bases de fiéis eleitores com maior expressividade no cenário nacional, o que demonstra o alto nível de polarização nacional. Tal argumento é acompanhado por Fuks e Marques (2020).

Além disso, estudo do *The Policy Institute* ligado ao *King's College London* aponta que o principal fator de tensão entre grupos, hoje no Brasil, é o fato de serem de grupos político-partidários distintos (IPSOS, 2021)¹²⁹. Tal critério supera divisões motivadas por questões étnicas, econômicas, geográficas, de gênero, educacionais, nacionais e de classe social.

Ainda, Fuks e Marques (2020) identificaram, a partir de estudo, a presença de acentuada polarização afetiva, principalmente em relação às lideranças políticas, o que é acompanhado por uma moderada e assimétrica polarização na identificação ideológica. Nesse sentido, identifica-se a presença marcante de uma polarização com base afetiva, cuja presença oferece ao eleitorado brasileiro “o pior dos mundos”. Significa que o grande público não vê na disputa política algo prioritariamente programático, mas fundamentado em argumentos emocionais e manipuláveis (FUKS; MARQUES, 2020), sendo essa a forma mais danosa para a democracia, visto que reforçadora de uma posição não-cognitivista e prejudicial para o discurso racional (ALEXY, 2017).

Essa acentuada polarização afetiva, que descamba para uma erosão da democracia deliberativa, já era apontada por O'Donnel (1991) e Streck e Morais (2019). Ao caracterizarem o Brasil como uma democracia delegativa¹³⁰, Streck (2019, p. 94) afirma:

¹²⁶ Pesquisa da PoderData sob registro no TSE BR-02137/2022. Diversas outras apontam para cenários muito semelhantes.

¹²⁷ Pesquisa da PoderData sob registro no TSE BR-05297/2018. Diversas outras apontam para cenários muito semelhantes.

¹²⁸ Pesquisa da Datafolha sob registro no TSE BR-02376/2018. Diversas outras apontam para cenários muito semelhantes.

¹²⁹ IPSOS, Culture wars around the world: how countries perceive divisions. 2021. Disponível em: <https://www.ipsos.com/sites/default/files/ct/news/documents/2021-06/Culture%20wars%20around%20the%20world%20.pdf>. Acesso em: 29/01/2022.

¹³⁰ "A democracia delegativa seria uma espécie de democracia em que a dimensão democrática fica, em sua maior parte, adstrita à eleição, contudo, as instituições do País ainda não se consolidaram em parâmetros genuinamente democráticos" (ABBOUD, 2017, p. 222). Segundo definição original de O'Donnel (1991, p. 30), "as democracias delegativas se fundamentam em uma premissa básica: o que ganha uma eleição presidencial é autorizado a governar o país como lhe parecer conveniente e, na medida em que as relações de poder existentes permitam, até o final de seu mandato. O presidente é a encarnação da nação, o principal fiador do interesse nacional, o qual cabe a ele definir. O que ele faz no governo não precisa guardar nenhuma semelhança com o

a democracia delegativa é fortemente individualista [...], uma vez que pressupõe que os eleitores escolhem, independentemente de suas identidades e filiações, a pessoa (e não o partido) que é mais adequada para cuidar dos destinos da nação. Por isso, as eleições em democracias delegativas são um processo muito emocional e que envolve altas apostas: vários candidatos concorrem para saber quem será o ganhador, num jogo absolutamente soma zero, da delegação para governar o país sem quaisquer outras restrições a não ser aquelas impostas pelas relações de poder nuas, quais sejam, não institucionalizadas.

Isso contribui tanto para o agravamento da polarização como para uma piora dos problemas, visto que dificulta a passagem para a segunda transição (O'DONNEL, 1991) ou segunda etapa (FUKUYAMA, 2015) apontada no ponto 4.1 de efetiva institucionalização e construção da capacidade estatal do Estado Democrático.

Além disso, experienciase um processo considerável de degeneração constitucional. Diversos autores apontam a existência de um suposto cenário de crise democrática, política, econômica e social no Brasil atual (GOLDSTEIN, 2019). Por exemplo, Moisés (MOISÉS, 2020, p. 10) reconhece que a América Latina é atingida pela emergência de novas lideranças populistas à esquerda e à direita, as quais atacaram e atacam a autonomia de instituições democráticas básicas, polarizam o ambiente político e dividem os países entre apoiadores e opositores. No Brasil, há um agravamento de uma profunda instabilidade política e aumento da perda da fé pública nos partidos políticos e na classe política como um todo (MOISÉS; WEFFORT, 2020, p. 11 e 12). Souza Neto (2020) e Avritzer (2020) também sustentam a ocorrência da mesma degeneração constitucional – apesar do argumento de ambos estar especialmente focado em fatos pós-2018 e crítico desse movimento popularmente chamado de "nova direita".

Não só isso. Na avaliação da democracia brasileira pela ONG Transparência Internacional, o Brasil despencou de 43 pontos em 2014 para 38 pontos em 2021, sendo caracterizado como um “regime híbrido” numa escala que classifica os países em democracias plenas, democracias fragilizadas, regimes híbridos e regimes autoritários. No mesmo sentido na *varieties of democracy*, os dados do Brasil também são preocupantes. Apenas a título de

que ele disse ou prometeu durante a campanha eleitoral — ele foi autorizado a governar como achar conveniente. Como essa figura paternal tem de cuidar do conjunto da nação, é quase óbvio que sua sustentação não pode advir de um partido; sua base política tem de ser um movimento, a superação supostamente vibrante do facciosismo e dos conflitos que caracterizam os partidos. Tipicamente, os candidatos presidenciais vitoriosos nas democracias delegativas se apresentam como estando acima de todas as partes; isto é, dos partidos políticos e dos interesses organizados".

exemplo, o nível de liberdade civil diminuiu estavelmente desde 2015, saindo de 0,88 pontos para 0,7 pontos em 2020, consoante gráfico 1 do anexo 1. Nesse gráfico, a liberdade civil é compreendida como a ausência de violência física cometida por agentes do governo, abstenção de constrangimentos públicos à liberdade privada e à liberdade política, sendo o índice resultado das médias de violências físicas de agentes públicos em particulares, reconhecimento e proteção da liberdade civil e da liberdade política.

Também o índice do bem comum apresenta ligeira queda a partir de 2004 e, desde 2015, caiu ativamente até 2019, quando começou a apresentar sinais de melhora, conforme gráfico 2 do anexo 1. O ponto medido nesse índice é saber o quanto o discurso público utiliza-se de recursos ao bem comum como forma de justificar posições e convencer demais agentes e público em geral durante processos de alteração ou inovação de legislação e políticas públicas. A escala é de máximo de 4 pontos, sendo o estágio 4 quando as justificações em sua maior parte para quase sempre são explicitamente formuladas em termos de bem comum e 1 quando apenas privilégios setoriais, geográficos, sociais, econômicos entre outros preenchem o discurso público. Nesse cenário, saímos do intervalo entre 3 e 4 pontos para o intervalo entre 2 e 3 pontos.

Também apresentando queda, o índice de democracia deliberativa experimentou gradual ascensão de 1988 até o ápice em 2013, conforme demonstra o gráfico 3 do anexo 1. Contudo, caiu ativamente desde então até 2020. Esse índice, por sua vez, concentra-se no processo pelo qual as decisões são alcançadas em uma política, analisando se o raciocínio público é focado em argumentos de bem comum ou motivados por apelos emocionais, ligações solidárias, grupos de interesse ou coerção. Tal índice de democracia deliberativa é especialmente reforçador do diagnóstico de polarização e de contaminação da democracia deliberativa (ALEXY, 2015a) por argumentos emotivistas (FUJKS; MARQUES, 2020), o que obviamente fragiliza o nosso projeto constitucional e democrático (ALEXY, 2017; DWORKIN, 2001; STRECK, 2014a)

O índice de obediência ao Tribunal Supremo também diminuiu. O nível manteve-se estável de 1988 até 2011, consoante observa-se do gráfico 4 do anexo 1. A partir de 2012, o índice sofreu depreciação significativa até 2020, o que, arisca-se afirmar, condiz com a realidade experienciada por todos.

Por fim, a fé pública no Supremo Tribunal Federal deve ser motivo de preocupação e cautela. Ilustrativo disso é "o Índice de Confiança na Justiça Brasileira – ICJBrasil -, uma pesquisa editorada pela cientista política Luciana Gross Cunha, e executada pela Fundação

Getúlio Vargas. Seu objetivo é avaliar a confiança que as pessoas têm nas instituições, em especial no Poder Judiciário” (TASSINARI 2016, p. 163). Observando a pesquisa de confiança nas instituições, os resultados são os seguintes. Em primeiro lugar, estão as Forças Armadas com 63%. Em seguida, respectivamente no segundo, terceiro, quarto, quinto e sexto lugares estão a igreja católica com 53%, as grandes empresas com 49%, a imprensa escrita com 47%, o Ministério Público com 45% e a polícia com 44%. Em sétimo lugar – mas o mais bem posicionado entre os poderes -, está o Poder Judiciário com 40%. Abaixo, estão as igrejas evangélicas com 38%, as emissoras de TV com 34% e os sindicatos com 32%. Entre os poderes, está a Presidência da República com 29% em 11º lugar e o Congresso Nacional com 12% em 13º lugar. Os partidos políticos ocupam a última posição com 6%.

Ponto interessante na medida histórica, é perceber que entre 2011 e 2017 houve queda estável do índice de confiança no Poder Judiciário. Tal ponto, em algum grau, relaciona-se com o processo de degeneração constitucional e de alta da polarização política brasileira. Contudo, em 2021, há uma melhora significativa desse índice do Poder Judiciário, visto que ele aumentou 16% entre 2017 e 2021. A mesma melhora é percebida pelo Poder Executivo Federal, que alcançou aumento de 23% entre 2017 e 2021. Por fim, também o índice do Congresso Nacional obteve ligeiro aumento de 5% entre 2017 e 2021. Ainda, interessante pontuar que as forças armadas são, desde 2011, a instituição com maior índice de confiança, o que seguramente encontra explicação na percepção popular da nossa história institucional.

Sobre o Supremo Tribunal Federal especificamente, é interessante pontuar que a confiança no Supremo, enquanto órgão judicial singularmente considerado, cresceu entre 2017 e 2021. Em 2017, o percentual era de 24%. Em 2021, o percentual foi para 42%. Quando é analisada a atuação do Supremo nos processos relacionados à COVID-19, o resultado é positivo. A aprovação é de 75% contra uma reprovação de 25%.

Da análise de todos esses pontos, o resultado é potencialmente o mesmo, qual seja: o Brasil passa por um ciclo de degeneração constitucional assim como de polarização política. A alta desses dois ciclos afeta o Poder Judiciário como um todo e o Supremo Tribunal Federal em específico. Arrisca-se afirmar: apesar de desconfortante, tal afirmação não deve ser vista com surpresa para a maior parte da academia. As altas dos ciclos de degeneração constitucional e de polarização política mostram-se presentes nas mais diversas áreas da vida brasileira de 2022, fazendo-se presentes desde em notícias de jornais até em debates acadêmicos, em produções científicas e nas próprias relações profissionais e pessoais. Ambos os ciclos não são (apenas) empiricamente observáveis, mas (principalmente) experimentados. O fato é este: o Brasil atual

sofre um intenso período de polarização e de degeneração constitucional. E, se isso é assim, também a Teoria da Decisão deve se preocupar com esses fenômenos.

Para essa compreensão, alguns pressupostos exsurgem, quais sejam: as decisões judiciais precisam estar fundamentadas em princípios e não em argumentos de política como desdobramento da responsabilidade política dos juízes. O decidir por princípio, naturalmente, reforça e respeita a autonomia do direito e legitima a atuação das cortes no contexto de sociedades fraturadas – como a brasileira.

Há, aqui, diversos riscos. Inclusive, muitos deles são identificados pelos próprios autores dentre os quais: ativismo judicial e distorções sistêmicas provocadas pelo presidencialismo de coalizão caracterizado como uma democracia delegativa. Contudo, como espera ter se demonstrado até agora, o presidencialismo de coalizão não está descolado da Constituição Federal de 1988. Exatamente o contrário, o Estado Democrático de Direito particular originado a partir da Constituição Cidadã está, essencialmente, estruturado num presidencialismo de coalizão. O pensar e propor critérios interpretativos para a atuação da nossa suprema corte, nesse sentido, não pode estar afastado dele. Algo, inclusive, que o Professor Lenio Streck já o faz há muito.

O ponto, talvez mais interessante até aqui, é a possibilidade de confluir a problemática do espaço de decisão do Supremo Tribunal Federal dentro do contexto de crise e degeneração constitucionais justamente levando em conta a teoria da decisão da Crítica Hermenêutica do Direito e o presidencialismo de coalizão brasileiro. Essa conjunção de fatores pode servir de base para uma proposta teórica que pretende ir além, apesar de partir da diferenciação entre argumentos de princípios e argumentos de política e da Teoria dos Espaços Dogmáticos alexyana.

O ponto central aqui é propor uma teoria que apresente critérios para a atuação do Supremo Tribunal Federal numa perspectiva formal e substancial que engloba tanto momentos de crise e como de degeneração sob a perspectiva constitucional de 1988, Para tanto, alguns elementos devem ser expostos enquanto ponto de partida, quais sejam: primeiro, a compreensão de que há âmbitos discursivamente distintos entre matérias políticas e matérias jurídicas – que é bem exposto pela análise dworkiniana de Streck e Motta, mas que deve ir além no sentido de não só exigir a argumentação de princípios como compreender que, em alguns pontos, há que se privilegiar a possibilidade de soma positiva de mecanismos de resolução de desacordos políticos próprios do Congresso - uma presunção estudada a partir da Alexy (2017). Segundo, perceber que alguns desses mecanismos ainda não foram desenvolvidos - mesmo há mais de 30

anos de existência da nossa ordem constitucional -, porque há um custo de decisão dos principais atores políticos que foi satisfatoriamente transferido para o Judiciário, que não precisa se preocupar com eleições. Contudo, essa transferência – consciente ou não – não muda o formato da decisão, ou seja, do Judiciário ser de soma zero e da política ser, potencialmente, de soma positiva. Essa compreensão deve ser levada em conta para estabelecer o difícil e não raro cinza limite entre matéria política e matéria de direito constitucional, ou seja, livre espaço de apreciação política e necessária intervenção do Judiciário.

Terceiro, essa proposta teórica deve, também, levar em conta às decisões no âmbito da crise vivenciada entre 2020 até os dias atuais. Além disso, também o processo de degeneração constitucional acarretado pela fragilização de legitimidade do parlamento, de polarização e de ascensão autoritária por líderes populistas deve cobrar não uma razão própria, mas um reforço de cuidado tanto argumentativo como forma de assegurar legitimidade por argumentos de princípios como de ação positiva da Corte Constitucional na proteção dos princípios fundamentais do compromisso do Estado Democrático de Direito brasileiro – aos moldes defendidos por Issacharoff. Com efeito, é possível, portanto, propor critérios para a jurisdição constitucional nesse recorte brasileiro.

4.6 UMA PROPOSTA DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL EXTRAORDINÁRIA:

A proposta de uma Teoria da Jurisdição Constitucional Extraordinária precisa partir de, antes de tudo, um autêntico compromisso com a autonomia do direito. Como abordado na primeira parte da pesquisa, a compreensão da autonomia do direito necessariamente precisa estar inserida numa defesa cognitivista do Direito - na linha proposta por Alexy (2017a), Dworkin (2011) e Streck (2014). Isso significa que o Direito e seus juízos próprios são passíveis de racionalidade e, portanto, de critérios e de controle intersubjetivo. Há, nesse sentido, correção nos argumentos e nas decisões jurídicas.

Existem respostas jurídicas corretas. Assim, tal correção é compreendida a partir de critérios teórico-jurídicos que limitam e condicionam o que é, verdadeiramente, Direito. São eles que permitirão o afastamento de pré-conceitos inautênticos ao Direito como argumentos e posições próprias da política, da moral e da economia. Isso não significa que não haja pontos de conexão entre as diferentes áreas do conhecimento e da vivência humana. Certamente há.

Tal ponto, na realidade, aponta pela necessidade de reconstrução e limitação desses argumentos para que eles sejam jurídicos. Por exemplo, a política relaciona-se com o Direito e, inclusive, é revisada por ele. Da mesma forma, a política - dentro do seu legítimo espaço de atuação que é controlado pelo fenômeno jurídico - pode alterar o próprio Direito. Contudo, não há subordinação do Direito em relação à política, visto que o fenômeno jurídico é autônomo. Com isso, afastam-se posturas jurídicas não-cognitivistas e, com elas, aquelas posições que se amparam em vieses emotivistas, subjetivistas e discricionários.

Sendo o ponto de partida para uma Jurisdição Constitucional Extraordinária a autonomia do Direito, a continuidade desse caminho é o compromisso brasileiro com a Constituição Federal de 1988. Há de se ter a seguinte clareza: "a Constituição Federal não resolve todos os problemas democráticos, mas ela é a melhor solução para a democracia em seu pior momento" (ABBOUD; MENDES, 2020, p. 1). O compromisso constitucional é a obrigatória referência ao direito original do povo de estabelecer, para o seu presente e futuro governo, os princípios que melhor o conduzirão à sua própria e individual felicidade, conforme lição de Marshall (CRANCH, 1830). A estrutura brasileira - nos moldes da estadunidense - foi erguida sobre essa base. Nessa perspectiva, se é a Constituição o topo hierárquico normativo do governo das leis brasileiras, que, por escolha e excelência, é um governo limitado, trata-se de princípios permanentes e fundamentais. Assim sendo, o compromisso da Jurisdição Constitucional Extraordinária deve ser sempre - em razão da sua própria missão existencial - com a supremacia constitucional.

Com efeito, nos piores momentos da democracia, os dois guias, harmônicos entre si, da jurisdição constitucional são a autonomia do Direito e a supremacia constitucional - o primeiro reforçador e legitimador do segundo. Com esses dois pontos, descansa, nas entrelinhas, a Democracia como modelo a ser preservado. Como já estudado, não é ela - a democracia - algo estático, mas, sim, essencialmente dinâmico, razão pela qual o foco de proteção será o "*minimum* democrático" (ABBOUD, 2020, p. 1 e 2).

No contexto brasileiro, há dificuldades adicionais. Primeiro, vivencia-se um modelo de democracia delegativa inserida num ciclo de degeneração constitucional e noutro de polarização política. Além disso, há, como segundo acréscimo, a dificuldade brasileira da crise de paradigma no Direito pátrio (STRECK, 2014a) e, como consequência a prática de relativização da fundamentação jurídica, o baixo compromisso com a legalidade do Direito e, a partir disso, discricionariedade e ativismo judiciais exacerbados. Como previsto - e

concretizado - por Abboud e Mendes (2020, p. 105 e 108): o problema agudiza-se em momentos de crise.

Assim, "a tendência habitual da magistratura brasileira de agir de forma ativista no desempenho de suas funções pode muito bem recrudescer durante a quarentena". Com efeito, os necessários pré-compromissos democráticos - nos moldes trabalhados até aqui - dão lugar à subjetividade do julgador e ao ativismo judicial, contaminando o fenômeno jurídico por posições pessoalizadas de moralismo e ideologia política (ABBOUD; MENDES, 2020, p. 107). Necessário far-se-á, então, um aumento do rigorismo dos critérios jurídicos e dos mecanismos de controle da atividade judicial.

No continuar da proposta de caminho para a Jurisdição Constitucional Extraordinária, faz-se importante traçar valores fundamentais como orientadores dessa jurisdição. Assim, a partir de Gilmar Mendes e Georges Abboud (2020), é possível elencar o respeito à legalidade constitucional, a primazia dos Direitos Fundamentais e a preservação do federalismo. Ainda, entende-se necessário fazer o acréscimo de dois outros, sendo eles a conservação da separação de poderes e a responsabilidade política - especialmente como exigência de *accountability*. Tecer-se-ão considerações sobre cada um desses pontos para, a partir delas, propor critérios de controle dessa jurisdição e, posteriormente, análises de decisões judiciais no âmbito da pandemia da COVID-19.

Sobre a legalidade constitucional, Abboud e Mendes apontam que o momento excepcional da pandemia de COVID-19 pode forçar a criação jurídica de urgência como, por parte das cortes, decisões cautelares e, por parte do Executivo, Medidas Provisórias e, por parte do Legislativo, leis de transição (ABBOUD; MENDES, 2020, p. 110). Tal fato, que comprovadamente ocorreu no contexto de crise provocada pela COVID-19, pode ser generalizado, levando-se a afirmar que momentos excepcionais podem criar as condições de possibilidade para construção de normas extraordinárias.

Diante desse cenário, o apego aos produtos normativos democráticos deve ser reforçado, evitando-se e, caso haja tentativa, eliminando-se instrumentos normativos fora do constitucionalmente permitido. Aqui, citam-se como exemplo os atos institucionais como instrumentos normativos fora do constitucionalmente permitido na perspectiva constitucional histórica brasileira. Numa segunda análise da legalidade constitucional, a própria interpretação desses instrumentos normativos de combate à crise - portanto, caracterizados como extraordinários - deve ser feita com alto grau de responsabilidade política, no sentido de recusa à "interpretação segundo agendas políticas ou morais" (ABBOUD; MENDES, 2020, p. 108).

Com efeito, própria dessa perspectiva é a necessidade de reforçar as apostas na própria jurisdição constitucional como o principal meio de controle às interpretações constitucionais dos Poderes Políticos por excelência. Há, inegavelmente, uma prevalência *prima facie* do controle do Judiciário como um todo e, especialmente tendo em vista o controle concentrado de constitucionalidade, do Supremo Tribunal Federal. Nessa linha, pode-se afirmar que:

prescindido – gostaríamos de acreditar – de qualquer escorço histórico. De nada adianta apostarmos na legalidade constitucional se não houver uma jurisdição constitucional independente que possa viabilizar a observância das regras do jogo democrático e ser a plataforma normativa de construção de diálogos e de eliminação de dissenso entre os Poderes (ABBOUD, MENDES, 2020, p. 109).

No tocante à primazia dos direitos fundamentais, é possível afirmar que, diante do já estudado, os próprios direitos fundamentais compõem a complexa engrenagem de manutenção das principais conquistas civilizatórias do ocidente e do Brasil em plena consonância com a democracia constitucional brasileira contemporânea. Além disso, se é a dignidade da pessoa humana (um dos) fundamento(s) da República Federativa do Brasil e *alfa e omega* do sistema de direitos fundamentais pátrio (SARLET, 2015, p. 95), são os direitos fundamentais os seus próprios desdobramentos normativos que visam constituir a ação brasileira, tanto numa perspectiva pública como numa privada, em prol da dignidade humana.

Com efeito, diante de uma crise, as medidas adotadas pelos Poderes da República, por mais urgentes que sejam, não podem se desviar da tutela desses direitos e, em regra, somente se justificariam para a sua proteção (ABBOUD, MENDES, 2020, p. 112). Tal ponto, contudo, possui uma complexidade própria. Os direitos fundamentais, como analisados na parte 1, estão sujeitos a profundos desacordos razoáveis. Na própria sistematização de uma teoria substancial dos direitos fundamentais, há a dificuldade de harmonização entre, por exemplo, a liberdade e a igualdade enquanto direitos fundamentais orientadores das atividades públicas e, obviamente, catalisadores de posições conflituosas. As evoluções de Estado Liberal para Estado Social e a construção do Estado Democrático do Direito ilustram essas dificuldades. Além disso, o próprio pluralismo político – também ele um fundamento do Estado brasileiro – com os seus desdobramentos em ideologias mais voltadas ao liberalismo e outras próprias de uma perspectiva social de Estado demonstram a diversidade de possibilidades de desacordos.

Sendo assim, num contexto de crise, também a crise será politizada - afinal, a política é própria da essência e do convívio social humano - e, com isso, surgirão desacordos sobre qual o correto significado e quais as melhores medidas a serem adotadas pelos Poderes

constitucionais em prol da primazia dos Direitos Fundamentais. Não haverá resposta absoluta. Ademais, possivelmente não haverá consenso. Os Poderes Políticos fornecerão respostas, conquistadas pelo inafastável processo político de disputa de poder e de representação. Com elas, existirão descontentes, críticos e, muito possivelmente, grupos que não obtiveram o resultado desejado. Com isso, segmentos sociais abordarão que as respostas políticas não foram as melhores possíveis, não tutelaram adequadamente os direitos fundamentais e assim por diante.

O desafio da Jurisdição Constitucional Extraordinária será o de fiscalizar as decisões políticas no sentido de guardar a supremacia constitucional e, com isso, exigir a primazia dos direitos fundamentais. Contudo, tal exigência necessariamente deve ocorrer com a harmonização do pluralismo político. A discordância sobre as melhores soluções para o contexto de crise – desde que todas as posições estejam amparadas em autênticos compromissos com direitos fundamentais e evidências práticas – deve ser preservada pela Jurisdição Constitucional.

A crise não pode e não deve ser utilizada como mecanismos de concentração de poder na mesma medida em que não pode e não deve ser usada como forma de eliminação de posições políticas legítimas. O complexo binômio que deve, nesse ponto, nortear a jurisdição constitucional é a primazia dos direitos fundamentais com o respeito aos desacordos razoáveis numa autêntica concretização da dignidade da pessoa humana e do pluralismo político.

Sobre o pacto federativo, ele é forte no art. 1º da Constituição Federal não enquanto fundamento, mas como própria conceituação do Estado. Ele consiste "em preceito constitucional que deve, necessariamente, ser resguardado em nosso ordenamento" (ABBOUD; MENDES, 2020, p.118). O federalismo brasileiro, que foi inaugurado com a República Velha, tem assento constitucional desde a Lei Fundamental de 1891.

Trata-se de fundamental mecanismo de controle de poder, visto que a divisão constitucional de competências na perspectiva federada tanto impede a concentração em um só ente como incentiva a sobreposição de competências como forma de fiscalização mútua de cumprimento das normas constitucionais. Não só isso, tal repartição é, também, uma forma de incentivo às renovações constitucionais nos ciclos de degeneração. As vantagens do pacto federativo são, atualmente, praticamente unânimes na doutrina e na comunidade política, visto que não há grupo técnico-jurídico ou político que promova qualquer rompimento do atual pacto – há, inegavelmente, diversas propostas de aperfeiçoamento; contudo, elas não negam ou advogam pela eliminação do pacto federativo por si.

Com efeito, será dever constitucional dos Poderes Políticos de atuarem contra a crise num autêntico respeito ao federalismo brasileiro, jamais negando-o. Da mesma forma, também a atuação do Judiciário e, especialmente, do Supremo Tribunal Federal deve estar amparada na proteção do bem jurídico pacto federativo. Nesse viés, inclusive, Georges Abboud e Gilmar Mendes (2020, p. 118) sustentam que "trata-se, mais precisamente, de bem jurídico, contra cuja proteção deficiente pode-se – *rectius*, deve-se – invocar a *Untermassverbot* em tempos de crise".

Nessa linha, Mendes e Abboud (2020) sustentam que o constitucionalismo brasileiro contemporâneo aposta nessa tríade – legalidade constitucional, federalismo e direitos fundamentais – como condições de possibilidade para um ciclo duradouro de virtudes democráticas, o que permitiria gerar um regime democrático estável com instituições fortalecidas. Por consequência, elas evitariam a generalização do pavor no seio social e a utilização da crise como forma de captura de poder e rompimento do processo civilizatório.

A ideia central é que, diante da tríade, a limitação excepcional de direitos fundamentais em prol de uma resposta para a crise seja temporária, mitigada e orientada por valores republicanos e democráticos próprios da dignidade humana. Assim, controlando o exercício de poder e mantendo o atual paradigma de Estado Democrático de Direito mesmo no enfrentamento à crise. A ideia central é a seguinte: "dito de outra forma, a Constituição Federal e as leis não são obstáculos no caminho da solução. São antes o próprio caminho. Não o único, mas certamente o melhor" (ABBOUD; MENDES, 2020, p. 13).

Ainda, acrescentam-se à proposta supra a conservação da separação de poderes e a exigência de responsabilidade. Começando pela tripartição de poderes brasileira, é natural que um contexto de crise efetiva ou ameaça de crise forneça circunstâncias que serão utilizadas em prol da concentração de poderes em torno dos Poderes da República. Numa perspectiva teórica própria dos mecanismos de freios e contrapesos, afirma-se que é esperada a ação dos Poderes da República no sentido de expansão e acúmulo de poder, uma vez que inerente às circunstâncias e ambições do jogo político. Na perspectiva do *backwash* da terceira onda de democratização, é possível perceber que a concentração de poderes no Poder Executivo já ocorre numa desestruturação e degeneração constitucional-democrática pela qual passa parte considerável das democracias ocidentais. Numa perspectiva própria da história constitucional brasileira, pode-se afirmar que o Poder Executivo Federal terá a tendência de concentrar poderes diante das circunstâncias excepcionais, forçando seus limites constitucionais e ameaçando a autonomia e a independência dos demais poderes e entes federados.

Com efeito, tendo-se a clareza que a acumulação de poderes típicos da tripartição no mesmo órgão – esteja ele nas mãos de um, de poucos ou de muitos – é a própria definição da tirania, consoante lecionam os Federalistas americanos no Papel de nº 78 (1864, p. 374), urge a necessidade de manutenção da independência dos diferentes Poderes da República como forma de controle e freio mútuo. Com isso, preserva-se a democracia constitucional brasileira diante de ameaças autoritárias.

Essa missão de conservação da separação de poderes, apesar de orientadora da jurisdição constitucional extraordinária, não descansa exclusivamente na sabedoria do Supremo Tribunal Federal. Ela encontra amparo na conservação da correta distribuição de poderes e funções, o que significa a atuação de cada poder no seu respectivo espaço dogmático. Destarte, a própria legitimidade de atuação de cada poder, na crise, não encontra fundamento apenas nos direitos fundamentais (compreendido na perspectiva do pluralismo político), federalismo e legitimidade constitucional, mas, também, na preservação da própria separação de poderes. Nessa linha, uma releitura da Teoria dos Espaços Dogmáticos pode auxiliar na ilustração do legítimo campo de atuação de cada Poder da República diante de ameaças ou efetivas crises constitucionais.

Além disso, é relevante a ideia de *accountability*. Ela trata sobre a responsabilidade política dos Poderes da República. A efetivação de uma democracia representativa e madura pressupõe transparência, prestação de contas, responsabilidade e interesse público. Todos esses elementos são englobados pelo conceito de responsabilidade política. Isso significa que a dimensão republicana da democracia constitucional, conforme defende Abboud (2020, p. 24), é consubstanciada pela distinção entre o espaço público e o privado em relação aos agentes públicos e, a partir disso, pela necessidade de ação política responsável que se desdobra em transparência, prestação de contas, interesse público e responsabilização por parte dos representantes.

Conforme explica Abboud (2020, p. 25):

Assim, a *accountability*, vale anotar, opera-se verticalmente frente aos eleitores e, horizontalmente, em relação às demais instituições democráticas existentes. Ou seja, o presidente, no exemplo em questão, precisa prestar contas de suas ações não apenas ao jurisdicionado, como também à rede de poderes autônomos da República.

Com efeito, a exigência de *accountability* otimiza a previsibilidade das ações públicas e a possibilidade de controle. Diante disso, há uma natural racionalização do uso de poder a

partir da conformação para com a expectativa dos representados. Assim, estrutura-se mais uma condição de possibilidade para uma autêntica efetivação constitucional com real força normativa por meio da promoção de uma capacidade estatal transparente e passível de fiscalização pelos demais órgãos públicos e pelo povo.

A *accountability* é uma exigência constitucional e democrática e sua negação incentiva o ciclo de degeneração constitucional. Afinal, "o governo que não presta contas age de forma não democrática, porque a negação do *accountability* escamoteia constante confusão e diluição entre o público e privado. O eleito que não presta contas trata como coisa própria a coisa alheia e o eleitor que não as exige acaba por compactuar com a subversão da lógica democrática" (ABBOUD, 2020, p. 25).

Por parte do Poder Judiciário e, especialmente, do Supremo Tribunal Federal, a exigência de responsabilidade não se limita à transparência e prestação de contas, mas, também, à fundamentação das decisões judiciais nos moldes propostos no capítulo 1. Há, não apenas o evidente comando constitucional nesse sentido, mas sua legitimidade perpassa a sua própria representação argumentativa, consoante abordado na parte 1, que apenas se efetiva na correção da sua fundamentação judicial. Com efeito, pode-se compreender tal ponto, no que diz respeito aos órgãos do Poder Judiciário, a partir de um *plus* normativo (STRECK, 2019) da responsabilidade políticas nos moldes trabalhados no primeiro capítulo do trabalho.

Diante disso, tem-se o respeito à legalidade constitucional, a primazia dos direitos fundamentais em harmonia com o pluralismo político, a preservação do federalismo, a conservação da separação de poderes e a responsabilidade política, especialmente como exigência de *accountability*, como complexo de valores fundamentais orientadores da Jurisdição Constitucional Extraordinária. Nas ameaças às crises constitucionais, devem os *core values* tratados ser verdadeiro norte da atuação da própria Jurisdição Constitucional, servindo como freio para o exercício dos Poderes da República. Tais pontos consagram conquistas civilizatórias que são inegociáveis. Nesse sentido, forte em Gilmar Mendes e Georges Abboud (2020), é possível afirmar que o sistema constitucional brasileiro respondeu bem, por exemplo, à pandemia de COVID-19. Contudo, sem a lembrança incessante das seis balizas propostas, corre-se o risco de, nessa ou noutras (ameaças de) crises, perder a fronteira de legitimidade entre a política e o direito.

4.7 UMA PROPOSTA DE CRITÉRIOS DECISÓRIOS PARA A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL EXTRAORDINÁRIA

Diante do abordado no ponto anterior, pode-se ilustrar o desenvolvimento dos critérios de base para a Jurisdição Constitucional Extraordinária da seguinte forma: o caminho inicia-se na autonomia do Direito como ponto de partida. Isso significa que, na análise da legítima jurisdição constitucional, há uma exigência absoluta de argumentação por princípios em contraposição a uma renúncia, sob custo de ilegitimidade, a qualquer argumento de política como razões de decisão. Lembra-se que, consoante desenvolvido no subcapítulo 2.6, argumentos de princípios são argumentos substanciais, de raiz jurídica, próprios do discurso do Direito, que veiculam fundamento jurídico institucionalizado, compreendido em sentido amplo, a favor de um Direito. No outro polo, os argumentos de política são aqueles dotados de amplo espaço de discricionariedade em prol da devida atenção às múltiplas demandas sociais, marcados por dinamicidade, incerteza e movimentações das relações políticas - preponderantemente instáveis no Brasil - de tal forma que estejam associados a uma ideia de bem comum que concretiza objetivo de algum grupo.

A autonomia do Direito ser o ponto de partida concretiza a exigência exclusiva da argumentação por princípios nas decisões da jurisdição constitucional. Com isso, mesmo diante da crise – não importa quão grave seja –, a jurisdição constitucional apenas será legítima se estiver em autêntico compromisso para com a autonomia do Direito, negando submissão à política, à economia e à moral. Ademais, também como já abordado, essa autonomia parte, obrigatoriamente, de uma postura cognitivista de compreensão do fenômeno jurídico que nega e enfrenta posturas subjetivistas, niilistas, autoritárias e discricionárias. Justamente por isso, está inserida em um marco não-positivista.

A continuidade da legítima trajetória da jurisdição constitucional extraordinária tem, como próximo ponto obrigatório, a supremacia constitucional. Como se trata da jurisdição constitucional extraordinária brasileira, fala-se da supremacia da Constituição Federal de 1988 como topo hierárquico normativo do Brasil contemporâneo. O governo das leis pátrio encontra fundamento de validade, aquilo que constitui toda a ação pública, na Constituição Cidadã.

Assim sendo, é essencial que todas as respostas oriundas da jurisdição no âmbito da ameaça ou da efetiva crise constitucional encontrem fundamento na Constituição. Para tanto, há uma necessidade de abertura hermenêutica da jurisdição constitucional à compreensão e

conformação da realidade imposta pela crise (MENDES, 2020)¹³¹ – no contexto brasileiro, pela crise pandêmica. Isso não significa que haverá negação do texto constitucional. Na realidade, isso significa que a necessária interpretação e aplicação da Constituição, compreendida a partir da fusão de horizontes no processo interpretativo, entende o texto a partir da realidade posta. A norma é, como já abordado no ponto 2.8 do primeiro capítulo, resultado da aplicação do texto no caso concreto. Contextos diferentes – como na comparação de âmbito de normalidade para um âmbito de crise pandêmica – possibilitarão normas diferentes, visto que são resultado do dito processo interpretativo, conforme primeiro capítulo.

Assim, existirão ações pouco usuais e, com elas, flexibilizações de práticas constitucionais costumeiras em contextos usuais. Isso não poderia ser diferente, visto que, primeiro, trata-se de uma jurisdição extraordinária, ou seja, naturalmente há a fuga do comum, e, segundo, a alteração de um dos horizontes no processo de fusão causa naturalmente um resultado diferente em razão da própria alteração de um dos fatores do processo.

Nada disso foge das bases da hermenêutica constitucional contemporânea como, por exemplo, proposto pela Crítica Hermenêutica do Direito. Precisamente o contrário, isto é, justamente, a confirmação de sua aplicação e a concretização do caminho constitucional como melhor - e o único legítimo - para responder às crises. Com isso, refuta-se o mito da vantagem autoritária, que é a ideia de que as democracias estão em desvantagem para lidar com as crises na comparação com regimes autoritários, uma vez que o sistema de freios e contrapesos constitucionais impediriam respostas adequadas a elas.

A resposta correta é justamente o contrário. A nossa República oferece não só os espaços necessários para lidarmos com a crise, mas espaços melhores que os dos regimes autoritários. Esses espaços, assim, são os constitucionalmente definidos numa perspectiva hermenêutica. Como visto, essa perspectiva hermenêutica não relativiza a força normativa da Constituição, mas concretiza-a por intermédio de uma abertura interpretativa à crise. Isso significa que será necessária uma adequação das normas constitucionais com as aparentes contradições constantes na realidade e nos textos legais e constitucionais. Destarte, isso implica aceitar uma abertura à busca por alternativas a (impossíveis) interpretações literais e distantes da realidade imaginada pelo legislador ou constituinte, conforme argumentou Gilmar Mendes (2020).

¹³¹ Sob risco de cometer um deslize, em virtude de não ser, exclusivamente, um meio científico, indica-se a leitura do texto do Min. Gilmar Mendes para a Revista Consultor Jurídico: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-11/observatorio-constitucional-jurisprudencia-crise-pensamento-possivel-caminhos-solucoes-constitucionais>

Tal abertura deverá importar numa concordância prática entre princípios constitucionais - próprios da argumentação por princípios – e as necessárias respostas à crise – compreendidas enquanto concretizações de direitos e, por sua vez, também em adequação à argumentação por princípio –, negando amputações de potencialidades constitucionais. O norte interpretativo será a lição - bem sintetizada por Worsmer (1927) – de que a ficção jurídica não pode ser usada para eliminar a própria finalidade para a qual foi criada. No ponto, isso significa que mecanismos legais que, em situações de normalidade, servem para controlar o exercício de poder (seja político, econômico ou jurídico) podem ser relativizados, em situações de crise, para proteger os próprios fins que o justificam de um grave risco. Tal conclusão só é possível a partir da abertura hermenêutica defendida aqui.

Ainda, isso implicará uma alteração da compreensão dos legítimos espaços de decisão. Partindo do exposto na Teoria dos Espaços Dogmáticos, forte no ponto 2.7 do primeiro capítulo, pode-se afirmar que haverá incerteza sobre o espaço substancial de discricionariedade – o legítimo espaço deixado livre para conformação política dos Poderes Políticos por excelência.

Relembra-se que os legítimos espaços de atuação de cada Poder da República, segundo o proposto na Teoria dos Espaços Dogmáticos, são compreendidos a partir da ideia de que a Constituição proíbe, permite e obriga. O espaço substancial de discricionariedade é aquilo que é livre para os Poderes Políticos da República – Legislativo e Executivo –, uma vez que dentro do permitido, conforme o obrigado e longe do proibido. A clareza desse espaço, em razão da abertura hermenêutica à crise, será incerta, visto que é própria do contexto crítico certa indeterminação dos adequados limites.

Com efeito, haverá um aumento proporcional do espaço epistêmico de discricionariedade. Conforme já abordado, trata-se da competência de decidir sobre o espaço substancial de discricionariedade, ou seja, de decidir quando há um espaço livre ou não (ALEXY, 2014, p. 519). Na Teoria dos Espaços Dogmáticos, esse espaço é próprio do Legislador e divide-se em dois, quais sejam: o espaço epistêmico de discricionariedade empírico e o espaço epistêmico de discricionariedade normativo. Eles relacionam-se com as premissas empíricas e normativas das decisões políticas ou jurídicas.

A análise da legitimidade do controle e da decisão desse espaço epistêmico de discricionariedade deve levar em conta a possibilidade de abuso a partir de um desvirtuamento das previsões constitucionais e o retrocesso democrático que se vivencia. Esse desvirtuamento das previsões constitucionais, conforme abordado na parte 3, é a concentração de poderes no Executivo num processo de expansão da autoridade do governo e diminuição de direitos

individuais como forma de fazer frente a situações de anormalidade. Esse retrocesso democrático, também aprofundado na parte 3, ilumina as ameaças e os pontos frágeis do nosso sistema. Em razão da abertura hermenêutica, do grau de incerteza gerado pela crise e a necessidade de controle do exercício de poder na crise – que permite, conforme já abordado, abusos ilegítimos e equivocados de disposições constitucionais e o retrocesso –, faz-se necessária uma maior fiscalização desse espaço.

Assim, defende-se que o espaço epistêmico de discricionariedade normativa deve ser transferido ao Poder Judiciário e, especialmente, ao Supremo Tribunal Federal. Ou seja, nas crises constitucionais, o legítimo espaço de definição sobre o quão constitucionalmente livre são os Poderes Políticos será do Tribunal Supremo. Com isso, evitam-se condutas abusivas como a excessiva concentração de poder no Executivo ou o autoritarismo no combate à crise. Nessa transferência, propõe-se chamar o espaço de espaço epistêmico de interpretação normativa com o objetivo de ressaltar a vinculação entre a decisão judicial e os seus fatores de limitação como, por exemplo, a sua história institucional, a jurisprudência e a doutrina. A justificação da proposta e a necessária adequação sobre a racionalidade interna e os legítimos argumentos desse exercício de poder são apresentados a seguir.

Sobre a racionalidade do proposto espaço epistêmico de interpretação normativa, o Supremo Tribunal Federal será o responsável por decidir o que a Constituição permite. Importante pontuar que se trata de um espaço contingencial, uma vez que depende de provocação. Nesse ponto, ressalta-se que a própria iniciativa de levar a disputa ao Judiciário é frequentemente, dos próprios atores políticos, que ampliam tal espaço pela sua característica contingencial - como frequentemente feito no controle concentrado de constitucionalidade. Ademais, a própria classe política consente com o exercício da jurisdição constitucional nesses termos (TASSINARI, 2016). Se o ideal em democracias maduras é a deferência para os Poderes Políticos representativos (WALDRON, 2006), o fato é que o Brasil não se enquadra nesse conceito por ser um país de modernidade tardia (STRECK, 2014c, p. 71 a 93). A ideia de deferência diante da normalidade constitucional em Alexy (2014) terá aplicação ainda menor no contexto de crise constitucional.

Ainda, quando esse espaço é transferido para o Tribunal Supremo, sua própria lógica interna se modifica, uma vez que não há discricionariedade normativa na jurisdição, consoante visto nos subcapítulos 2.6 e 2.7. De forma mais clara, o Supremo Tribunal Federal definirá, diante da dúvida razoável, o que a Constituição Federal permite, obriga ou faculta, mas o fará de forma diversa dos Poderes Políticos, pois se espera a resposta correta da jurisdição

constitucional. Isso significa que a decisão terá limitações estruturais dadas pelo texto constitucional, pela história institucional da corte, pela jurisprudência e pela doutrina, consoante analisado no primeiro capítulo.

Sobre o fundamento, três são os argumentos principais, quais sejam: em um de viés histórico, em um de viés sistêmico do próprio presidencialismo de coalizão brasileiro e outro num viés constitucionalista. O primeiro argumento versa sobre a histórica constitucional brasileira. Consoante visto no segundo capítulo, o desenvolvimento constitucional brasileiro enfrentou diversos desequilíbrios constitucionais com afronta às próprias normas da Constituição. Com isso, por diversas vezes, o Poder Executivo, em franca preponderância aos Poderes Legislativo e Judiciário, abusou de suas prerrogativas constitucionais em prol de concentração de poder e diminuição de direitos fundamentais. Exemplos disso são os exageros reais na Constituição de 1824, as intervenções federais pelos diversos Presidentes da República na Constituição de 1891, o autoritarismo de Getúlio Vargas nas Constituições de 1934 e 1937 e o próprio Governo Militar no final da vigência da Constituição de 1946 e na Constituição de 1967. Diante de tudo isso, historicamente, se um poder abusou com maior frequência das suas prerrogativas constitucionais, este foi o Poder Executivo. Destarte, num viés essencialmente histórico, o principal foco de preocupação é o Executivo.

Na perspectiva de sistema político, também o presidencialismo de coalizão aponta para o Presidente da República como poder mais propenso a arbitrariedades. Não só pela manutenção dos diversos poderes originados no Governo Militar e incorporados pela Constituição de 1988, mas, também, pelo poder de agenda política nas mãos do Executivo, subordinando parcialmente o Congresso Nacional Brasileiro aos seus desejos desde que haja capacidade de negociação para manutenção da coalizão de governo. As bases da perspectiva do nosso sistema político já foram trabalhadas no segundo e no terceiro capítulos. De outro giro, a riqueza federal e as desigualdades de arrecadação na comparação com os demais entes federados despontam o Poder Executivo Federal, novamente, como o Poder mais forte e centralizador dos recursos nacionais. Por todos esses motivos, é ele o poder a ser controlado. Em uma crise, ainda, espera-se que a agilidade do Poder Executivo – principalmente em comparação com a morosidade do Legislativo – aliada com instrumentos normativos próprios e céleres como Medidas Provisórias e Decretos por intermédio do Poder Regulamentador sejam as primeiras e principais ações contra crises pandêmicas. Assim, o Poder Executivo naturalmente despontará como a principal e primeira resposta para crise, atuando, imagina-se, como coordenador do combate a ela. Assim sendo, reforça-se mais ainda a necessidade de

controle – o que pode ser exercido pela transferência do espaço epistêmico de discricionariedade normativa.

Por fim, o próprio viés constitucionalista tem, na sua essência, a limitação de Poder. Se necessariamente haverá reinterpretações de normas constitucionais para promover as condições de possibilidade do enfrentamento à crise, partindo-se da máxima que os mecanismos legais que, em situações de normalidade, servem para controlar o exercício de poder serão relativizados para proteger os próprios fins que o justificam dos riscos originados pela crise, necessariamente precisar-se-á da revisão judicial como forma de evitar abuso de poder. Adiciona-se a isso o caráter técnico da jurisdição constitucional e sua vinculação à argumentação por princípios, ambos fatores funcionam como legitimadores e fiscalizadores desse exercício de poder. Como resultado, defende-se que, nessa conjunção de fatores, haverá tanto a celeridade necessária de respostas como mecanismos que dificultem uma derrocada autoritária.

No avançar do caminho da Jurisdição Constitucional Extraordinária, os valores nucleares propostos funcionarão como orientadores dos argumentos de princípios. Nesse sentido, é possível afirmar que eles funcionarão como argumentos *prima facie* para a revisão judicial dos atos políticos no contexto de crise efetiva ou de ameaça de crise. Destarte, a análise de decisões judiciais deve ser feita a partir de um controle da fundamentação, tendo como critério tanto a argumentação por princípio como os próprios argumentos utilizados, devendo ser dada primazia àqueles que veiculem, protegem e refletem os *cores values* de respeito à legalidade constitucional, a primazia dos Direitos Fundamentais em harmonia com o pluralismo político, a preservação do federalismo, a conservação da separação de poderes e a responsabilidade política, especialmente como exigência de *accountability*.

Ainda dois pontos devem ser desenvolvidos, sendo eles sobre a relação entre a Jurisdição Constitucional Extraordinária e os argumentos dogmáticos e os argumentos de precedentes, consoante o modelo alexyano. No primeiro ponto, percebe-se que a doutrina ocupará imprescindível espaço no controle da Jurisdição Constitucional Extraordinária, visto que o exercício do controle epistemológico responsável será importantíssimo para evitar a derrocada autoritária e conter abusos. Tal ponto, contudo, pode passar por uma fragilização em razão do ciclo de polarização pela qual a democracia brasileira perdura. Afinal, a atividade jurisdicional é constrangida epistemologicamente por uma elite intelectual jurídica e política. Trata-se do papel da doutrina jurídica, ou seja, a função de submeter as decisões judiciais a um escrutínio público da doutrina que analisa a sua correção. Tal ponto refere-se não ao papel da

opinião pública, visto que é da essência da jurisdição o fato de ser contramajoritária. Refere-se, sim, ao dever de correção para com a ciência do direito, compreendido enquanto fenômeno autônomo. De forma mais simples: significa julgar de forma correta com os princípios do Direito e não conforme o sentimento público.

Nessa linha, diante de consensos da elite política e jurídica, que compartilham associações, congressos, debates, temas e opiniões com desacordos racionais estruturados dentro de uma gama de conceitos plurais que limitam esses desacordos dentro do razoável e de limites intersubjetivamente compartilhados e comuns, a jurisdição em períodos ordinários, assim como em extraordinários, deve se estabelecer dentro desses consensos e conceitos. Contudo, quando se vive em um contexto de polarização ou hiperpolarização, o consenso da elite política e intelectual e jurídica corre o risco de se desfazer, dando lugar a núcleos partidários da elite política, intelectual e jurídica.

A partir de exemplos de Balkin (2020), é fácil imaginar um cenário no qual a elite intelectual progressista ou conservadora forma contrainstituições de mídias, de associações, de *thinktanks*, de pesquisas e de congressos que reforçam os conceitos e compreensões específicos do núcleo ideológico próprio. O grande risco, aqui, é que o constrangimento epistemológico pode ficar limitado às elites dos núcleos partidários, ideológicos, jurídicos, intelectuais e políticos e não mais a um consenso intersubjetivamente, interpartidário e supraideológico compartilhado pela doutrina. Assim, resultando na deformação de uma doutrina clara e na criação de mais de um núcleo doutrinário. O reflexo é que o exercício argumentativo dos magistrados acaba preocupando-se mais com o alinhamento entre o núcleo ideológico e pretensamente doutrinário que o nomeou, ignorando os núcleos adversários, a opinião pública e o resto da elite intelectual. O próprio constrangimento epistemológico desvirtua-se com isso, perdendo seu papel de garantia constitucional e democrática e transformando-se em instrumento de incentivo da jurisdição invadir a anteriormente chamada baixa política. Tal fato, mais perceptível nos Estados Unidos da América (BALKIN, 2020), parece (ainda) não ter ocorrido no Brasil contemporâneo.

Por outro aspecto, também os precedentes ocupam importante posição de controle no escopo da Jurisdição Constitucional Extraordinária, visto que eles servem como mecanismo de segurança jurídica e concretização da igualdade a partir da universalização de casos com aspectos relevantes idênticos (ALEXY, 2017a, p. 260). Além disso, eles também são utilizados como forma de descarga argumentativa a partir da referência à jurisprudência

consolidada - desde que vencido o ônus argumentativo de aplicação no caso a ser analisado. Essas características já foram estudadas no primeiro capítulo.

No recorte específico da jurisdição extraordinária, entende-se que cresce a necessidade de manutenção da autoridade do direito¹³² estabelecida nos precedentes que, na essência, desvela o correto princípio comum para solução do caso concreto. Nessa senda, os precedentes deverão abrir-se hermeneuticamente para a crise num sentido muito semelhante à abertura interpretativa mencionada na supremacia constitucional.

Na medida em que os precedentes não podem ser compreendidos desvinculados de decisões (e argumentos) por princípios, resta a compreensão de que a orientação dos precedentes produzidos na jurisdição originária para a jurisdição extraordinária da crise é, essencialmente, a manutenção dos princípios comuns e regentes do constitucionalismo brasileiro numa abertura hermenêutica para a realidade imposta pela crise. Dessa forma, obviamente, entendimentos consolidados poderão ser relativizados no aspecto da norma produzida pelos tribunais – como, hoje, os formatos de súmulas ou teses por exemplo –, mas os princípios comuns orientadores que justificam a produção da norma – compreendida enquanto aplicação orientada por princípios do texto jurídico ao caso concreto – não poderão ser.

Diante do exposto, descansa apresentada a "tese da tese". Contudo, só a apresentação dela não basta. A jurisdição do Supremo Tribunal Federal durante a crise da COVID-19 proporcionou diversas decisões que se enquadram, justamente, num cenário de efetiva ameaça de crise constitucional de tipo 2. Destarte, faz-se mister analisar alguns desses casos, tendo como parâmetro as propostas da presente pesquisa.

¹³² O Black's Law Dictionary (1990, p. 1.176), por exemplo, define o precedente como: An adjudged case or decision of a court, considered as furnishing an example or authority for an identical or similar case afterwards arising or a similar question of law. Courts attempt to decide cases on the basis of principles established in prior cases. Prior cases which are close in facts or legal principles to the case under consideration are called precedents. A rule of law established for the first time by a court for a particular type of case and thereafter referred to in deciding similar cases. Numa tradução livre, podemos definir como um caso ou decisão adjudicada de um tribunal considerada como exemplo ou autoridade para posteriores casos idênticos ou semelhantes ou uma questão de direito semelhante. Os tribunais tentam decidir o caso com base nos princípios estabelecidos nos casos anteriores. Casos anteriores que se aproximam dos fatos ou dos princípios do caso em análise são chamados precedentes. Uma autoridade do direito¹³² estabelecida pela primeira vez por um tribunal para um tipo específico de caso e posteriormente referida na decisão de casos semelhantes. Provavelmente a parte mais difícil de traduzir. Possivelmente, poderíamos enquadrar tanto como princípio como uma regra advinda da própria autoridade do direito. Ainda, *rule of law* é comumente traduzido como Império da Lei ou Estado de Direito.

4.8 ANÁLISE DE CASOS¹³³

O objetivo deste subcapítulo é abordar casos práticos da jurisdição constitucional extraordinária brasileira e analisá-los a partir dos critérios legitimadores propostos na segunda parte do último capítulo da presente tese. Todas as decisões estão no Painel de Ações da COVID-19, elaborado pelo próprio Supremo Tribunal Federal, e são consideradas altamente relevantes no combate à crise pandêmica. Ao todo, 19 decisões serão examinadas.

4.8.1 ADI 6341 MC-Ref.

Trata-se de ação direta, ajuizada pelo PDT - Partido Democrático Trabalhista -, com a finalidade de ver declarada a incompatibilidade parcial da medida provisória nº 926 de 2020 com a Constituição Federal. As partes atacadas como inconstitucionais são artigo 3º, caput, incisos I, II e VI, e parágrafos 8º, 9º, 10 e 11¹³⁴, da Lei federal nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Com a ação, sustenta que há inconstitucionalidade formal, visto que é matéria reservada à lei complementar. A disciplina seria vigilância sanitária e epidemiológica constante no rol de atribuições do Sistema Único de Saúde, que supostamente é de competência comum entre União, Estados, Distrito Federal e municípios prevista pelo art. 23, II, e limitada pelo seu

¹³³ A Coordenadoria de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal estabeleceu tanto um Painel de Ações da COVID-19 como às principais decisões relacionadas à COVID-19. No presente subcapítulo, foram eleitas ações oriundas do dito painel. O link de acesso às principais decisões é o seguinte: <https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=resumocovid&pagina=resumocovid>. Acesso em 02/05/2022.

¹³⁴ Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, dentre outras, as seguintes medidas: I – isolamento; II – quarentena [...] VI - restrição excepcional e temporária, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, por rodovias, portos ou aeroportos de: a) entrada e saída do País; b) locomoção interestadual e intermunicipal; [...] § 8º As medidas previstas neste artigo, quando adotadas, deverão resguardar o exercício e o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais. § 9º O Presidente da República disporá, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais a que se referem o § 8º. § 10. As medidas a que se referem os incisos I, II e VI do caput, quando afetarem a execução de serviços públicos e atividades essenciais, inclusive as reguladas, concedidas ou autorizadas, somente poderão ser adotadas em ato específico e desde que em articulação prévia com o órgão regulador ou o Poder concedente ou autorizador. § 11. É vedada a restrição à circulação de trabalhadores que possa afetar o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais, definidas nos termos do disposto no § 9º, e cargas de qualquer espécie que possam acarretar desabastecimento de gêneros necessários à população.

parágrafo único e o art. 62, §1º - todos da Constituição Federal. Por arrastamento, nessa linha, também haveria invalidade do Decreto nº 10.282 de 2020.

De outro giro, na análise de constitucionalidade material, afirma que restaram esvaziados o critério da predominância do interesse e a responsabilidade constitucional, atribuída a todos os entes, para cuidarem da saúde, dirigirem o sistema único e executarem ações de vigilância sanitária e epidemiológica, como determina a Constituição de 1988. Ainda, sustenta violação da autonomia dos entes federados. Pede, tanto liminarmente como no mérito, a declaração de nulidade, considerado vício formal e material, dos dispositivos atacados e a invalidade, por arrastamento, do Decreto nº 10.282/2020.

A liminar foi parcialmente deferida para tornar explícita, no campo pedagógico e na dicção do Supremo, a competência concorrente. O julgamento de mérito, por maioria - vencidos Ministro Relator, Ministro Presidente Toffoli, Ministro Moraes e Ministro Fux - foi no sentido de referendar a medida cautelar deferida pelo relator acrescida de interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei nº13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do art. 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais.

Essa decisão é importantíssima para a direção do desenvolvimento da jurisdição constitucional extraordinária do Supremo Tribunal, visto que ela sanou, no perceptível exercício do espaço epistêmico de interpretação normativa, a dúvida sobre se o exercício de poder do Executivo estava fundamentado pela competência exclusiva da União nas questões relacionadas com a calamidade pública, forte no art. 21, XVIII, da Constituição, ou na competência administrativa comum de cuidar da saúde, prevista no art. 23, III, da Lei Maior. Com isso, percebe-se o autêntico exercício do âmbito decisório identificado e proposto na presente pesquisa.

Os ministros, em seus votos, partiram de um pressuposto fundamental para solucionar o caso, qual seja: o federalismo como alicerce de controle de poder no Estado Democrático de Direito, conforme se percebe claramente dos votos de todos os ministros e, especialmente, de Moraes e Fachin. Ao delimitar o tema, os votos, de maneira geral, reafirmaram o compromisso com a supremacia constitucional em contraposição à discricionariedade. Como exemplo, cita-se: "A complexidade e a gravidade da crise não permitem o desrespeito à Constituição. Mais do que isso, na crise, é que as normas constitucionais devem ser respeitadas. Na crise, a Constituição deve servir de guia aos líderes políticos para que haja cooperação" (BRASIL, 2020c). Nessa linha, não só a delimitação do tema versou sobre o federalismo, mas a própria

solução do caso perpassa pela manutenção do federalismo cooperativo, promovendo as divisões constitucionalmente previstas.

No recorte específico do caso, ou seja, na conjunção do federalismo cooperativo no âmbito da matéria constitucional de saúde pública, percebe-se o compromisso constitucional e legal em prol da repartição de competências federativas a partir do princípio da predominância do interesse aliada com a promoção da municipalização da saúde (BRASIL, 2020c). O resultado é que temas de interesse geral são cuidados pela União, de interesse regional pelos estados e de interesse local pelos municípios.

Ainda, na concretização da promessa constitucional do Sistema Único de Saúde, a orientação da prevalência do município no atendimento à saúde de qualidade é a norma, uma vez que considerado o mais indicado para bem compreender e responder às demandas sociais dos cidadãos (BRASIL, 2020c). Aliado a isso, está a exigência do enfrentamento à pandemia ser pautado pelo triplo critério de concretização de direitos fundamentais, sendo eles a saúde pública, o federalismo cooperativo - com as predominâncias de interesse e a repartição como controle de poder - e a exigência de embasamento científico para as ações administrativas - como forma de evitar autoritarismos e aumentar a responsabilidade das ações do governo.

A compatibilidade da decisão para com os critérios propostos pela tese foi plena, visto que todos os votos perpassam os *core values* anteriormente elencados com notável destaque para supremacia constitucional como norte e critérios de respeito à legalidade constitucional, a primazia dos Direitos Fundamentais, a preservação do federalismo e a responsabilidade política, especialmente como exigência de *accountability*. No final, cinco critérios - dos sete propostos - foram articulados ativa e expressamente na decisão.

Ainda, percebe-se, também no caso, o exercício concreto do espaço epistêmico de discricionariedade normativa, uma vez que a dúvida foi adequadamente solucionada pelo Poder Judiciário diante do controle do exercício do Poder Executivo Federal, o que também se adequa ao proposto na tese. Sobre a análise substancial das espécies argumentativas, percebe-se claramente a preponderância de argumentos de princípios. Contudo, há, inegavelmente, argumentos de política também articulados ao longo da decisão (a exemplo da página 25 do voto de Moraes). Apesar de serem inferiores e não contaminarem a essência das decisões, prejudicam a autonomia do Direito. No final, apesar disso, o saldo é positivo com notável alinhamento ao proposto na presente tese.

4.8.2 ADI 6343 MC-Ref.

Trata-se de ADI ajuizada pelo partido Rede Sustentabilidade, objetivando ver declarada a incompatibilidade, com a Constituição Federal, de dispositivos da Lei nº 13.979/2020, consideradas as alterações promovidas pelas Medidas Provisórias nº 926 e 927, ambas de 2020. Indeferida, a medida liminar postulada foi submetida à decisão ao plenário.

O Tribunal, por maioria, concedeu parcialmente a cautelar para i) suspender parcialmente, sem redução de texto, o disposto no art. 3º, VI, b, e §§ 6º e 7º, II, a fim de excluir estados e municípios da necessidade de autorização ou observância ao ente federal; e ii) conferir interpretação conforme aos referidos dispositivos no sentido de que as medidas neles previstas devem ser precedidas de recomendação técnica e fundamentada, devendo ainda ser resguardada a locomoção dos produtos e serviços essenciais definidos por decreto da respectiva autoridade federativa, sempre respeitadas as definições no âmbito da competência constitucional de cada ente federativo, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, Redator para o acórdão, vencidos o Ministro Marco Aurélio (Relator), que trazia a referendo o indeferimento da medida liminar, e, em parte, os Ministros Edson Fachin e Rosa Weber, que deferiam parcialmente a medida cautelar para conferir interpretação conforme ao inciso II do § 7º do art. 3º da Lei nº 13.979/2020 (BRASIL, 2020d).

O Min. Relator indeferiu a medida liminar de suspensão da eficácia da lei visto que muito embora seja da competência dos estados legislar sobre transporte intermunicipal, durante o estado de emergência sanitária é necessário que o tratamento da locomoção de pessoas tenha de se dar de forma linear, com alcance nacional. Concluiu que a Lei 13.979/2020 e a MP 926 não afasta a competência dos demais entes para o implemento de medidas sanitárias. Reconheceu a predominância da União na regulamentação do tema em face da crise aguda que envolve a saúde pública nacional. Em seu voto, propôs o referendo pelo plenário da decisão liminar pelos mesmos fundamentos.

No seu voto, o Min. Alexandre de Moraes citou seus fundamentos na ADPF n. 672, que tratou sobre a necessidade de respeito à distribuição de competências (BRASIL, 2020d). Defendeu que em momentos de acentuada crise o fortalecimento da união e amplificação de cooperação entre os três poderes são instrumentos essenciais a serem utilizados em defesa do interesse público.

Destacou que em relação à saúde e a assistência pública a CF/88 consagrou a competência comum entre os entes federativos. Nesse sentido, não compete ao Poder Executivo

federal afastar as medidas dos governos estaduais, distritais e municipais no combate à pandemia. Defendeu que os demais entes federativos possuem autonomia para o enfrentamento da pandemia, e não se pode vincular totalmente os estados e municípios a órgão central interligado à União.

O Min. Edson Fachin argumentou no sentido de que: primeiro, toda decisão política deve ser fundamentada; segundo, o exercício de competência constitucional deve seguir parâmetros específicos; terceiro, é errado impedir que estados e municípios implementem políticas públicas essenciais; quarto, no silêncio da legislação federal os estados e municípios tem competência na promoção de direitos fundamentais; quinto, a diretriz constitucional da hierarquização, constante do caput do art. 198 não significou hierarquização entre os entes federados, mas comando único, dentro de cada um deles; sexto, a lei do SUS em nenhum momento diminuiu a competência própria dos demais entes; sétimo, o direito à saúde é garantido por meio da obrigação dos estados partes de adotar medidas necessárias para prevenir e tratar as doenças epidêmicas; por último, que é certo que a União pode legislar sobre o tema, mas deve resguardar a atuação própria dos demais entes (BRASIL, 2020d).

Diante da decisão, percebe-se que os argumentos centrais versam sobre o princípio da proporcionalidade, sobre a segurança jurídica, sobre o federalismo cooperativo, sobre o direito à saúde e sobre a separação de poderes. Os argumentos, de forma geral, são caracterizados como de princípios e o reforço do federalismo como mecanismo de controle e freio à atuação do Poder Executivo Federal foi o norteador da maioria.

4.8.3 ADI 6347, ADI 6351 e ADI 6353 MC-Ref.

A MP nº 928 de 2020 alterou a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que dispõe sobre as medidas de enfrentamento da COVID-19. Diante dela, foram interpostas três Ações Diretas de Inconstitucionalidade, sendo elas a ADI 6353, ajuizada pelo Partido Socialista Brasileiro, a ADI 6347, ajuizada pela Rede Sustentabilidade, e a ADI 6351, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (BRASIL, 2020e, 2020f e 2020g). O pedido comum é a declaração de inconstitucionalidade do art. 6º-B da Lei 13.979/2020, incluído pelo art. 1º da Medida Provisória 928/2020, que foi acompanhado por pedido liminar. Foram apensadas as ações e elas ficaram sob relatoria do Min. Alexandre de Moraes.

Na ADI 6.347, proposta pela Rede Sustentabilidade, defendeu-se que o dispositivo violou os arts. 5º, XXXIII; 37, § 3º, II; e 216, § 2º, da Constituição Federal. O Partido requerente alegou que o dispositivo impugnado limita o direito à informação do cidadão por (a) suspender os prazos de resposta a pedidos de acesso à informação, (b) impedir o conhecimento de recursos interpostos contra esta negativa de resposta e (c) dificultar seu posterior acesso, por exigir a necessidade de reiteração do pedido quando findo o estado de calamidade pública.

Na ADI 6.351, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, sustentou-se violação dos arts. 2º; 5º, XXXIII; 37, § 3º, II; 62, caput; e 216, § 2º, da CF. Com isso, haveria (a) inconstitucionalidade formal por afrontar a separação dos poderes e por não preencher os requisitos de relevância e urgência necessários para a edição de Medida Provisória e (b) inconstitucionalidade material, ante a limitação do direito à informação, à transparência e à publicidade. Foi concedida a medida cautelar para suspender a eficácia do artigo.

Na ADI 6.353, proposta pelo Partido Socialista Brasileiro - PSB, requereu-se a declaração de inconstitucionalidade dos §§ 1º, 2º e 3º do art. 6º-B da Lei n. 13.979/2020 por alegada violação aos arts. 5º, XXXIII, XXXIV, LIV e LV, e 37, caput e § 3º, II, da Constituição Federal. Na síntese, defendeu-se que o artigo busca impedir a lei de acesso à informação ao (a) blindar de forma desarrazoada o acesso à informação, (b) flexibilizar a obrigação pública de acesso às informações e (c) suprimir possibilidade de recurso contra atos administrativos que neguem resposta às solicitações apresentadas com base da Lei de Acesso à Informação aos órgãos e agentes envolvidos com o enfrentamento à pandemia de COVID-19.

O relator sustentou que a concessão cautelar de suspensão do artigo se justifica em razão de estarem presentes os requisitos permissivos, “pois o artigo impugnado pretende transformar a exceção – sigilo de informações – em regra, afastando a plena incidência dos princípios da publicidade e da transparência”. Nesse sentido, o tribunal referendou a medida cautelar concedida.

Min. Rosa Weber, em antecipação de voto, sustentou que a Lei de Acesso à Informação adota como primeira diretriz a publicidade como regra e o sigilo como exceção. Concluiu que o art. 1º da MP, portanto, “não se mostra proporcional, seja porque desnecessário, seja porque desproporcional em sentido estrito, frustrando, conseqüentemente, o exercício legítimo do direito assegurado no art. 5º, XXXIII, da Carta Política.

O Min. Gilmar Mendes, em seu voto vogal, abordou o princípio da publicidade em suas duas vertentes: primeiro na perspectiva do direito à informação e segundo na perspectiva da atuação e do controle da Administração Pública. Como segundo argumento propôs um juízo de

proporcionalidade, uma vez que somente caberá ao Judiciário o exame da adequação e da necessidade do ato legislativo impugnado. Nesse sentido, caberia avaliar se o regramento da MP em análise era apto para garantir a proteção do direito à informação e dos princípios constitucionais da publicidade e da transparência. Ressaltou que ao Chefe do Poder Executivo se atribuiu extrema responsabilidade no exercício da função normativa. Portanto, concluiu que a forma como a norma impugnada foi construída e na amplitude que limitou o acesso à informação “compromete a publicidade dos atos administrativos e a transparência da atuação administrativa, colocando em risco o direito à informação, à publicidade e à transparência (art. 5º, XXXIII, e art. 37 da CF).” Sustentou que “a restrição a um direito assegurado constitucionalmente deve ser proporcional aos meios necessários para corresponder ao interesse público prevalecente”. Inúmeras são as propostas viáveis à Administração Pública para o enfrentamento do período pandêmico. Colacionou julgados da corte que tratavam do princípio da publicidade e do direito à informação. Por fim, votou pela suspensão dos efeitos da MP nº 928/2020 e no sentido de referendar a medida cautelar deferida pelo Min. Relator.

Os demais ministros votaram no sentido de acompanhar, referendando a cautelar deferida pelo Ministro Relator.

Em decisão monocrática o Min. Relator declarou a perda da eficácia da medida provisória pelo decurso do prazo constitucional previsto no art. 62, § 3º, da CF, sem deliberação pelo Congresso Nacional e julgou extintas as ações em face da revogação do ato impugnado.

Na análise dos principais fundamentos da decisão liminar referendada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, percebe-se que a cautelar está amparada pela aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade e das ofensas aos direitos da publicidade, informação e transparência. Com efeito, é relevante notar que a decisão está fundamentada por argumentos de princípios e se trata de autêntica jurisdição constitucional em pleno alinhamento aos critérios propostos pela tese.

4.8.4 ADI 6357 MC-Ref.

Conforme análise já feita¹³⁵, a Advocacia-Geral da União ajuizou, em 26 de março de 2020, ação direta de inconstitucionalidade para conferir interpretação conforme à constituição de diversos artigos¹³⁶ da Lei de Responsabilidade Fiscal e da Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2020. A intenção é afastar a exigência de demonstração de adequação e compensação orçamentárias em relação à criação e/ou expansão de programas públicos destinados ao enfrentamento do contexto de calamidade gerado pela disseminação da COVID-19.

A tese central da ação é que a norma de exceção fiscal prevista na LRF é insuficiente para garantir a eficiente atuação do governo federal frente às demandas fiscais e sociais que se apresentam diante da atual pandemia da doença do Coronavírus, uma vez que há exigência da formulação de políticas públicas emergenciais imprevisíveis quando da formulação da respectiva lei. Assim, uma interpretação conforme à constituição a partir dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III) da garantia do direito à saúde (artigos 6º, caput, e 196) e dos valores sociais do trabalho humano e garantia da ordem econômica (artigos 1º, inciso I; 6º, caput; 170, caput; e 193) demonstra que não há hipótese de incidência dos dispositivos questionados na ordenação de despesas destinadas ao combate do coronavírus, pois a excepcionalidade da situação impede que as ações exigidas pela LRF e LDO sejam feitas e/ou sejam demandadas no atual estado de pandemia.

A importância da ação foi bem sintetizada pela Advocacia-Geral da União, a saber: “assegurar um célere processo decisório... (para) garantir a concretização dos direitos fundamentais ... em tempos de emergência”. O Supremo Tribunal Federal, por intermédio de juízo monocrático do relator, entendeu que a *temporiedade* da não incidência de algumas disposições da LDO, durante a manutenção do estado de calamidade pública e a *proporcionalidade* da medida que se aplicará apenas para o combate aos efeitos da pandemia da COVID-19 e a *finalidade maior* de proteção à vida, à saúde e a subsistência de todos os brasileiros estão em absoluta consonância constitucional, o que autorizou a concessão da medida cautelar na ADI referida.

A cautelar não autoriza um ordenamento de exceção ao contrário do que alguns podem pensar. Na realidade, ela é a ilustração da possibilidade de boas respostas a serem dadas pelo nosso regime democrático para a crise. Assim, é ilustrativo que a ideia de constituição

¹³⁵ Trecho já publicado na Revista Consultor Jurídico disponível no link: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-11/diario-classe-vantagem-democratica-crise-analise-cautelar-adi-6357>.

¹³⁶ Artigos 14, 16, 17 e 24 da Lei de Responsabilidade Fiscal e 114, § 14, da Lei de Diretrizes Orçamentárias/2020,

limitada¹³⁷ possibilite o desfazimento de amarras institucionais¹³⁸ para, em momentos de crise, concretizar princípios republicanos fundamentais.

O pressuposto basilar da ação e da decisão cautelar é que os mecanismos de tutela à responsabilidade fiscal e orçamentária, que preservam os cidadãos, não podem ser usados como entrave a necessárias políticas públicas que, no momento de crise, visam protegê-los. Por isso, a argumentação da não aplicação dos já citados dispositivos da LRF e da LDO diante da crise do Coronavírus foi aceita, ou seja, em razão da ameaça provocada pela pandemia aos mais caros princípios constitucionais da República.

O resultado da ação foi, por maioria, para referendar a medida cautelar deferida, para conceder interpretação conforme à Constituição aos arts. 14, 16, 17 e 24 da Lei de Responsabilidade Fiscal e 114, caput, in fine e § 14, da Lei de Diretrizes Orçamentárias/2020 para, durante a emergência em Saúde Pública e o estado de calamidade pública decorrente de COVID-19, afastar a exigência de demonstração de adequação e compensação orçamentárias em relação à criação/expansão de programas públicos destinados ao enfrentamento da pandemia de COVID-19, e em extinguir a ação por perda superveniente de objeto, decorrente da promulgação da Emenda Constitucional nº 106/2020, nos termos do voto do Relator, vencidos o Ministro Marco Aurélio, que não referendava a medida cautelar, e o Ministro Edson Fachin, que não extinguiu a ação (BRASIL, 2020h).

Como pressupostos da decisão, está a compreensão da importância " de planejamento e a garantia de transparência são os dois pressupostos mais importantes para a responsabilidade na gestão fiscal, a serem realizados mediante prevenção de riscos e possíveis desvios do equilíbrio fiscal". Ademais, a excepcionalidade das condições supervenientes absolutamente imprevisíveis e de consequências gravíssimas da COVID-19, que exigirá pronta resposta e tornará lógica e juridicamente impossível o cumprimento de determinados requisitos normativos de momentos normais.

¹³⁷ A *limited constitution*, como chamado por Madison, significa a ideia de limitação da autoridade, principalmente legisladora, diante da vinculação dela a princípios previamente estabelecidos pelo povo como autoridade constituinte. Trata-se uma das ideias centrais dos federalistas, qual seja: "There is no position which depends on clearer principles, than that every act of a delegated authority, contrary to the tenor of the commission under which it is exercised, is void. No legislative act, therefore, contrary to the constitution, can be valid. To deny this, would be to affirm, that the deputy is greater than his principal; that the servant is above his master; that the representatives of the people are superior to the people themselves; that men, acting by virtue of powers, may do not only what their powers do not authorize, but what they forbid".

¹³⁸ Interessantíssima questão é saber até onde a relativização do sistema de freios e contrapesos para garantir céleres respostas constitucionais de enfrentamento à crise pode ir sem arriscar o próprio regime a que serve, o que não poderá ser abordado aqui pela limitação de espaço.

Nas palavras do relator (BRASIL, 2020h):

O excepcional afastamento da incidência dos artigos 14, 16, 17 e 24 da LRF e 114, caput, in fine, e § 14, da LDO/2020, durante o estado de calamidade pública e para fins exclusivos de combate integral da pandemia de COVID-19, não conflita com a prudência fiscal e o equilíbrio orçamentário intertemporal consagrados pela LRF, pois não serão realizados gastos orçamentários baseados em propostas legislativas indefinidas, caracterizadas pelo oportunismo político, inconsequência, desaviso ou imprevisto nas Finanças Públicas; mas sim, gastos orçamentários destinados à proteção da vida, saúde e da própria subsistência dos brasileiros afetados por essa gravíssima situação; direitos fundamentais consagrados constitucionalmente e merecedores de efetiva e concreta proteção.

Ou seja, parte-se da primazia dos direitos fundamentais aliado à responsabilidade política com especial exigência de *accountability*, o que é posteriormente confirmado pela Emenda Constitucional nº 106 de 2020. Ainda, o voto detalhou os aspectos empiricamente demonstradores da gravíssima situação e das políticas públicas de resposta.

Com efeito, entende-se que também essa decisão possui adequação aos critérios propostos, visto que articula ativamente a supremacia constitucional, a primazia dos Direitos Fundamentais e a responsabilidade política, especialmente como exigência de *accountability*, na sua construção. Ainda, numa perspectiva substancial, identificou-se notável preponderância de argumentos de princípios, caracterizando importante precedente no sentido previamente proposto de que " mecanismos legais que, em situações de normalidade, servem para controlar o exercício de poder (seja político, econômico ou jurídico) podem ser relativizados, em situações de crise, para proteger os próprios fins que o justificam de um grave risco".

4.8.5 ADI 6359 MC-Ref

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Partido Progressista. A relatoria da ação ficou com a Ministra Rosa Weber. O objetivo da ADI é a declaração da existência de risco de inconstitucionalidade progressiva do prazo para filiação partidária previsto no art. 9º, caput, da Lei nº 9.504/1997, bem como os prazos previstos no art. 1º, IV, V e VII, da Lei Complementar nº 64/1990 e, por arrastamento, o art. 10, caput e § 4º, da Resolução nº 23.609/2019 do Tribunal Superior Eleitoral, e as disposições correlatas da Resolução nº 23.606/2019 do Tribunal Superior Eleitoral, relativa ao Calendário para as Eleições de 2020.

A ação foi julgada prejudicada por perda superveniente do seu objeto, extinguindo o processo sem resolução do mérito. No entanto, antes de ser extinta, houve acórdão referendando integralmente a decisão da Relatora, que indeferiu a medida cautelar. Essa é a decisão analisada.

Trata-se de referendo da decisão da Ministra Relatora que indeferiu a medida cautelar na ADI nº 6359/DF, que veiculava pedido para que fosse suspenso por 30 (trinta) dias, a contar de 04 de abril de 2020, o prazo para filiação partidária previsto no art. 9º, caput, da Lei nº 9.504/1997, bem como os prazos previstos no art. 1º, IV, V e VII, da Lei Complementar nº 64/1990 e, por arrastamento, o art. 10, caput e § 4º, da Resolução nº 23.609/2019 do Tribunal Superior Eleitoral, que dispõem sobre a escolha e o registro de candidatos para as eleições, e as disposições correlatas da Resolução nº 23.606/2019 do Tribunal Superior Eleitoral, relativa ao Calendário para as Eleições de 2020.

O PP sustentou que as normas referidas seriam leis constitucionais em transição para a inconstitucionalidade, e que a pretensão deduzida teria o objetivo de “evitar que o conjunto normativo impugnado transite completamente para um estado absoluto de inconstitucionalidade, acarretando uma série de prejuízos à democracia brasileira, à igualdade política e à soberania popular”. Defendeu ser inviável, diante do estado de calamidade pública, a observância, no tocante às eleições de 2020, do prazo de seis meses para satisfação da condição de elegibilidade relativa à filiação partidária, forte no art. 9º, caput, da Lei nº 9.504/1997, com termo final em 04 de abril, bem como o atendimento dos prazos para desincompatibilização do art. 1º, IV, V e VII, da Lei Complementar nº 64/1990. Sustentou que deve ser garantida ao máximo a possibilidade de participação dos cidadãos nos pleitos eleitorais, sob pena de afronta ao princípio democrático, forte nos arts. 1º e 17 da Constituição da República, e à soberania popular, conforme art. 14 da Constituição da República, e pugnou pela suspensão, em medida cautelar, do termo final para a filiação partidária e do prazo para desincompatibilização, por 30 (trinta) dias. Sustentou, ainda, a plausibilidade do direito - à evidência de concreta e iminente ameaça ao princípio democrático, à igualdade política e à soberania popular face ao trânsito para a inconstitucionalidade do conjunto normativo impugnado - e o perigo da demora na prestação jurisdicional - revelado pela circunstância de que findava no dia 04 de abril o prazo para filiação partidária. No mérito, pediu a procedência da ação para, confirmada a liminar, ver declarado “o risco de inconstitucionalidade progressiva dos atos normativos impugnados”.

A Ministra Rosa Weber indeferiu o pedido. Em 28 de abril de 2020, o autor aditou a inicial, a título de atualização do pedido, reformulando-o de modo a requerer “a declaração de

inconstitucionalidade circunstancial dos atos normativos impugnados, de modo a não reconhecer sua compatibilidade com Constituição Federal a partir do dia 04.04.2020, restituindo-se prazo mínimo de 30 dias para a filiação partidária no país” (BRASIL, 2020i).

O processo foi enviado para referendo. A Min. Relatora esclarece que o instituto buscado pela ADI não é novo para a jurisdição constitucional, tratando-se da técnica da lei ainda constitucional. Disse que, no entanto, a aplicação da tese, tal como pretendido pelo partido autor, não seria adequada à solução da problemática trazida. Isso por vários motivos. Inicialmente, não havia sido demonstrado que o parâmetro fático-social decorrente da implementação das medidas de enfrentamento à pandemia da COVID-19 traduziria situação justificadora da suspensão da vigência de direito. Segundo, a imediata suspensão do prazo para filiação partidária previsto no art. 9º, caput, da Lei nº 9.504/1997, bem como dos prazos previstos no art. 1º, incisos, IV, V e VII, da Lei Complementar nº 64/1990 e, por arrastamento, do art. 10, caput, e seu § 4º, da Resolução nº 23.609/2019 do TSE, teria como consequência o enfraquecimento das proteções contra o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta, incrementando de modo desproporcional o risco para a normalidade e a legitimidade das eleições e, conseqüentemente, produzindo um estado de coisas com potencial ainda maior de vulneração ao princípio democrático e à soberania popular. Segundo a Ministra, colocar-se-ia em risco a cláusula pétrea da periodicidade do sufrágio e, em consequência, a soberania popular e o Estado democrático de direito. Disse que o atendimento da pretensão cautelar traria consigo o risco de desencadear um processo capaz de conduzir o pleito eleitoral de 2020 a situação de intolerável estado de exceção, de modo a suspender a ordem jurídica estabelecida, na medida em que situações jurídicas fundamentais para a manutenção do Estado democrático e da forma federativa do Estado resultariam destituídas de qualquer conteúdo normativo que as regulamentasse.

Em síntese, a Ministra mencionou que prazos como o de desincompatibilização visam assegurar a prevalência da isonomia, expressão que é do próprio princípio republicano, na disputa eleitoral, e que a exigência positivada no art. 16 da Constituição – da anterioridade da lei eleitoral – consubstancia marco temporal objetivo que tem por escopo impedir mudanças abruptas na legislação eleitoral, como forma de assegurar o devido processo legal eleitoral, o direito das minorias e a paridade de armas na disputa eleitoral. Mencionou também a segurança jurídica e o princípio da anterioridade.

Ressaltou que o Tribunal Superior Eleitoral, em Sessão Administrativa no dia 19.03.2020, ao rejeitar requerimento formulado pelo Deputado Glaustin Forkus (PSC-GO) de

“prorrogação do prazo de filiação partidária, tendo em vista a pandemia declarada pela OMS do Coronavírus”, registrou, à unanimidade, a plena possibilidade de os partidos adotarem meios outros para assegurar a filiação partidária, como até já se havia cogitado, de recebimento on-line de documentos pelas agremiações. Em razão disso, indeferiu a liminar.

Mais uma vez, trata-se de um ilustrativo exemplo de alinhamento pleno aos critérios da tese, uma vez que a fundamentação da decisão analisada se utiliza de argumentos de princípios comprometidos com a legalidade constitucional e norteados pela articulação ativa da supremacia constitucional, a primazia dos direitos fundamentais e a responsabilidade política.

4.8.6 ADI 6.421 MC

A decisão da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.421/DF está inserida num contexto que conta com sete ações diretas de inconstitucionalidade relacionadas, sendo elas as ADIs 6.421, 6.422, 6.424, 6.425, 6.427, 6.428 e 6.431. As ações foram propostas pelo Partido Rede Sustentabilidade, Partido Cidadania, Partido Socialismo e Liberdade, Partido Comunista do Brasil, Associação Brasileira de Imprensa, Partido Democrático Trabalhista e Partido Verde. As ações versam sobre suposta inconstitucionalidade da MP nº 966 de 2020.

A ADI 6.421 e a ADI 6.428 possuem peculiaridades próprias, tendo esta, por objeto, além da MP, também o art. 28 da LINDB, com a redação dada pela Lei nº 13.655 de 2018, e aquela também o art. 28 da LINDB e os arts. 12 e 14 do Decreto nº 9.830 de 2019. O cerne das disposições normativas trata sobre a responsabilização de agentes públicos por atos comissivos ou omissivos relacionados com a pandemia da COVID-19.

Os polos ativos da demanda, conjuntamente, alegam a inconstitucionalidade formal da Medida Provisória atacada em razão de suposta ausência de relevância e urgência e de violação à competência dos Estados e Municípios, fortes nos arts. 39 e 62 da Constituição. Ademais, eles alegam inconstitucionalidade material em razão de violação ao sistema de responsabilização previsto na Constituição, forte no art. 37, §§ 4º, 5º e 6º; de lesão ao princípio republicano, conforme art. 1º; de violação à jurisprudência do Tribunal de Contas da União e aos princípios da moralidade e da eficiência administrativas, consoante art. 37, caput; de fragilização aos direitos à indenização, à inafastabilidade da jurisdição, à separação de poderes, ao devido processo e à autonomia federativa, fortes nos arts. 2º, 5º e 18º - todos da Constituição.

O relator delimitou a controvérsia na cautelar. Cita-se (BRASIL, 2020j):

Assim, o debate, em regime cautelar, deve se restringir à apreciação da MP 966/2020, que é a norma que efetivamente trata da responsabilidade de agentes por atos relacionados ao combate à pandemia. De se notar, ademais, que o art. 28 da LINDB está em vigor há pelo menos 2 anos, o que, em princípio, descaracteriza o perigo na demora, nos termos da jurisprudência consolidada no Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido: ADPF 541, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 26.09.2018; ADI 2674 MC-AgR, j. 04.12.2014; ADI 534 MC, Rel. Min. Celso de Mello, j. 27.06.1991. [...] Por outro lado, as normas que tratam do regime de responsabilidade por atos de improbidade administrativa são normas de caráter especial, que, em princípio, não são alcançadas pela MP nº 966/2020, que trata da responsabilidade civil e administrativa dos agentes em geral, desde que relacionada ao combate à pandemia. Ainda que assim não fosse, a jurisprudência tem exigido dolo, na hipótese dos arts. 9º e 11 da Lei 8.429/1992, ou, na melhor das hipóteses, cogitado exigir culpa grave, no caso do seu art. 10, para configuração de ato de improbidade. Não há, portanto, que se falar em abrandamento das hipóteses de improbidade pela medida provisória. Assim, tampouco abordarei, em sede cautelar, questões atinentes à responsabilização de agentes públicos por improbidade administrativa.

Diante disso, fica claro que o caso analisado na decisão liminar se restringiu a apreciação da MP nº 966 de 2020, não analisando o regime geral de responsabilização administrativa ou casos de improbidade. Nesse sentido, a decisão da suprema corte brasileira, por maioria de votos, foi pelo deferimento parcial da medida cautelar para a) conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 2º da MP 966/2020, no sentido de estabelecer que, na caracterização de erro grosseiro, deve-se levar em consideração a observância, pelas autoridades: (i) de *standards*, normas e critérios científicos e técnicos, com especial destaque para as orientações da Organização Mundial de Saúde; bem como (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. Ademais, b) conferir, ainda, interpretação conforme à Constituição ao art. 1º da MP 966/2020, para explicitar que, para os fins de tal dispositivo, a autoridade à qual compete a decisão deve exigir que a opinião técnica trate expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades médicas e sanitárias, reconhecidas nacional e internacionalmente; (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção (BRASIL, 2020j).

Com efeito, no diapasão do voto do relator (BRASIL, 2020j), foram configuradas duas teses. Primeira, que configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado ou impactos adversos à economia, por inobservância: (i) de normas e critérios científicos e técnicos; ou (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. Segunda, que a autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por

organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos. Foram vencidos, em razão da posição por ampliação da extensão, os Ministros Alexandre de Moraes e Cármen Lúcia, e o Ministro Marco Aurélio, que opinou pela concessão da medida para suspender a MP.

Os argumentos sustentadores da decisão foram os do relator. Sobre a inconstitucionalidade formal, entendeu-se que há relevância e urgência na medida e, ainda, que é de competência da União. Sobre a inconstitucionalidade material, o ministro relator inicia contextualizando a necessidade de uma recepção da realidade para a elaboração da norma. No caso e na prática, isso significa uma abertura hermenêutica à crise nos moldes defendidos no ponto 4.7. - apesar de o ministro o fazer por outros conceitos. Ainda, isso implica em contextualizar a pandemia e o modo pelo qual ela afeta à saúde pública e à economia e, com isso, a dignidade das pessoas e o próprio orçamento público, afetando dimensões sanitária, econômica, social e fiscal da realidade brasileira.

Diante disso, os argumentos são elaborados em prol da sujeição das decisões públicas aos princípios constitucionais da prevenção e da precaução, o que está em plena conformidade com a jurisprudência da corte. Com isso, conclui-se pela ausência de problema no texto da MP em si. O que há, na realidade, é uma necessidade de qualificação do que seja erro grosseiro - algo próprio da jurisdição, diga-se de passagem.

Com efeito, tendo como norte a concretização do direito à saúde em razão de uma suposta preferência, na quadra pandêmica específica da decisão, da dimensão sanitária sobre a dimensão econômica, o relator desenvolve o argumento pela qualificação do conceito acima discutido a partir da negação de (i) standards e evidências técnico-científicas, tal como estabelecidos por organizações e entidades reconhecidas nacional e internacionalmente; bem como (ii) sobre a observância dos princípios da precaução e da prevenção constituem critérios inafastáveis para a adoção de decisões a respeito de temas que envolvam a proteção à vida, à saúde e ao meio ambiente. Destarte, a desconsideração de tais critérios por opiniões técnicas constituiria indício de erro grosseiro e de culpa grave.

Com efeito, entende-se a decisão se insere num contexto maior de efetivo exercício de uma jurisdição constitucional de crise autêntica, que se adequa aos critérios propostos. Há o respeito à primazia dos direitos fundamentais, materializada nos argumentos em prol do direito à saúde. Ressalta-se que a correção do fundamento da decisão não significa a correção absoluta de prevalência absoluta e definitiva da saúde sobre outros direitos fundamentais. O significado

correto da decisão é de que o Supremo Tribunal Federal, no exercício da jurisdição constitucional extraordinário, assume o espaço substancial de discricionariedade epistêmica normativa. Em outras palavras, no controle das ações do Poder Executivo em momentos de crise constitucional, o Supremo Tribunal Federal brasileiro assume o espaço de decisão responsável por definir, diante da indeterminação, o que a Constituição permite, proíbe e obriga. Ao fazê-lo, a corte possui um ônus argumentativo de legitimidade relacionado com os critérios propostos na presente tese - dentre os quais a primazia dos Direitos Fundamentais -, o que foi cumprido. Nesse sentido, a decisão está correta.

Ademais, ela é um exemplo de fundamentação em prol da supremacia constitucional ao firmar a necessidade de abertura hermenêutica à crise assim como de responsabilidade política ao definir critérios técnicos e alinhados ao interesse público para decisão dos atos administrativos de combate à pandemia da COVID-19. Com efeito, identificou-se substancialmente plena utilização de argumentos de princípios e adesão aos critérios propostos na tese. Com isso, trata-se de mais um importante precedente na construção de uma jurisprudência de crise.

4.8.7 ADI 6.475 MC-Ref.

A medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.475 do Maranhão analisou pedido liminar na citada ação de controle concentrado de constitucionalidade cujo objeto é a Lei estadual nº 11.274 de 2020 do Estado do Maranhão. O diploma legislativo dispõe sobre a suspensão do cumprimento de obrigações financeiras referentes a empréstimos consignados contraídos por servidores públicos estaduais e municipais e empregados públicos e privados no âmbito do Estado do Maranhão.

Ação Direta de Inconstitucionalidade foi ajuizada pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro - Consif. O pedido liminar tem por objetivo a suspensão da eficácia da lei em razão da necessidade de preservar a ordem constitucional e evitar os efeitos sociais e econômicos de um ato chapadamente inconstitucional. No mérito, defende a inconstitucionalidade do ato legislativo estadual. Os fundamentos são, na síntese, relacionados com inconstitucionalidade formal em razão de violação de competência da união para legislar sobre direito civil e política de crédito assim como a iniciativa legislativa do Poder Executivo,

forte nos arts. 2, 22, I e VII, 61, §1º, II, "c", e 84, VI, "a", e art. 170, caput, - todos da Constituição Federal de 1988.

Sobreveio alteração legislativa promovida pela Lei nº 11.298 de 2020. O requerente aditou a inicial para adequar às modificações incorporadas pela norma.

O Supremo Tribunal Federal concedeu a medida liminar em razão de evidente violação à competência privativa da união, fortes nos incisos I e VII do art. 22 da Constituição Federal. Inclusive, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal possui diversos exemplos de situações semelhantes que importaram em inconstitucionalidade de atos normativos, conforme citado na decisão monocrática do relator (BRASIL, 2021). No mesmo sentido, há diversos exemplos de concessões de medidas cautelares em casos análogos.

A questão é simples, conforme consta no seguinte trecho da decisão monocrática que concedeu a liminar (BRASIL, 2021a):

Na espécie, também em exame superficial, compreendo aplicáveis os mesmos fundamentos expendidos acima, de maneira a assentar que o Estado do Maranhão, ao menos à primeira vista, não poderia substituir-se à União para determinar a suspensão do cumprimento de obrigações financeiras, ainda que mediante lei estadual e em período tão gravoso, como o do atual surto do novo coronavírus, que atinge a todos indiscriminadamente.

A liminar foi referendada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal em 13 de outubro de 2020. Na decisão de mérito, o relator Min. Lewandoski reiterou os argumentos da concessão de liminar e reiterou a conformidade deles com a jurisprudência da Suprema Corte brasileira. O Ministro Marco Aurélio divergiu, na síntese, por entender que a não interferência na atividade-fim das pessoas jurídicas abrangidas pela eficácia dos preceitos impugnados descaracteriza a usurpação de competência da união. O voto do Ministro Marco Aurélio foi isolado. Todos os outros ministros seguiram o voto do relator.

Na análise da compatibilidade da decisão com os critérios propostos pela presente pesquisa, entende-se que também ela cumpre o proposto. Possivelmente, dois são os pontos mais relevantes no tocante à adequação aos critérios da Jurisdição Constitucional Extraordinária. Primeiro, trata-se de ato legislativo evidentemente inconstitucional que lesa o texto constitucional, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a própria confiança e segurança jurídica nas relações privadas. Esses pontos relacionam-se diretamente com a supremacia constitucional, a primazia dos direitos fundamentais e a necessária responsabilidade política como norteadores das ações públicas em períodos de crise.

Segundo, a decisão é amparada por argumentos de princípios e manifesta autêntica jurisdição constitucional no legítimo espaço de decisão do Supremo Tribunal Federal. Isso porque há invasão de ente federativo nas atribuições de outro ente, o que viola tanto a supremacia constitucional como o federalismo brasileiro, fazendo exsurgir a necessidade de revisão dos atos ofensivos pela Suprema Corte brasileira ao revisar ações que ultrapassam o espaço de discricionariedade dos Poderes Políticos estaduais. Como resultado, trata-se de mais um caso com plena adequação aos critérios propostos e que constitui precedente da jurisprudência de crise brasileira.

4.8.8 ADI 6625 MC-Ref.

O partido Rede Sustentabilidade requer, na ADI, decisão de interpretação conforme à Constituição de artigos da Lei nº 13.979/2020, de modo a estender a vigência dos dispositivos contidos nos arts. 3º ao 3º-J da Lei nº 13.979/2020, dispositivos que cuidam efetivamente de disposições de trato médico e sanitário de modo mais direto, até que finalizada a emergência mundial decorrente da COVID-19.

A cautelar foi deferida parcialmente, para conferir interpretação conforme à Constituição ao artigo 8º da lei 13.979/2020, a fim de excluir de seu âmbito de aplicação as medidas extraordinárias previstas nos arts. 3º, 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F, 3º-G, 3º-H e 3º-J.

Acordaram os Ministros, por maioria, em referendar a concessão parcial da medida cautelar pleiteada para conferir interpretação conforme à Constituição ao artigo 8º da Lei 13.979/2020, com a redação dada pela Lei 14.035/2020, a fim de excluir de seu âmbito de aplicação as medidas extraordinárias previstas nos artigos arts. 3º, 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F, 3º-G, 3º-H e 3º-J, nos termos do voto Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio (BRASIL, 2021b).

Em voto no referendo, o relator retrata que a lei em questão dispõe sobre medidas para enfrentamento da emergência da saúde pública de importância nacional decorrente do Coronavírus, de modo que o artigo 8º dispõe a sua vigência enquanto estiver vigente o decreto legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, o qual reconheceu o estado de calamidade pública no país até 31 de dezembro de 2020. Sustenta que a referida lei tem o propósito de enfrentar de maneira racional e técnica o surto pandêmico, prevendo medidas a serem implementadas pelas

autoridades, com base em evidências científicas e em análises estratégicas. Cita que o Supremo Tribunal Federal, em diversas decisões prolatadas ao longo do ano, entendeu que tais medidas são compatíveis com a Constituição, desde que respeitadas as competências entre os entes da federação.

Conclui que, embora a vigência da Lei 13979/2020 esteja vinculada ao decreto legislativo nº6/2020, não se pode excluir a verdadeira intenção dos legisladores, qual seja: a de manter medidas profiláticas e terapêuticas extraordinárias, pelo tempo necessário à superação da fase mais crítica da pandemia. Cita os princípios da prevenção e da precaução, que devem reger as decisões em matéria de saúde pública. Assim, vota por referendar a concessão parcial da medida cautelar pleiteada.

O Ministro Marco Aurélio, vencido, votou por deixar de referendar a liminar implementada. Sustenta que cabe ao STF apenas atuar como legislador negativo, procedendo ao cotejo do ato impugnado com a CF, jamais podendo ser legislador positivo. Cita que os órgãos políticos são a arena preferencial de deliberação e decisão, devendo ser considerada a democracia representativa quanto às diretrizes de políticas públicas. Aduz que a república se encontra assentada na separação dos poderes, de modo que o Supremo não é protagonista único da vida política e social do país.

Diz que o objetivo do instituto de interpretação conforme à Constituição é preservar a vontade legislativa quando for possível extrair do dispositivo atacado interpretação compatível com a CF, ainda que não seja a mais óbvia. Que o princípio não pode ser interpretado como absoluto, mas tampouco são adequadas medidas voltadas a moldar o campo de atuação de um ou outro poder, sobretudo quando ausente a oportunidade de participação na discussão e tomada de decisão. Por dever de coerência, diz que em Direito, os fins não justificam os meios, sendo impróprio substituir o Legislativo e o Executivo na seara da saúde pública ao exercer crivo quanto à vigência de preceito legal, sinalizando como proceder em termos de política pública, agindo como consultor do Congresso Nacional.

Os fundamentos da decisão versam, especificamente, sobre o correto espaço de atuação e a correta utilização da modalidade de decisão de interpretação conforme à constituição na jurisdição constitucional.

4.8.9 MS 37760 MC

A decisão versa sobre medida cautelar em Mandado de Segurança impetrado por Senadores da República brasileira. O objetivo é obter ordem judicial que obrigue o Presidente do Senado Federal a instalar à comissão parlamentar de inquérito para apurar as ações e omissões do Governo Federal no enfrentamento da pandemia da COVID-19 no Brasil. O fundamento central é que a instauração de inquéritos parlamentares é direito fundamental da minoria parlamentar e que, desde que preenchidos os requisitos constitucionais, a negativa do presidente da casa legislativa em proceder à instalação da CPI viola direito líquido e certo.

No caso concreto, os requisitos constitucionais foram cumpridos e reconhecidos judicialmente, quais sejam: subscrição de um terço dos membros da casa legislativa, fato determinado e prazo certo de duração. Importante pontuar que o Supremo Tribunal Federal possui firme jurisprudência no sentido de que, uma vez preenchidos os requisitos constitucionais, a instalação da Comissão Parlamentar de Inquérito é direito líquido e certo das minorias parlamentares¹³⁹.

Na decisão (BRASIL, 2021f), fica claríssimo o norte hermenêutico de supremacia constitucional, separação de poderes e proteção de direitos fundamentais. Os fundamentos articulados, essencialmente argumentos de princípios, seguem naturalmente os critérios propostos na presente tese. Ademais, importante pontuar o aproveitamento de diversos precedentes - completamente adaptáveis e com semelhantes aspectos relevantes - oriundos da jurisdição constitucional ordinária do próprio Supremo Tribunal Federal, citando precedentes de 2005 e 2007.

Ademias, completa o relator com a necessária análise de do norte democrático de proteção a direitos fundamentais, reconhecendo, inclusive, a posição da jurisdição como fórum de princípio (BRASIL, 2021f):

O instrumento previsto no art. 58, § 3º, da Constituição assegura aos grupos minoritários do Parlamento a participação ativa na fiscalização e controle dos atos do Poder Público. Trata-se de garantia que decorre da cláusula do Estado Democrático de Direito e que viabiliza às minorias parlamentares o exercício da oposição democrática. Tanto é assim que o quórum é de um terço dos membros da casa legislativa, e não de maioria. Por esse motivo, a sua efetividade não pode estar condicionada à vontade parlamentar predominante ou mesmo ao alvedrio dos órgãos diretivos das casas legislativas. Na linha de precedentes desta Corte, “para que o regime democrático não se reduza a uma categoria político-jurídica meramente conceitual, torna-se necessário assegurar, às minorias, mesmo em sede jurisdicional,

¹³⁹ Os precedentes são inúmeros. Citam-se, de forma precária, MS 24.831 e 24.849, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 22.06.2005; ADI 3.619, Rel. Min. Eros Grau, j. em 01.08.2006; MS 26.441, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 25.04.2007.

quando tal se impuser, a plenitude de meios que lhes permitam exercer, de modo efetivo, um direito fundamental que vela ao pé das instituições democráticas: o direito de oposição”. [...]

Em quase todo o mundo, o guardião dessas promessas é a suprema corte ou o tribunal constitucional, por sua capacidade de ser um fórum de princípios — isto é, de valores constitucionais, e não de política — e de razão pública — isto é, de argumentos que possam ser aceitos por todos os envolvidos no debate.

Mais uma vez, percebe-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal possui adequação aos critérios propostos, estando no autêntico exercício da jurisdição constitucional. Para isso, articula ativamente também nessa decisão, a supremacia constitucional e a primazia dos Direitos Fundamentais, especialmente no importante desdobramento de direito à oposição, e a noção de responsabilidade política, no sentido de controle dos atos públicos como forma de *accountability*. Ainda, numa perspectiva substancial, identificou-se plena utilização de argumentos de princípios e reconhecimento da corte como um fórum de princípios, sendo esse o motivo para afastar as informações da autoridade coatora.

4.8.10 ADPF 549 e 635 MC-Ref

Trata-se de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental proposta pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB) a fim de que sejam reconhecidas e sanadas o que entende serem graves lesões a preceitos fundamentais da Constituição praticadas pelo Estado do Rio de Janeiro na elaboração e implementação de sua política de segurança pública, notadamente no que tange à excessiva e crescente letalidade da atuação policial. O relator determinou o apensamento da ADPF 635 à ADPF 594. Mais tarde, o Min. relator despachou chamando o feito à ordem em relação ao desapensamento da ADPF 594 em razão dos pedidos serem mais abrangentes.

Sobrevieram diversos pedidos de ingresso no feito de *amicus curiae*. O requerente, o Partido Socialista Brasileiro – PSB, invoca, como preceitos fundamentais, o direito à vida, a dignidade da pessoa humana, o direito à segurança e à inviolabilidade do domicílio, o direito à igualdade e a prioridade na garantia de direitos fundamentais a crianças e adolescentes como dever do estado. Resumidamente, postula que o STF determine diversas obrigações de fazer e não fazer relacionadas com a segurança pública carioca. A ação foi acompanhada de pedido liminar.

Em julgamento do plenário o relator, Min. Edson Fachin propôs a concessão parcial da medida cautela. O julgamento pelo plenário foi suspenso ante o pedido de vista pelo Min. Alexandre de Moraes. Reiterado o pedido em medida incidental, o partido requerente sustentou que não seguiam os protocolos de uso legítimo da força, requereu a concessão de medida cautelar incidental, a fim de que fossem restringidas as operações policiais nas comunidades do Rio de Janeiro, assim o Min. Relator deferiu a medida incidental no seguinte sentido (BRASIL, 2020I):

defiro a medida cautelar incidental pleiteada, ad referendum do Tribunal, para determinar: (i) que, sob pena de responsabilização civil e criminal, não se realizem operações policiais em comunidades do Rio de Janeiro durante a epidemia do COVID-19, salvo em hipóteses absolutamente excepcionais, que devem ser devidamente justificadas por escrito pela autoridade competente, com a comunicação imediata ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro – responsável pelo controle externo da atividade policial; e (ii) que, nos casos extraordinários de realização dessas operações durante a pandemia, sejam adotados cuidados excepcionais, devidamente identificados por escrito pela autoridade competente, para não colocar em risco ainda maior população, a prestação de serviços públicos sanitários e o desempenho de atividades de ajuda humanitária.

A Liminar foi referendada pelo Supremo Tribunal Federal. Em julgamento no plenário a ADFPD foi parcialmente conhecida em sessão virtual de 07/08/2020 a 17/08/2020.

Sobre a cautelar deferida, o Min. Gilmar Mendes, em seu voto, sustentou em síntese que a medida deferida pelo relator não acarreta uma proibição completa às operações policiais. Iniciou seu argumento fazendo uma relação com a legislação nacional e os dados empíricos sobre o tema da letalidade policial. Constatou que desde o deferimento da medida cautelar pelo Min. Relator houve a redução significativa de mortes por intervenções do agente de estado. Defendeu que, apesar das críticas a respeito da atuação judicial em casos que envolvem políticas públicas, sempre será possível a apreciação pelo Poder Judiciário desde que observe parâmetros: a) que haja a violação dos direitos fundamentais de um grupo específico de usuários ou destinatários da política ou serviço público; b) que essa violação decorra de uma omissão inconstitucional prolongada e insustentável; c) que haja urgência e necessidade de intervenção judicial. O Min. Citou precedentes da corte nesse sentido. Concluiu, portanto, que o caso em análise se adequa às premissas estabelecidas, por se tratar de graves violações aos direitos fundamentais dos moradores locais. Acompanhou o relator para referendar a medida cautelar deferida.

O Min. Alexandre de Moraes em seu voto divergiu do Min. Relator, sustentou que no presente julgamento se discute a possibilidade judicial de fixação de vedação genérica como

regra de atuação do Poder Executivo na área de Segurança Pública, proibindo-se a realização de regulares operações policiais durante período indeterminado (pandemia), apesar da existência de exceções estabelecidas. Defende que não se inclui no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário o estabelecimento de regras sobre a realização de operações policiais da área da segurança pública. Argumentou no sentido de não estarem presentes os requisitos necessários para a concessão cautelar pleiteada. Havendo um *periculum in mora* inverso, pois a ausência de atuação policial durante período indeterminado gerará riscos à segurança. Pautou seu argumento sob o princípio da eficiência administrativa, na separação dos poderes, na harmonia entre os poderes. Abordou a teoria dos freios e contrapesos para justificar o respeito ao sistema de separação de poderes. Defendeu que o pedido cautelar é genérico e serve no sentido de interromper a regulação de serviço público essencial de responsabilidade do Poder Executivo. Assim, divergiu do relator e não referendou a tutela provisória incidental na MC na ADPF.

O Min Fachin iniciou pela análise do cabimento da ADPF e seus requisitos de admissibilidade. Defendeu que a jurisprudência do Supremo “assentou que não se admitiria a ação quando a declaração de inconstitucionalidade parcial implicasse inversão do sentido da lei, porquanto “não é permitido ao Poder Judiciário agir como legislador positivo”. Defendeu que a atuação do Poder Judiciário na definição de políticas públicas é excepcional, todavia, os precedentes da Corte reconhecem que quando há grave quadro de inércia dos órgãos estatais, que comprometa a eficácia de um direito fundamental, caberia a intervenção do poder judiciário. Entende que o partido não indicou precisamente quais atos deveriam ter sido praticados. O requerente quando suscitou o precedente firmado na ADPF 347-MC, de relatoria do Min. Marco Aurélio, onde o STF reconheceu a situação degradante das penitenciárias no Brasil, deveria ter indicado a presença dos requisitos: (i) de uma violação generalizada de direitos humanos; (ii) de uma omissão estrutural dos três poderes; e (iii) da necessidade de uma solução complexa que exija a participação de todos os poderes. Considerou e conceituou cada um dos requisitos citados.

Diante dos fatos narrados, estudos empíricos da violência no Brasil, em específico no Estado do Rio de Janeiro, bem como utilizando como precedente a condenação do país no caso da Favela Nova Brasília na CIDH, o Min. Relator entendeu que o requisito da violação generalizada foi preenchido no caso dos autos.

Quanto à omissão estrutural dos três poderes e à necessidade de uma solução complexa, o Min. Relator entendeu estar cumprindo o requisito sob o fundamento de que o pedido é

especificamente voltado para a adoção de um plano de redução da letalidade policial, portanto, em relação à omissão do controle da utilização da força pelo estado do RJ é que se volta à presente ADFP. Além disso, defendeu que não houve comprovação pelo MP de adequação à decisão da CIDH, no sentido de não constar o reconhecimento de que a investigação criminal em casos que envolvam agentes de segurança do Estado deva ser conduzida pelos membros do Ministério Público. Persistem, portanto, as omissões indicadas pela inicial e que reclamam intervenção deste Tribunal.

Sobre a ausência de subsidiariedade defendeu que a petição inicial atende aos requisitos legais, visto que a omissão apontada pela inicial é estrutural e tem como referência não apenas a ausência de um plano de enfrentamento da letalidade policial, mas também um déficit da atuação do Ministério Público, o qual nem sempre instaura a competente investigação penal. Suscitou precedente que trata da subsidiariedade.

Percebe-se que o caso narrado é extremamente complexo em razão da relação entre a jurisdição constitucional e os Poderes Políticos representativos e seu papel na construção da capacidade estatal em concretizar direitos fundamentais. Ainda, trata-se de caso que desborda consideravelmente do recorte da jurisdição constitucional extraordinária. No tocante aos principais argumentos da decisão, percebem-se diversos argumentos de princípios relacionados com o princípio da proporcionalidade, o respeito às instituições de segurança pública, o princípio da eficiência, o direito à vida e a conceituação do estado de coisas inconstitucionais.

Nesse ponto, percebe-se, assim como os outros, que a fundamentação do Supremo Tribunal Federal seguiu os critérios orientadores de preservação da responsabilidade política dos atores institucionais envolvidos e a proteção dos direitos fundamentais. Contudo, há, inegavelmente, uma interessante proposição normativa de controle da atividade policial no âmbito do Executivo estadual do Rio de Janeiro - feita de forma cautelar e, pelo menos na decisão incidental, com parca demonstração de elementos empíricos. A própria fundamentação, no *in casu*, revela-se de forma casuística, sendo uma fragilidade da decisão. Contudo, no recorte específico dos critérios da jurisdição constitucional de crise, percebe-se certa adequação.

4.8.11 ADFP 663 MC

O Presidente da República ajuizou, por intermédio do Advogado-Geral da União, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental em face do Ato da Comissão Diretora

07/2020 e Projeto de Resolução 11/2020 - editados pelas Mesas Diretoras do Senado Federal e da Câmara dos Deputados. Os atos tratam sobre as medidas relacionadas ao funcionamento parlamentar durante a crise pandêmica de COVID-19. Dentre as medidas, há a dispensa de parlamentares em situações de vulnerabilidade frente ao vírus, restrição de acesso às dependências físicas do parlamento e utilização de votações digitais como o SDR - Sistema de Deliberação Remota.

O argumento do requerente é que a situação de excepcionalidade prejudicaria o regular andamento do processo legislativo com especial foco nas Medidas Provisórias - instrumento legislativo de altíssima importância para situações de crise em razão da sua celeridade e amplitude. Com isso, defende que “o prazo de sessenta dias, prorrogável por igual período, para apreciação das medidas provisórias pelo Congresso Nacional deve ser suspenso durante recesso parlamentar, bem assim, em período de excepcionalidade que, na prática, implique como que um recesso parlamentar, até a retomada das condições para obtenção normal do quórum de deliberação previsto no artigo 47 da Lei Maior (maioria absoluta)”. Como preceitos violados, são citados os arts. 1º, I, 5º, XXXVI e LIV, e 62, §§3º e 6º, todos da Constituição Cidadã. Requer medida cautelar para suspensão das contagens dos prazos de conversão de medidas provisórias durante a excepcionalidade dos trabalhos do Congresso Nacional.

As casas apresentaram informações conjuntas. Dentre as informações, consta, num autêntico diálogo institucional, uma minuta de ato conjunto que dispõe sobre o regime de tramitação de medidas provisórias durante a pandemia para análise do Supremo Tribunal. Ademais, argumentam pela manutenção da contagem dos prazos das medidas provisórias como importante e imprescindível mecanismo de equilíbrio e controle da separação dos poderes. Por fim, fazem pedido de cautelar para " autorizar a imediata aplicação do procedimento definido no ato conjunto da Mesa do Senado Federal e da Mesa da Câmara dos Deputados, nos termos da minuta anexa, em atenção ao princípio da segurança jurídica, para viabilizar a imediata apreciação e deliberação das Medidas Provisórias em curso, até que as ferramentas tecnológicas existentes seja aperfeiçoadas para viabilizar a apreciação da matéria pelo Plenário do Congresso Nacional em sessão conjunta”.

A fundamentação da decisão do Supremo Tribunal Federal parte de uma análise relacionada com os mecanismos de controles recíprocos da própria separação de poderes como condição de possibilidade para a manutenção do Estado Democrático de Direito (BRASIL, 2021c). Nessa linha, reconhece-se, dentre esses mecanismos, o controle do Executivo pelo Poder Legislativo, conforme diversos dispositivos constitucionais. Também há mecanismos em

sentido contrário. Essa conjunção concretiza direitos fundamentais e uma autêntica separação de poderes - ambos como condições para a manutenção do projeto constitucional brasileiro.

Tendo como norte a necessária proteção e efetivação da separação de poderes, o ministro relator argumenta (BRASIL, 2021c) sobre como a contagem de prazo é um aspecto fundamental para o controle do Executivo pelo Legislativo num instrumento que, conforme já visto anteriormente, é inovador e proporciona elevadíssimo poder de agenda e de legislação nas mãos do Presidente da República. É, portanto, o prazo imprescindível rigor do exercício de poder do Executivo. Diante disso, a manutenção do paradigma perpassa, necessariamente, por manter os mecanismos de freios e contrapesos efetivos e existentes mesmo diante da crise e desde que não violem as próprias finalidades para as quais foram criadas.

No caso concreto, entendendo ser possível essa harmonização - manutenção do instrumento e da finalidade. Com isso, a concessão foi para conceder a liminar e autorizar as casas legislativas a durante a emergência em Saúde Pública de importância nacional e o estado de calamidade pública decorrente da COVID-19, as medidas provisórias sejam instruídas perante o Plenário da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, ficando, excepcionalmente, autorizada a emissão de parecer em substituição à Comissão Mista por parlamentar de cada uma das Casas designado na forma regimental; bem como, que, em deliberação nos Plenários da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, operando por sessão remota, as emendas e requerimentos de destaque possam ser apresentados à Mesa, na forma e prazo definidos para funcionamento do Sistema de Deliberação Remota (SDR) em cada Casa; sem prejuízo da possibilidade das Casas Legislativas regulamentarem a complementação desse procedimento legislativo regimental (BRASIL, 2021c).

A fundamentação do Supremo Tribunal Federal, nesse caso, também é compreendida como no exercício da autêntica jurisdição constitucional. Para tanto, ela articula ativamente a supremacia constitucional e a proteção da separação dos poderes. Identificando, numa perspectiva histórica, a importância dos mecanismos de freios e contrapesos que se inserem na dinâmica legiferante a partir da participação do Poder Legislativo e do Poder Executivo.

4.8.12 ADPF 672 MC-Ref.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em face de arguidos atos omissivos e comissivos do Poder Executivo Federal, propôs Arguição de Descumprimento de

Preceito Fundamental. Dentre as ações e omissões do Governo Federal, constam desde atuação ineficiente na área econômica até supostas ações contrárias aos protocolos de saúde aprovados pela comunidade científica. Como preceitos fundamentais, foram citados o direito à saúde (art. 6º, caput, e art. 196 da CF) e o direito à vida (art. 5º, caput, da CF); o princípio federativo (art. 1º, caput, da CF), competências constitucionais (art. 23, II, e art. 24, XII, da CF); e a independência e harmonia entre os Poderes (art. 2º da CF).

Como resposta, a Presidência da República, por intermédio da Advocacia-Geral da União, argumentou pela efetiva adoção de diversas medidas de enfrentamento à pandemia do Coronavírus, dentre as quais 13 (treze) medidas provisórias, 17 (dezesete) decretos e 2 (duas) leis, além de projetos e ações diversas a cargo de vários Ministérios e entes da Administração Indireta. Com isso, o Executivo Federal pretendeu demonstrar que "todos os atos passíveis de controle de constitucionalidade - dotados de uma solenidade oficial mínima, que permita o seu reconhecimento como ato estatal - estão de acordo com as políticas adotadas no mundo e com as recomendações científicas, sanitárias e epidemiológicas".

Foi deferida medida cautelar especificamente para reconhecer e assegurar o exercício da competência concorrente dos governos estaduais, distrital e suplementar dos governos municipais cada qual no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus respectivos territórios, para a adoção ou manutenção de medidas restritivas legalmente permitidas durante a pandemia, tais como, a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outras; independentemente de superveniência de ato federal em sentido contrário, sem prejuízo da competência geral da união para estabelecer medidas restritivas em todo o território nacional, caso entenda necessário (BRASIL, 2020o).

A decisão da ADPF nº 672 medida cautelar submetida a referendo do plenário do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, foi para confirmar a medida cautelar e, no mérito, julgar parcialmente procedente o pedido formulado na arguição de descumprimento de preceito fundamental, para assegurar a efetiva observância dos arts. 23, II e IX; 24, XII; 30, II e 198, todos da Constituição Federal na aplicação da Lei 13.979/2020 e dispositivos conexos, reconhecendo e assegurando o exercício da competência concorrente dos Estados, Distrito Federal e Municípios, cada qual no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus respectivos territórios, para a adoção ou manutenção de medidas restritivas legalmente permitidas durante a pandemia, tais como, a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação

de pessoas, entre outras, sem prejuízo da competência geral da União para estabelecer medidas restritivas em todo o território nacional, caso entenda necessário, ressaltando-se, como feito na concessão da medida liminar, que a validade formal e material de cada ato normativo específico estadual, distrital ou municipal poderá ser analisada individualmente, nos termos do voto do Relator (BRASIL, 2020o).

O norte da decisão perpassa por aspecto semelhante ao da ADI 6343-MC. Conforme escreveu o relator, os momentos de acentuada crise demandam, idealmente, o fortalecimento da cooperação entre os Poderes e os entes federados com o absoluto respeito aos mecanismos constitucionais de equilíbrio, harmonia e independência. Mecanismos esses que só são efetivados a partir do respeito do federalismo, da separação dos poderes e da responsabilidade política.

Nessa senda, o relator Min. Moraes (BRASIL, 2020o) afirma: "a fiel observância à Separação de Poderes e ao Federalismo – cláusulas pétreas de nossa Constituição Federal e limitadoras de eventual exercício arbitrário de poder – é essencial na interpretação da Lei 13.979/20". A decisão, de maneira geral, está ancorada em dois principais argumentos, um relativo ao federalismo e outro aos direitos fundamentais. O primeiro é no sentido de que a concretização do federalismo cooperativo brasileiro num contexto de crise pandêmica possibilita o reconhecimento da competência concorrente dos governos estaduais e distritais e suplementar dos municipais para, no seu âmbito territorial e dentro de suas atribuições, adotar ou manter medidas restritivas legal e constitucionalmente permitidas independentemente de superveniência de ato federal em sentido contrário, possibilitando, portanto, o ajuste à sua realidade regional ou local. Isso sem negar a competência geral da união para, se necessário, estabelecer medidas restritivas no território nacional de modo geral.

O segundo é que essa leitura constitucional é a melhor para concretizar o direito à saúde num contexto pandêmico, estando alinhada com a própria jurisdição constitucional brasileira ordinária. Nesse sentido, a decisão sustenta que a Constituição estabelece, no próprio texto constitucional, o condomínio de responsabilidades e encargos entre os diversos níveis federativos. Afirma, ainda, que essa circunstância já foi reiteradamente realçada pela corte em diversos julgamentos, em situações em que estabelecido conflito entre normas federais e estaduais sobre proteção à saúde, vigilância sanitária e serviços de saúde pública em geral. Percebe-se, contudo, a utilização de argumentos de política no sentido de criticar a gestão da saúde pública brasileira e o conflito existente entre posições ideológicas distintas (BRASIL, 2020o). Com efeito, concluiu-se pelo reconhecimento da ausência de fundamento

constitucional de qualquer iniciativa do Poder Executivo federal que vise a desautorizar medidas sanitárias adotadas pelos Estados e Municípios com o propósito de intensificar ou ajustar o nível de proteção sanitária e epidemiológica nos âmbitos respectivos, com fundamento em orientações de seus órgãos técnicos.

4.8.13 ADPF 675

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada pela Confederação Nacional de Turismo (CNTUR) com o objetivo de questionar a validade jurídico-constitucional “dos decretos estaduais e municipais” que, com fundamento na Lei nº 13.979/2020, veiculam medidas para o enfrentamento da COVID-19, tais como “a proibição de circulação de serviços de transporte privado e públicos em âmbito intermunicipal, interestadual, bem como a determinação de ‘toque de recolher’ (...), a proibição do recebimento de novos hóspedes por hotéis, o fechamento de estabelecimentos da área da alimentação e acesso a dados telefônicos para controle de tráfego de pessoas”

Em decisão monocrática o Min. Relator não conheceu da ADPF. Quanto à admissibilidade da medida, citou precedentes no sentido de que se exige em ADI a apresentação pelo requerente de instrumento de procuração com poderes específicos para atacar a norma impugnada. Ausente esse requisito importa em extinção do processo. Intimou a autora para corrigir o vício.

Destacou que a autora na inicial não indica as autoridades ou órgãos estatais requeridos, quais os atos impugnados, tampouco esclareceu o âmbito espacial de eficácia das medidas ora questionadas. Entendeu que o pedido da autora é incerto quanto a seus destinatários e indeterminado quanto ao seu conteúdo. Concluiu que eventual concessão do provimento requerido implicaria transformá-lo em verdadeira medida de índole normativa, eis que destinada a neutralizar situações futuras, desconhecidas, indeterminadas e incertas, citou precedentes.

Entendeu que a controvérsia veiculada na causa diz respeito a situação caracterizadora de conflito indireto com o texto constitucional. O que inviabiliza a instauração de processo de fiscalização normativa e abstrata. Citou precedentes.

Julgou pela inadmissibilidade da ADPF interposta, uma vez que “os atos estatais ora questionados ostentam caráter meramente ancilar ou secundário, precisamente porque editados

em função da Lei nº 13.979/2020, com o objetivo, tão somente, de viabilizar a implementação das medidas nela previstas” (BRASIL, 2020p). Com efeito, o Supremo Tribunal Federal não conheceu a ADPF. Diante do não conhecimento, resta inviabilizada a análise da fundamentação da decisão a partir dos critérios propostos pela tese. Apesar disso, é relevante pontuar a manutenção da jurisprudência do Supremo em casos como o citado com elevada vinculação à autoridade dos precedentes.

4.8.14 ADPF 676

O Partido dos Trabalhadores ajuizou ADPF sob o fundamento de que a postura do Poder Executivo Federal em face à pandemia de COVID-19 vem gerando violação ou risco de violação às normas dos artigos 5º, 6º e 196 da Constituição Federal e afronta os princípios da publicidade e da proteção da confiança. Afirmam, nos fundamentos utilizados, que os números divulgados pela mídia em relação aos prejuízos causados pela pandemia da COVID-19 não corresponderiam à realidade, pois haveria uma subnotificação de casos da doença, e que haveria uma demora entre as ocorrências das mortes e sua contabilização nos dados oficiais divulgados pelo Ministério da Saúde. Apontou estudos que afirmariam que o país realizaria pouca testagem em seus habitantes para o diagnóstico da doença, distorcendo a realidade quanto ao seu real avanço, e que comparou dados nacionais com os de outros países, afirmando que o Brasil não estaria adotando as medidas adequadas de isolamento social. Relatou condutas do Presidente da República que estimulariam a flexibilização das medidas de isolamento social, como o comparecimento a manifestações com contato direto com militantes, o pronunciamento pelo fim das medidas restritivas adotadas pelos Estados, a convocação dos cidadãos ao retorno das atividades normais, e que o Governo Federal teria recomendado o uso de medicamentos que supostamente combateriam a COVID-19, sem a comprovação científica de sua eficácia, o que violaria o princípio constitucional da confiança. Ao final, requereu, liminarmente, uma lista de determinações ao Poder Executivo, relacionadas com a contenção do contágio. No mérito, requereu a declaração da inconstitucionalidade dos atos omissivos e comissivos do Chefe do Executivo Federal, além da confirmação dos pedidos liminares arrolados.

O Ministro afirmou que o cabimento da ADPF está condicionado ao princípio da subsidiariedade, ou seja, ela apenas é cabível quando não houver outro meio jurídico disponível para sanar a lesividade. No caso da ADPF em tela, considerou que existem outras medidas

disponíveis para alcançar os interesses defendidos. Ainda, afirmou que não havia qualquer viabilidade de uma intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas, que apenas seria possível nas hipóteses admitidas pela jurisprudência da Corte, que reconhece a função institucional do Poder Judiciário e do Supremo Tribunal Federal para determinar a implantação de políticas públicas quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Fundamentou que, no entanto, no caso concreto, a Corte não poderia definir a metodologia mais adequada para a construção dos indicadores de acompanhamento da pandemia, em substituição à atividade técnica e profissional dos órgãos administrativos com capacidade institucional para tanto. Ressaltou que, no entanto, a impossibilidade de que esse tema seja apreciado pelo Plenário do STF com a abrangência pretendida na presente ADPF não afasta a possibilidade de intervenção judicial perante as instâncias ordinárias, mediante instrumentos que permitam o conhecimento delimitado de fatos e providências específicos, como tem ocorrido em todo o país e é de amplo conhecimento de todos. Portanto, haveriam outros meios processuais para sanar a lesão e solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata (BRASIL, 2020q).

Diante disso, o Ministro Relator negou seguimento à ADPF, com base no art. 4º, caput e § 1º, da Lei 9.882/1999 e no art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Com efeito, percebe-se tratar de outro caso relevante, cuja importância consiste em pontuar a manutenção da jurisprudência do Supremo em casos como o citado com elevada vinculação à autoridade dos precedentes.

4.8.15 ADPF 687

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida cautelar, ajuizada pela Associação Brasileira Interestadual de Turismo, Transporte Terrestres e Carga - ABRITTC, tendo por objeto “atos normativos instituídos por estados e municípios visando restringir o direito ao transporte interestadual e intermunicipal de passageiros ou de cargas, apresentando como justificativa, de forma subjetiva e sem amparo técnico, a redução do contágio pela Covid-19”.

O requerente alega em síntese (i) que não compete aos Estados e Municípios legislar sobre trânsito e transporte; (ii) que os atos normativos em questão desrespeitam o pacto federativo, com potencial prejuízo aos direitos fundamentais relacionados à saúde, à alimentação e, principalmente, ao trabalho; e (iii) que referidos atos acarretam insegurança jurídica quanto à execução do transporte rodoviário de passageiros e de cargas, com prejuízos aos trabalhadores do segmento de transporte rodoviário.

Em decisão monocrática o relator decidiu por não conhecer da arguição de descumprimento de preceito fundamental, com fundamento no artigo 4º da Lei federal 9.882/1999 e no artigo 21, § 1º, do RISTF.

Foi formulado pedido de reconsideração o qual foi rejeitado. A ADPF não foi conhecida por ilegitimidade ativa da parte, que na condição de entidade de classe de âmbito nacional propôs ADPF com base na parte final do inciso IX do art. 103 da CF que dispõe sobre a propositura de ADC pelos sindicatos.

O Min. Relator fundamentou seu voto com base na jurisprudência do STF acerca da atuação das entidades de classe de âmbito nacional no processo objetivo de controle de constitucionalidade. Como primeira análise, sobre as condicionantes previstas na jurisprudência, sendo elas: homogeneidade (dimensão positiva) ou, ausência de hibridismo (dimensão negativa) dos membros integrantes da entidade, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas; atendimento ao requisito subjetivo de legitimação em sede de tutela coletiva a (representatividade da “categoria” em sua totalidade) e ao requisito objetivo de “legitimação nacional” (comprovação do “caráter nacional”); e, ainda, pertinência temática entre os objetivos institucionais/estatutários da entidade postulante e a norma objeto da impugnação. No caso a requerente não juntou documentos aptos a demonstrar seu caráter nacional em conformidade com a jurisprudência da corte (BRASIL, 2020r). Com efeito, o Supremo Tribunal Federal não conheceu a ADPF.

4.8.16 ADPF 690

A decisão versa sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 690/DF. Três decisões são destacadas, sendo elas a medida cautelar inicial de 08/06/2020, o pedido incidental e a decisão de mérito. A ação foi ajuizada pelos partidos Rede Sustentabilidade, Partido Comunista do Brasil e Partido Socialismo e Liberdade, tendo por ato

público atacado a sequência de atos do Poder Executivo Federal que restringiram a publicidade dos dados relacionados à COVID-19, em clara violação a preceitos fundamentais da Constituição Federal.

Por sua vez, a análise da questão inicial versa sobre a alegação de retardo de divulgação dos dados sobre a pandemia. Dentre esses, destaca-se suposta retenção de informações sobre o avanço da COVID-19 no Brasil.

De outro giro, a centralidade da questão em análise incidental versa sobre a forma de divulgação dos dados relacionados com a COVID-19, em especial a divulgação, por dia, do número de mortes confirmadas pela doença ainda que o óbito tivesse ocorrido em dia anterior em razão de eventual demora para confirmação da fatalidade. Julgando desassossegador, a forma de divulgação seria modificada para inserir no boletim epidemiológico somente o número de óbitos ocorridos no dia.

Os preceitos fundamentais incidentes no caso são o direito à vida e à saúde, o dever de transparência da Administração Pública e o interesse público. O ministro relator, na sua fundamentação (BRASIL, 2021d), faz uma análise sobre a consagração constitucional, na Constituição Cidadã, dos princípios de publicidade e transparência, que se desdobram em obrigações ao Estado. Nesse sentido, articula esses preceitos fundamentais com o pleno exercício do exercício democrático, visto que a concretização deles é condição de possibilidade para o debate de assuntos públicos de forma irrestrita, robusta e aberta - ao mesmo tempo em que presta referência a precedentes da Suprema Corte americana. Nessa mesma senda, aborda o dever de responsabilidade política das autoridades públicas na relação entre dever de transparência, publicidade e informação com a necessária *accountability* do Poder Público como um todo.

Com efeito, a partir das informações processuais disponíveis no sentido de efetivas restrições ao acesso de informações de cunho epidemiológico, a decisão concedeu parcialmente a medida cautelar de 08/06/2020 para determinar ao ministro da saúde que mantenha, em sua integralidade, a divulgação diária dos dados epidemiológicos relativos à pandemia (COVID-19), inclusive no sítio do ministério da saúde e com os números acumulados de ocorrências, exatamente conforme realizado até o último dia 04 de junho.

Sobre a decisão de pedido incidental de 04/09/2020, a partir da articulação dos mesmos preceitos fundamentais já analisados aqui e na decisão de 08/06/2020, promovendo a pontual adequação ao pedido incidental, o relator deferiu a medida cautelar incidental para determinar que o governo do distrito federal se abstenha de utilizar nova metodologia de contabilidade dos

casos e óbitos decorrentes da pandemia da covid-19, retomando, imediatamente, a divulgação dos dados na forma como veiculada até o dia 18 de agosto de 2020 (BRASIL, 2021d).

Por fim, na decisão de mérito (BRASIL, 2021d), consolidou-se que a interrupção abrupta da coleta e divulgação de informações epidemiológicas, imprescindíveis para a análise da série histórica de evolução da pandemia (COVID-19), caracteriza ofensa a preceitos fundamentais da Constituição Federal como a transparência, publicidade, vida e saúde. Mais que isso, nesses casos, a supremacia constitucional legitima a atuação da jurisdição constitucional para que, numa autêntica revisão judicial, promova a manutenção da divulgação integral de todos os dados como forma de concretização constitucional.

Diante do caso, entende-se a decisão é mais um exemplo do autêntico exercício de uma jurisdição constitucional de crise, possuindo plena adequação aos critérios propostos. Isso, porque articula ativamente a supremacia constitucional, a primazia dos Direitos Fundamentais e a responsabilidade política, especialmente como exigência de *accountability* no campo informacional para sua construção tanto na cautelar inicial como na incidental e no mérito. Ademais, substancialmente, identificou-se total utilização de argumentos de princípios, caracterizando importante precedente na construção de uma jurisprudência de crise.

4.8.17 ADFP 701 MC-Ref.

Trata-se de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, promovida pela Associação Nacional de Juristas Evangélicos (ANAJURE), contra o art. 6º do Decreto n. 31, de 20/03/2020, do Município de João Monlevade/MG, por entender que, no contexto da implementação de medidas de enfrentamento da pandemia da COVID-19, foi ferido o direito fundamental à liberdade religiosa e o princípio da laicidade estatal, ao ser determinada a suspensão irrestrita das atividades religiosas na cidade, bem como em face “dos demais decretos estaduais e municipais”, os quais teriam imposto violações equivalentes em todo o país. Apontou, ainda, como normas violadoras da liberdade religiosa e da laicidade estatal outros diversos decretos estaduais e municipais que suspendiam as atividades religiosas na cidade. Asseverou que os aludidos decretos atentam contra a liberdade de locomoção, forte no art. 5º, inc. XV, a laicidade do Estado brasileiro, prevista no art. 19, inc. I, e o direito fundamental à liberdade religiosa, consoante art. 5º, inc. VI, todos da Constituição Federal.

Admitido como *amicus curiae* a entidade Centro Brasileiro de Estudos Em Direito e Religião – CEDIRE. Deferida a liminar para o fim de determinar que: a) os Estados, Distrito Federal e Municípios se abstenham de editar ou de exigir o cumprimento de decretos ou atos administrativos locais que proíbam completamente a realização de celebrações religiosas presenciais, por motivos ligados à prevenção da COVID-19; e b) sejam aplicados, nos cultos, missas e reuniões de quaisquer credos e religiões, os protocolos sanitários de prevenção, relativos à limitação de presença (no máximo, 25% da capacidade), além das medidas diversas, tais como: distanciamento social (com ocupação de forma espaçada entre os assentos e modo alternado entre as fileiras de cadeiras ou bancos), observância de que o espaço seja arejado (com janelas e portas abertas, sempre que possível), obrigatoriedade quanto ao uso de máscaras, disponibilização de álcool em gel nas entradas dos templos, aferição de temperatura, fixadas estas como balizas mínimas, recomendando-se também outras medidas profiláticas editadas pelo Ministério da Saúde; sem prejuízo da possível e gradativa mitigação das restrições pelo Poder Executivo, conforme haja evolução positiva no tratamento e combate à pandemia.

Por maioria de votos, o Supremo Tribunal julgou o pedido improcedente ao fundamento de que são válidos e constitucionais os atos de Governadores e Prefeitos que permitem a abertura ou determinam o fechamento de igrejas, templos e demais estabelecimentos religiosos durante a pandemia da COVID-19 (BRASIL,2021e). Ressalvado o entendimento contrário do Min. Relator, foi revogada a liminar anteriormente concedida.

Na decisão da concessão da liminar, o Min. Relator rejeitou as preliminares suscitadas pela AGU. No mérito acatou as teses autorais, sob os seguintes fundamentos: primeiro, a proibição total de realização de cultos constituiria em inconstitucionalidade, pois trata o culto e, conseqüentemente, a liberdade religiosa como serviço supérfluo. Com efeito, restaria afetado o núcleo essencial do direito à liberdade religiosa. Nesse sentido, citou precedentes da suprema corte americana. Segundo, considerou que diversas atividades também essenciais como transporte coletivo, vêm sendo desenvolvidas ainda que em contexto pandêmico. Portanto, deve se dar o mesmo tratamento às igrejas. Trouxe decretos do DF que permitiram a realização de cultos com regras de distanciamento. Ademais, citou o caráter filantrópico das instituições religiosas que são protegidos pelo art. 3º da CF/88 como elemento essencial para ao enfrentamento da pandemia.

Com efeito, percebe-se que os principais argumentos da decisão versam sobre liberdade religiosa, livre exercício do culto religioso e dignidade da pessoa humana e a amplitude dos

Poderes Executivos em limitarem constitucionalmente tais direitos. Há, indubitavelmente, uma forte presença de argumentos de princípios com adequação à autonomia do fenômeno jurídico.

4.8.18 ADPF 709 MC:

Trata-se de decisão cautelar na ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 709. A ADPF trata, essencialmente, sobre duas situações, quais sejam: a adoção, pelo Poder Executivo, de medidas de proteção e promoção da saúde dos Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato e, como segunda situação, a adoção de medidas mais amplas voltadas à saúde dos Povos Indígenas em geral.

A decisão cautelar na ADPF de 21 de outubro de 2020 negou homologação à segunda versão do Plano Geral para Enfrentamento e Monitoramento da COVID-19 para Povos Indígenas, determinando (i) a elaboração de novo Plano Geral, sob a coordenação do Ministério da Justiça e da Segurança Pública, com a participação do Ministério da Saúde, da FUNAI e da SESAI, e sem prejuízo da participação do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, a ser apresentado no prazo máximo de 20 dias, contados da ciência desta decisão; bem como (ii.a) determinação de apresentação dos dados discriminados no item 16, sobre atendimentos de saúde e entregas de cestas alimentares, no prazo de 10 dias, contados da ciência desta decisão relacionados com povos indígenas em Tis não homologadas, (ii.b) deve a União convocar nova reunião, no prazo de 48 horas contados da ciência desta decisão, e, após ela, observar periodicidade quinzenal para tais reuniões, nos termos do item 17 com relação ao funcionamento da sala de situação nacional para PIIRCs e (ii.c) deve a União informar e comprovar a sua concretização, inclusive quanto às 4 (quatro) TIs que estavam pendentes, relacionado com a implementação das barreiras à entrada pertinentes à prioridade (BRASIL, 2022).

Nesse ponto, é interessantíssimo como a decisão - amparada em argumentos de promoção dos direitos fundamentais e de proteção dos indígenas - faz uma autêntica revisão dos pressupostos empíricos dos atos públicos oriundos do Poder Executivo, promovendo a análise defendida por análise da relação de controle para com os espaços dogmáticos em casos de violação a direitos fundamentais amparados por pressupostos inseguros num caso em que há pressupostos empíricos satisfatórios no âmbito do Poder Judiciário, o que ocorre no caso em tela a partir do diálogo institucional entre Advocacia-Geral da União, Partidos Políticos,

Organizações da Sociedade Civil, Defensoria Pública da União, Conselho Nacional de Justiça, Procuradoria-Geral da República e União (BRASIL, 2022).

Com efeito, a fundamentação do Supremo Tribunal Federal, no caso em comento, faz interessante análise de controle dos pressupostos empíricos dos planos apresentados pelo Poder Executivo Federal. Além disso, ela alia tal revisão com a proteção dos direitos fundamentais dos povos indígenas. Também nessa decisão, reconhece-se adequação aos critérios propostos como forma de identificação de uma autêntica jurisdição constitucional de crise.

4.8.19 ADPF 709 MC-Ref

Trata-se de ADPF ajuizada por Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB), Partido Socialista Brasileiro (PSB), Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), Partido Comunista do Brasil (PC do B), Rede Sustentabilidade, Partido dos Trabalhadores (PT) e Partido Democrático Trabalhista (PDT). A ação tem por objeto um conjunto de atos comissivos e omissivos do Poder Público, relacionados ao combate à pandemia por COVID-19, que implicariam alto risco de contágio e de extermínio de diversos povos indígenas, em violação à dignidade da pessoa humana, prevista no art. 1º, inc. III, aos direitos à vida, forte no art. 5º, caput, e à saúde, consoante arts. 6º e 196, bem como ao direito de tais povos a viverem em seu território, de acordo com suas culturas e tradições, consoante art. 231 - todos da Constituição Federal. Segundo os requerentes, o contágio e a expansão da pandemia por COVID-19 estão ocorrendo em grande velocidade entre os povos indígenas, por possuírem maior vulnerabilidade imunológica, maior vulnerabilidade sociocultural e maior vulnerabilidade política.

No que respeita especificamente à presente ação, os requerentes imputam diversos atos comissivos e/ou omissivos ao Poder Público. O Ministro Relator deferiu parcialmente as cautelares.

Em relação aos povos indígenas em isolamento ou de recente contato, determinou diversas obrigações de fazer relacionadas com a proteção dos povos indígenas e políticas construídas a partir de diálogos institucionais. O Ministro (BRASIL, 2020s) estabeleceu algumas premissas da decisão, quais sejam: (i) os princípios da precaução e da prevenção, no que respeita à proteção à vida e à saúde; (ii) a necessidade de diálogo institucional entre o Judiciário e o Poder Executivo, em matéria de políticas públicas decorrentes da Constituição; e (iii) a imprescindibilidade de diálogo intercultural, em toda questão que envolva os direitos de

povos indígenas. Passou, após isso, ao exame das medidas cautelares. Corte referendou a cautelar concedida e a cautelar negada pelo Relator, sendo que o acompanharam os Ministros Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski, Rosa Weber, Gilmar Mendes, Luiz Fux, Marco Aurélio, Dias Toffoli.

5 CONCLUSÕES

A presente pesquisa teve por objetivo fazer uma análise da Jurisdição Constitucional Extraordinária brasileira. Para bem compreender e propor critérios para esse objetivo, foi necessário articular elementos que confluam de uma teoria do direito prescritiva de cunho cognitivista, da história institucional pátria e da realidade prática posta. Para tanto, três capítulos foram estruturados. Cada um é responsável por erguer uma perspectiva própria para a tese, sendo eles sobre filosofia e teoria do direito a partir de Robert Alexy com aportes e críticas da CHD de Lenio Streck, que teve por objetivo apresentar uma teoria da decisão judicial; sobre constitucionalismo e a história constitucional brasileira, o que possibilitou esclarecer e respeitar características e desafios próprios da tradição constitucional brasileira; e, finalmente, sobre a contemporaneidade político-jurídica nacional, que é marcada por um período de alta nos ciclos de degeneração constitucional e de polarização política.

Com isso, defendeu-se um conjunto de releituras e atualizações da proposta de Robert Alexy com a finalidade de adequá-las tanto às necessidades brasileiras como ao contexto de degeneração e crise constitucionais e polarização política. Apesar do rigorismo teórico e da racionalidade empreendida no projeto teórico alexyano, foram necessários ajustes e aportes hermenêuticos, uma vez que ele, por si só, não responderia aos anseios do pesquisador relacionados com o atual momento brasileiro. Diante disso, os argumentos centrais da tese são os seguintes:

I - Defendeu-se uma ampla margem de decisão política, utilizando-se da discricionariedade política em contraposição à ausência de discricionariedade no âmbito jurídico, estando as respostas jurídicas sempre vinculadas à necessidade de se buscar a resposta correta - ou, como afirma Lenio Streck, a resposta constitucionalmente adequada.

Para tanto, propôs-se uma releitura da Teoria dos Espaços Dogmáticos. A proposta refere-se à compreensão de legítimos espaços de decisão de cada Poder da República brasileira. Esses espaços são construídos a partir das normas constitucionais que estabelecem deveres, faculdades e proibições, utilizando-se a proposta de constituição-quadro alexyana. Os Poderes Políticos, sendo eles o Poder Legislativo e o Poder Executivo, estão constitucionalmente vinculados aos seus deveres e proibições e possuem um amplo espaço de discricionariedade política no âmbito das suas faculdades. Essa ação política discricionária invariavelmente estará inserida numa dinâmica própria do jogo político que produzirá desacordos morais razoáveis e

conflitos entre perspectivas constitucionais - algo natural em um país afeto ao pluralismo político.

O espaço de decisão do Poder Judiciário surge quando a ação política extrapola os seus limites constitucionais. Assim, surge o legítimo espaço de decidir do Poder Judiciário, ou seja, garantir que a ação política esteja inserida no seu âmbito constitucional de discricionariedade. Ponto mais sensível e não tão óbvio refere-se ao espaço epistêmico de discricionariedade. Ele está relacionado à competência para decidir se há ou não um espaço de liberdade política, ou seja, sobre a dúvida se a Constituição proíbe e demanda ou faculta. Como defendido, há duas espécies desse espaço: a empírica e a normativa. O espaço epistêmico de discricionariedade empírica refere-se às premissas empíricas, especificamente sobre se há segurança das prognoses empíricas pressupostas. Tal espaço refere-se aos argumentos preponderantemente fáticos. O espaço epistêmico de discricionariedade normativa refere-se, de outro giro, a argumentos preponderantemente jurídicos, ou seja, da definição do espaço constitucional de discricionariedade política. O espaço epistêmico de discricionariedade em tempos de normalidade constitucional deve ser exercido pelos Poderes Políticos - especialmente o Poder Legislativo.

A Teoria dos Espaços Dogmáticos demanda uma complementação substancial que não é plenamente satisfeita pelas regras da Teoria da Argumentação Jurídica. Ela exige uma abertura hermenêutica à tradição, à realidade constitucional contextualizada e à responsabilidade política. Esses são os aportes feitos nos pontos 2.6, 2.7 e 3.1. O legítimo espaço de decisão não se limita, portanto, apenas a uma análise de competência, mas exige, também, um exame substancial dos argumentos utilizados na construção da decisão. O exercício da jurisdição constitucional não significa apenas limitação formal ao seu espaço dogmático. Significa, também, correção dos argumentos utilizados dentro do seu constitucional espaço de atuação. Para realizar tal análise substancial, faz-se necessária a compreensão dos conceitos de responsabilidade moral e política e argumentação por princípio. Há, inclusive, uma confluência entre Alexy e Dworkin nesse aspecto, em razão da exigência de coerência e integridade na formação da jurisprudência constitucional. O grande ponto desse argumento é que ele condena decisões que, apesar de parecerem corretas isoladamente, não são compatíveis com uma teoria mais ampla de princípios e políticas integradas com outras e anteriores decisões igualmente acertadas. Fecha-se, com isso, uma elevada exigência de coerência no processo decisório da jurisdição constitucional.

Diante disso, exsurtem alguns importantes resultados teóricos, sendo eles o compromisso com o cognitivismo jurídico e, conseqüentemente, a racionalidade jurídica intersubjetiva; a autonomia do fenômeno jurídico, compreendido ele enquanto cooriginário da moral e passível de controle e conformação; a importância do constitucionalismo e da jurisdição constitucional enquanto controle do exercício de poder estatal, manutenção do próprio paradigma democrático contemporâneo e função contramajoritária por excelência; e a releitura da Teoria dos Espaços Dogmáticos enquanto proposta de divisão de legítimos espaços de decisão entre as instâncias políticas e jurídicas a partir de aportes hermenêuticos que forneçam critérios substanciais de controle e exame da legitimidade das decisões, devendo elas serem próprias do seu legítimo jogo de linguagem e dotadas de responsabilidade política.

II - Argumentou-se em prol da necessidade de adaptação da proposta teórica alexyana também para as necessidades e as características específicas do Brasil contemporâneo. Isso significa entender os elementos e os obstáculos centrais que marcaram o constitucionalismo brasileiro ao longo de sua história.

O processo de ascensão das cortes constitucionais no constitucionalismo ocidental funcionou como importante fator garantidor da proliferação democrática, do desenvolvimento e da manutenção da evolução dos direitos e, também, como oriundo de composições políticas condicionais. Nesse ponto, adquire relevância o argumento de Samuel Issacharoff de que a jurisdição constitucional exercida pelas Cortes possui um importante papel na manutenção do projeto democrático, que é especialmente exercido em momentos de crise ou de transição democráticas.

No Brasil, esse processo não foi diferente. Sobre as características específicas do constitucionalismo nacional, entende-se que ele é caracterizado por uma baixa constitucionalidade, que funciona como fator preponderante para uma baixa efetividade das normas constitucionais brasileiras. Isso ajuda a explicar as dificuldades estruturais dos projetos democráticos de 1891 e 1946, assim como as derrocadas para os governos autoritários de 1937 e 1964. Frequentemente, as constituições brasileiras falharam em conformar o exercício de poder e obstaculizar a manifestação e o surgimento de movimentos autoritários. Ademais, o constitucionalismo brasileiro é marcado, também, pelo que se chamou de baixa jurisdicionalidade constitucional autêntica. Isso significa que a justiça constitucional brasileira adotou, frequentemente, uma postura contida e parcimoniosa para com o exercício do Poder Político, o que diversas vezes custou promessas e garantias constitucionais. Reconhece-se que

essa postura, em alguns momentos, foi imposta pela força dos Poderes Políticos. Há períodos de exceção, como foi demonstrado nos subcapítulos 3.6 e 3.8.

Apesar disso, o Poder Judiciário brasileiro e, especialmente, o Supremo Tribunal Federal ascenderam aos patamares de mais alta significação constitucional no Brasil contemporâneo. O Tribunal Supremo brasileiro, ao longo da nossa história, expandiu suas competências, fortaleceu sua importância política, ampliou seu espaço de jurisdição constitucional e transformou sua postura. O próprio sistema político brasileiro contribuiu para isso, visto que, em diversos momentos, o Poder Judiciário foi o escolhido dentro do sistema para assegurar avanços civilizatórios como a defesa do federalismo, a higidez do sistema eleitoral, a concretização dos direitos prestacionais e dos trabalhadores e a própria coerência constitucional. Sistemáticamente, portanto, na história brasileira, depositou-se confiança no Poder Judiciário para garantir avanços e corrigir o nosso sistema político-constitucional.

Esse movimento, ao longo da história, contribuiu para criar as condições de possibilidade de uma alteração de paradigma sob a égide da Constituição de 1988. O atual projeto democrático-constitucional brasileiro é marcado por uma visível ascensão ativa da jurisdição constitucional dotada de alta constitucionalidade, pelo menos numa perspectiva histórica. Esses fatores contribuem significativamente tanto para a manutenção da estabilidade constitucional como para a conformação do exercício do Poder Político.

III - Apesar da significação do Supremo Tribunal Federal para o constitucionalismo brasileiro, há de se atentar para o papel que o Poder Executivo Federal exerceu, ao longo da nossa história, como fator de desequilíbrio constitucional. Há diversos exemplos históricos brasileiros de acumulação e centralização dos poderes no Executivo, o que frequentemente foi feito no exercício da força. Como já afirmado, o Poder Executivo Federal substituiu a própria supremacia constitucional por diversas vezes, adquirindo relevante protagonismo associado a um autoritário exercício de poder estatal.

Na presente pesquisa, no subcapítulo 3.6, demonstrou-se como a vigência da Constituição de 1824 foi marcada por um conflito entre o poder real e o princípio democrático liberal, no qual o primeiro insistentemente prevaleceu. Além dela, foram ressaltados os excessos cometidos nas intervenções federais pelo Poder Executivo Federal na Primeira República, muitas vezes de forma autoritária e sem os adequados mecanismos de freios e de limitações constitucionais. Em sentido semelhante, as Constituições de 1934 e 1937 foram marcadas por baixíssima constitucionalidade, servindo como mero instrumento para que o Poder Executivo Federal, na pessoa de Getúlio Vargas, governasse de forma autoritária.

De outro giro, a Constituição de 1946 foi a primeira tentativa de um sistema de presidencialismo de coalizão. Nela, assim como sob a égide da Lei Fundamental de 1891, há julgados importantes contra o abuso do poder estatal e a favor de uma maior constitucionalidade. Mesmo assim, a jurisdição constitucional apresentou um considerável nível de autocontenção e de parcimônia na conformação do Executivo Federal. Posteriormente, já com a Constituição de 1969, novamente a realidade nacional enfrentou um governo autoritário marcado por baixa constitucionalidade e baixa jurisdicionalidade constitucional. Com efeito, é inegável o perigo histórico que existe, para a continuidade do projeto constitucional-democrático brasileiro, numa concentração excessiva dos poderes no Poder Executivo Federal.

IV - Concluiu-se, a partir da doutrina e de pesquisas do *The Policy Institute* ligado ao *King's College of London*, Ong Transparência Internacional, *Varieties of Democracy* e Fundação Getúlio Vargas e pesquisas eleitorais da Datafolha e PoderData, que o Brasil contemporâneo está em uma alta do seu ciclo de polarização e em uma alta do seu ciclo de degeneração constitucional. Ainda, esses ciclos influenciam a jurisdição com foco no Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, defendeu-se a necessidade de uma teoria da decisão judicial própria para a jurisdição constitucional em momentos de ameaça ou de efetiva crise constitucional amparada na realidade brasileira. A identificação da crise pandêmica da COVID-19 como uma ameaça de crise constitucional de tipo 2 e os diversos casos postos aos cuidados do Supremo Tribunal Federal nesse período reforçam enormemente a necessidade aqui defendida. Para tanto, a intenção é propor uma teoria brasileira que forneça critérios formais e substanciais para a jurisdição constitucional extraordinária exercida pelo Supremo Tribunal Federal nesses momentos.

V - Diante dos pontos I, II, III e IV, entendeu-se que há uma alteração substancial da proposta alexyana a ser feita para propor critérios adequados a uma legítima jurisdição constitucional extraordinária brasileira de enfrentamento a crises constitucionais. Na proposta de Robert Alexy, o autor argumenta que os limites constitucionais para a atuação política são as obrigações e proibições constitucionais. Aquilo que é permitido, então, estará dentro da margem discricionária da atuação política. Contudo, há indeterminação nas disposições constitucionais, razão pela qual podem existir dúvidas e desacordos jurídicos razoáveis sobre o que a Constituição proíbe, obriga ou permite. Segundo a Teoria dos Princípios alexyana, nos casos de dúvida razoável, surge espaço legítimo de discricionariedade para o Poder Legislativo,

que o exerce tanto com discricionariedade empírica, que se refere às premissas empíricas e fáticas, como com discricionariedade normativa, que se relaciona com as premissas normativas, ou seja, sobre a determinação dos significados das disposições constitucionais. Esse último espaço de discricionariedade normativa refere-se, na essência, sobre a própria definição dos limites. Isso é a solução da dúvida sobre se a Constituição determina, veda ou faculta algo.

A segunda versão do sistema de presidencialismo de coalizão brasileiro cria uma elevada interdependência entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo. Além disso, a Constituição Federal de 1988, em termos históricos, entregou considerável influência Executiva na agenda do Legislativo, criando as condições de possibilidade para uma relação instável, ineficiente, cara, propensa a negociações fisiológicas e interdependente. Tais características, aliadas aos instrumentos legislativos e à significação política e histórica da Presidência da República, possibilitam que o principal ator político a responder à crise, em primeira ordem, seja o próprio Poder Executivo Federal. Tal fato ocorreu na crise pandêmica da COVID-19. A Presidência da República exerceu ativamente funções constitucionais administrativas e legislativas frente à crise pandêmica. Contudo, diversas ações foram focos de controvérsia e de dúvida sobre sua higidez constitucional. De forma indireta, o Poder Executivo Federal advogou em prol da sua legitimidade para o próprio exercício da discricionariedade normativa como desdobramento do princípio formal da democracia.

Num exercício de abstração e noutro de análise histórica, é possível perceber uma certa inclinação de o Poder Executivo Federal ocupar a primeira ordem de respostas às crises constitucionais de qualquer das três espécies identificadas no subcapítulo 4.3. Nessa mesma linha de raciocínio, também é possível perceber que a tendência será a tentativa de ocupar e instrumentalizar o espaço de discricionariedade normativa pelos Poderes Políticos representativos. Contudo, em momentos de crise constitucional, entende-se que não são eles - os Poderes Políticos da República - os mais adequados para exercerem a discricionariedade normativa. A jurisdição constitucional extraordinária, exercida pelo Supremo Tribunal Federal, deverá ser a responsável pelo exercício extraordinário do chamado espaço epistêmico de discricionariedade normativa, ou seja, da definição, diante da dúvida razoável, sobre o que a Constituição permite, proíbe ou faculta.

Quatro são os principais argumentos em prol dessa transferência de poder. Primeiro, o exercício desse poder pela jurisdição constitucional e pelo Supremo Tribunal Federal possuirá um maior número de mecanismos de controle, o que reforçará a manutenção do projeto constitucional, do que se exercido pelo Poder Executivo ou pelo próprio Poder Legislativo.

Dentre esses mecanismos de controle, ressaltam-se a redução de possibilidades de exercício da força, conforme lição nº 78 dos Federalistas. Afinal, enquanto o Supremo Tribunal Federal possui limitados mecanismos de defesa relacionados com a sua própria garantia de existência, o Poder Executivo possui o comando das Forças Armadas com toda a carga histórica brasileira que isso carrega. Além disso, o Supremo Tribunal Federal e a jurisdição constitucional como um todo estão atrelados ao dever de fundamentação das decisões judiciais, à autoridade dos seus precedentes, ao constrangimento epistemológico da doutrina e à teoria da decisão. Esse complexo de fatores possibilita uma maior conformação das decisões judiciais que das decisões políticas em prol da manutenção do projeto constitucional-democrático, conforme argumento alexyano. Segundo, o Poder Judiciário possui legitimidade constitucional para tanto, visto que ele exerce representação argumentativa no projeto constitucional brasileiro. Essa representação argumentativa, principalmente do guardião da Constituição, cria um ônus de fundamentação do Supremo Tribunal Federal que o vincula umbilicalmente a argumentos constitucionais, o que reforça o seu alinhamento com o paradigma constitucional. Terceiro, o Poder Executivo Federal tende a concentrar e a expandir seus poderes diante de crises constitucionais, o que dificulta a sua fiscalização. O Supremo Tribunal Federal, no exercício da jurisdição constitucional dotada do legítimo espaço de decisão, funcionará como um autêntico contrapeso à provável atitude expansionista do Poder Executivo Federal. Diante desse tensionamento, a expectativa é de que ele resulte numa limitação mútua da expansão de poderes, possibilitando a continuidade do projeto constitucional-democrático. Quarto, a proposta teórica é que o exercício do espaço epistêmico de discricionariedade normativa exercida pelos Poderes Políticos seja exercido pelo Supremo Tribunal Federal como um autêntico espaço epistêmico de interpretação normativa, uma vez que vinculado à teoria da decisão proposta. Esse espaço de decisão não poderá ser decisionista ou autoritário. A Suprema Corte brasileira não é e não pode ser autoritária. A proposta é que o Tribunal decida sempre com o ônus argumentativo e a responsabilidade moral e política do órgão de cúpula do Judiciário, que possui o dever constitucional de dar respostas adequadas à Constituição. Isso consolida a compreensão do exercício desse espaço como interpretativa e, logo, limitada estruturalmente pelos fatores já mencionados - com destaque para sua história institucional, sua jurisprudência e a doutrina. Como a proposta não é a de simplesmente transferir o polo de tensão e alocar o Supremo Tribunal Federal no papel de Legislador, foi feita uma nova proposta de nomenclatura, sendo ela de espaço epistêmico de interpretação normativa.

Aqui, faz-se mister retomar o aviso da introdução, ou seja, relembrar que a proposta teórica da tese lida com uma abertura hermenêutica da teoria (STRECK, 2014c) ao contexto institucional brasileiro. A clareza dessa confluência entre teoria e contexto das instituições é essencial para a proposta do trabalho. Nesse sentido que, mais uma vez, se afirma: a proposta não é compreender o Supremo Tribunal Federal como superego da nação, mas sim de compreendê-lo como guardião da Constituição. Levar a Constituição a sério implica retornar à metáfora do árbitro de futebol do Prof. Lenio Streck. Quando a democracia funciona, o direito age como um bom árbitro num jogo de futebol saudável, ou seja, não é notado. Ele entra em campo para demarcar espaços quando ocorrem desvirtuamentos sistêmicos que colocam em xeque seu próprio projeto.

Com efeito, o espaço deslocado para o Supremo Tribunal Federal e a resignificação dada ao alocar o espaço epistêmico de interpretação normativa na jurisdição constitucional da corte são contingenciais. Tal espaço depende de uma série de fatos democráticos que, inclusive, se relacionam com os próprios mecanismos de controle do Tribunal como o constrangimento epistemológico, a autoridade da tradição, a racionalidade das decisões, entre outros, para que a atuação da corte não desborde.

A democracia é um processo complexo que não se confunde exclusivamente com o Legislativo, com o Executivo e, tampouco, com o Judiciário. Contudo, ela depende de uma integração racional entre as ações desses poderes e o próprio direito, enquanto fenômeno autônomo e conformador do exercício de poder.

VI - Diante do ponto V, foram propostos 6 *core values* como critérios de legitimação e correção da jurisdição constitucional extraordinária brasileira, sendo eles a autonomia do Direito, a supremacia da Constituição Federal de 1988, a primazia dos direitos fundamentais em harmonia com o pluralismo político, a preservação do federalismo, a conservação da separação de poderes e a responsabilidade política. Cada valor fundamental estende-se em um mecanismo de proteção do projeto constitucional na crise constitucional.

O primeiro - um autêntico compromisso com a autonomia do Direito - desdobra-se na exigência de uma postura cognitivista de compreensão do fenômeno jurídico aliada a uma defesa da característica autônoma do fenômeno. Isso significa dizer que há critérios nas decisões judiciais que são passíveis de controle intersubjetivo e de conformação. Na prática, isso proporcionará a análise e a crítica da fundamentação judicial empregada nos múltiplos casos jurídicos. Com efeito, afastam-se posições niilistas, emotivistas, subjetivistas, solipsistas e autoritárias na senda do desenvolvido nos pontos 4.6 e 4.7. No presente trabalho, esses

critérios são compreendidos a partir das releituras das propostas alexyanas conjugadas com aportes hermenêuticos de Streck e Dworkin. Como exemplo, isso significará um devido respeito às regras do discurso moral e do jurídico, assim como a utilização exclusiva de argumentos de princípio na fundamentação judicial.

O segundo – o respeito à supremacia da Constituição Federal de 1988 – deve ser compreendido a partir de duas propostas, quais sejam: a necessária abertura hermenêutica da jurisdição constitucional à crise ocorrida e a releitura da distribuição dos espaços dogmáticos. Explica-se. Como primeira proposta, defendeu-se que a correta interpretação e aplicação da Constituição em momentos de crise constitucional exige uma abertura à realidade imposta pela crise, o que provavelmente significará uma busca por alternativas (MENDES, 2020) à realidade imaginada pelo legislador ou constituinte. Isso implica, invariavelmente, aceitar como norte interpretativo a noção de que a ficção jurídica não pode ser usada para eliminar a própria finalidade para a qual foi criada; portanto, os mecanismos legais e constitucionais passarão por relativizações, nas situações de ameaça ou efetiva crise constitucional, para proteger os próprios fins que justificam sua existência. A segunda proposta referiu-se à redistribuição dos espaços dogmáticos como visto no primeiro capítulo, no último e no tópico V acima. Na síntese, a questão versa sobre quem tem a competência para decidir sobre o espaço substancial de discricionariedade constitucional, ou seja, de decidir, em casos de verdadeira dúvida, quando há um espaço que a Constituição deixa livre à discricionariedade dos Poderes Políticos ou não. Em tempos de normalidade, trata-se de um espaço próprio do legislador. Em tempos de crise, defende-se que esse espaço deve ser ocupado pelo Supremo Tribunal Federal. A justificativa, a partir de uma confluência de argumentos dos capítulos 2 e 3, está no risco de o Poder Executivo Federal abusar dos seus poderes num cenário de crise constitucional, conforme perspectivas histórica, política e constitucional.

O terceiro - a primazia dos direitos fundamentais em harmonia com o pluralismo político - desdobra-se num duplo cuidado e critério de controle. Primeiro, a crise necessitará de respostas emergenciais. Apesar de óbvio, é importante explicitar que todas as ações de resposta a ela deverão estar fundadas num autêntico compromisso com a efetivação dos direitos fundamentais. Contudo, como visto no primeiro capítulo, a discussão sobre direitos fundamentais está suscetível a profundos desacordos razoáveis. Se na própria jurisdição constitucional ordinária há uma elevada dificuldade de harmonização do sistema de direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988, tudo indica que mais difícil será essa coerência nos momentos de crise. As primeiras respostas emergenciais virão, provavelmente, do Poder

Executivo Federal por intermédio de atos normativos como Medidas Provisórias ou Decretos. O histórico de abuso desses atos é inegável assim como a preocupação contemporânea com o retrocesso democrático, consoante visto no subcapítulo 4.2., oriundo de ações do Executivo. Diante desses dois pontos de cuidado, os critérios são a capacidade de controle das ações do Poder Executivo pelo Supremo Tribunal Federal a partir do devido respeito à fronteira entre o jurídico e o político, o que se alinha diretamente com a releitura dos espaços dogmáticos na crise, e a necessidade de respeito, por parte do Supremo Tribunal, ao pluralismo político. Esse segundo ponto é especialmente importante, visto que a primazia dos direitos fundamentais comportará, obviamente, divergências. Se elas existem em períodos de normalidade, elas serão ainda mais presentes na crise. Com efeito, a revisão judicial deve estar amparada, também, num autêntico respeito ao pluralismo político. Proibida, então, estará a eliminação de posições legítimas que, apenas, privilegiam direitos fundamentais contrapostos dentro do legítimo espaço de discricionariedade dos Poderes Políticos.

O quarto - a preservação do federalismo - refere-se à necessidade de conservação do federalismo brasileiro como mecanismo de controle. Nesse sentido, funcionará o Supremo Tribunal Federal como autêntico tribunal da federação, sendo ele o responsável por solucionar os conflitos federativos que provavelmente surgirão das crises. Além disso, trata-se, também, de uma garantia de renovação constitucional em períodos de alta do ciclo de degeneração, consoante estudado no subcapítulo 4.4.

O quinto - a conservação da separação dos poderes - desdobra-se, também, em um critério de interpretação. Isso significa que o contexto de crise constitucional provavelmente criará circunstâncias para que os Poderes da República se movimentem em prol da expansão dos seus poderes, invadindo espaços de legítima atuação dos outros. Como já afirmado, o Poder Executivo Federal, nesse ponto, é o poder historicamente mais ameaçador para a integridade constitucional. Como consequência, naturalmente surgirão disputas em torno da concentração de poder em Poderes da República que exigirão a atuação do Supremo Tribunal Federal. Isso, por si só, legitima a atuação do Supremo Tribunal Federal como fiscalizador de atos públicos que potencialmente violam a Constituição Federal. Contudo, essa atuação não é, por ela mesma, livre. A sua legitimidade está vinculada à Constituição e aos critérios propostos da teoria da Jurisdição Constitucional Extraordinária. Para tanto, é imprescindível que, no exercício da sua jurisdição extraordinária, o Supremo Tribunal Federal respeite os legítimos espaços de atuação de cada um dos Poderes da República, conforme apresentado na Teoria dos Espaços Dogmáticos nos subcapítulos 2.6, 2.7 e 4.7. A conservação da separação dos poderes, portanto,

implica tanto a legitimidade da atuação do Supremo Tribunal Federal para manter a supremacia constitucional em contraponto aos movimentos de concentração e expansão de poder dos órgãos políticos, como na necessidade de autocontenção contingencial em prol dos legítimos espaços de atuação de cada Poder da República.

O sexto - a responsabilidade política - implica exigência de *accountability* no sentido da obrigação de os Poderes da República prestarem contas de suas ações, o que é, justamente, uma das principais vantagens da democracia em uma crise. Isso significa que o combate à crise constitucional pressupõe ações públicas com transparência, prestação de contas e responsabilidade, o que permite e maximiza os mecanismos de controle do exercício de poder. No tocante ao Supremo Tribunal Federal, em razão de características próprias do fenômeno jurídico e da sua posição constitucional de árbitro da federação e de principal intérprete da Constituição, há um dever adicional de correção na fundamentação das decisões judiciais. Isso é assim em razão da defesa da compreensão cognitivista do Direito, da própria representação argumentativa do Supremo - e do Poder Judiciário como um todo - e da responsabilidade moral que cerca a corte, consoante visto nos subcapítulos 2.1, 2.6 e 3.1. e 3.3.

VII - Diante dessa proposta, foi feita análise de julgados pelo Supremo Tribunal Federal em casos de grande repercussão oriundos da crise pandêmica da COVID-19. Os principais casos analisados referem-se à competência dos entes federados para legislar e adotar medidas de combate à pandemia (MC na ADIN nº 6.341/DF, MC-ref. na ADPF nº 672/DF), flexibilização da Lei de Responsabilidade Fiscal em prol de medidas de combate à pandemia (MC na ADIN nº 6.357/DF), instalação da comissão parlamentar de inquérito para investigar ações e omissões do Governo Federal na pandemia (MC no MS nº 37.760/DF), funcionamento do Congresso Nacional na pandemia (MC na ADPF nº 663/DF), transparência e publicidade das medidas de combate à pandemia (MC na ADPF nº 690/DF) entre outros.

Como conclusão das análises, entendeu-se pela ampla legitimidade e pela correção do Supremo Tribunal Federal nas decisões estudadas. A Jurisdição Constitucional Extraordinária exercida pelo Supremo Tribunal Federal, especial no tocante à competência dos entes federados para combater à pandemia da COVID-19, seguiu os critérios propostos, estando fortemente pautada na autonomia do Direito, na supremacia da Constituição Federal de 1988, na primazia dos direitos fundamentais, na preservação do federalismo, na conservação da separação de poderes e na responsabilidade política. No caso específico da competência dos entes federados, o Supremo Tribunal Federal exerceu a jurisdição com amplo compromisso com a sua tradição

e sua jurisdição ordinária, reassegurando os comandos constitucionais e preservando os legítimos espaços de decisão de cada Poder da República e de cada ente federado.

Também no caso de flexibilização da Lei de Responsabilidade Fiscal e da Lei de Diretrizes Orçamentárias, a atuação do Supremo Tribunal Federal foi essencial na preservação dos princípios constitucionais. O aspecto fundamental da decisão foi perceber e assegurar que os mecanismos de controle dos gastos públicos, criados em prol da austeridade fiscal e orçamentária como forma de tutela dos direitos dos cidadãos, não podem servir como entrave às necessárias políticas públicas de enfrentamento à crise que objetivam, justamente proteger os mesmos direitos dos cidadãos. Trata-se da abertura hermenêutica à crise, ou seja, a ficção jurídica não pode ser usada para eliminar a própria finalidade para a qual foi criada.

Os casos analisados confirmaram dois aspectos importantes e dignos de nota. O primeiro é que a atuação do Supremo Tribunal Federal no enfrentamento à crise constitucional oriunda da pandemia da COVID-19 foi legítima, reflexo da supremacia da Constituição Federal de 1988 e da tradição da corte constitucional brasileira, orientada por bons critérios e, na sua maioria, fundada por argumentos de princípios. Reconhecer a legitimidade da Jurisdição Constitucional Extraordinária brasileira estreada na Crise da COVID-19 é um importante sintoma de estabilidade constitucional e de sucesso no projeto constitucional-democrático brasileiro. Na perspectiva do pesquisador, tal ponto, por si só, justifica toda a pesquisa feita.

O segundo é a confluência entre os fundamentos das decisões do Supremo Tribunal Federal com os critérios propostos na presente tese. É interessante perceber que há reciprocidade entre o referencial escolhido na pesquisa e os critérios eleitos para análise e pela fundamentação judicial empregada no âmbito da Jurisdição Constitucional Extraordinária. A adequação não é plena, mas o saldo é indubitavelmente positivo.

Com efeito, apesar de concluir pela alta dos ciclos de degeneração constitucional e de polarização política, de apontar a fragilidade da estabilidade político-constitucional brasileira e de reconhecer elevados desafios na questão de construção de capacidade estatal brasileira como forma de concretização das promessas constitucionais, – todos esses desafios nacionais de alta importância e de difícil superação –, o Brasil avançou. Há conquistas civilizatórias a serem celebradas. Justamente nesse sentido é que se conclui positivamente pela correção e pela legitimidade da Jurisdição Constitucional Extraordinária do Supremo Tribunal Federal no enfrentamento à crise constitucional da COVID-19.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ABBOUD, Georges. Democracia e Forbearance. **Revista dos Tribunais**, vol. 229, 2020, jan. 2020, pp. 19-42.

ABBOUD, Georges. Juristocracia Delegativa. In: **Jurisdição e Hermenêutica constitucional** - em homenagem a Lenio Streck. São Paulo: GZ, 2017, pp. 211 a 227.

ABBOUD, Georges. **Processo Costitucional Brasileiro**. Ed. 2020. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

ABBOUD, Georges. Submissão e juristocracia. **Revista de Processo**, Direito e Literatura, Vol. 258, agosto de 2016.

ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de coalizão: em transe e crise democrática no Brasil. **Revista Euro Latinoamericana de Análisis Social e Político**, a. 2, nº 3, 2020, pps. 67-79.

ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. **Revista de ciências sociais**, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, 1988, pp. 5 a 34.

ABRANCHES, Sérgio. **Presidencialismo de coalizão: Raízes e evolução do modelo político brasileiro**. São Paulo: Companhia das letras, 2018.

ADAMS, Luís Inácio. Crise constitucional e crise política. "Público x Privado" da **Revista Consultor Jurídico**, publicado em 30 de agosto de 2021. Disponível no link: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-30/publico-privado-crise-constitucional-crise-politica#author>. Acesso em 09/01/2022.

ALBINI, Pietro Luigi. **Principii di filosofia del diritto**. Editora: Tip. Antonio Spargella e figlio, 1857.

ALBINI, Pietro Luigi. **Saggio analítico sul diritto e sulla scienza ed istruzione politico-legale**. Vigevano Editora: pietro vitali e comp, 1839.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. 4.ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015a.

ALEXY, Robert. Formal principles: Some replies to critics. **International Journal of Constitutional Law**. Vol. 12, I. 3, Julho de 2014, p. 511-524.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. 4.ed. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2017a.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017b.

ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. 2. Ed. Trad. Alexandre Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015b.

ALEXY, Robert. The dual nature of law. **Ratio Juris**. Vol. 23. N. 2. Junho de 2010, p. 167-182.

ALFIERI, Vittorio. Della tirannide. **V. Alfieri: Scritti politici e morali**. Asti: Casa d'Alfieri, 1996.

ALVIM, Frederico Franco. O implemento do método democrático na história da democracia. **Revista Eletrônica da EJE**, Brasília, ano 3, n. 2, 2013. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/o-tse/escola-judiciaria-eleitoral/publicacoes/revistas-da-eje/artigos/revista-eletronica-eje-n.-2-ano-3/o-implemento-do-metodo-democratico-na-historia-da-democracia>>. Acesso em: 23 de agosto de 2019

ARANTES, Rogério Bastos. **Judiciário e política no Brasil**. São Paulo: IDESP, 1997.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Nova Cultura, 1991.

ARISTÓTELES. **Nicomachean Ethics**, Trad. W. D. Ross. Kitchner: Batoche Books, 1999.

ARISTÓTELES. **Politics**, Trad. Benjamin Jowett. Kitchner: Batoche Books, 1999.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. **Quem somos?** A magistratura que queremos. Rio de Janeiro: AMB, 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/2/art20190211-04.pdf>>. Acesso em 15 de agosto de 2020.

ATIENZA, Manuel. **Las Razones del Derecho**. Universidad Nacional Autónoma de México: D.F., 2005.

AUSTIN, J. L. **How to do things with words**. Oxford University Press: Oxford, 1962.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, nº 215, 1999.

AVRITZER, Leonardo. **Política e antipolítica**. São Paulo: Editora Todavia, 2020.

BALKIN, Jack M. Constitutional crisis and constitutional rot. In: **Constitutional Democracy in Crisis?** Ed. Marl A. Graber, Sanford Levinson and Mark Tushnet. New York: Oxford University Press, 2018.

BALKIN, Jack M.; LEVINSON, Sanford. Understanding the Constitutional Revolution, 87 **Va. L. Rev.** 1045, 1066 (2001).

BALKIN, Jack M. LEVINSON, Sanford. The processes of constitutional change: From Partisan Entrenchment to the National Surveillance State. **Fordham Law Review**, vol 75, Yale Law School, Public Law Working Paper No. 120, 2006, pp. 101 a 145.

BALKIN, Jack M. Race and the Cycles of Constitutional time. **Missouri Law Review**, v. 86, pp. 444 a 483.

BALKIN, Jack M. **The Cycles of Constitutional time**. Londres: Oxford University Press, 2020

BARBOSA, Ruy. **Pensamento e ação de Rui Barbosa**. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1999.

BARCELOS, Guilherme Rodrigues Carvalho. **Crítica Hermenêutica do Direito eleitoral: o julgamento da chapa Dilma-Temer no Tribunal Superior Eleitoral**. Dissertação. Programa de Pós-graduação em direito da universidade do vale do rio dos sinos. Orientador: Prof. Dr. Miguel Tedesco Wedy. São Leopoldo, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: O supremo, seus papéis e seus críticos. Posfácio do **A razão sem voto: diálogos Constitucionais com Luís Roberto Barroso**. 2017. Também disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/contramajoritario-representativo-e-iluminista-o-supremo-seus-papeis-e-seus-criticos>. Acesso em: 13/10/2017.

BERLIN, Isaiah. Two Concepts of Liberty. **Four essays on Liberty**. Oxford: Oxford University Press, 1969.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**; por uma teoria geral da política. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1997b.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1997a.

BOCKENFORDE, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**. Trad. Rafael Serrano. Madrid: Trotta, 1991.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 8. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 43**, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. do acórdão Min. Edson Fachin, DJ 07.11.2019, DP 11.11.2019a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 44**, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. do acórdão Min. Edson Fachin, DJ 07.11.2019, DP 11.11.2019b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 54**, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 07.11.2019, DP 11.11.2019c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2.076**, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ. 08.08.2003, DP. 15.08.2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3.682**, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 09.05.2007, DP 17.05.2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6.299**. Rel. Min. Luiz Fux. DJ 22.01.2020. DP 03.02.2020a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6.299**. Rel. Min. Luiz Fux. Decisão de Dias Toffoli. DJ 15.01.2020. DP 03.02.2020b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6.341**. Rel. Min. André Mendonça, Red. do acórdão Min. Edson Fachin, DJ 15.04.2020, DP 16.04.2020c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6343 MC-Ref**. Rel. Min. Marco Aurélio. Red. Min. Alexandre de Moraes. DJ 06.05.2020, DP 17.11.2020d.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6347 MC- Ref**. Min. Rel. Alexandre de Moraes. DJ 03.04.2020, DP 11.08.2020e.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6353 MC-Ref.** Min. Rel. Alexandre de Moraes. DJ 30.04.2020, DP 14.08.2020f.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6.357.** Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJ 13.05.2020, DP 15.05.2020g.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6357 MC-Ref.** Min. Rel. Alexandre de Moraes. DJ 13.05.2020, DP 14.08.2020h.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6359 MC-Ref.** Rel. Min. Rosa Weber. DJ 14.05.2020, DP 10.11.2020i.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6.421.** Rel. Min. Roberto Barroso, DJ 21.05.2020, DP 06.06.2020j.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6.475.** Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 17.05.2021, DP 27.05.2021a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6625 MC-Ref.** Rel. Min. Ricardo Lewandoski, DJ 08.03.2021, DP 12.04.2021b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO 26.** Rel. Min. Celso De Mello, DJ 13.06.2019, DP 06.10.2020k.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 549 Agr.** Rel. Min. Celso de Mello. DJ 24.08.2020. DP 24.09.2020l.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 635.** Rel. Min. Edson Fachin, DJ 18.08.2020, DP 19.08.2020m.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 635 MC-TPI-Ref.** Min. Rel. Edson Fachin. DJ 05.08.2020, DP 09.11.2020n.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 663.** Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJ 08.09.2021, DP 15.09.2021c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 672.** Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJ 13.10.2020, DP 29.10.2020o.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 675**. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 19.04.2020, DP. 22.04.2020p.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **APDF 676**, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJ 21.10.2020, DP 23.10.2020q.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 687**. Rel. Min. Luiz Fux. DJ 01.06.2020, DP 03.06.2020r.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 690**. Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJ 15.03.2021, DP 19.03.2021d.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 701 MC-Ref.** Rel. Min. Nunes Marques. DJ 15.04.2021. DP 16.04.2021e.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 709**. Rel. Min. Roberto Barroso, DJ 02.03.2022, DP 03.03.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 709 MC-Ref.** Rel. Min. Roberto Barroso. DJ 05.08.2020, DP 07.10.2020s.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 5.140**, Rel. Min. Pires e Albuquerque, DJ em 09.07.1919.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 84.078**, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 05.02.2009, DP 17.02.2009

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126.292**, Rel. Min. Teori Zavascki, DJ 16.05.2016, DP 17.05.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MI 20**. Rel. Min. Celso de Mello, DJ 19.05.1994, DP 22.11.1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MI 107**. Rel. Min. Moreira Alves, DJ 21.11.1990, DP 02.08.1991.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MI 232**. Rel. Min. Moreira Alves, DJ 02.08.1991, DP 16.08.1991b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MI 670**. Rel. Min. Maurício Corrêa, Red. do acórdão Min. Gilmar Mendes, DJ 25.10.2007, DP 06.11.2007b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MI 708**. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 25.10.2007, DP 06.11.2007c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MI 4.733**. Rel. Min. Edson Fachin, DJ 13.06.2019, DP 29.09.2020t.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 1.423**. Rel. Min. Luiz Gallotti, DJ. 22.02.1951.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 3.557**. Rel. Min. Hahnemann Guimarães, DJ. 14.12.1955.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 37.760**. Rel. Min. Roberto Barroso, DJ 14.04.2021, DP 15.04.2021f.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Representação 93**. Rel. Min. Aníbal Freire, DJ 16.07.1947

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Representação 94**. Rel. Min. Castro Nunes, DJ 17.07.1947b.

BURNS, Arnold I.; MARKMAN, Stephen J. Understanding Separation of Powers. **Pace L. Rev.** Vol. 7, issue 3 Spring-Summer 1987, p. 575-607 (1987) Available at: <http://digitalcommons.pace.edu/plr/vol7/iss3/2>.

CALMON, Pedro. **Curso de direito constitucional brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Estado de Direito**. Coimbra: Fundação Mário Soares e Gradiva, 1999.

CARLE, Giuseppe. **Saggio sulla genesi e derivazione dei diritti**. Editora: V. Bona, 1873.

CHOUDHRY, Sujit. Will democracy die in darkness? **Constitutional Democracy in Crisis?** Ed. Marl A. Graber, Sanford Levinson and Mark Tushnet. New York: Oxford University Press, 2018.

CLARK, Jan Katherine. **Of kings and popes and law**: An Examination of the Church and State Relationship in England During the High Middle Ages and the Influence of that Relationship on the Structure and Processes of English Law. A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree of MASTER OF LAWS in the Faculty of Law of University of Victoria. Professor Emeritus John McLaren, Co-Supervisor (Faculty of Law) Professor Hamar Foster, Q.C., Co-Supervisor (Faculty of Law). 2012, 152 p.

J. J. Gomes Canotilho et al.; outros autores e coord. Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck e Gilmar Ferreira Mendes. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018

Comentários ao caput do art. 5º por André Rufino do Vale e Ingo Wolfgang Sarlet. Em: *Comentários à Constituição do Brasil*. J. J. Gomes Canotilho et al.; outros autores e coord. Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck e Gilmar Ferreira Mendes. 2. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

Comentários ao art. 92 por Gilmar Ferreira Mendes e Lenio Luiz Streck. Em: *Comentários à Constituição do Brasil*. J. J. Gomes Canotilho et al.; outros autores e coord. Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck e Gilmar Ferreira Mendes. 2. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CONSTANT, Benjamin. **Principes de politique applicables à tous les gouvernements** (1806-1810), PARIS: éd. Étienne Hofmann, 1815. Disponível em: <http://www.dominipublico.gov.br/download/texto/ga000336.pdf>. Acesso em 21/05/2022.

COPELLI, Giancarlo Montagner. O discurso populista e a tentativa de reescrever a Constituição. *Diário de Classe*. **Revista Consultor Jurídico**. 10 de agosto de 2019. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2019-ago-10/diario-classe-discurso-populista-tentativa-reescrever-constituicao> >. Acesso em 06 de maio de 2021.

COPELLI, Giancarlo Montagner. O declínio democrático e o fantasma do populismo. *Diário de Classe*. **Revista Consultor Jurídico**. 17 de abril de 2021. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2021-abr-17/diario-classe-declinio-democratico-fantasma-populismo> >. Acesso em 06 de maio de 2021.

COPELLI, Giancarlo Montagner; e TASSINARI, Clarissa. Populismo e ativismo judicial são rupturas institucionais de mesmo tipo. *Diário de Classe*. **Revista Consultor Jurídico**. 14 de março de 2020. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-mar-14/diario-classe->

populismo-ativismo-judicial-sao-rupturas-institucionais-mesmo-tipo >. Acesso em 06 de maio de 2021.

CRANCH, William. **Reports of Cases Argued and Adjudged in the Supreme Court of the United States**, in August and December Terms, 1801, and February Term, 1803. 3rd ed. vol. I. Philadelphia: Carey & Lea, 1830, pp. 49–72.

CUSTÓDIO, Sergio José. **A fragmentação no sistema partidário brasileiro**: do partido de centro aos partidos reais. Scielo preprints. Disponível em: <https://preprints.scielo.org/index.php/scielo/preprint/view/2954/version/3118>. Postado em: 10/04/2021.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2010.

DA SILVA, Virgílio Afonso. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. **Interpretação constitucional**, São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 115-143

DA SILVA, Virgílio Afonso. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**. 4 (2006) pp. 23-51.

DA SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. nº 798, 2002, 23-50.

DA SILVA, Virgílio Afonso. Nota do Tradutor. In: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2.ed. Trad. Virgilio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017.

DIAMOND, Larry. Facing up to the democratic recession. **Jornal of Democracy**, Volume 26, number 1, January 2015, pp. 141-155. Published by The Johns Hopkins University Press.

DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge: The Belknap Press, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ELKINS, Zachary. Is the sky falling? Constitutional crises in historical perspective. In: **Constitutional Democracy in Crisis?** Ed. Marl A. Graber, Sanford Levinson and Mark Tushnet. New York: Oxford University Press, 2018.

FEELEY, Malcolm M., RUBIN, Edward L. **Judicial Policy Making and the Modern State**. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

FELDENS, Luciano. **A constituição penal**: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal** - a constituição penal. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema de garantias. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, nº 61, janeiro-março, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista. **Giurisprudenza costituzionale**. V. 55, n. 3, p. 2771-2816, maio-jun, 2010, Milano, Giuffrè.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. **Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional**. 2. Ed. Rio de Janeiro: FGV, 2001.

FREIRE, Felisbello. **História Constitucional da República dos Estados Unidos do Brasil**. V. II. Rio de Janeiro: Typographia Moreira Maximino, 1894.

FORSTHOFF, Ernst. **Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates**. Berlin: Walter de Gruyter & Co, 1954.

FUKS, Mario; MARQUES, Pedro. **Afeto ou ideologia**: medindo polarização política no Brasil? Trabalho apresentado no 12º encontro da ABCP “Democracia e Desenvolvimento” em 18 a 21 de agosto de 2020 Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa (PB)

Fuks, M. ., & Marques, P. H. . (2021). Contexto e voto: o impacto da reorganização da direita sobre a consistência ideológica do voto nas eleições de 2018. **Revista Opinião Pública**, 26(3), 401–430. Recuperado de <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/op/article/view/8663852>.

FUKUYAMA, Francis. Why is democracy performing so poorly? **Jornal of Democracy**, Volume 26, number 1, January 2015, pp. 11-20. Published by The Johns Hopkins University Press.

FULLER, Lon L. **The morality of Law**. Londres: Yale Univesity Press, 1964.

GARGARELLA, Roberto. Latin America: Constitutions in trouble. **Constitutional Democracy in Crisis?** Ed. Marl A. Graber, Sanford Levinson and Mark Tushnet. New York: Oxford University Press, 2018.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. 2010. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2010.

GOLDSTEIN, Ariel. **Bolsonaro**. La democracia de Brasil en peligro. Buenos Aires: Marea Editorial, 2019.

GRABER, Marl A. et all. Constitutional Democracy in Crisis? Introduction. **Constitutional Democracy in Crisis?** Ed. Marl A. Graber, Sanford Levinson and Mark Tushnet. New York: Oxford University Press, 2018.

GRABER, Mark A. WHAT'S IN CRISIS? THE POSTWAR CONSTITUCIONAL PARADIGM, TRANSFORMATIVE constitutionalism and the fate of constitutional democracy. **Constitutional Democracy in Crisis?** Ed. Marl A. Graber, Sanford Levinson and Mark Tushnet. New York: Oxford University Press, 2018.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust: A theory of judicial review**. Cambridge and London: Harvard University Press, 1980.

HABERMAS, Jurgen. **Teoría de la acción comunicativa**. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Vol I. Buenos Aires: Tauros, 1999

HAMBLOCH, Ernest. **Sua Majestade o Presidente do Brasil**: um estudo do Brasil constitucional. Trad. Lêda Boechat. Brasília, Senado Federal, 2000.

HAMILTON, Alexander; JAY; MADISON. **The Federalist**: A commentary on the Constitution of The United States. A collection of essays. Ed. John C. Hamilton. Philadelphia: J. B. Lippincott & co, 1864.

HARE, Richard Mervyn. **The language of morals**. Oxford University Press: New York, 1952.

HARE, Richard Mervyn. **Freedom and reason**. Oxford: Oxford University Press, 1965.

HARE, Richard Mervyn. **Freedom and reason**. Oxford: Oxford University Press, 1977.

HART, H. L. A. **O conceito de Direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HECK, Luís Afonso. Prefácio. GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Direito fundamental ao ambiente**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. 20. Ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

Hirschl, Ran. The political origins of the new constitutionalism. **Indiana Journal of Global Legal Studies**: Vol. 11, Iss. 1, Art. 4, 2004, pp. 71-108.

HIPPOLITO, Lucia. **Vargas e a Gênese do Sistema Partidário Brasileiro**, In: Anos 90, Porto Alegre, v. 11, n. 19/20, p.21-47, jan./dez. 2004

HIPPOLITO, Lucia. Partido Social Democrático. ABREU, Alzira Alves de; BELOCH, Israel; LATTMAN-WELTMAN, Fernando; LAMARÃO, Sérgio Tadeu de Niemeyer (Coord.). **Dicionário histórico-biográfico brasileiro pós-1930**. Rio de Janeiro: FGV/CPDOC, 2001

HOBBS, Thomas. **Leviathan**. Oxford: Clarendon Press, 1909.

HUNTINGTON, Samuel P. Democracy's Third Wave. **Journal of Democracy**, vol. 2, n. 2, Spring 1991, pps. 12 - 34.

HUNTINGTON, Samuel P. **Political Order in Changing Societies**. New Haven: Yale University Press, 1973.

IPSOS, **Culture wars around the world**: how countries perceive divisions. 2021. Disponível em: <https://www.ipsos.com/sites/default/files/ct/news/documents/2021-06/Culture%20wars%20around%20the%20world%20.pdf>. Acesso em: 29/01/2022.

ISSACHAROFF, Samuel. “Constitutionalizing Democracy in Fractured Societies, 82 **Texas L. Wev.** 1861 (2004).

ISSACHAROFF, Samuel. “Democracy’s Deficits; **The University of Chicago Law Review**, pp. 484-519 (2018a).

ISSACHAROFF, Samuel. **Fragile Democracies**. (Kindle Edition). Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

ISSACHAROFF, Samuel; Populism versus democratic governance. **Constitutional Democracy in Crisis?** Ed. Marl A. Graber, Sanford Levinson and Mark Tushnet. New York: Oxford University Press, 2018b.

KANT, immanuel. **Teoría y Praxis**. Scotts Valley: Ed. Createspace independent publishing platform, 2017.

KLATT, Matthias; SCHMIDT, Johannes. Epistemic discretion in constitutional law. **I-Con**. 2012b. Vol. 10, no. 1, pp. 69-105

KLATT, Matthias. Legal argumentation and the Rule of Law. "**The Rule of Dual-Natured Law**" in **Legal Argumentation and the Rule of Law**, ed. Eveline Feteris, Harm Kloosterhuis, José Plug, and Carel Smith, 27–46. 2016. The Hague: Eleven International Publishing.

KLATT, Mathias. **Making the law explicit**: the normativity of legal argumentation. Oxford: Hart Publishing, 2008.

KLATT, Matthias, **Robert Alexy's Philosophy of Law As System**. "Institutionalized Reason", ed. Matthias Klatt, 1–26. 2012a. Oxford: Oxford University Press. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2984327>.

KELSEN, Hans. **Introduction to the Problems of Legal Interpretation**. Trad. Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L. Paulson. Oxford, Clarendon Press, 1992.

KELSEN, Hans. On constitutional adjudication. In: **The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law**. Trad. e Org. Lars Vinx. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 8. Ed. São Paulo: Editora WMF Martins, 2009.

LANDAU, David. Constitution-making and Authoritarianism in Venezuela: The first time as tragedy, the second as farce. **Constitutional Democracy in Crisis?** Ed. Marl A. Graber, Sanford Levinson and Mark Tushnet. New York: Oxford University Press, 2018, pp. 160-176..

LEAL, Aurelino. **História constitucional do Brasil**. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 2014.

Leith, J. A. (1991). The French Revolution: The Origins of a Modern Liberal Political Culture? **Journal of the Canadian Historical Association** / Revue de la Société historique du Canada, 2 (1), 177–193.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **How Democracies Die**. Nove Iorque: Crown Publishing Group, 2018.

LIMONGI, Fernando Papaterra. “O Federalista”. In: WEFFORT, Francisco C. (org.). **Os Clássicos da Política**. 1º vol. São Paulo: Editora Ática, 2001, p. 243-287.

LOCKE, John. **Second Treatise of Government**, Book II, XVIII, § 202. Edição de C. B. Macpherson. Hackett, 1980.

LOCKE, John. **Two treatises of government**. London: Printed for Thomas Tegg; W. Sharpe and son; G. Offor; G. an J. Robinson; J. Evans and Co., 1823.

LORENZONI, P. C. ; MAYA, A. M. . Ativismo judicial e sociedade de risco: reflexos no âmbito da jurisdição criminal a partir do HC 126.292. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** , v. 151, p. 189-213, 2019.

LORENZONI, Pietro Cardia. Uma análise do princípio da proporcionalidade na argumentação jurídica. In: Diário de Classe. **Revista Consultor Jurídico**. 11/07/2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-11/diario-classe-analise-principio-proporcionalidade-argumentacao-juridica>

LORENZONI, Pietro Cardia. Uma proposta de genealogia dos princípios: síntese de algumas contribuições filosóficas para uma adequada compreensão dos princípios jurídicos. **Revista Da Faculdade De Direito Da FMP**, 14(2), 75-86. Jun 2020. Disponível em: <https://revistas.fmp.edu.br/index.php/FMP-Revista/article/view/159>,

LOPES, J. R. de L. **O direito na história** : lições introdutórias. Rio de Janeiro: Atlas, 2018. ISBN 9788597018981. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsmib&AN=edsmib.000013301&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 6 jan. 2021

LUDWIG, Roberto José. **A norma de direito fundamental associada**: direito, moral e razão em Robert Alexy. Tese de doutorado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Orientador Professor Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre/RS, junho de 2013.

LYNCH, Christian Edward Cyril; DE MENDONÇA, José Vicente Santos. Por uma história constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade. **Revista Direito e Práxis**, [S.l.], v. 8, n. 2, p. 942-973, jun. 2017. ISSN 2179-8966. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/25654>>. Acesso em: 05 maio 2022. doi:<https://doi.org/10.12957/dep.2017.25654>.

NICOLAU MAQUIAVEL, **Discursos sobre a Primeira Década de Tito Lívio**. Trad. MF. São Paulo, Martins Fontes, 2007.

NOGUEIRA, Octaviano. **1824**. 3. Ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

NORTH, Douglass C.; WEINGAST, Barry R. Constitutions and Commitment: The Evolution of Institutions Governing Public Choice in Seventeenth Century England. **The journal of economic history**, vol. XLIX, dec. 1989, n. 4, p. 803 – 832. pdf

MAGALHÃES, Pedro C., GUARNIERI, Carlos, KAMINIS, Yorgos. Democratic Consolidation, Judicial Reform and the Judicialization of Politics in Southern Europe. **Democracy and the state in the New Southern Europe**, 2006, pp. 138-196

MALCOLM M. FEELEY & EDWARD L. RUBIN. **Judicial Policy Making And The Modern State**: How The Courts Reformed America's Prisons 22-25 (1998) (analyzing policymaking as a legitimate and critical judicial function).

MATE, Manor. Constitutional erosion and the challenge to secular democracy in india. **Constitutional Democracy in Crisis?** Ed. Marl A. Graber, Sanford Levinson and Mark Tushnet. New York: Oxford University Press, 2018.

MELO, Cláudio Ari; MOTTA, Francisco José Borges. A ambição do ouriço: um ensaio sobre a versão final da filosofia do direito de Ronald Dworkin. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Vol. Nº 22, mai-ago, p. 723-753, 2017.

MELTON, James; ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tim. On the interpretability of law: lessons from the decoding of national constitutions. In: **British Journal of Political Science**, Dez. 2012, pp. 1 a 25.

MENDES, Gilmar Ferreira; ABBOUD, Georges. A jurisdição constitucional da crise: pacto federativo, preservação dos direitos fundamentais e o controle de discricionariedade. **Revista dos Tribunais**, vol. 1022, dez. 2020, pp. 103 a 124.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MENDES, Gilmar. Jurisprudência de Crise e Pensamento do Possível: caminhos constitucionais. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-abr-11/observatorio-constitucional-jurisprudencia-crise-pensamento-possivel-caminhos-solucoes-constitucionais>. Acessado em 05/02/2022.

MENDES, Gilmar Ferreira. Kelsen e o controle de constitucionalidade no direito brasileiro. **Revista de informação Legislativa**, a. 31, n. 121, jan/mar, 1994, pp. 185-188.

MOISES, José Álvaro; WEFFORT, Francisco. **Crise da democracia representativa e neopopulismo no Brasil**. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2020.

MORAIS, Fausto Santos de. **Hermenêutica e pretensão de correção**: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Tese (doutorado) Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito. Orientador Prof. Dr. Lenio Luiz Streck. 2013, p. 346.

MORBACH, Gilbert. **Entre positivismo e interpretativismo**, a terceira via de Waldron. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: uma exploração hermenêutica do protagonismo judicial no processo jurisdicional brasileiro, 2009. Dissertação (Mestrado em direito). Programa de pós-graduação em direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2009.

MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermeneuticamente adequada na decisão jurídica democrática**, 2014. Tese (Doutorado em

direito). Programa de pós-graduação em direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2014.

MULLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do direito constitucional**. Trad. Peter Naumann. Porto Alegre: síntese, 1999.

MULLER, Friedrich. **Quem é o povo**: A questão fundamental da democracia. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NEVES, Isadora Ferreira. **O lugar da ponderação alexyana na doutrina brasileira**: por uma reinterpretação à luz da crítica hermenêutica do Direito. Dissertação (mestrado). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito. Orientador Prof. Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira. 2014, p. 120.

O'DONNELL, Guillermo. **Democracia delegativa?** *Novos Estudos Cebrap* n. 31 – out 91. São Paulo, Brasileira de Ciências, 1991, p. 25-40.

PAIXÃO, Leonardo André. **A Função Política do Supremo Tribunal Federal**, 2007. Tese (Doutorado em direito). Programa de pós-graduação em direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2007.

PEREIRA, Celina. **Medindo a governabilidade no Brasil**: o presidencialismo de coalizão nos governos FHC, Lula e Dilma. Dissertação de mestrado. Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade de Brasília. Prof. Dr. Denilson Bandeira Coêlho. 2017. F. 87.

PULIDO, Carlos Bernal. The rationality of balancing. *Archiv Fuer Rechts- Und Sozialphilosophie* 92 (2):195-208, 2006.

PLATO. **Crito**. Trad. Cathal Woods; Ryan Pack. Creative Commons, 2010.

PLATO. **Apology of Socrates**. Trad. Thomas G. West. Cornell University Press, 1979.

RAMOS, Luciana de Oliveira; CUNHA, Luciana Gross; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. SAMPAIO, Joelson de Oliveira. **Relatório ICJBrasil**, 2021. São Paulo: FGV Direito SP.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RIBEIRO, Darcy Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

Rocha, A. (2020). O CENÁRIO POLÍTICO BRASILEIRO E A POLARIZAÇÃO DOS ÚLTIMOS TEMPOS. **Revista Terceiro Incluído**, 10(1), 159–173. <https://doi.org/10.5216/teri.v10i1.65498>

RODRIGUES, José Honório. **O Conselho de Estado**. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1978.

ROURE, Agenor de. **Formação constitucional do Brasil**. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 2016.

ROUSSEAU, J. J. **O Contrato Social**. Trad. Antonio de Padua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos fundamentais**. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

SATO, Leonardo Seiichi Sasada; GONÇALVES, Priscila Petereit de Paola. A atuação do Supremo Tribunal Federal na crise política dos estados na Primeira República (1908-1911). **Estudos Históricos**. Vol. 29, nº 28, pp. 421-440, maio-agosto, 2016.

SIECKMANN, Jan-R. **La teoría del derecho de Robert Alexy: Análisis y crítica**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico**. Curitiba: Juruá, 2014.

SKOWRONEK, Stephen. **Presidential leadership in political time: reprise and reappraisal**. 2 ed. Lawrence: Kansas University Press, 2011.

SOUZA, Draiton Gonzaga de; ROSENFELD, Luis. Secularização e autonomia do Direito em Hobbes. **Revista Novos Estudos Jurídicos (UNIVALI)**, 2016, vol. 21, nº 1, pps. 290-311.

SOUZA NETO, Cláudio Perreira de. **Democracia em crise no Brasil: valores constitucionais, antagonismo política e dinâmica institucional**. São Paulo: editora contracorrente, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. A Autonomia do Direito e(m) Crise e seus Reflexos em Países de Modernidade Tardia. **Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário do Programa de Pós-**

Graduação em Direito da Unisinos (ebook) nº 16/ Orgs. Fernanda Frizzo Bragato, Lenio Luiz Streck e Leonel Severo Rocha. São Leopoldo: Karywa, Unisinos, 2020a, pps. 287 a 299.

STRECK, Lenio Luiz. A baixa constitucionalidade como obstáculo ao acesso à justiça em Terrae Brasilis. **Revista Sequência**. Florianópolis. V. 35. N. 69. Pp. 83 a 108, dez. 2014a.

STRECK, Lenio Luiz. MORBACH, Gilbert. (Autonomia do) Direito e desacordos morais. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte. N. 119. Pp. 253-289, jul/dez 2019.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Democracias frágeis e cortes constitucionais: o que é a coisa certa a fazer? **Pensar revista de ciências jurídicas**, v. 25, ed. 4, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais de teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: cinquenta temas fundamentais de teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Letramento, 2020b.

STRECK, Lenio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJL]*, 17(3), 721–732, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. Ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2014b.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. 5. Ed. rev., atual. E reform. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. 2. Ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo** – um debate com Luigi Ferrajoli. FERRAJOLI, Luigi (org.); STRECK, Lenio Luiz (org.); TRINDADE, André Karam (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lenio Luiz; BRENDA, Juliano. Novos argumentos sobre as ADCs contra a prisão em segunda instância. Senso incomum. **Revista Consultor Jurídico**. 13/06/2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-13/senso-incomum-novos-argumentos-adcs-prisao-segunda-instancia>.

STRECK, Lenio Luiz. O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns? **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>. Acessado em 27.07.2017.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. O direito e o constrangimento epistemológico. **Revista Estado da Arte**. Disponível em: <https://estadodaarte.estadao.com.br/direito-constrangimento-epistemologico-streck/>. Acesso em 20/02/2022.

STRECK, Lenio Luiz. Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy. **Revista Direito e Práxis**. Dossiê Ronald Dworkin, vol. 4, n. 7, 2013, pp. 343-367.

STRECK, Lenio Luiz. Súmulas, vaguezas e ambiguidades: necessitamos de uma “teoria geral dos precedentes”? **Revista Direitos fundamentais e Justiça**. nº 5. Out/Dez. 2008. Pp. 162-185

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014c.

SCHEPPELE, Kim Lane. Declarations of Independence: Judicial Reactions to Political Pressure. **Judicial Independence At The Crossroads** 227, 2002, 263-64.

SCHEPPELE, Kim Lan. The Party's over. In: **Constitutional Democracy in Crisis?** Ed. Marl A. Graber, Sanford Levinson and Mark Tushnet. New York: Oxford University Press, 2018.

TAMANAH, Brian Z. **On the Rule of Law: History, Politics, Theory.** Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial:** uma análise d atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana. Dissertação (Mestrado) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2012. Orientador: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck.

TASSINARI, Clarissa. **A supremacia judicial consentida:** uma leitura da atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da relação direito-política.. Tese (doutorado em Direito) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2016. Orientador: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck.

TASSINARI, Clarissa. Reflexos das Insuficiências Democráticas no Brasil: Populismo e Ativismo Judicial. **Sistemas Sociais e Hermenêutica:** Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos (ebook) nº 16. Orgs. Fernanda Frizzo Bragato, Lenio Luiz Streck e Leonel Severo Rocha. São Leopoldo: Karywa, Unisinos, 2020, pps. 51 a 66.

THOMAS AQUINAS. **Summa Theologica.** Trad. Alexandre Correia. Ecclesiae, 2017.

THOMAS AQUINAS. **Summa Theologiæ.** Ed. Second and Revised. 1920.

TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. Ativismo judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira. **Revista da Faculdade de Direito UFPR.** Nº 53, 2011.

TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. O que significa “a injustiça extrema não é direito”? Crítica e reconstrução do argumento da injustiça no não-positivismo inclusivo de Robert Alexy. **Revista Joaçaba,** v. 16, nº 3, p. 97-122, Edição Especial 2015.

TOLEDO, Claudia. Apresentação à edição brasileira. ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica.** 4.ed. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TOLEDO, Claudia. Teoria da Argumentação Jurídica. **Veredas do Direito,** Belo Horizonte. V.2, n.3, p. 47-65. Jan-jun, 2005.

TUSHNET, Mark. Comparing Right-wing and Left-wing populism. **Constitutional Democracy in Crisis?** Ed. Marl A. Graber, Sanford Levinson and Mark Tushnet. New York: Oxford University Press, 2018, pp. 638-650.

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS. **Manual para elaboração de trabalhos acadêmicos:** Artigo, Projeto, Relatório, Trabalho de Conclusão de Curso, Dissertação e Tese. 25. Ed. São Leopoldo: UNISINOS, 2022.

VALÉRIO, Otávio L. S. **A Toga e a Farda:** o Supremo Tribunal Federal e o Regime Militar (1964-1969). Dissertação (Mestrado) - Universidade de São Paulo - USP. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Paulo, SP, 2010. Orientador: Prof. Dr. José Reinaldo de Lima Lopes.

VARIETIES OF DEMOCRACY INSTITUTE (V-DEM). **The V-Dem Dataset.** Gothenburg, V-DEM, 2022. Disponível em: <https://www.v-dem.net/vdemds.html>. Acesso em: 10/12/2021.

VAROL, Ozan O. Stealth Authoritarianism in Turkey. **Constitutional Democracy in Crisis?** Ed. Marl A. Graber, Sanford Levinson and Mark Tushnet. New York: Oxford University Press, 2018.

VASAK, Karel. **A Thirty-Year Struggle:** The Sustained Efforts to give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights. In: UNESCO Courier. Nov. Paris: UNESCO, 1977, p. 29 a 32.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. **Elementos de Direito Eleitoral.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014

ZAGREBELSKY, Gustavo. **La legge e la sua giustizia.** Bologna: Società editrice Il Mulino, 2008.

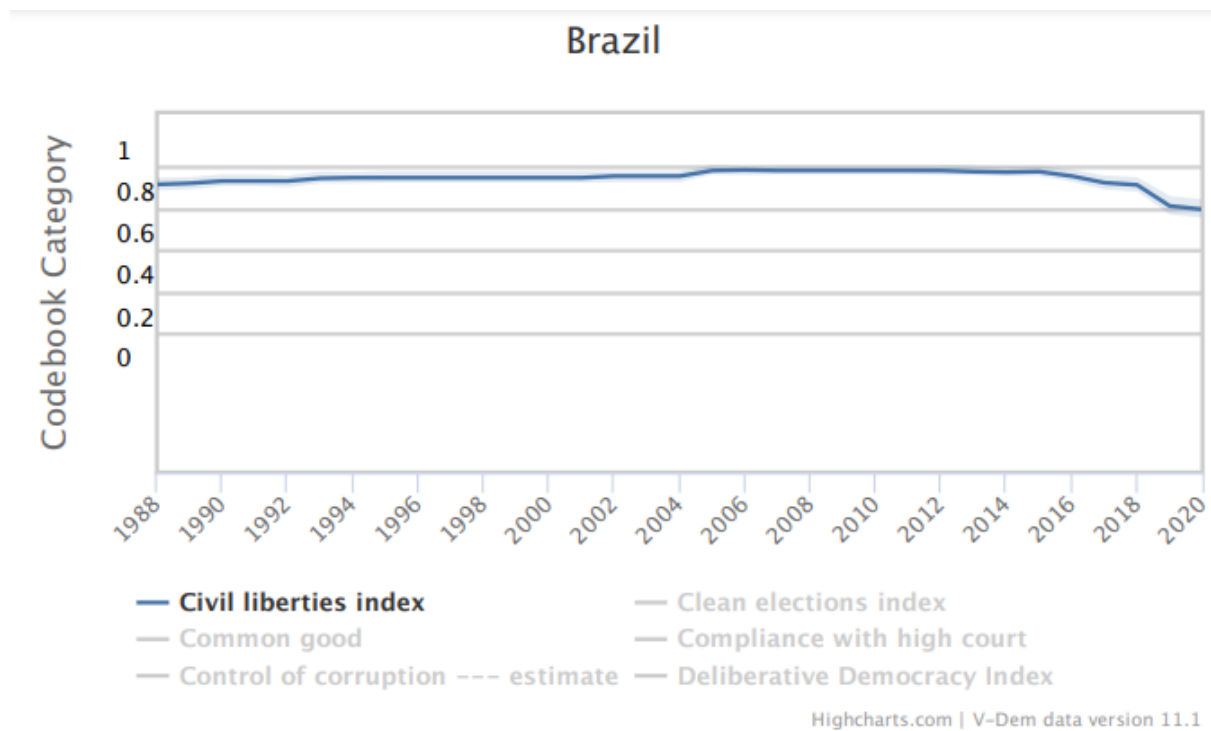
ZILIO, Rodrigo López. **Direito Eleitoral.** 6 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2018.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **The Yale Law Journal**, vol. 115, n. 06, abr. 2006, pp. 1346-1406.

WORMSER, Maurice. **Disregard of the Corporate Fiction and Allied Corporation Problems.** New York: Baker, Voorhis and Company, 1927.

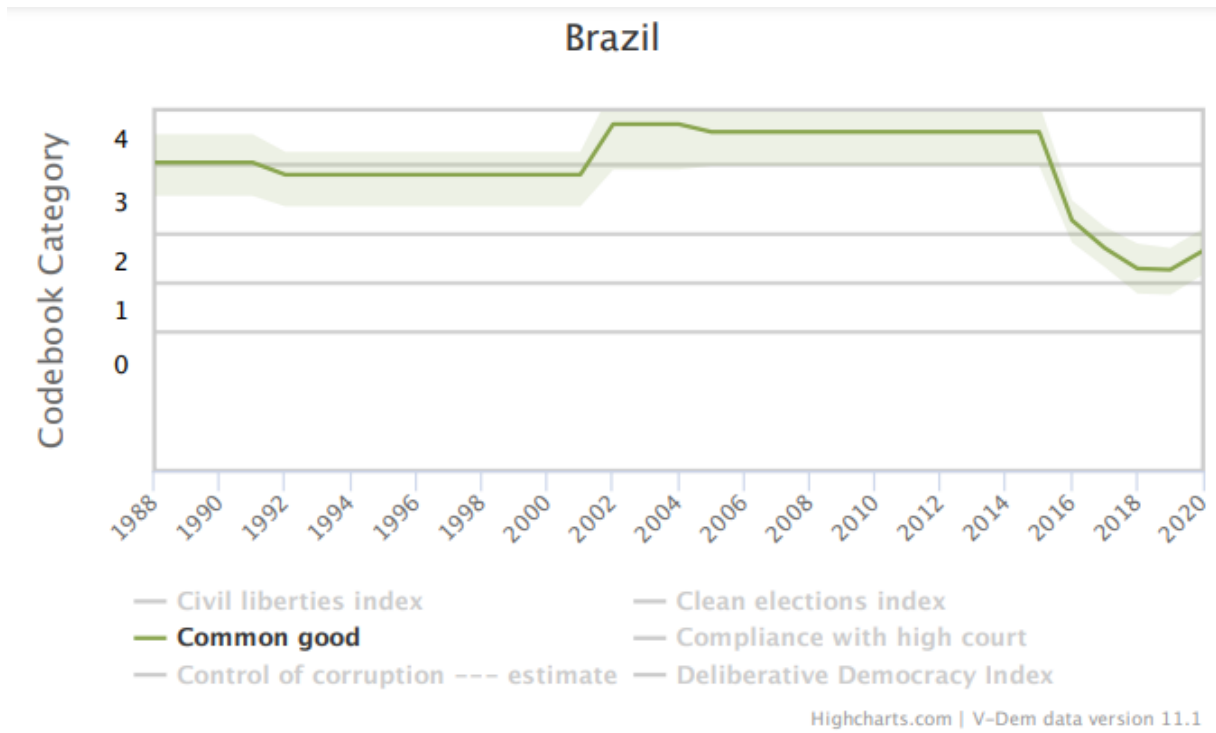
ANEXO A - GRÁFICOS DO SUBCAPÍTULO 4.5

Gráfico 1 - nível de liberdade civil no Brasil



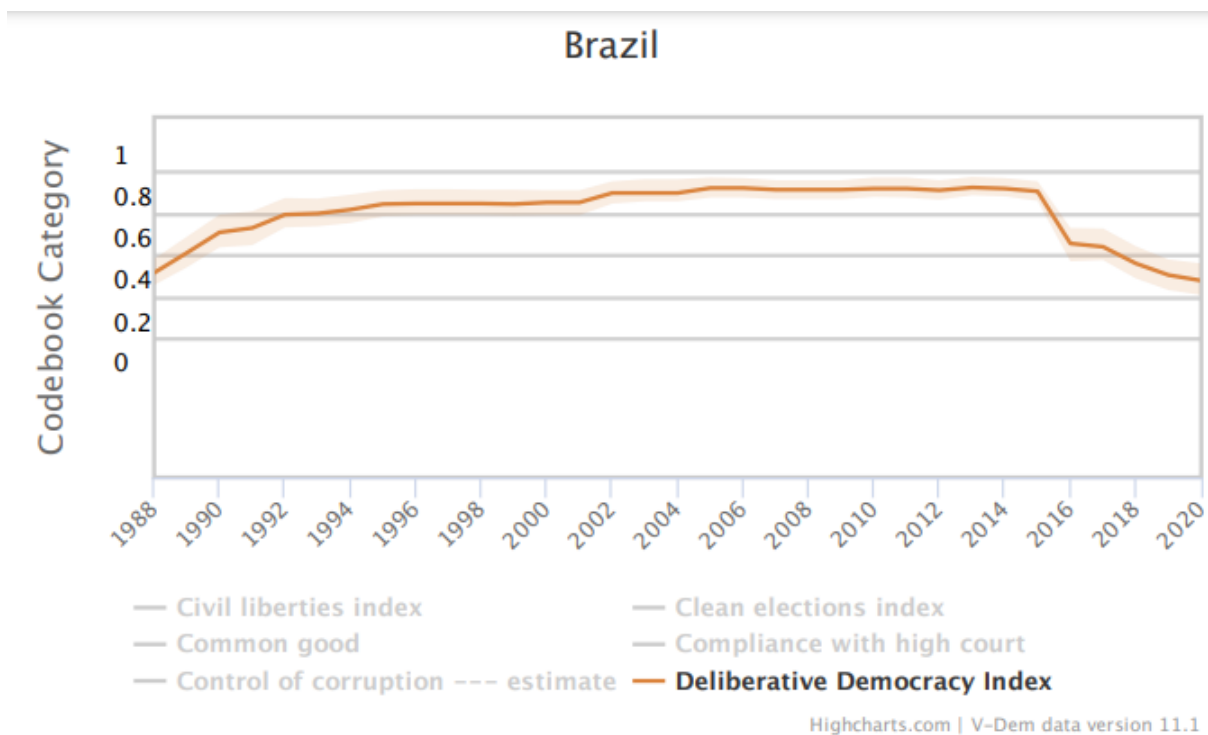
Fonte: V-DEM...(2022).

Gráfico 2 - nível de bem comum no Brasil



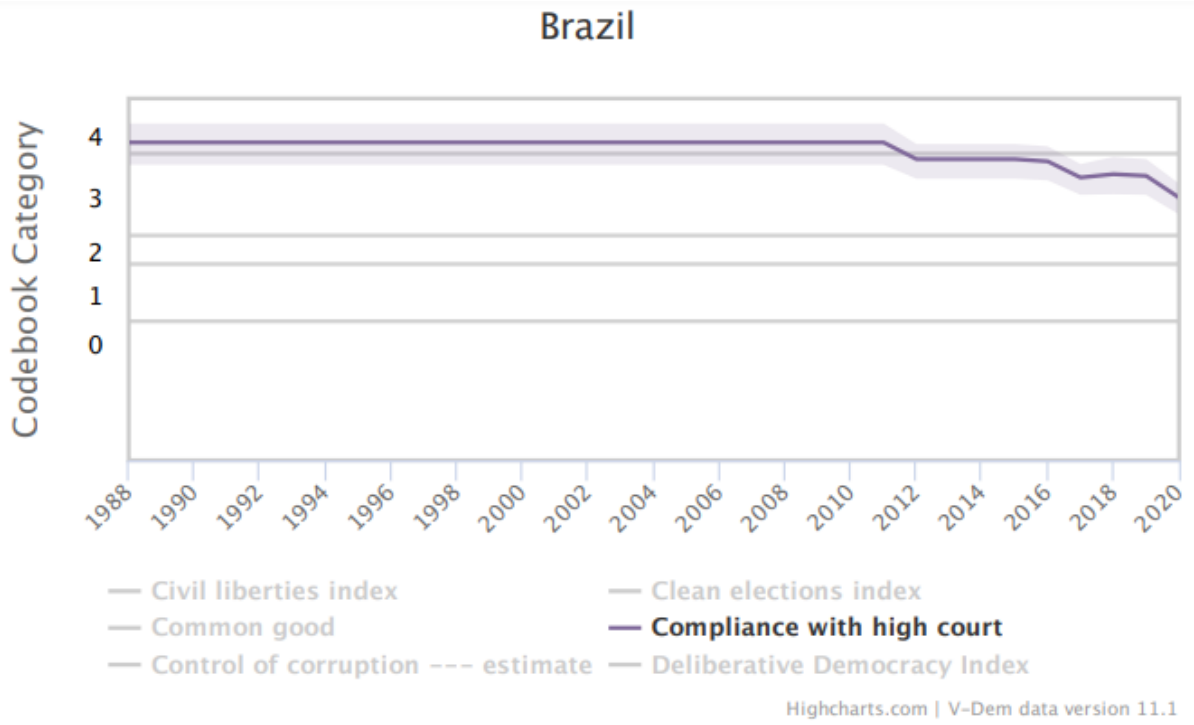
Fonte: V-DEM...(2022).

Gráfico 3 - nível de democracia deliberativa no Brasil



Fonte: V-DEM...(2022).

Gráfico 4 - nível de obediência a decisões da suprema corte no Brasil



Fonte: V-DEM...(2022).