

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ROMULO PONTICELLI GIORGI JÚNIOR

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E JURISDIÇÃO *STRICTO SENSU***

Porto Alegre

2013

ROMULO PONTICELLI GIORGI JÚNIOR

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E JURISDIÇÃO *STRICTO SENSU***

Dissertação apresentada à Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, como requisito para a obtenção do grau de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Cezar Saldanha Souza Junior

Porto Alegre

2013

**G498c** Giorgi Jr., Romulo Ponticelli, 1968-  
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E JURISDIÇÃO  
STRICTO SENSU / Romulo Ponticelli Giorgi Jr.- 2013.  
152f.

Orientador: Prof. Dr. Cezar Saldanha Souza Jr.  
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do  
Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito,  
Porto Alegre, BR-RS, 2013.

1. Controle de Constitucionalidade. 2. Segurança Jurídica.  
3. Democracia Deliberativa. 4. Características da Jurisdição.  
5. Níveis do Ordenamento. I. Souza Jr., Cezar Saldanha, orient.  
II. Título

CDD: 341.204

## CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E JURISDIÇÃO *STRICTO SENSU*

Dissertação defendida por Romulo Ponticelli Giorgi Júnior em \_\_\_\_ de \_\_\_\_ de 2013 perante o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, na área de Fundamentos Dogmáticos da Experiência Jurídica, ênfase Direito Público, como requisito para a obtenção do grau de mestre. Foi submetida à banca examinadora, que lhe atribuiu a nota: \_\_\_\_, considerando, portanto:

( ) aprovado, com o grau correspondente: \_\_\_\_\_.

( ) reprovado, com o grau correspondente: \_\_\_\_\_.

Observações:

Aprovado em: \_\_\_\_ de \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Orientador: Prof. Dr. Cezar Saldanha Souza Junior

---

Examinador: Prof. Dr.

---

Examinador: Prof. Dr.

---

Examinador: Prof. Dr.

Dedico esta dissertação a Grasiela Thomsen Giorgi.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Professor Dr. Cezar Saldanha Souza Junior pela inspiração, orientação, ensinamentos e liderança ao longo de toda a minha carreira jurídica. A importância das instituições como meio de formação do homem e do Estado, a necessidade de respeito aos níveis do ordenamento, a adoção apressada de institutos do *common law* pelo Brasil, entre tantos outros ensinamentos do Prof. Cezar, impregnam este trabalho.

Agradeço a Professora Ângela Vidal da Silva Martins, tanto pelos ensinamentos como, e principalmente, pela orientação e apoio durante um período extremamente difícil em que minha irmã esteve à beira da morte.

Agradeço ao Prof. Dr. Luís Alberto Reichelt pelo auxílio, orientação e acompanhamento desde o início da elaboração do projeto de pesquisa, antes mesmo de minha admissão como mestrando, bem como pelas indicações bibliográficas e ensinamentos, especialmente quanto ao novo papel desempenhado pelo Poder Judiciário nas demandas repetitivas.

Agradeço ao Prof. Dr. Carlos Eduardo Dieder Reverbel pelos ensinamentos e pelas indicações bibliográficas, especialmente de Francisco Fernández Segado e de Victor Ferreres Comella, pelo muito que aprendi com a leitura de sua tese de doutorado, pelos ensinamentos envolvendo os sistemas mistos de controle de constitucionalidade e pela ampla e profunda revisão na banca da qualificação.

Agradeço ao Prof. Dr. Luís Fernando Barzotto, que me forneceu novas luzes e horizontes para a interpretação da filosofia clássica, me despertou o interesse pelas obras de Leo Strauss e Carl Schmitt, entre vários outros autores, principalmente intérpretes de Aristóteles, além de me permitir compreender com maior clareza os requisitos para a efetivação dos valores da democracia brasileira.

Agradeço ao Dr. Ives Gandra da Silva Martins, por ter salientado o problema envolvendo as decisões de urgência, que não tinham recebido a devida atenção na primeira versão do texto e por ter me colocado em contato com o Dr. Carlos Aurélio Mota de Souza, cuja tese de livre docência – Segurança Jurídica e Jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico – trata de tema análogo.

Agradeço ao Dr. Carlos Aurélio Mota de Souza por ter me enviado cópia de sua tese, que me permitiu ampliar a visão do tema e enriquecer o conteúdo.

Agradeço ao Prof. Dr. Humberto Ávila, pelas lições acerca dos princípios e da segurança jurídica.

Agradeço ao Professor Wagner Felloniuk pelo auxílio na pesquisa.

Agradeço a Sofia Helena Giorgi, Maria Regina de Souza Thomsen e a Romulo Ponticelli Giorgi pela revisão do texto, além de muitas outras formas de auxílio.

Agradeço ao Professor Marcos Aguirre pelas indicações e auxílio.

Agradeço à Fabiane Dias Pacheco Borges e a toda a equipe do PPGD, pelo indispensável auxílio prestado.

Agradeço a minha esposa e colega de mestrado, Grasiela Thomsen Giorgi, pelo auxílio tanto na elaboração do trabalho e da pesquisa como nos cuidados com nosso filho, em muitos dos períodos em que estive envolvido com a sua elaboração.

Agradeço a Deus pelas graças da vida e da saúde.

## EPÍGRAFE

### MAURO CAPPELLETTI

Pois bem, a introdução, nos sistemas de *civil law*, do método “americano” de controle, levaria à consequência de que uma mesma lei poderia não ser aplicada, porque julgada inconstitucional, por alguns juízes, enquanto poderia, ao invés, ser aplicada, porque não julgada em contraste com a constituição, por outros. [...] A consequência, extremamente perigosa, de tudo isto, poderia ser uma grave situação de conflito entre órgãos e de incerteza do direito, situação perniciosa quer para os indivíduos como para a coletividade e o Estado<sup>1</sup>.

### LUIZ GUILHERME MARINONI

O juiz que controla a constitucionalidade da lei obviamente não é submetido à lei<sup>2</sup>. Como é óbvio, o juiz ou tribunal não decidem para si, mas para o jurisdicionado. Por isso, pouco deve importar, para o sistema, se o juiz tem posição pessoal, acerca de questão de direito, que difere da dos tribunais que lhe são superiores.<sup>3</sup>

### LEO STRAUSS

Toda a ideologia é uma tentativa de justificar perante si mesmo ou perante os outros uma linha de conduta que por alguma razão se julga carecer de justificação, isto é, cuja rectidão não é evidente<sup>4</sup>.

### CARLOS AURÉLIO MOTA DE SOUZA

A ideologia não vê instâncias ou etapas para se posicionar; é uma crença, espiritual, intelectual ou política, que arrebanha em qualquer tempo e veda à razão outras experiências ou verdades; por não serem pluralistas, mas monistas e totalizantes, as ideologias são preconceituosas, comprometendo, assim, a construção da sociedade fraterna enunciada solenemente no Preâmbulo e art. 1º da Constituição [...]

Bem por isso, se de um lado é salutar a diversidade de opiniões para a construção de uma sociedade solidária, na Justiça a opinião ideológica (sempre política), compromete a construção de uma democracia sustentada no Direito Justo [...] é um gosto, uma paixão ou uma religião, no sentido fundamentalista mais radical, e geralmente não admite contestação, em consequência, conduz fatalmente ao totalitarismo, de qualquer tendência<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial da Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2. ed., reimp. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999, pp. 76-7.

<sup>2</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 69.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 65.

<sup>4</sup> STRAUSS, Leo. **Direito Natural e História**. Com Introdução de Miguel Morgado. Lisboa: edições 70, 2009, p. 113.

<sup>5</sup> SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança Jurídica e Jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico**. São Paulo: LTr, 1996, pp. 254-255.

## RESUMO

O presente trabalho procura demonstrar a irracionalidade de conferir-se, aos juízes ordinários brasileiros, tanto o controle de constitucionalidade como a possibilidade de julgar casos diretamente a partir de princípios constitucionais, sem a mediação da lei, bem como os prejuízos daí decorrentes para a efetivação dos valores fundamentais da democracia, inscritos na Constituição de 1988. Procura-se demonstrar que os valores fundamentais do Estado Democrático de Direito aplicam-se ao controle de constitucionalidade e que este é um instrumento da democracia que pode, se utilizado incorretamente, gerar sérios problemas. Para tanto, após especificar alguns conceitos para afastar ambiguidades e clarear os pressupostos metodológicos, passa-se à demonstração da incompatibilidade do controle cumulado de constitucionalidade com a jurisdição ordinária no sistema Romano-Germânico, especialmente no Brasil, analisando os problemas causados pela cumulação das jurisdições ordinária e constitucional e demonstrando a necessidade de separação entre os níveis fundamental, ordinário e judiciário do ordenamento. Passa-se, então, à demonstração da necessidade de uma clara delimitação entre a competência dos órgãos jurisdicionais de primeiro grau, de segundo grau, dos tribunais superiores e do Supremo Tribunal Federal. Conclui-se que é viável e necessário vetar o controle de constitucionalidade e o regramento dos casos diretamente a partir de princípios constitucionais pelo julgador ordinário, sugerindo-se a adoção, pelo Supremo Tribunal Federal, de interpretação constitucional que vede este procedimento, pois a Constituição brasileira de 1988 menciona o controle cumulado de constitucionalidade apenas nos seus arts. 97 e 102, III, permitindo a sua limitação, sem a necessidade de emenda constitucional apenas aos tribunais, reduzindo um pouco a irracionalidade gerada pela adoção apressada de institutos típicos do *common law*. A erradicação completa do problema, eliminando a cumulação de jurisdições em todos os graus, entretanto, dependeria de emenda constitucional e está fora do objeto do presente trabalho.

Palavras-chave: controle de constitucionalidade, controle cumulado, juiz ordinário, fins do Estado, níveis do ordenamento, democracia deliberativa, segurança jurídica, limites da jurisdição, Estado do bem-estar social.

## ABSTRACT

The present work aims to demonstrate the irrationality of granting to the Brazilian district judges both the power of judicial review and the direct application of constitutional principles, without statute mediation, as well as the resulting losses to the accomplishment of the fundamental values of democracy, inscribed in the 1988 Brazilian Constitution. The paper seeks to demonstrate that the fundamental values of the democratic state are applicable to the judicial review of legislation and that this is a tool that can, if incorrectly used, generate serious problems. For this, after specifying some concepts to avoid ambiguities and make clear the methodological assumptions, follows the demonstration of the incompatibility of the cumulated constitutional review with the common jurisdiction in the civil law, especially in Brazil, analyzing the problems caused by the accumulation of the common and constitutional jurisdictions and demonstrating the need to separate the fundamental, ordinary and judiciary levels of the legal system. Follows the demonstration of the need of a clear delimitation of the competence of the district, appellate, superior and supreme courts. The paper concludes that is feasible and necessary to prohibit to the district judges both the constitutional review and the direct application of constitutional principles, without statute mediation, suggesting the adoption, by the Brazilian Supreme Court, of a constitutional interpretation that prohibits this procedure, because the Brazilian 1988 Constitution mentions the cumulated constitutional review only in its articles 97 e 102, III, allowing the limitation, without the necessity of a constitutional amendment, only to the appellate, superior and supreme courts, reducing the irrationality generated by the hurried adoption of typical common law institutes. The complete eradication of the problem, eliminating the accumulation of the common and constitutional jurisdictions in all courts, however, would need a constitutional amendment and is out of the scope of this paper.

Key-words: Judicial review, constitutional review, cumulated control, district judge, state ends, legal system levels, deliberative democracy, legal certainty, limits of adjudication, welfare state.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>12</b>
1. Objeto deste trabalho .....	12
2. Importância e finalidade.....	13
3. Plano de exposição.....	14
<b>PRIMEIRA PARTE: DISTINÇÕES FUNDAMENTAIS .....</b>	<b>15</b>
<b>Cap. 1º. CONTROLE CUMULADO E SEPARADO .....</b>	<b>15</b>
4. Definições .....	15
5. Características originais .....	16
6. Falência dos critérios distintivos .....	17
7. Distinções remanescentes.....	23
8. “Contaminação” crescente do controle cumulado brasileiro.....	27
<b>Cap. 2º. CARACTERÍSTICAS DA JURISDIÇÃO .....</b>	<b>31</b>
9. Jurisdição ordinária e “jurisdição” constitucional.....	31
10. Jurisdição X administração .....	32
11. Jurisdição ordinária .....	33
12. Características da justicialidade .....	34
13. Jurisdição e imparcialidade .....	38
14. Características da jurisdição conforme Lon Fuller.....	39
15. “Jurisdição” constitucional.....	40
<b>Cap. 3º. UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA .....</b>	<b>42</b>
16. Função harmonizadora dos tribunais superiores .....	42
17. Tribunais superiores e precedentes .....	43
18. Conceito de precedente. ....	47
19. Precedentes e Estado de Direito .....	49
20. Precedente, vinculação dos juízes e cultura. ....	50
21. Precedentes vinculantes e precedentes persuasivos .....	51
22. Precedentes no direito brasileiro vigente.....	52
<b>Cap. 4º. SEPARAÇÃO DE NÍVEIS E FUNÇÕES .....</b>	<b>55</b>
23. Níveis do ordenamento em Montesquieu.....	55
24. Fins e funções estatais em Jellinek e Löwenstein .....	57
25. Direito e política em Marcello Caetano .....	58
26. Níveis do ordenamento em Hans Kelsen .....	59
27. Hexapartição das funções estatais .....	61
28. Nível fundamental, constitucional ou da <i>auctoritas</i> .....	63
29. Nível ordinário ou da <i>potestas</i> . ....	64
30. Nível concreto, judiciário ou da gestão .....	66
31. Hierarquia dos fins do Estado .....	67
<b>CAP. 5º. DELIBERAÇÃO E BEM COMUM .....</b>	<b>71</b>
32. Valores fundamentais do Estado Democrático de Direito .....	71
33. Democracia deliberativa.....	72

34. Democracia e limites ao poder de interpretar e aplicar normas .....	72
35. Falhas do normativismo e solução institucionalista .....	73
36. Bem comum: o ponto de vista do usuário .....	75
<b>II. DILEMAS DA CUMULAÇÃO .....</b>	<b>77</b>
<b>Cap. 1º. SINTOMAS DO PROBLEMA .....</b>	<b>77</b>
37. Visão geral do problema .....	77
38. Inafastabilidade do controle judicial .....	77
39. Apreciação de decisão administrativa recorrível.....	80
40. Reapreciação dos fatos e do direito.....	82
41. Revisão de decisões políticas .....	84
42. Priorização das decisões liminares .....	86
<b>Cap. 2º. CRISE E SEIS GRANDES PROBLEMAS .....</b>	<b>90</b>
43. Criação de uma Regra <i>Ex Post Facto</i> .....	90
44. Criação de uma Regra <i>Casuísta e Desigual</i> .....	92
45. Avaliação Ideológica da Constitucionalidade .....	94
46. Uso Indevido da Função Normativa dos Princípios Constitucionais .....	96
47. Indevida Intromissão Excessiva no Mérito Administrativo .....	98
48. Mutação Inconstitucional Desprovida de Limites Claros .....	99
<b>Cap. 3º. SOLUÇÃO ALEMÃ E ESPANHOLA .....</b>	<b>102</b>
49. Solução alemã .....	102
50. Solução espanhola.....	108
51. Segurança jurídica.....	112
52. Certeza jurídica .....	112
53. Opções políticas democráticas .....	114
54. Respeito à autonomia entre o direito e a política .....	115
55. Harmonia do controle com a democracia.....	116
<b>Cap. 4º. DECISÕES DE URGÊNCIA.....</b>	<b>118</b>
56. Exceções à separação absoluta das jurisdições .....	118
57. Leis recentes.....	119
58. Ausência de precedentes .....	120
59. Lei nova, urgência e <i>distinguishing</i> .....	121
<b>Cap. 5º. HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL FRENTE À JURISDIÇÃO .....</b>	<b>122</b>
60. Democracia e “véu da ignorância” .....	122
61. Limites interpretativos .....	122
62. Os problemas gerados pelo “neoconstitucionalismo” .....	130
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>134</b>
63. Viabilidade da separação da jurisdição no Brasil.....	134
64. Separação das jurisdições e melhoria institucional .....	134
65. Melhoria na imparcialidade dos julgamentos.....	137
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>138</b>

## INTRODUÇÃO

### 1. Objeto deste trabalho

Esta dissertação busca demonstrar a necessidade da limitação da atividade jurisdicional para a garantia dos valores fundamentais do Estado Democrático de Direito, centrando-se na análise da necessidade de distinguir-se e delimitar-se a atividade jurisdicional, separando-a do controle de constitucionalidade, bem como da interpretação e da mutação constitucionais.

Tanto o controle de constitucionalidade quanto a interpretação constitucional, seja qual for o método hermenêutico adotado, podem originar mutações inconstitucionais<sup>6</sup>, que podem inclusive ferir cláusulas pétreas, exigindo-se, portanto, um cuidado especial com a denominada “jurisdição” constitucional.

A expressão “jurisdição” constitucional é equívoca, tendo surgido na Europa, onde foi utilizada com sentido analógico<sup>7</sup>, bem como em função da atribuição, às Cortes Constitucionais, de algumas competências tipicamente jurisdicionais, como o julgamento de crimes cometidos por autoridades do primeiro escalão e de certas questões envolvendo o direito eleitoral.

O controle de constitucionalidade é um instrumento indispensável para o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito, mas, sendo um meio, depende de um direcionamento correto, pois há vários estados ditatoriais que utilizam e utilizaram o controle de constitucionalidade<sup>8</sup>.

Os valores fundamentais do Estado Democrático de Direito – a liberdade, a igualdade (especialmente, no que pertine ao processo, a igualdade entre as partes), a justiça, a segurança, a ordem e o progresso<sup>9</sup> - aplicam-se ao controle de constitucionalidade<sup>10</sup>.

Entendemos que as instituições, além de permitirem o desenvolvimento e o aperfeiçoamento da democracia, formam o cidadão e com ele todos os operadores do direito e, quando desajustadas à realidade sócio-política, como no Brasil atual, geram irracionalidade, ineficiência e injustiça<sup>11</sup>.

<sup>6</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Institucionais**. São Paulo: Max Limonad, 1986, pp. 10, 23, 26 e 28.

<sup>7</sup> KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 153.

<sup>8</sup> REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição Constitucional na Íbero-América**. Porto Alegre: Brejo Bibliobureau, 2012, pp. 193, 200 e 201.

<sup>9</sup> SOUZA JR, Cezar Saldanha. Direito Constitucional, Direito Ordinário, Direito Judiciário. **Cadernos do PPGDIR/UFRGS**, n. III, p. 7-18, mar. 2005.

<sup>10</sup> REVERBEL, 2012, 233-234.

<sup>11</sup> HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do direito constitucional: neoconstitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 96, v. 859, p. 81-91, mai. 2007, especialmente pp. 83, 84, 89 e 90.

Uma clara distinção entre os planos fundamental, ordinário e judiciário do ordenamento, com a conseqüente separação da jurisdição ordinária – que passaremos a chamar, no curso do presente trabalho, simplesmente de jurisdição<sup>12</sup> – da chamada “jurisdição” constitucional, permitirá o aperfeiçoamento de nossas instituições, fortalecendo a democracia e melhorando a formação dos nossos cidadãos.

## 2. Importância e finalidade

O juiz, ao ingressar no campo do direito constitucional, substituindo-se ao legislador e reduzindo o campo da política, compromete a tarefa jurisdicional, criando não somente incerteza jurídica, como também enfraquecendo os próprios valores fundamentais, que passam a depender das opiniões de cada julgador.

Ao judicializar progressivamente a política, o Poder Judiciário passa a ser o domínio das incertezas e das opiniões, transformando a hermenêutica e a jurisprudência em um mundo obscuro e ideológico<sup>13</sup>, possibilitando a proliferação de ações sobre os mais diversos assuntos.

Desta forma, a discricionariedade administrativa tem o seu campo excessivamente reduzido pela interferência judicial, com a frequente substituição do administrador pelo juiz.

Os juízes podem reduzir a segurança jurídica e encaminhar, involuntariamente, nosso país na direção da insegurança, ao interpretar todo o ordenamento com base nas amplas disposições constitucionais que positivam os seus valores máximos e limitar a concretização dos mesmos pelo legislador, reduzindo o âmbito de competência deste e frequentemente substituindo-se a ele, afastando normas infraconstitucionais votadas pelo parlamento e alterando a própria visão dos valores fundamentais com base em uma interpretação politicamente orientada.

Esta dissertação busca contribuir tanto para a redução da politização da justiça quanto da incerteza presente na aplicação do direito, buscando tornar clara a distinção entre os planos fundamental, ordinário e judiciário do ordenamento, propondo a aplicação parcial, por meio de interpretação constitucional, da solução alemã e espanhola, que distingue com clareza a chamada “jurisdição” constitucional da jurisdição ordinária.

---

<sup>12</sup> Reserva-se o uso da expressão “jurisdição ordinária”, por clareza, para as frases onde houver uma comparação ou distinção entre esta e a denominada “jurisdição” constitucional.

<sup>13</sup> “No contexto aqui exposto [do neoconstitucionalismo], o conceito de inconstitucionalidade deixa de ser um conceito técnico, objetivo, e passa a ser um conceito pessoal, subjetivo, e – porque não? – emocional” (HORBACH, 2007, p. 89).

### 3. Plano de exposição

O trabalho foi dividido em duas partes.

A primeira parte, dividida em cinco capítulos, versa sobre as distinções e pressupostos fundamentais do presente trabalho.

O primeiro capítulo clareia a nomenclatura e expõe as características dos controles cumulado e separado de constitucionalidade, bem como a razão da não adoção da denominação de controle difuso e concentrado.

O segundo capítulo analisa as características da jurisdição e a distinção essencial entre a jurisdição ordinária e a equivocadamente denominada “jurisdição” constitucional.

O terceiro capítulo analisa a uniformização da jurisprudência e as funções e características dos precedentes judiciais, especialmente importantes em matéria constitucional.

O quarto capítulo analisa a separação de níveis e funções, as características de cada nível do ordenamento e a hexapartição de poderes.

O quinto capítulo analisa a deliberação como o método democrático de escolha da forma de implementar o bem comum.

A segunda parte, dividida em cinco capítulos, versa sobre os dilemas da cumulação da jurisdição ordinária com a chamada “jurisdição” constitucional.

O primeiro capítulo analisa os sintomas do problema da cumulação das jurisdições.

O segundo capítulo analisa os seis grandes problemas gerados por esta cumulação: a criação de uma regra *ex post facto*, de uma norma casuísta e desigual, a avaliação ideológica do controle de constitucionalidade, o uso indevido da função normativa dos princípios constitucionais, a indevida intromissão no mérito administrativo e a produção de uma mutação inconstitucional desprovida de limites claros.

O terceiro capítulo analisa a solução alemã e espanhola ao problema da distinção da jurisdição ordinária com a chamada “jurisdição” constitucional.

O quarto capítulo analisa a questão das decisões de urgência em face da separação entre a jurisdição ordinária e a “jurisdição” constitucional.

Por fim, o quinto e último capítulo da segunda parte analisa a inter-relação da hermenêutica constitucional com a jurisdição ordinária.

Concluimos analisando e defendendo a possibilidade da adoção parcial da solução alemã e espanhola no Brasil – limitada ao juiz ordinário - por meio de interpretação constitucional que elimine a cumulação das jurisdições e distinga com clareza os níveis do ordenamento no primeiro grau de jurisdição.

## PRIMEIRA PARTE: DISTINÇÕES FUNDAMENTAIS

### Cap. 1º. CONTROLE CUMULADO E SEPARADO

#### 4. Definições

O controle cumulado de constitucionalidade ocorre quando há cumulação entre a jurisdição ordinária e a “jurisdição” constitucional, tal como ocorre no sistema norte-americano do *judicial review of legislation*, enquanto o controle separado ocorre quando há um órgão distinto – uma Corte Constitucional - responsável pelo exercício da chamada “jurisdição” constitucional, separado da jurisdição ordinária, tal como ocorre no sistema europeu-kelseniano<sup>14</sup>.

Victor Ferreres Comella<sup>15</sup>, Francisco Fernández Segado<sup>16</sup> e Gilmar Ferreira Mendes<sup>17</sup> salientam a superação da distinção clássica e a imprecisão da nomenclatura dominante de sistemas difuso e concentrado de controle de constitucionalidade, pois na maior parte dos países vinculados ao modelo separado de controle de constitucionalidade todo e qualquer juiz pode suscitar um incidente de inconstitucionalidade, enquanto, nos EUA, a Suprema Corte se concentra, paulatinamente, em matérias constitucionais.

Ferreres Comella foi o criador da nomenclatura mais precisa para diferenciar os sistemas, o do dualismo ou separação entre a jurisdição constitucional e a comum – sistema europeu-kelseniano – e o da cumulação das jurisdições – sistema americano<sup>18</sup>. Adotamos a sua denominação de sistema separado e cumulado de controle de constitucionalidade.

<sup>14</sup> REVERBEL, 2012, pp. 13 e 50.

<sup>15</sup> FERRERES COMELLA, Víctor. Las Consecuencias de Centralizar el Control de Constitucionalidad de la Ley en un Tribunal Especial. Algunas Reflexiones Acerca del Activismo Judicial. **SELA (Seminário en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers**. [S.l.: s.n.], 2004, *paper* 40, disponível em <[http://digitalcommons.law.yale.edu/yls\\_sela/40/](http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/40/)>, acesso em 03 set. 2011, páginas 4, 7 e 26. Comella argumenta que nos casos em que à Corte Constitucional sejam atribuídas outras funções, além do controle de constitucionalidade, como o julgamento de algumas questões eleitorais e o julgamento de crimes de autoridades, por exemplo, a diferença entre os sistemas americano e europeu-kelseniano de controle de constitucionalidade reduziria.

<sup>16</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. **La Obsolescencia de la Bipolaridad “Modelo Americano – Modelo Europeo Kelseniano” Como Critério Analítico del Control de Constitucionalidad y la Búsqueda de una Nueva Tipología Explicativa**. Córdoba, Argentina, 2002, pp. 23-45 e 53-67, disponível em <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1060359>>, acesso em 28/08/2012.

<sup>17</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O Sistema Brasileiro de Controle de Constitucionalidade. In: MARTINS, Ives Gandra; \_\_\_\_\_ & NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Tratado de Direito Constitucional**. SP: Saraiva, 2010, pp. 305-378, especialmente, no que pertine à aproximação dos dois sistemas no Brasil, p. 322 e, no que se refere à aproximação dos dois sistemas em geral, pp. 337-338, especialmente a p. 337.

<sup>18</sup> FERRERES COMELLA, 2004, pp. 1-3.

## 5. Características originais

Veremos abaixo as características gerais que os sistemas cumulado, denominado nos manuais normalmente como “difuso”, e separado de controle de constitucionalidade, denominado nos manuais normalmente como “concentrado”, teriam.

### I) Competência de todo e qualquer juiz para apreciar a inconstitucionalidade;

O controle judiciário pode ser *difuso* ou *concentrado*. Há controle difuso quando a qualquer juiz é dado apreciar a alegação de inconstitucionalidade. É o que se dá nos Estados Unidos. Este sistema se coaduna com a ideia, defendida por Marshall, de que o juiz resolve a questão de inconstitucionalidade como se tratasse de mero conflito de leis, ou seja, de determinação de qual a lei aplicável a um caso concreto. Entretanto, enseja por muito tempo a dúvida sobre a constitucionalidade, visto como diversos juízes são chamados a apreciar a mesma questão e podem ter opinião divergente, o que acarretará decisões que se contradizem entre si. De qualquer forma, apenas após a manifestação do mais alto tribunal ficará definida a questão de constitucionalidade<sup>19</sup>.

### II) Apreciação da questão de modo incidental e em concreto;

O controle difuso caracteriza-se, principalmente, pelo fato de ser exercitável somente perante um caso concreto a ser decidido pelo Poder Judiciário. Assim, posto um litígio em juízo, o Poder Judiciário deverá resolvê-lo e, incidentalmente, deverá analisar a constitucionalidade ou não da lei ou do ato normativo<sup>20</sup>.

### III) Efeito *inter partes* e *ex tunc* e

O controle difuso caracteriza-se, principalmente, pelo fato de ser exercitável somente perante um caso concreto a ser decidido pelo Poder Judiciário. Assim, posto um litígio em juízo, o Poder Judiciário deverá resolvê-lo e, incidentalmente, deverá analisar a constitucionalidade ou não da lei ou do ato normativo<sup>21</sup>.

Declarada *incidenter tantum* a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo pelo Supremo Tribunal Federal, desfaz-se, desde sua origem, o ato declaratório inconstitucional, juntamente com todas as consequências dele derivadas, uma vez que os atos inconstitucionais são nulos e, portanto, destituídos de qualquer carga de eficácia jurídica, alcançando a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados [a ressalva de que os efeitos *erga omnes* não são *ex tunc* já está fora da característica original do sistema chamado de *difuso*. Salientamos que o autor, logo a seguir, faz ressalvas, ainda que sucintas, à retroação dos efeitos]<sup>22</sup>.

### IV) Natureza declaratória da decisão.

Para a doutrina clássica, que provém de Marshall, sendo nulo o ato inconstitucional, a decisão que tal reconhece é *declaratória*<sup>23</sup>.

**Para o chamado sistema concentrado** teríamos:

### I) Competência de uma única corte para apreciar a inconstitucionalidade:

<sup>19</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 38. No mesmo sentido MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 20. ed. Atualizada até a EC nº 52/06. São Paulo: Atlas, 2006, p. 667: “... caracteriza-se pela permissão a todo e qualquer juiz ou tribunal realizar no caso concreto a análise sobre a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição Federal”.

<sup>20</sup> MORAES, 2006, p. 669.

<sup>21</sup> Ibidem, p. 669.

<sup>22</sup> Ibidem, p. 673.

<sup>23</sup> FERREIRA FILHO, 2002, p. 39.

É concentrado o controle toda vez que a competência para julgar a questão de constitucionalidade é reservada a um único órgão<sup>24</sup>.

II) **Apreciação de modo principal e em abstrato;**

Por meio deste controle [o controle concentrado ou por via direta], procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo em tese, independentemente da existência de um caso concreto, visando-se à obtenção da invalidação da lei, a fim de garantir-se a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais<sup>25</sup>.

III) **Efeito *erga omnes* e *ex nunc***

El sistema concentrado, además de ser ejercitado tan sólo por “un único y especial órgano constitucional”, es caracterizado como “principal” [...], “general” [...] “*erga omnes*” [...] y “constitutivo” (el pronunciamiento de inconstitucionalidad opera como anulación o ineficacia “*ex nunc*”, que vale para el futuro pero respeta en cuanto al pasado la validez de la ley inconstitucional)<sup>26</sup>.

O Brasil nunca adotou o modelo kelseniano clássico, havendo um sistema misto desde 1934, com a introdução da possibilidade do Senado suspender a execução – *erga omnes*, portanto - da lei declarada inconstitucional pelo STF no sistema do controle cumulado (impropriamente chamado de difuso), pelo art. 91, IV da CF/1934, seguida pela adoção parcial de institutos do sistema separado de controle de constitucionalidade, a partir da EC nº 16/1965, produzindo uma enorme irracionalidade institucional.

IV) **A natureza constitutivo negativa da decisão.**<sup>27</sup>

## 6. Falência dos critérios distintivos

Como veremos abaixo, nenhuma das quatro distinções utilizadas na exposição didática dominante para distinguir o chamado controle “difuso” do denominado controle “concentrado” resiste a um exame mais detalhado.

### I) Todo Juiz? X Um Único Órgão

A distinção essencial que pode ser feita é entre a cumulação ou a separação das jurisdições, pois, em um país vinculado à tradição Romano-Germânica que permita a exceção de inconstitucionalidade por todo e qualquer juiz, como a Alemanha e a própria Áustria, matriz do sistema kelseniano, o juiz pode dar início à decisão – com a instauração do incidente de inconstitucionalidade.

<sup>24</sup> FERREIRA FILHO, 2002, p. 38.

<sup>25</sup> MORAES, 2006, p. 687.

<sup>26</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, 2002, p. 22. No mesmo sentido p. 27.

<sup>27</sup> FERREIRA FILHO, 2002, p. 38 e FERNÁNDEZ SEGADO, 2002, p. 22.

Enquanto isto, em um país do *common law*, a decisão da Suprema Corte, de regra, não poderá ser apreciada pelas cortes inferiores, que são vinculadas em face do *stare decisis*, o que, na prática, torna apreciáveis apenas a constitucionalidade das normas recentes, discutindo-se se trataria, na realidade de controle de constitucionalidade ou de recepção ao sistema do *common law*, pelo menos no que pertine aos juízes ordinários (*county, district e trial courts*), cuja vinculação fica evidente no trecho abaixo.

No que diz respeito à eficácia vertical dos precedentes, as justificativas para o efeito vinculante são evidentes. Assim como se espera que as crianças obedeçam aos seus pais mesmo quando discordam deles, que os cidadãos sigam as instruções dos policiais com as quais discordam, que os católicos sigam as determinações do papa mesmo quando as julgam incorretas, e como se espera que os empregados sigam as instruções dos seus supervisores, espera-se que os juízes dos tribunais inferiores sigam as “instruções” dos tribunais que lhe são superiores do modo que os militares chamam de “cadeia de comando”<sup>28</sup>.

## II) Apreciações de questões incidentais e concretas no sistema norte-americano X apreciação de questões em tese no sistema europeu-kelseniano

No sistema europeu (do qual a Alemanha é, hoje, o modelo internacionalmente mais conhecido) a apreciação da constitucionalidade das questões incidentais e concretas é parte integrante do controle, de forma que as questões não são analisadas sempre de forma abstrata.

Como salienta Leonardo Martins, analisando a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão encontramos decisões onde há controle concreto tanto na via incidental como na via dita principal.

O controle de constitucionalidade por ser concreto ou abstrato. O controle abstrato independe de um caso particular, sobre o qual deve incidir. Todavia, a procedência dessa dicotomia pode ser questionada, pois, tanto no controle abstrato como no concreto, está-se diante da consonância de normas com a Constituição. **A dicotomia não se justifica pela substância ou conteúdo das categorias, mas pela motivação do controle.** Com efeito, no controle concreto a motivação deriva da relevância do esclarecimento sobre a validade da norma – colocada em dúvida pelo juiz ou tribunal do feito em face de uma suposta inconstitucionalidade – para a decisão sobre o caso particular, de tal maneira que a solução do caso dependa da resposta vinculante do TCF quanto à validade da norma que está sendo aplicada. No controle abstrato, por sua vez, não está presente, ao contrário, uma tal motivação, mas somente a dúvida

<sup>28</sup> SCHAUER, Frederick. **Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning.** Cambridge, Massachusetts e London, England: Harvard, 2009, pp. 41-42, tradução nossa: With respect to vertical precedent, the justifications for precedential constraint are fairly obvious. Just as children are expected to obey their parents even when they disagree, as privates are expected to follow even those orders from sergeants they believe wrong, as Catholics are expected to follow the dictates of the pope even if they think those dictates mistaken, and as employees are expected to follow the instructions of their supervisors, lower court judges are expected to follow the “instructions” of those courts above them in what the military calls the “chain of command.”

sobre a inconstitucionalidade da norma, suscitada por um dos órgãos estatais para tanto legitimados<sup>29</sup>.

Assim como se podem apreciar a constitucionalidade de questões incidentes a um processo no sistema europeu-kelseniano, no sistema norte-americano o governo pode recorrer à Suprema Corte das decisões das cortes locais que afastarem normas por inconstitucionalidade, defendendo o interesse, necessariamente abstrato, da segurança jurídica que seria afetada pela retirada de uma norma do ordenamento<sup>30</sup>.

Entretantes, a Suprema Corte norte-americana torna-se, com o passar dos anos, um órgão cujos julgamentos voltam-se quase exclusivamente à jurisdição constitucional<sup>31</sup>, pois, como salienta Ferreres Comella: “*nos Estados Unidos existe alguma forma de controle abstracto. [...] es a veces posible que individuos e grupos impugnen una ley en abstracto (on its face), antes incluso de que se aplique*”<sup>32</sup>.

III) Efeitos Inter Partes ou Erga Omnes e *Ex Tunc* ou *Ex Nunc* e a Natureza, Constitutivo-Negativa ou Declaratória da Decisão.

Toda e qualquer decisão acerca da inconstitucionalidade de uma norma deve, por razões de segurança jurídica, ser aplicada *erga omnes*.

Há, de fato, casos extremamente excepcionais em que, por alguma peculiaridade, a norma, ao ser aplicada, gere uma inconstitucionalidade *in concreto* para apenas uma pessoa, pois apenas para esta ela incide. Nestes casos não há, em face da raridade da situação, possibilidade de aplicação para outras pessoas, pois o universo dos sujeitos e das situações sujeitos à norma é extremamente reduzido.

Nesta hipótese, entretanto, não há diferença alguma ente os efeitos *erga omnes* e *inter partes*, pois a inconstitucionalidade abrange todas as pessoas abrangidas pelo campo de incidência da norma.

Caso bem mais complexo ocorre nas chamadas decisões – extremamente excepcionais – chamadas de *modificativas de efeitos aditivos*, como nos Mandados de Injunção, por exemplo; na proibição de proteção insuficiente aos direitos fundamentais; em algumas hipóteses em que

<sup>29</sup> MARTINS, Leonardo. Introdução à Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. In. \_\_\_\_\_ (org.). **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideu: Konrad Adenauer, 2005a, pp. 33-126, especialmente as pp. 48-49, organizador da coletânea original Jürgen Schwabe, tradução de Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Geraldine Ferreira, disponível em <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2241>>, acesso em 13 ago. 2010.

<sup>30</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, 2002, pp. 30-31.

<sup>31</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, 2002, p. 34.

<sup>32</sup> FERRERES COMELLA, 2004, p. 13.

a alteração profunda da situação fática exija que o STF altere a interpretação da norma; nas violações à isonomia resolvidas por uma inconstitucionalidade relativa; na inconstitucionalidade da aplicação da lei a determinados grupos de pessoas, que nada mais é do que outra hipótese de violação à isonomia, e em todas as hipóteses de decisões manipulativas de efeitos aditivos, quando a corte constitucional *inclui* palavras na lei para tornar sua interpretação constitucional<sup>33</sup>.

Todas as situações acima, que, sem dúvida alguma, não se enquadram na teoria kelseniana do *legislador negativo*, nada mais são do que hipóteses em que a corte constitucional invade a separação entre os níveis fundamental-constitucional e ordinário, substituindo-se ao legislativo e *corrigindo* a norma.

Na prática, embora pareça muito criticável, pois acumula poder demasiado nas mãos de um único órgão, o STF não viola em nada a ideia de que uma decisão acerca da constitucionalidade tenha vigência *erga omnes*, pois a nova norma produzida no STF será aplicada a todos aqueles sobre os quais a incidência da norma seja possível<sup>34</sup>.

Se a previsão foi geral, o enquadramento de uma única pessoa, desde que, evidentemente, não se busque produzir norma casuísta, não transmutará a norma em ato administrativo. Os casos podem até não ser tão raros para a legislação tributária e comercial-industrial envolvendo grandes empreendimentos, sempre que haja a possibilidade de novos enquadramentos, o que é inviável nos atos de efeito concreto, que nada mais são, portanto, que atos administrativos.

Feita esta ressalva, parece-nos que toda e qualquer hipótese de controle de constitucionalidade, mormente em um país que dote as decisões da corte constitucional de efeito vinculante, serão *erga omnes*.

Quanto às questões dos limites da competência, do procedimento e do poder da Corte Constitucional, salientamos que o objeto da presente dissertação – a inviabilidade do controle de constitucionalidade pelo juiz ordinário brasileiro sem risco aos valores da democracia – coloca a análise desta limitação completamente fora do âmbito de estudo.

---

<sup>33</sup> MENDES, 2010, pp. 313, 343-344, 350-351, 353-354, 359-360, 363-366 e 368-369.

<sup>34</sup> REICHELDT, Luis Alberto. A Repercussão Geral do Recurso Extraordinário e a Construção do Processo Civil na Era da Solidariedade Social. **Revista de Processo**. V. 189, nov. 2010, p. 91: “A qualidade do debate em torno dessas questões massificadas no âmbito da repercussão geral no recurso extraordinário é assegurada graças ao princípio democrático e, mais especificamente, à garantia do contraditório. Cabe ao julgador, antes de proferir decisão, adotar as medidas cabíveis para que as partes possam apresentar argumentos com vistas à construção da solução a ser ofertada pela tutela jurisdicional. Dada a transcendência dos interesses em jogo, impõe-se ao julgador, ainda, ofertar a mesma possibilidade a outras pessoas no âmbito da sociedade civil, a fim de que esta também possa contribuir para a formação do debate a partir do qual será construída a decisão jurisdicional”.

A questão da natureza constitutivo-negativa ou declaratória da decisão é, em parte, mero nominalismo – pois qualquer efeito (*ex tunc*, *ex nunc* ou *pro futuro*) pode derivar da decisão, seja qual for a sua natureza, seja declaratória por política judiciária, seja constitutiva pela teoria kelseniana das nulidades – e, em parte, aplicação de conceitos do mundo do ser ao mundo do dever ser.

É mero nominalismo por que, quando Kelsen afirmou que a decisão da Corte Constitucional teria caráter constitutivo-negativo, ele o fez dentro de uma concepção de anulabilidade bem ampla, como podemos ver nos trechos abaixo.

Na medida em que um estatuto [norma] não foi anulado, ele é “constitucional” e não “inconstitucional”, no sentido de contrário à constituição. [...] A chamada lei “inconstitucional” não é nula *ab initio*, ela é anulável<sup>35</sup>.

A ordem jurídica pode autorizar um órgão especial a declarar uma norma nula, ou seja, anular a norma com força retroativa, de forma que os efeitos jurídicos, previamente produzidos pela norma, possam ser abolidos. [...] A “declaração” em questão tem, contudo, não caráter declaratório, mas constitutivo. Sem esta declaração do órgão competente, a norma não pode ser considerada nula<sup>36</sup>.

Dentro da ordem jurídica, a nulidade é apenas o grau mais alto da anulabilidade<sup>37</sup>.

Comparemos a citação acima, de Kelsen, relativa ao sistema europeu, com as abaixo, de Victor Ferreres Comella, relativa ao sistema norte-americano e de Konrad Hesse, relativa ao sistema europeu, que apontam, com uma nomenclatura algo distinta, para uma conclusão muito semelhante.

Pues bien, si una Constitución democrática opta por establecer un sistema de control judicial de la ley, hay que presumir que lo contempla como un sistema que debe operar en momentos de normalidad democrática, y no como una institución para la crisis. Y como, en general, en tiempos de normalidad no abundan las leyes manifiestamente inconstitucionales, atribuir a la ley una presunción [de constitucionalidad] muy fuerte equivaldría a dar al Tribunal muy pocas ocasiones para invalidar una ley<sup>38</sup>.

Em nenhum caso, uma lei deve ser declarada nula se a inconstitucionalidade não é evidente, senão existem somente objeções, por mais sérias que essas sejam<sup>39</sup>.

Por fim, todos sabem que, no sistema europeu, hoje a eficácia pode ser *ex tunc*, *ex nunc* ou fixar alguma data futura a partir da qual a inconstitucionalidade opera, prática da corte constitucional alemã<sup>40</sup> que deu origem à redação do conhecido art. 27 da Lei brasileira nº

<sup>35</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998a, p. 227.

<sup>36</sup> KELSEN, 1998a, p. 230.

<sup>37</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998b, p. 308.

<sup>38</sup> FERRERES COMELLA, Víctor. **Justicia Constitucional y Democracia**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 213. Livro escrito com base em tese de doutorado defendida pelo autor em Yale.

<sup>39</sup> HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, p. 72. O autor cita julgados do BVerG 9, 167 (174); 12, 281 (296) [Título original *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 1995].

<sup>40</sup> MARTINS, Leonardo (org.). **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideu: Konrad Adenauer, 2005b, pp. 151-154, organizador da coletânea original Jürgen Schwabe, tradução de Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Geraldine Ferreira, disponível em <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2241>>, acesso em 13 ago. 2010.

9.868/1999, que dispõe sobre a modulação dos efeitos da decisão no controle de constitucionalidade pela via principal, que tem sido aplicada pelo STF também para as decisões do controle incidental<sup>41</sup>.

[...] concluo pela possibilidade da modulação dos efeitos nos processos de natureza subjetiva. [...] Ora, estes fundamentos que autorizam a modulação dos efeitos nas decisões proferidas nos processos de índole objetiva, também se aplicam, *mutatis mutandis*, aos processos de natureza subjetiva<sup>42</sup>.

Parece indiscutível, portanto, que decisões em controle difuso que modulam seus efeitos, ultrapassam o pedido ou alargam o parâmetro de controle para além da causa de pedir que sustenta pretensão jurídico-subjetiva não podem, à toda evidência, ser compreendidas tendo simplesmente como referência a lógica da processualística tradicional, baseada no conflito entre partes<sup>43</sup>.

No direito norte-americano, há pelo menos 50 anos, a antiga teoria da nulidade absoluta da norma inconstitucional foi abandonada, havendo hoje uma miríade de regras intrincadas acerca dos efeitos da inconstitucionalidade.

No instrutivo caso WILLIE GENE DAVIS, v. UNITED STATES, julgado em 16/06/2011<sup>44</sup>, se observa que, até o julgamento do caso Linkletter<sup>45</sup>, em 1965, a teoria dominante era a do caráter declaratório da decisão que pronunciava a inconstitucionalidade, embora já houvesse algum reconhecimento de exceções à irretroatividade no caso de prestações irrepetíveis (trabalho que precise ser indenizado, por exemplo).

No caso Linkletter a Suprema Corte dos EUA passou a determinar um teste baseado em três critérios: o **fim** da norma tachada de inconstitucional; a **confiança** na norma antiga pelos policiais (o caso era penal) e o efeito que a retroatividade teria na **administração da justiça**. No caso Linkletter foram excluídos da regra da não retroatividade os casos já ajuizados, que, entretanto, foram incluídos na regra da análise dos efeitos em 1966<sup>46</sup>.

<sup>41</sup> MENDES, 2010, p. 321 e notas 31 e 32, na mesma página.

<sup>42</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 353.657-5. Tribunal Pleno, Brasília, DF, 25 de junho de 2007, voto do Min. Ricardo Lewandowski na questão de ordem, em voto transcrito nas pp. 670 e 692 do vol. 2310-03 do Ementário. A questão de ordem foi, entretanto rejeitada naquela ocasião. O Min. Carlos Britto (p. 678) salientou que a modulação dos efeitos levantada pela questão de ordem se aplicaria nos casos de mudança de jurisprudência.

<sup>43</sup> MENDES, 2010, p. 322.

<sup>44</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. SUPREMA CORTE. WILLIE GENE DAVIS, PETITIONER v. UNITED STATES. **United States Reports**. Washington: Suprema Corte, v. 564, 2011, disponível em <<http://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/09-11328.pdf>>, acesso em 08 nov. 2012.

<sup>45</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. SUPREMA CORTE. LINKLETTER v. WALKER. **United States Reports**. Washington: Suprema Corte, v. 381, p. 618 e ss., 1965, disponível em <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=381&page=618>>, acesso em 03 dez. 2011.

<sup>46</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. SUPREMA CORTE. Johnson v. New Jersey. **United States Reports**. Washington: Suprema Corte, v. 384, p. 719 e ss., 1966, disponível em <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=384&page=719>>, acesso em 03 dez. 2011.

Entretanto, após mais de vinte anos de aplicação dos três critérios para análise da retroatividade, julgou-se que o critério era muito complexo e, em 1987, no caso Griffith<sup>47</sup>, decidiu-se que, em se tratando de inconstitucionalidade de regras pertinentes ao processo penal, a retroatividade deveria ser a regra geral, em face do potencial de benefício para o réu.

Há exceções para os casos de atuação de boa-fé pela polícia.

Em Williams X United States o juiz Harlan, em voto vencido, salienta que: “*Nós não podemos liberar criminosos da cadeia apenas porque achamos que um determinado processo seja especialmente apropriado [para anunciar uma doutrina constitucional]*”<sup>48</sup>. A posição (retorno à tese de pesar os critérios para avaliar a retroatividade da decisão, como em *Linkletter*) não foi acolhida pela maioria).

A análise é dominada pela técnica das distinções que, se por um lado torna o direito norte-americano confiável e seguro, por outro o torna completamente distinto do nosso. Lá, nem nas decisões nem nas normas há regras ou normas gerais amplas, mas subconjuntos normativos extremamente precisos.

## 7. Distinções remanescentes

### D) Cumulação e Separação de Jurisdições – Ferreres Comella e Fernández Segado.

Víctor Ferreres Comella, profundo admirador do sistema norte-americano, entende que o sistema europeu se caracterizaria por um mais intenso grau de *ativismo judicial*<sup>49</sup>, embora este seja de mais difícil identificação no *common law*<sup>50</sup>.

<sup>47</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. SUPREMA CORTE. Griffith v. Kentucky, v. 479, p. 314 e ss., 1987, disponível em <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=479&page=314>>, acesso em 03 dez. 2011.

<sup>48</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. SUPREMA CORTE. Williams v. United States. **United States Reports**. Washington: Suprema Corte, v. 401, p. 646 e ss, especialmente p. 679, 1971, disponível em <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=401&page=646>, voto vencido do juiz Harlan, decisão mencionada em WILLIE GENE DAVIS, PETITIONER v. UNITED STATES. **United States Reports**. Washington: Suprema Corte, v. 564, 2011, acima referida, tradução nossa: “*We cannot release criminals from jail merely because we think one case is a particularly appropriate one [to announce a constitutional doctrine]*”.

<sup>49</sup> COMELLA, 2004, *passim*, em especial no final do texto, pp. 32-33.

<sup>50</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: Parâmetros Dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 107: “Se o ativismo judicial, em uma noção preliminar, reporta-se a uma disfunção no exercício da função jurisdicional, em detrimento, notadamente, da função legislativa, a mencionada diferença de grau permite compreender porque nos ordenamentos filiados ao *common law* é muito mais difícil do que nos sistemas da família romano-germânica a caracterização do que seria uma atuação ativista da magistratura, a ser repelida em termos dogmáticos, em contraposição a uma atuação mais ousada, porém ainda dentro dos limites do juridicamente permitido”.

Francisco Fernández Segado, após salientar uma forte tendência de convergência entre ambos sistemas<sup>51</sup>, menciona como principais critérios distintivos o controle da lei na ausência de litígio prévio e o controle da aplicação da lei.

A ampla preponderância das características do processo objetivo no controle separado de constitucionalidade, em qualquer das modalidades do controle – da lei ou de sua aplicação –<sup>52</sup> salienta uma distinção com o sistema norte-americano, onde a objetivação e a abstração do controle, embora existentes, são exceção<sup>53</sup>.

**A distinção entre o controle *a priori* e o *a posteriori***, embora essencial para a compreensão do funcionamento de um sistema de controle de constitucionalidade, **perdeu muito de sua importância nos dez anos decorridos desde a publicação do texto de Fernandez Segado**, pois a própria França, modelo clássico do controle *a priori*, viu-se forçada a reconhecer a sua insuficiência<sup>54</sup>.

A distinção entre o controle material (no interesse do ordenamento) e o formal (da competência, da espécie normativa e do procedimento), embora essencial para a compreensão do controle de constitucionalidade, não parece ser um elemento distintivo entre os sistemas de controle, de forma que esta distinção carece de importância enquanto critério distintivo, embora, evidentemente, não identifique os dois sistemas de controle, pois “a *suposta*

<sup>51</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, 2002, pp. 32-45.

<sup>52</sup> MARTINS, L., 2005a, pp. 48-49.

<sup>53</sup> FERRERES COMELLA, 2004, p. 13.

<sup>54</sup> A Emenda Constitucional francesa de 23/07/2008 previu o controle de constitucionalidade *a posteriori* na França.

A regulamentação deste forma de controle foi introduzida pela Lei Orgânica 2009-1523, de 10/12/2009, na Ordonnance 58-1067, de 1968, especialmente nos novos artigos 23-1 a 23-13. O controle entrou em vigor, conforme o disposto no art. 23-4, em 01/03/2010. O expediente deve ser proposto, em matéria cível, perante a Corte de Cassação e, em matéria administrativa, perante o Conselho de Estado, a última instância para estas matérias. Em matéria penal, pode o juiz de segundo grau propor o incidente (art. 23-1). **Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade são normalmente Ex Nunc, podendo ser modulados e escolhido um termo posterior para a invalidação da norma (mas nunca Ex Tunc)** e a decisão vincula a administração (art. 62 da Constituição). Uma peculiaridade do mecanismo da *exception d'inconstitutionnalité* é que **nem todos os juizes podem recorrer ao Conselho Constitucional, questionando se uma determinada norma infringe direitos e liberdades constitucionalmente salvaguardados. De fato, apenas as últimas instâncias ordinárias e administrativas, i.e. o Conseil d'Etat e a Cour de Cassation podem remeter uma matéria para o Conselho Constitucional.** Quando juizes inferiores enfrentarem uma questão constitucional, eles devem submeter a matéria às Cortes Supremas em matéria ordinária ou administrativa.

FRANÇA. **Constituição de 1958**. Paris: Le Service Public de la Diffusion du Droit. Disponível em <<http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Constitution-du-4-octobre-1958>>, acesso em 03 dez. 2011, especialmente arts. 61-1 e 62.

FRANÇA. **Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre portant loi organique sur le Conseil constitutionnel**. Version consolidée au 20 avril 2011. Paris: Le Service Public de la Diffusion du Droit. Disponível em <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000705065&fastPos=1&fastReqId=1608164790&categorieLien=cid&oldAction=rechTexte>>, acesso em 03 dez. 2011.

*‘superação’ do paradigma kelseniano do legislador negativo no controle separado não leva este sistema a identificar-se com o norte-americano”<sup>55</sup>.*

A observância acerca da separação ou da cumulação das jurisdições (da competência para a análise e o julgamento da questão de constitucionalidade) permanece essencial, bem como a questão da competência para a propositura desta questão (pela parte ou pelo juiz) e dos efeitos desta, mas somente a primeira distingue, de forma clara, os dois sistemas.

Por fim, para clarear incorreções terminológicas, salientamos que Gilmar Ferreira Mendes afasta a identificação do controle prévio com o controle político por três critérios: primeiro ao centrar a distinção entre o controle político e o jurisdicional no órgão competente para o controle<sup>56</sup>; segundo, a salientar a moderna tendência para o controle prévio de tratados internacionais, desnecessário no Brasil pelo controle sobre o Decreto-Legislativo, possibilitando evitar a ratificação e a recepção do tratado na ordem jurídica interna<sup>57</sup> e, terceiro, ao salientar que

no Brasil admite-se o controle judicial preventivo, nos casos de mandado de segurança impetrado por parlamentar com objetivo de impedir a tramitação de projeto de emenda constitucional lesiva às cláusulas pétreas... Em regra, porém, o controle judicial é de feição repressiva<sup>58</sup>.

Conclui-se esta parte com duas observações: a distinção fundamental entre os dois sistemas de controle de constitucionalidade é entre a cumulação e a separação das jurisdições, além de uma profunda distinção sociológica entre a natureza e a origem do direito.

II) Profunda diferença histórica entre os dois modelos, enraizada na história e na origem sociológica das famílias do direito romano-germânico e do *common law*, inviabilizando uma fusão dos sistemas – Saldanha e Strauss

Embora seja inegável que tendências mais próprias de um ativismo judicial extremado, que rompem com a separação entre o nível de controle e o da determinação legislativa, como as decisões manipulativas de efeitos aditivos, que ocorrem quando a corte constitucional *inclui* palavras na lei para tornar sua interpretação constitucional<sup>59</sup> sejam inimagináveis no *Common*

<sup>55</sup> LEAL, Roger Stiefelmann. A convergência dos sistemas de controle de constitucionalidade: aspectos processuais e institucionais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 14, n. 57, p. 62-81, especialmente p. 72, out.-dez. 2006a.

<sup>56</sup> MENDES, 2010, p. 335.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 336 e nota 83.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 336 e nota 84, referindo o MS 20.257/DF, Rel. Min. Décio Miranda, DJU de 08/10/1980 3e MS 24.138, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU de 28-11-2002.

<sup>59</sup> *Ibidem*, pp. 313, 343-344, 350-351, 353-354, 359-360, 363-366 e 368-369.

*Law*, é duvidoso que estas decorram, exclusivamente, do sistema de controle de constitucionalidade.

Lembremos que movimentos abruptos, fortemente ideológicos, denotadores de alto grau de instabilidade política e de elevada violência, como a Revolução Francesa, por exemplo [e nós aduziríamos, pelos mesmos motivos, a Revolução Russa e o Nazi-Fascismo], são igualmente inimagináveis no *common law*<sup>60</sup>.

O *common law*, por motivos completamente dissociados do controle de constitucionalidade, vincula-se à concepção e à origem do direito lá vigente, que, ao contrário do que ocorre nos países do sistema romano-germânico, é histórica e racional, afastando-se das concepções filosóficas radicais que buscam justificar as ideologias, pois “*Toda a ideologia é uma tentativa de justificar perante si mesmo ou perante os outros uma linha de conduta que por alguma razão se julga carecer de justificação, isto é, cuja rectidão não é evidente*”<sup>61</sup>.

Enquanto, no sistema romano-germânico, a ideologização da sociedade penetra várias áreas do Estado, abrangendo tanto a Política como o Direito, os países do *common law* buscam reger-se pela máxima britânica “*remedies precede rights*”, inerente à própria natureza do sistema jurídico, visível no trecho abaixo.

O Direito começa garantindo meios processuais, concedendo ações. Com o tempo nós generalizamos a partir destas ações e percebemos direitos por trás delas. Mas como as ações são meios para reivindicar direitos, os direitos são meios conferidos pelo Direito para assegurar os interesses por ele reconhecidos<sup>62</sup>.

Analisando a natureza da supremacia do direito nos dois sistemas, Cezar Saldanha Souza Júnior leciona que:

Em seu fundamento sociológico, toda ordem estatal concreta combina necessariamente direito genético (direito bruto e direito dos juristas) e direito operativo (direito estatal legislado). Entretanto, a participação específica de cada qual na configuração sócio jurídica de um Estado varia caso a caso. Pesam aí, decisivamente, os fatores sócio históricos da própria formação do Estado.

Assim, na Inglaterra – em todos os Estados que seguiram sua tradição jurídica – o *direito genético* consubstanciado nos precedentes judiciais teve, desde as origens, primazia sobre o direito legislado. [...]

Já nos Estados formados, no continente europeu, à sombra da influência das codificações justinianéias do direito romano, espalhando-se, depois, por outras terras, o direito estatal legislado prevalece sobre o direito genético. [...]

Por isso, a diferenciação entre os sistemas do *common law* e os sistemas romano-germânicos não se cinge a meras especificidades jurídico-formais, como por exemplo, a estrutura normativa do ordenamento. Há diferenças profundas, impressas no caráter das relações entre as forças sociais e das relações entre a sociedade e o Estado, que

<sup>60</sup> STRAUSS, 2009, pp. 255-257.

<sup>61</sup> Ibidem, p. 113.

<sup>62</sup> POUND, Roscoe. **The Spirit of the Common Law**. Frankestown, New Hampshire: Marshall Jones, 1921, p. 204, tradução nossa: Law begins by granting remedies; by allowing actions. In time we generalize from these actions and perceive rights behind them. But as the actions are means for vindicating rights, so the rights are means conferred by law for securing the interests which it recognizes.

condicionam as diferenças propriamente jurídicas entre os sistemas. Eis tudo: a diferença entre as duas famílias, antes de ser jurídica, é sociológica<sup>63</sup>!

## 8. “Contaminação” crescente do controle cumulado brasileiro<sup>64</sup>

Após a comparação acima, resta uma pequena e sucinta análise do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

O controle cumulado de constitucionalidade surgiu no Brasil no art. 3º do Decreto nº 848, de 11/10/1890, por influência norte-americana em personalidades marcantes, como Rui Barbosa<sup>65</sup>. Transcrevemos abaixo a disposição que introduziu o controle separado de constitucionalidade no Brasil.

Art. 3º. Na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais a magistratura federal só intervirá em espécie e por provocação da parte. [...] Art. 9º. Compete ao tribunal. [...] Paragrapho único. Haverá também recurso para o Supremo Tribunal Federal das sentenças definitivas proferidas pelos tribunales e juizes dos Estados: [...] b) quando a validade de uma lei ou acto de qualquer Estado seja posta em questão como contrário à Constituição, aos tratados e às leis federaes e a decisão tenha sido em favor da validade da lei ou acto<sup>66</sup>;

A inadequação do sistema norte-americano logo se fez sentir, exigindo alterações e reformas institucionais. O sistema passou a ter características mistas já em 1934, quando o art. 91, IV da CF/1934 previu a possibilidade do Senado conceder efeitos *erga omnes* ao controle.

Em 1965 a EC nº 16 introduziu no ordenamento pátrio o controle separado de constitucionalidade.

Até meados da década de oitenta, conviviam no sistema de controle de constitucionalidade elementos do sistema difuso e do sistema concentrado de controle de constitucionalidade, ensejando-se um *modelo híbrido* ou misto de controle. Não obstante, o modelo concreto continuou predominante da sistemática brasileira até a promulgação da Constituição de 1988<sup>67</sup>.

Até a CRFB/1988, o controle separado era muito limitado tanto quanto à matéria como quanto à legitimidade ativa. A CRFB ampliou significativamente a legitimidade ativa e criou formas novas de controle separado, como a Ação Direta por Omissão, mas permaneceram cinco grandes lacunas no sistema:

- I) Em face da fragilidade da presunção de constitucionalidade das leis no Brasil, foi necessária a criação de um instrumento estranho, a ação declaratória de constitucionalidade, criada pela EC nº 3/1993, que

<sup>63</sup> SOUZA JR., 2002b, pp. 74-76.

<sup>64</sup> MENDES, 2010, p. 322.

<sup>65</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva; Brasília: IDP, 2009, p. 1084.

<sup>66</sup> BRASIL. Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890. [S.l.]: JusBrasil – Educação Jurídica, Política e Gestão Pública, disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/129395/decreto-848-90>>, acesso em 08 nov. 2012.

<sup>67</sup> MENDES, 2010, p. 310.

enfraqueceu ainda mais a presunção de constitucionalidade das leis que não foram objeto desta ação. Sua necessidade deriva, evidentemente, do controle cumulado.

- II) O controle de constitucionalidade do direito ordinário anterior à Constituição (recepção);
- III) O controle da aplicação dos princípios constitucionais enquanto normas conformadoras do ordenamento;
- IV) O controle da constitucionalidade de normas municipais frente à Constituição e
- V) Controvérsia constitucional sobre normas constitucionais revogadas.

As mudanças ocorridas no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro a partir de 1988 alteraram radicalmente a relação que havia entre os controles concentrado e difuso. A ampliação da propositura da ação direta e a criação da ação declaratória de constitucionalidade vieram reforçar o controle concentrado em detrimento do difuso. Não obstante, subsistiu um espaço residual expressivo para o controle difuso relativo às matérias não suscetíveis de exame no controle concentrado (interpretação direta de cláusulas constitucionais pelos juízes e tribunais, direito pré-constitucional, controvérsia constitucional sobre normas revogadas, controle de constitucionalidade do direito municipal em face da Constituição Federal). É exatamente este espaço, imune à aplicação do sistema direto de controle de constitucionalidade, que tem sido responsável pela repetição de processos, pela demora [...] e pelo fenômeno social e jurídico da chamada “guerra de liminares”. Foi em resposta a esse quadro de incompletude que surgiu a ideia de desenvolvimento do chamado “incidente de inconstitucionalidade”. Também foi nesse contexto que, juntamente com o Professor Celso Bastos, passamos a indagar se a chamada “arguição de descumprimento de preceito fundamental”, prevista no art. 102, § 1º, da CF, não teria o escopo de colmatar importantes lacunas [...]<sup>68</sup>.

A visão de Gilmar Mendes, como acima exposto, é que desde a publicação da Lei 9.882/1999 o sistema brasileiro é preponderantemente separado e objetivo, defendendo a modulação dos efeitos das decisões em sede de controle cumulado, a não vinculação destas com o pedido constante da inicial e a “*crescente contaminação da pureza dos dogmas do controle difuso pelos princípios reitores do controle concentrado*”<sup>69</sup>.

Os sistemas cumulado e separado de controle de constitucionalidade dependem das realidades sociológicas para as quais foram criados. O controle cumulado de constitucionalidade é incompatível com o sistema romano-germânico, dependendo das peculiaridades socioculturais inerentes ao *common law*<sup>70</sup>.

<sup>68</sup> MENDES, Gilmar. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. 2. ed. São Paulo: Saraiva; Brasília: IDP, 2011, p. 19.

<sup>69</sup> MENDES, 2010, p. 322.

<sup>70</sup> Neste sentido REVERBEL, 2012, pp. 40, 41, 47, 52, 59 e 239. SOUZA, 1996, pp. 157, 238, 254-255, 256 e 269. CAPPELLETTI, 1999, pp. 76-77. No mesmo sentido, Calamandrei defendeu a inadequação do controle da lei pelos julgadores ordinários fora do *common law* e o exercício de uma função análoga à legislativa quando há controle geral – da constitucionalidade ou de legalidade - ver CALAMANDREI, Piero. **La**

Brewer-Carias, entretanto, defende posição distinta, entendendo que o controle cumulado apresentaria os mesmos problemas de insegurança jurídica em ambos os sistemas – romano-germânico e *common law*<sup>71</sup>.

Discordamos da conclusão de Brewer-Carias, pois, no *common law*, é dispensada nova cognição da causa pela corte superior quando a inferior meramente aplicou precedente ao analisar a constitucionalidade de um ato normativo. A discricionariedade na cognição das causas é inerente à natureza de qualquer corte superior ou suprema<sup>72</sup>, que se distingue de um mero grau de jurisdição.

Ademais, existem formas de controle de constitucionalidade, mesmo nos países vinculados ao sistema separado, que não chegam à Corte Constitucional Federal, como o controle separado de atos normativos estaduais ou municipais frente às constituições estaduais no Brasil (CRFB/88, art. 125, § 2º).

Por fim, devem-se considerar as profundas diferenças culturais existentes entre o *common law* e o sistema romano-germânico, que vão muito além do *stare decisis*, envolvendo realidades sociológicas distintas<sup>73</sup>.

A menos que o STF simplesmente elimine o controle cumulado a cargo do juiz ordinário, por interpretação geradora de uma mutação constitucional, acreditamos, como leciona SOUZA JR., que as adaptações institucionais, destinadas a corrigir problemas, gerarão novas dificuldades, exigindo sucessivas adaptações e gerando novas irracionalidades, até que o problema – a inadequação das próprias instituições – seja resolvido<sup>74</sup>.

O problema reside na adoção, pelo Brasil, de um modelo misto<sup>75</sup>, pois a combinação da forma de supremacia – e de controle – do *rule of law*, fundado na figura do juiz com a forma

---

**Casación Civil.** Buenos Aires: Bibliografica Argentina, 1945, Tomo I: História y Legislaciones, v. 2, pp. 43-44, 54-56.

<sup>71</sup> BREWER-CARÍAS, Allan R. Una Pincelada sobre los Sistemas de Control de Constitucionalidad en Iberoamérica. In: REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição Constitucional na Íbero-América.** Porto Alegre: Brejo Bibliobureau, 2012, p. XVII.

<sup>72</sup> REVERBEL, 2012, p. 105.

<sup>73</sup> SOUZA JR, 2002b, pp. 74-76.

<sup>74</sup> O próprio Min. Gilmar Mendes reconhece que as medidas adotadas para a redução da crise numérica dos processos por meio do efeito vinculante das decisões pode causar outra crise numérica, a das reclamações, simplesmente deslocando o problema (MENDES, 2010, p. 330): “*Parece abusivo, nesse contexto, que se admita a reclamação sem que se envidem esforços para a solução da controvérsia no âmbito administrativo. Aqui reside um dos pontos mais delicados e mais relevantes do novo sistema inaugurado pela Emenda Constitucional n. 45/2004. É que não se pode substituir a crise numérica, ocasionada pelo recurso extraordinário, pela multiplicação de reclamações [...] A Súmula Vinculante somente será eficaz para reduzir a crise do Supremo Tribunal Federal e das instâncias ordinárias se puder ser adotada em tempo social e politicamente adequado [...]*”.

<sup>75</sup> Os modelos mistos de controle de constitucionalidade predominam na América Latina, sendo adotados por nove países: Peru, México, Venezuela, Colômbia, Nicarágua, República Dominicana, Guatemala, Equador e Brasil. Oito países adotam o controle separado: Bolívia, Costa Rica, Chile, El Salvador, Honduras, Panamá, Paraguai e Uruguai. A Argentina é o único país latino-americano a filiar-se integralmente ao

de supremacia – e de controle - do Estado de Direito, baseado no legislador e no Tribunal Constitucional é inviável. O primeiro é da essência do *common law*, o segundo da tradição romano-germânica, e a diferença entre ambos não se limita à técnica jurídica<sup>76</sup>. Concluimos, com SOUZA JR. que: “*não existe, e certamente nunca existirá, um modelo de supremacia do direito viável, que misture rule of law e Estado de direito*”<sup>77</sup>.

---

controle cumulado. (Cf. REVERBEL, 2012, pp. 11-12). REVERBEL defende a existência de modelos mistos (REVERBEL, 2012, p. 71) e a tendência a uma crescente mescla das técnicas dos controles cumulado e separado (REVERBEL, 2012, pp. 241-242).

<sup>76</sup> SOUZA JR., 2002b, pp. 186-187.

<sup>77</sup> SOUZA JR., 2002b, p. 187.

## Cap. 2º. CARACTERÍSTICAS DA JURISDIÇÃO

### 9. Jurisdição ordinária e “jurisdição” constitucional

O primeiro conceito com que precisamos trabalhar e delimitar, visando evitar ambiguidades, é o de jurisdição. A tese defendida na presente dissertação – da inviabilidade do controle de constitucionalidade pelo juiz ordinário brasileiro sem risco aos valores da democracia – importa na defesa da existência de uma diferença fundamental entre as chamadas *jurisdição ordinária* e a “*jurisdição*” *constitucional*.

Como veremos abaixo, a jurisdição *stricto sensu* exige imparcialidade<sup>78</sup>, devendo afastar-se da avaliação de opções políticas; enquanto a chamada jurisdição constitucional é indissociável desta avaliação.

Buscaremos definir os limites gerais das questões que não se enquadram na jurisdição ordinária, sem buscar esgotar o tema, pois isto exigiria uma tese específica. Algumas destas questões são eminentemente políticas, outras administrativas, outras ainda, específicas da forma de controle do poder inerente à “jurisdição” constitucional.

A chamada “*jurisdição*” *constitucional*, como veremos abaixo, diferencia-se profundamente da jurisdição ordinária ou *stricto sensu* em pelo menos três aspectos.

#### D) Aplicação do direito aos fatos X controle do próprio direito

Primeiro, enquanto a jurisdição visa aplicar o Direito ao caso concreto, a chamada jurisdição constitucional visa controlar o próprio Direito, tendo um foco necessariamente mais abstrato, mesmo no sistema da justiça constitucional norte-americana<sup>79</sup>. Salienta-se, entretanto, que para muitos autores, como Francisco Fernández Segado<sup>80</sup>, Víctor Ferreres Comella<sup>81</sup> e Gilmar Ferreira Mendes<sup>82</sup>, a distinção entre os sistemas americano e europeu-kelseniano de justiça constitucional está perdendo muito da importância que tinha outrora.

<sup>78</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto & MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2010, v. I: Teoria Geral do Processo Civil e Parte Geral do Direito Processual Civil, pp. 125-126 e 132.

<sup>79</sup> FERRERES COMELLA, 2004, p. 13.

<sup>80</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, 2002, pp. 23-45 e 53-67.

<sup>81</sup> FERRERES COMELLA, 2004, pp. 4, 7 e 26. Comella argumenta que nos casos em que à Corte Constitucional sejam atribuídas outras funções, além do controle de constitucionalidade, como o julgamento de algumas questões eleitorais e o julgamento de crimes cometidos por autoridades, por exemplo, a diferença entre os sistemas americano e europeu-kelseniano de controle de constitucionalidade reduziria.

<sup>82</sup> MENDES, 2010, pp. 305-378, especialmente, no que pertine à aproximação dos dois sistemas no Brasil, p. 322 e, no que se refere à aproximação dos dois sistemas em geral, pp. 337-338, especialmente a p. 337.

II) Aplicação da Lei e tutela ao interesse da parte X aplicação da Constituição e tutela à validade do ordenamento

Segundo, enquanto a jurisdição aplica a lei aos fatos, subordinando-se, portanto, a esta e tutelando o interesse das partes, a chamada “jurisdição” ou justiça constitucional, que tem no controle de constitucionalidade um dos seus importantes aspectos, tem “*a função da tutela e atuação judicial dos preceitos da suprema lei constitucional*”<sup>83</sup>.

III) Aplicação imparcial de uma decisão política fundamental X aplicação de valores fundamentais

Terceiro, enquanto a jurisdição se configura na aplicação de uma decisão política consubstanciada em uma norma anterior à decisão, devendo caracterizar-se pela imparcialidade, “*o controle judicial da constitucionalidade das leis sempre é destinado, por sua própria natureza, a ter também uma coloração ‘política’ mais ou menos evidente*”<sup>84</sup>.

O controle de constitucionalidade deve ser neutro, evitando a ideologia e a arbitrariedade, buscando proteger os fins últimos do Estado e respeitar os pontos de vista válidos.

Tal *fin último* protege a visão social sobre o *bem comum*. O ponto de vista, ou a vista que a sociedade dá aos valores supremos deve ser preservada e mantida para bom andamento das instituições. Uma sociedade pacífica, democrática e civilizada compartilha valores mínimos a serem preservados<sup>85</sup>.

## 10. Jurisdição X administração

A jurisdição propriamente dita, tal como a tarefa administrativa, busca aplicar uma norma pré-existente ao caso concreto, não havendo diferença essencial entre as tarefas administrativa e judicial.

No hay, ni puede dar-se, un signo general que separe la justicia de la administración. Por eso, aún hoy, todos los teorizadores se contentan con afirmar que esta oposición se ha formado históricamente, y que corresponde a la justicia lo que como tal se ha ido considerando en la evolución de la historia. La evolución moderna de la jurisdicción administrativa, así como las profundas investigaciones doctrinales acerca de la naturaleza de la jurisdicción y de la administración, muestran que la distinción entre la justicia y administración es cada vez más formalista, esto es, que se trata de

<sup>83</sup> CAPPELLETTI, 1999, pp. 23-25.

<sup>84</sup> Ibidem, p. 114.

<sup>85</sup> REVERBEL, 2012, p. 40.

categorías que hay que referir a los fenómenos exteriores de las autoridades que las ejecutan, las cuales no pueden aclarar las diferencias de las funciones del Estado que alcanzan en ellas su expresión<sup>86</sup>.

A diferença entre a tarefa administrativa e a judicial centra-se na distinção entre a impessoalidade exigida na administração e a imparcialidade exigida na jurisdição, na qual o julgador é um terceiro, distinto das partes.

## 11. Jurisdição ordinária

O digesto inicia pela definição do poder de julgar, mas, ao invés de definir a jurisdição, define justiça como “*a constante e perpétua vontade de dar a cada um aquilo que por direito lhe pertence*”<sup>87</sup>. A jurisdição era, à época, vista como o meio para a realização da justiça e a jurisprudência: “*o conhecimento das coisas divinas e humanas, a ciência do justo e do injusto*”<sup>88</sup>.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero definem jurisdição conforme segue:

O conceito de jurisdição pressuposto no Código Buzaid (1973-1994) caracterizava-a como uma atividade substitutiva do juiz, cujo objeto é a eliminação de uma lide com força de coisa julgada em uma atividade plenamente vinculada à lei. [...]

É evidente, porém, a imprestabilidade do conceito de substitutividade para bem caracterizar a jurisdição. [...]

A jurisdição é antes de tudo um poder [...] A doutrina contemporânea coloca a estatalidade do órgão e sua imparcialidade como as notas essenciais capazes de determinar a presença de jurisdição [...] À jurisdição calha aplicar o direito de forma específica, isto é, autoritativamente. A jurisdição aplica o direito, não aplica tão somente a lei. [...]

A tarefa do juiz no Estado Constitucional coloca-se como uma atividade de reconstrução da ordem jurídica. Não se trata, propriamente, de atividade criativa. A jurisdição não cria *ex novo*, mas recria – há reconstrução a partir de elementos já constantes dentro do sistema jurídico.

A jurisdição voluntária é jurisdição<sup>89</sup>.

São características da jurisdição no CPC reformado (pós 1994) a imperatividade, a imparcialidade e a juridicidade, às quais OLIVEIRA & MITIDIERO adicionam a irrevisibilidade externa<sup>90</sup>.

<sup>86</sup> JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. México: FCE, 2000. (Título original: Allgemeine Staatslehre, tradução e prólogo de Fernando de los Ríos), p. 532.

<sup>87</sup> JUSTINIANO. **Le Pandette**. Riordinate da R. G. Pothier. Venezia: Antonio Bazzarini, 1833, v. I, p. 1, disponível em

<[http://books.google.com.br/books?id=ooADAAAAQAAJ&printsec=frontcover&dq=le+pandette&source=bl&ots=2DH1klQvbm&sig=zy9\\_Oiq9GzOYbpzPZcqFIyqy17c&hl=pt-BR&sa=X&ei=d9l4UMHrOey-0QH85YGIDw&redir\\_esc=y#v=onepage&q=le%20pandette&f=false](http://books.google.com.br/books?id=ooADAAAAQAAJ&printsec=frontcover&dq=le+pandette&source=bl&ots=2DH1klQvbm&sig=zy9_Oiq9GzOYbpzPZcqFIyqy17c&hl=pt-BR&sa=X&ei=d9l4UMHrOey-0QH85YGIDw&redir_esc=y#v=onepage&q=le%20pandette&f=false)>, acesso em 30 jul. 2009, tradução nossa.

<sup>88</sup> JUSTINIANO, 2000, p. 2, tradução nossa.

<sup>89</sup> OLIVEIRA & MITIDIERO, 2010, v. I, pp. 122-129.

<sup>90</sup> Ibidem, p. 132.

A limitação da jurisdição ao seu campo apropriado, afastando a discussão de questões em tese e evitando a substituição de opções políticas por decisões judiciais, mormente quando monocráticas, é essencial para separação de poderes e para a governabilidade, como podemos ver no trecho abaixo da lavra de Antonin Scalia.

Minha tese é de que a doutrina americana do direito de ação (*standing doctrine*) é um elemento crucial e inseparável do princípio da separação de poderes, cujo desrespeito produzirá, inevitavelmente – tal como ocorreu nas últimas décadas – uma judicialização excessiva do processo de autogoverno<sup>91</sup>.

## 12. Características da justicialidade

A Suprema Corte dos EUA descreveu, de forma que nos parece bastante instrutiva, seis fatores a serem pesados quando considera a justicialidade de uma questão<sup>92</sup>.

Todo processo que envolve questões políticas tem, claramente visíveis [1°] uma relação constitucional textualmente demonstrável do caso com as atribuições de um ministério; [2°] ou a falta de padrões judiciais cognoscíveis e gerenciáveis para a sua solução; [3°] ou a impossibilidade de decidir sem uma determinação política inicial de um tipo claramente incompatível com a discricionariedade judicial; [4°] ou a impossibilidade do tribunal decidir de modo independente sem manifestar desrespeito diante de outros poderes; [5°] ou uma necessidade incomum de adesão incondicional a uma decisão política já tomada ou [6°] a potencialidade de embaraço diante de múltiplos pronunciamentos por vários departamentos acerca de uma questão<sup>93</sup>.

A Suprema Corte dos EUA afirmou que estas seis cláusulas são individualmente suficientes e coletivamente necessárias para tornar uma lide uma questão política não ajuizável<sup>94</sup>.

<sup>91</sup> SCALIA, Antonin. The Standing Doctrine as an Essential Element of the Separation of Powers. **Suffolk University Law Review**, Boston: Suffolk Law School, n. 17, 1983, p. 881-892, especialmente p. 881, disponível em <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/sufflr17&div=62&id=&page=>>, acesso em 12 oct. 2012, tradução nossa: My thesis is that the judicial doctrine of standing is a crucial and inseparable element of that principle [da separação de poderes], whose disregard will inevitably produce – as it has during the past few decades – an over judicialization of the process of self-governance.

<sup>92</sup> HARVARD LAW REVIEW. Developments in Law: Access to Courts. **Harvard Law Review**. Cambridge, Massachusetts: Harvard Law Review, v. 122, pp. 1150-1216, especialmente p. 1195, 2009a, disponível em [http://www.harvardlawreview.org/issues/122/february09/Developments\\_in\\_the\\_Law\\_467.php](http://www.harvardlawreview.org/issues/122/february09/Developments_in_the_Law_467.php)

<sup>93</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. SUPREMA CORTE. Baker v. Carr. **United States Reports**. Washington: Suprema Corte, v. 369, p. 186, 1962, disponível em <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=369&page=186>, acesso em 10/10/2012, tradução nossa: Prominent on the surface of any case held to involve a political question is found a [1°] textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department; [2°] or a lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it; [3°] or the impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for nonjudicial discretion; [4°] or the impossibility of a court's undertaking independent resolution without expressing lack of the respect due coordinate branches of government; [5°] or an unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made; [6°] or the potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question.

<sup>94</sup> HARVARD LAW REVIEW, 2009a, p. 1195.

A Suprema Corte dos EUA entende que cada um destes parâmetros é um teste independente para a existência de uma questão política e que estão listados em ordem decrescente de importância e de certeza<sup>95</sup>.

No Brasil discute-se a possibilidade da sindicância judicial até mesmo dos limites da denominada *discricionariedade administrativa*, substituindo a opção política do administrador pela visão político-ideológica do julgador como podemos ver no julgado abaixo.

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO CIVIL ATIVO. AFASTAMENTO COM O FIM DE CESSÃO. ART. 93 DA LEI Nº 8.112/1990. MOTIVO DE SAÚDE PRÓPRIA VERSUS CARÊNCIA DE RECURSOS HUMANOS. NEGATIVA. MANDADO DE SEGURANÇA REPRESSIVO. PREPONDERÂNCIA DA DISCRICIONARIEDADE. EXCEPCIONAL POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL DO MÉRITO ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIO JURÍDICO DA RAZOABILIDADE. OBSERVÂNCIA. AUSÊNCIA DE PROVA DOCUMENTAL PRÉ-CONSTITUÍDA. POSSIBILIDADE DE NOVA DEMANDA.

I. O afastamento de servidor público civil ativo com o fim de cessão para servir em cargo em comissão de chefia a outra entidade, regulada por meio do art. 93, caput, I, da Lei nº 8.112/1990, se materializa em um ato administrativo que, praticado no exercício do poder administrativo, evidencia a preponderância da relativa discricionariedade administrativa sobre a absoluta vinculação administrativa.

II. Com relação ao controle judicial daquele ato administrativo, **a atuação do Poder Judiciário pode juridicamente adentrar a legalidade administrativa, mas também podendo juridicamente alcançar, em certa medida, o mérito administrativo, que se materializa na conveniência e oportunidade** acima descritas, principalmente em função da consagrada teoria dos motivos determinantes - tudo isso com relação àquele ato administrativo, que obrigatoriamente deve ser praticado sob a observância dos pertinentes princípios jurídicos, tais como o da razoabilidade, em suas três vertentes, quais sejam: da necessidade, da adequação e da proporcionalidade.

[...] <sup>96</sup>.

Nos EUA há um critério para a sindicância do mérito dos atos decididos pelas agências administrativas, o critério do efeito estratégico substitutivo, que determina que estes somente sejam analisados no mérito quando a discricionariedade empregada não obedecer a quaisquer critérios formais e adotar uma interpretação de atos normativos distinta da adotada pelas cortes<sup>97</sup>, como podemos ver no texto abaixo.

O “efeito de substituição estratégica” aplica-se quando os tribunais dão maior deferência às interpretações normativas oriundas de processos regulamentares mais formais. Quanto mais formais forem os procedimentos de uma agência, mais os tribunais se inclinarão a aceitar a interpretação da norma em questão na formulação

<sup>95</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. SUPREMA CORTE. Vieth et al. v. Jubelirer, PRESIDENT OF THE PENNSYLVANIA SENATE, et. al. **United States Reports**. Washington: Suprema Corte, v. 541, p. 278, 2004, disponível em <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=541&page=278#278>>, acesso em 12/10/2012.

<sup>96</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal (2. Região). Apelação Cível nº 545.142 (2011.51.02.001429-2). Relator Desembargador Federal Sérgio Schwaitzer. Rio de Janeiro 04/07/2012. Diário de Justiça Eletrônico da 2ª Região 10 jul. 2012, p. 259, unânime, grifamos.

<sup>97</sup> TILLER, Emerson & CROSS, Frank B. Modeling Agency/Court Interaction. **Harvard Law Review Forum**. Cambridge, Massachusetts: Harvard Law Review, v. 120, n. 2, Dec. 2006, pp. 13-20, disponível em <[http://www.harvardlawreview.org/issues/120/december06/forum\\_487.php](http://www.harvardlawreview.org/issues/120/december06/forum_487.php)>, acesso em 07 jul. 2012.

de políticas. Quanto menos formal for o procedimento, maior será a probabilidade do tribunal aplicar um “desconto pela informalidade”, aceitando desvios menores de sua própria interpretação correta e preferida da norma (chamada de “plausibilidade textual”)<sup>98</sup>.

Observe-se que se reconhece, nos EUA, que as agências têm a possibilidade até, dentro de certos limites, de interpretar as normas de forma algo elástica, até distinta da interpretação adotada pelas cortes, tendo uma aceitação proporcional a sua formalidade e aderência à interpretação adotada pelo judiciário, mas aceitando-se a liberdade de adoção de visões políticas pelas agências<sup>99</sup>.

Nos EUA se reconhece que a interpretação é, necessariamente, variável e se reconhece que o poder das agências é quase-legislativo, produzindo normas gerais que interpretam os *statutes*<sup>100</sup>, exigindo-se, entretanto, a publicidade de todos os materiais técnicos nos quais se baseou a sua decisão ou regulamento<sup>101</sup>.

Mark Tushnet (respondendo a um artigo de Dan. M. Kahan<sup>102</sup>, que defendia a substituição dos critérios políticos por critérios técnico-científicos adotados pelos juízes da Suprema Corte, pois desconfia do uso de critérios políticos<sup>103</sup>), salienta que os critérios progressistas adotados pelo judiciário faliram na metade do século XX.

<sup>98</sup> TILLER & CROSS, 2006, p. 14, tradução nossa: The “strategic substitution effect” applies if the courts give greater deference to statutory interpretations emerging from more formal rulemaking processes. The more formal an agency’s procedures, the more leeway a court will give the agency’s interpretation of the statute at issue in policymaking. The less formal the procedure, the more likely the court is to apply an “informality discount” and accept less deviance from its own preferred correct statutory interpretation (called “textual plausibility”).

<sup>99</sup> STEPHENSON, Matthew C. The Strategic Substitution Effect: Textual Plausibility, Procedural Formality and Judicial Review of Agency Statutory Interpretation. **Harvard Law Review**. Cambridge, Massachusetts: Harvard Law Review, v. 120, Dec. 2006, pp. 528-572, especialmente p. 565, disponível em <<http://www.harvardlawreview.org/media/pdf/stephenson.pdf>>, acesso em 12 out. 2012.

<sup>100</sup> *Ibidem*, p. 536.

<sup>101</sup> TILLER & CROSS, 2006, p. 19

<sup>102</sup> KAHAN, Dan. M. Neutral Principles, Motivated Cognition, and Some Problems for Constitutional Law. In. The Supreme Court 2010 Term. **Harvard Law Review**. Cambridge, Massachusetts: Harvard Law Review, v. 125, n. 1, Nov. 2011, pp. 1-77, disponível em <[http://www.harvardlawreview.org/media/pdf/vol125\\_kahan.pdf](http://www.harvardlawreview.org/media/pdf/vol125_kahan.pdf)>.

<sup>103</sup> KAHAN, 2011, p. 75, onde diz expressamente que: “*De fato, os EUA são uma sociedade particularmente pró ciência [...] a existência de uma polarização cultural é uma patologia. A prática dos tribunais de fornecer uma fundamentação racional de suas decisões busca assegurar os cidadãos de que o tribunal está decidindo estas disputas imparcialmente. Assim como os argumentos empíricos nos debates políticos, as técnicas que os tribunais utilizam para justificar suas decisões – o seu próprio uso dos dados empíricos, seu uso de teorias que relacionam uma posição com a “razão” e a “neutralidade” e a outra com “preconceito” e “parcialidade”, seu uso de uma retórica destemperada e denunciatória (especialmente nos votos vencidos) – evidencia o autoengano e atrai desconfiança. Eles também fornecem sinais que são recebidos por grupos intermediários – incluindo políticos e comentaristas da mídia – que então os ampliam e retransmitem aos membros dos grupos culturais que buscam neles meios para compreender o significado das decisões dos tribunais*” (tradução nossa)

“*In fact, the United States is a singularly pro-science society [...] the existence of cultural polarization is a pathology*” (ênfase do original). Na página 74, o autor nega utilidade à fundamentação racional das decisões: “*The court’s practice of supplying a reasoned explanation for its decision is supposed to assure citizens that the Court is resolving such disputes impartially But much like empirical arguments in policy debates, the devices the Court uses to justify its decisions — its own use of empirical data; its use of*

A partir dos anos 30 do século XX percebeu-se que a adoção de critérios técnico-científicos pelos julgadores geraram um novo tipo de pluralismo, no qual os beneficiários das inovações progressistas defendiam seus interesses<sup>104</sup>.

Não há, em suma, como eliminar a política, pois sempre será necessária a escolha de um ponto de vista entre as várias alternativas válidas. Marcello Caetano definia a função política como “*a actividade dos órgãos do Estado cujo objeto directo e imediato é a conservação da sociedade política e a definição e prossecução do interesse geral mediante a livre escolha dos rumos ou das soluções consideradas preferíveis*”<sup>105</sup>.

O progressismo jurídico demonstrou ser uma utopia, pois os tecnocratas (*technical specialists*) que substituiriam as autoridades políticas competentes entraram em descrédito quando, nos anos 30, não conseguiram cumprir o objetivo, pois suas decisões também eram políticas<sup>106</sup>, apenas os critérios não eram democráticos<sup>107</sup>.

Malcolm Langford, analisando os direitos sociais e a transformação da democracia inerente ao *welfare state*, principalmente em face das recentes demandas que buscam atribuir eficácia própria de direitos públicos subjetivos a alguns direitos sociais, contrapõe os modelos maximalista e minimalista.

O modelo maximalista, que visualiza os tribunais como órgãos particularmente ativos na definição do escopo dos direitos humanos, é mais temido do que realizado, mas é, de fato, problemático. Um modelo maximalista acarreta o risco de carecer de sensibilidade aos aspectos de legitimidade, de reduzir o espaço para o progresso social e de limitar a efetividade e a eficiência da política social ao adotar critérios técnicos ou entendimentos inadequados de direitos socioeconômicos<sup>108</sup>.

---

*theories that equate one position with “reason” and “neutrality” and the other with “bias” and “will”; its use of intemperate and denunciatory rhetoric (particularly in dissents) — evince self-deception and breed distrust. They also furnish signals that are received by intermediary groups — including politicians and media commentators — who then amplify and retransmit them to members of the cultural groups who look to them for guidance on the significance of the Court’s decisions”.*

<sup>104</sup> TUSHNET, Mark. I Couldn’t See It Until I Believed It. Some notes on motivated reasoning in constitutional adjudication. **Harvard Law Review Forum**. Cambridge, Massachusetts: Harvard Law Review, v. 125, n. 1, Nov. 2011a, pp. 1-6, especialmente p. 6. Disponível em <[http://www.harvardlawreview.org/media/pdf/vol124\\_forum\\_tushnet.pdf](http://www.harvardlawreview.org/media/pdf/vol124_forum_tushnet.pdf)>, acesso em 03 set. 2012.

<sup>105</sup> CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. 6. ed., revista e ampliada por Miguel Galvão Teles, Coimbra: Almedina, 2010, t. I, p. 172, grifo nosso.

<sup>106</sup> TUSHNET, 2011a, p. 6.

<sup>107</sup> TUSHNET, Mark. Administrative Law in the 1930’s: The Supreme Court’s Accommodation of Progressive Legal Theory. **Duke Law Journal**. v. 60, 2011b, p. 1565-1637, especialmente pp. 1574, 1575, 1588 e 1590, disponível em <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1501&context=dlj>>, acesso em 12 out. 2012.

<sup>108</sup> LANGFORD, Malcolm. The Responsive Court: Social Rights, Democracy and Transformation. **Oslo Law Review**. May 2012, rascunho (*draft*), pp. 1-35, especialmente pp. 16-17, disponível em <<http://www.jus.uio.no/smr/english/research/projects/socio-economic-rights-ml/docs/draft-intro.pdf>>, acesso em 12 out. 2012.

### 13. Jurisdição e imparcialidade

A jurisdição pressupõe a imparcialidade, afastando-se, portanto, da adoção de pontos de vista ideológicos. J. Mark Ramseyer expõe o problema com maestria, conforme podemos ver no texto abaixo.s

Deixe-me apontar a causa do problema: a magistratura não é um trabalho para mentes espontâneas e inovadoras. Juízes são funcionários burocráticos. Seu trabalho é serem honestos, deslindar um conjunto de fatos, decidir qual norma aplicar e não pensar demais sobre isto tudo<sup>109</sup>.

O que Ramseyer disse acima nada mais é do que uma expressão da imparcialidade, pois o julgador deve ater-se àquilo que foi pré-estabelecido pelo direito.

Reverbel defende a mesma posição, para os juízes ordinários do sistema romano-germânico, como podemos ver no trecho abaixo.

De outro lado, a função jurisdicional dos tribunais ordinários há de ser técnica, para não dizer burocrática. O juiz da base do ordenamento jurídico, vinculado aos fatos, deve aplicar leis. O critério de seleção há de ser o concurso de provas e títulos. A seleção não deve levar em conta elementos políticos, mas técnicos. Releva-se, para esta função, o conhecimento e o bom manejo dos institutos jurídicos *stricto sensu*<sup>110</sup>.

A imparcialidade é uma das principais características necessárias à aplicação da lei por um julgador, sendo exigida por expressa disposição legal.

No processo civil, a imparcialidade é expressamente exigida nos arts. 125, I – paridade de tratamento; 128 – proibição do conhecimento de questões não suscitadas a respeito das quais a lei exija a iniciativa da parte; 134 – impedimento; 135 – suspeição e 485, I – cabimento de ação rescisória em face de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz entre outros, todos do CPC.

Em sentido análogo, a Lei 9.784/1999, que regulamenta o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, dispõe sobre o dever de imparcialidade do julgador administrativo nos seus arts. 18 – impedimento e 20 – suspeição.

No que pertine ao regramento da atividade administrativa, a Constituição Federal brasileira de 1988 insculpiu a impessoalidade em princípio constitucional aplicável à

<sup>109</sup> RAMSEYER, J. Mark. Not-so-ordinary judges in ordinary courts: teaching *Jordan v. Duff & Phelps, Inc.* **Harvard Law Review**. Cambridge, Massachusetts: Harvard Law Review, v. 120, mar. 2007, p. 1199-1209, especialmente pp. 1205-1206, disponível em <[http://www.harvardlawreview.org/issues/120/march07/Commentary\\_4067.php](http://www.harvardlawreview.org/issues/120/march07/Commentary_4067.php)> acesso em 03/09/2012, tradução nossa: Let me suggest the locus of the problem: judging is not a job for unconstrained, innovative minds. Judges are government bureaucrats. Their job is to be honest, to unravel a set of facts, to decide what law applies, and not to think too hard about it all.

<sup>110</sup> REVERBEL, 2012, p. 80.

Administração pública direta e indireta de todas as esferas, ao referir expressamente a *impressoalidade* como princípio reitor da atividade administrativa (CRFB, art. 37, *caput*).

A jurisdição exige o respeito ao princípio dispositivo e ao direito fundamental ao juiz natural, que “*envolve, no mínimo, dois aspectos relevantes: (a) a independência e a imparcialidade jurisdicional e (b) a predeterminação de critérios específicos para fixação da competência*”<sup>111</sup>.

#### 14. Características da jurisdição conforme Lon Fuller

Vejam, agora, as características gerais das questões que podem ser submetidas à jurisdição ordinária.

Lon Fuller, em seu famoso artigo intitulado *The Forms and Limits of Adjudication*<sup>112</sup>, trabalha as características fundamentais que permitem o ajuizamento de uma questão e da decisão que o encerra, trabalhando conjuntamente, portanto, os conceitos de jurisdição, de decisão judicial e dos efeitos desta última.

Fuller, como podemos ver nos trechos abaixo, reputa serem características fundamentais da judicialidade – e nós aduzimos, da jurisdição, que é um dos seus elementos - o ser uma forma de regulação social, que confere às partes afetadas o direito de participarem do processo de elaboração da decisão, apresentando provas e argumentos perante um juiz imparcial, institucionalizando uma forma de influência dos argumentos racionais nos assuntos humanos<sup>113</sup>.

Costuma-se pensar na judicialidade como um meio para resolver disputas ou controvérsias. Este é, evidentemente, o seu aspecto mais óbvio [...] Mais fundamentalmente, entretanto, a judicialidade deve ser vista como uma forma de ordem social, como um meio pelo qual as relações dos homens entre si são governadas e reguladas. [...]

A característica distintiva da judicialidade reside no fato de que ela confere à parte afetada uma forma peculiar de participação na decisão, apresentando provas e argumentos arrazoados para uma decisão a seu favor. [...]

Desta tarefa alguns requisitos podem ser deduzidos, como, por exemplo, a imparcialidade, pois para ser um “verdadeiro” juiz o julgador deve ser imparcial. [...]

A judicialidade é, portanto, uma ferramenta que dá expressão formal e institucional à influência da argumentação racional nos assuntos humanos<sup>114</sup>.

<sup>111</sup> OLIVEIRA & MITIDIERO, 2010, v. I, pp. 31-32.

<sup>112</sup> FULLER, 1978, pp. 353-409.

<sup>113</sup> Ibidem, pp. 357 e 364-366.

<sup>114</sup> Ibidem, pp. 357 e 364-366, tradução nossa: It is customary to think of adjudication as a means of settling disputes or controversies. This is, of course, its most obvious aspect [...]. More fundamentally, however, adjudication should be viewed as a form of social ordering, as a way in which the relations of men to one another are governed and regulated. [...] The distinguished characteristic of adjudication lies in the fact that it confers on the affected party a peculiar form of participation in the decision, that of presenting proofs and reasoned arguments for a decision in his favor. [...] From this office certain requirements

Ainda conforme Fuller, a jurisdição não é adequada para resolver disputas em áreas em que a associação humana seria destruída se organizada em termo de certo/errado, e em problemas suficientemente policêntricos, mais adequados à solução contratual ou administrativa, bem como por meio de métodos parlamentares que envolvam acordos políticos<sup>115</sup>.

A área onde são mais frequentes os problemas policêntricos para os quais a solução judicial é inadequada é o direito administrativo, podendo-se dizer que problemas envolvendo a alocação de recursos econômicos apresentam um aspecto demasiadamente interdependente para serem ajuizáveis<sup>116</sup>, envolvendo a definição de metas políticas e a administração de recursos.

## 15. “Jurisdição” constitucional

O controle das principais decisões políticas, instrumentadas na forma das leis e de sua interpretação frente aos princípios constitucionais, igualmente não se enquadra na jurisdição ordinária, como vimos acima, ao elencar as três principais diferenças entre as duas formas de jurisdição – *stricto sensu* e constitucional – e veremos abaixo no que pertine à hierarquia e às características da decisão.

A chamada “jurisdição” constitucional nada mais é do que uma forma de controle do poder, diferenciando-se substancialmente da jurisdição ordinária, como podemos ver, por exemplo, no seguinte trecho de Karl Löwenstein, onde se verifica que o controle de constitucionalidade foge da divisão clássica de poderes<sup>117</sup> e ultrapassa amplamente o campo legítimo da atividade dos tribunais (a jurisdição *stricto sensu*, que se configura como execução da decisão política tomada). O controle de constitucionalidade é, essencialmente, uma decisão política de controle do poder<sup>118</sup>.

El *judicial review* americano (control judicial), por el cual los tribunales al oponerse a las decisiones del congreso y del presidente se han constituido un tercero y autentico detentador del poder, no pertenece en absoluto a la teoría clásica de la separación de poderes. Materialmente, pertenece a la categoría del control político y será tratado en su lugar apropiado<sup>119</sup>.

---

might be deduced, for example, that of impartiality, since a judge to be “truly” such must be impartial. [...] Adjudication is, then, a device which gives formal and institutional expression to the influence of reasoned argument in human affairs

<sup>115</sup> FULLER, 1978, pp. 370-371, 398 e 400.

<sup>116</sup> Ibidem, p. 400.

<sup>117</sup> LÖWENSTEIN, 1970, pp. 67-68.

<sup>118</sup> Ibidem, pp. 308-9.

<sup>119</sup> Ibidem, pp. 67-68.

Se produce una situación radicalmente diferente cuando existe el derecho de los tribunales – derecho asumido, usurpado o implícitamente otorgado – para comprobar la constitucionalidad de las leyes emitidas conjuntamente por el parlamento y el gobierno, y para anularlas en el caso de que las consideren inconstitucionales. Este lado de la función judicial sobrepasa ampliamente el campo legítimo de la actividad de los tribunales, que no debería ser más que la ejecución de la decisión política tomada. El control de la constitucionalidad es, esencialmente, control político y, cuando se impone frente a otros detentadores del poder es, en realidad, una decisión política<sup>120</sup>.

A expressão “jurisdição constitucional” surgiu para explicar a visão kelseniana do legislador negativo, que deveria atuar com neutralidade, de forma distinta do legislador, que tem ampla liberdade na escolha política da forma de determinação utilizada para elaborar a lei. A semelhança com a jurisdição se limitaria, como se pode ver no trecho abaixo, à preponderância da aplicação sobre a criação do direito.

A anulação de uma lei se produz essencialmente como aplicação das normas da Constituição. A livre criação que caracteriza a legislação está aqui quase completamente ausente. [...] a atividade do legislador negativo, da jurisdição constitucional, é absolutamente determinada pela Constituição. É precisamente nisto que se parece com a de qualquer outro tribunal em geral: ela é principalmente aplicação e em pequena medida criação do direito. É, por conseguinte, efetivamente jurisdicional<sup>121</sup>.

---

<sup>120</sup> LÖWENSTEIN, 1970, pp. 308-9.

<sup>121</sup> KELSEN, 2003, p. 153.

### Cap. 3º. UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

#### 16. Função harmonizadora dos tribunais superiores

Os tribunais superiores tem uma função de harmonização do direito, tendo surgido, juntamente com o instituto da cassação, para anular os atos dos juízes que contivessem uma violação da lei<sup>122</sup>.

O Tribunal de Cassação, apesar do nome, era visto não como uma parte do Judiciário, mas como uma emanção do Poder Legislativo<sup>123</sup>. O instituto da cassação, com o tempo, assumiu caráter e funções judiciais<sup>124</sup>, embora bastante distintas da atividade jurisdicional desenvolvida nas instâncias ordinárias.

Michelle Tarufo entende que Calamandrei antecipou aquela que hoje é a principal função das cortes supremas, tanto no *common law* como no sistema romano-germânico: a de assegurar o controle de legitimidade, estabelecendo precedentes que se projetam como pontos de referências par os demais juízes<sup>125</sup>.

Na cassação, como nos recursos especial e extraordinário, predomina a função nomofilática, termo que designa a função, própria dos tribunais superiores, de proteger e guardar as leis, assim como um método de interpretação único e exato<sup>126</sup>.

Os Tribunais Superiores, quando definem a interpretação a ser dada a um grupo de casos, estão determinando o direito material, o que normalmente ocorre sem a necessidade de análise dos fatos, ou, quando muito, após a qualificação jurídica de fatos padronizados para uma série de processos.

Trata-se da definição dos pressupostos para a incidência de uma norma, a ser determinada judicialmente, para a regulamentação isonômica de um grupo de casos aos quais o direito objetivo vigente não dá solução unívoca, exigindo a determinação política do direito material a ser aplicado.

Luís Alberto Reichelt e Leonardo Tricot Saldanha analisam a distinção existente entre os processos comuns, nos quais prevalece o interesse individual da parte e que comportam

<sup>122</sup> CALAMANDREI, 1945, t. I, v. 2, p. 56.

<sup>123</sup> FRANÇA. Assembleia Constituinte de 1790. Ata da sessão de 26 de maio de 1790, da Assembléia Constituinte francesa, p. 597, *apud* CALAMANDREI, 1945, t. I, v. 2, p. 54.

<sup>124</sup> CALAMANDREI, 1945, t. I, v. 2, p. 55.

<sup>125</sup> TARUFFO, Michele. **Precedente e Giurisprudenza**. Cidade do México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, p. 797-810, disponível em <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2559/39.pdf>>, acesso em 26 dez. 2012.

<sup>126</sup> KNIJNIK, Danilo. **O Recurso Especial e a Revisão da Questão de Fato pelo Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 3 (nota 7) e 90-91.

solução no ordenamento vigente, e aqueles regulados de forma coletiva e uniforme pelos tribunais superiores, em uma atividade que denominam de *políticas de direito material*, no trecho abaixo.

O problema concreto a ser enfrentado, aqui, é o de saber qual a importância exercida pela lei na regulação de relações jurídicas concebidas em um contexto que não mais é o da sociedade dos casos peculiares. [...]

Há que se diferenciar, de um lado, a existência de uma orientação construída com base em interesses que transcendem o desejo de fazer valer aquilo que só diz respeito à esfera de liberdade de um dos sujeitos, sendo dotada de caráter hipotético, genérico e abstrato, e, de outro lado, a existência de uma orientação pensada em função de ordenar a conduta de um sujeito no âmbito de sua liberdade individual quando do contato social no contexto de relações jurídicas massificadas. No primeiro caso, estar-se-á diante do se conhece por direito objetivo. No segundo, trata-se de políticas de direito material estabelecidas por determinados indivíduos com vista a regular seu âmbito de liberdade no contexto do intenso contato social<sup>127</sup>.

## 17. Tribunais superiores e precedentes

À jurisdição ordinária - na primeira e na segunda instâncias - compete aplicar o direito aos fatos<sup>128</sup>, não criando direito (geral) completamente novo, mas recriando, reconstruindo a partir dos demais elementos normativos<sup>129</sup>. Chamaremos a esta jurisdição de ordinária *stricto sensu*.

À jurisdição superior (ainda ordinária, pois não estamos, aqui, tratando da “jurisdição” constitucional) compete elaborar critérios gerais e abstratos – pautas estabelecendo padrões para um conjunto de julgamentos – sem a análise de fatos ou com uma análise, padronizada e geral, de sua qualificação jurídica para um grande número de casos. Chamaremos a esta jurisdição de ordinária *lato sensu*.

<sup>127</sup> REICHEL, Luís Alberto & SALDANHA, Leonardo Tricot. **Os novos contornos da atividade jurisdicional e o enfrentamento de políticas de direito material**. Porto Alegre: UNIRITTER, 2012, pp. 5 e 7. Disponível em <[http://www.uniritter.edu.br/eventos/sepesq/vi\\_sepesq/arquivosPDF/27670/2144/com\\_identificacao/politicas%20de%20direito%20material%20-%20identificado.pdf](http://www.uniritter.edu.br/eventos/sepesq/vi_sepesq/arquivosPDF/27670/2144/com_identificacao/politicas%20de%20direito%20material%20-%20identificado.pdf)>, acesso em 21 dez. 2012.

<sup>128</sup> Tecnicamente, o objeto da análise na primeira e na segunda instâncias é a prova, cujo “conteúdo é o resultado do contraste entre as alegações sobre fatos juridicamente relevantes que sejam objeto de controvérsia ao longo do debate processual e aquilo que realmente se passou no mundo extraprocessual”. (REICHEL, Luís Alberto. **A Prova no Direito no Direito Processual Civil**. Porto Alegre: Do Advogado, 2009, p. 111) “a prova tem por objeto a *alegação sobre fato*, e não o próprio fato [... pois] o juiz não observa diretamente a realidade, mas tão somente a toma sob a forma de uma versão *produzida nos autos, construída à luz de parâmetros histórico-ontológicos que se conjugam com outros de natureza valorativa e lógico-discursiva, todos eles acolhidos em comandos inseridos no ordenamento jurídico vigente*” (Ibidem, p. 113 e 123, grifos do original). REICHEL, entretanto, salienta que ainda há autores filiados à visão tradicional que continuam a sustentar que o objeto da prova seriam os próprios fatos, e não as alegações formuladas sobre eles. Para uma análise da posição da doutrina a este respeito ver REICHEL, 2009, pp. 49-52.

<sup>129</sup> OLIVEIRA & MITIDIERO, 2010, pp. 125-127.

Enquanto a visão medieval errava a vincular as questões de fato com as questões de direito, o positivismo legalista do século XIX e da primeira metade do século XX errava ao dissociá-las completamente<sup>130</sup>.

A visão contemporânea da aplicação do direito reaproximou estas questões, afastando a visão reducionista da subsunção, que não é mais vista como simples, imediata nem perfeita. Hoje se sabe que o jurista, ao avaliar a prova, tem de servir-se de modelos que possibilitem o seu controle jurídico<sup>131</sup>.

Enquanto a mera apreciação dos fatos não é objeto de análise pelas cortes superiores<sup>132</sup>, a qualificação jurídica dos pressupostos de incidência das normas é uma de suas principais funções. O acórdão abaixo, por exemplo, delimita o furto e o roubo.

HABEAS CORPUS. CRIME DE ROUBO. EMPREGO DE VIOLÊNCIA. VIAS DE FATO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. Configura-se o crime de roubo quando a subtração do bem é cometida mediante violência ou grave ameaça. Impossibilidade de desclassificação para o crime de furto. **É desnecessário que a violência física perpetrada cause dano à integridade corporal da vítima, sendo suficiente, para a caracterização do roubo, imposição de força física, material ou simples vias de fato capazes de minar a possibilidade de resistência à subtração do bem.** Precedentes. Habeas corpus denegado<sup>133</sup>.

A jurisdição superior adequa a lei a grupos de casos, adaptando e delimitando a norma a circunstâncias gerais e abstratas, inerentes a uma tese a ser decidida.

Embora limitada pelo direito constitucional e infraconstitucional, a jurisdição superior, ao contrário da jurisdição ordinária, envolve uma margem de discricionariedade política, assemelhando-se muito à legislação.

Kelsen admite, na Teoria Pura do Direito, que a jurisprudência dos tribunais superiores, especialmente na elaboração dos precedentes, tem o papel da lei, podendo alterar o direito<sup>134</sup>.

É sobre esta jurisdição superior que a Corte Constitucional alemã se manifestou ao salientar a dificuldade de sua clara delimitação, exigindo, entretanto, um respeito às decisões fundamentais do legislador, vedando ao judiciário produzir direito completamente novo sob o pretexto da interpretação.

<sup>130</sup> KNIJNIK, 2005, p. 78.

<sup>131</sup> Ibidem, p. 78.

<sup>132</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 279**. Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. Disponível em [http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_201\\_300](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_201_300). Acesso em: 27 jan. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 7**. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Disponível em [http://www.stj.jus.br/docs\\_internet/SumulasSTJ.pdf](http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf). Acesso em 27 jan. 2013.

<sup>133</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Primeira Turma. Habeas Corpus nº 107.147/MG. Brasília, 17 de abril de 2012. Diário de Justiça Eletrônico 02 mai. 2012, unânime, grifamos.

<sup>134</sup> KELSEN, 1998b, pp. 277-278.

Os limites constitucionais respectivos ao direito judicial são difíceis de determinar com precisão<sup>135</sup>.

Por outro lado, o juiz não pode interpretar a lei de forma tão ampla, que o resultado seja *novo, não mais coberto pelo suporte fático da lei*. Se o juiz faz isto, despreza, simultaneamente, os direitos fundamentais e princípio do Estado de Direito, pois os tribunais: “estão constitucionalmente impedidos de minar, por meio da interpretação, a decisão legislativa e o direito fundamental do legislador de restringir o campo de incidência de uma norma”. (BVerfGE 63, 266 (289) – admissão à advocacia; ver também BVerfGE 34, 269 – Soraya, 49, 304 – responsabilidade do especialista)<sup>136</sup>

Entendemos, portanto, que a jurisdição superior aproxima-se, em sua natureza, da tarefa legislativa.

Quando o STJ definiu, recentemente, a incidência do imposto de renda sobre os juros moratórios recebidos em reclamatória trabalhista, excetuados os juros incidentes sobre verbas isentas e os pagos no contexto de uma despedida ou rescisão do contrato de trabalho, por se tratarem, nestes casos, de verbas indenizatórias<sup>137</sup>, decidiu o critério padrão a ser aplicado a milhares de demandas repetitivas, em nenhuma das quais haverá discussão sobre fatos, exceto no que pertine à mera elaboração e verificação de cálculo aritmético.

A decisão acima referida é uma típica norma geral e abstrata, com caráter claro de lei. Adotou um ponto de vista válido, mas não necessário e unívoco, exercendo o processo de deliberação entre os ministros votantes.

Tanto a Constituição como a legislação tributária ordinária foram obedecidas, como também o seriam se o STJ tivesse decidido no sentido diametralmente oposto, pois não há norma clara<sup>138</sup> (exceto no que se refere à Portarias da SRF sem embasamento legal) a respeito da matéria, exigindo determinação por parte dos tribunais superiores.

<sup>135</sup> SCHLAICH, Klaus. **Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen**. Ein Studienbuch. München: Beck, 2001, p. 200, § 293, tradução nossa: “Die jeweiligen verfassungsrechtlichen Grenzen des Richterrechts sind allerdings Kaum exakt zu bestimmen”.

<sup>136</sup> SCHLAICH, 2001, p. 200, § 294, grifos constantes do original, tradução nossa: „Andererseits darf der Richter das Gesetz nicht so weit auslegen, dass im Ergebnis *ein neuer, vom Gesetz nicht mehr gedeckter Eingriffstatbestand* geschaffen wird; tut er es doch, liegt ein Grundrechtverstoß iVm dem Rechtsstaatsprinzip vor Denn den Gerichten “ist es von Verfassungs wegen verwehrt, die gesetzgeberische Entscheidung im Wege der Auslegung zu unterlaufen und das Grundrecht über das vom Gesetzgeber vorgesehene Ausmass hinaus Einzuschränken” (BVerfGE 63, 266 (289) – Zulassung zur Rechtsanwaltschaft; vgl. Auch BVerfGE 34, 269 – Soraya; 49, 304 – Sachverständigenhaftung)“

<sup>137</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª SEÇÃO. Recurso Especial nº 1.089.720. Recorrente: União (Fazenda Nacional). Relator Min. Mauro Cambell Marques, acompanhado dos Mins. Benedito Gonçalves, Eliana Calmon, Teori Albino Zavascki, Arnaldo Esteves Lima, Humberto Martins e Herman Benjamin, vencido o Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Recorrido: Setembrino dal Bosco. Brasília, 10 de outubro de 2012, Diário de Justiça Eletrônico de 28 nov. 2012.

<sup>138</sup> Sobre os rendimentos recebidos acumuladamente desde 2010 incide o § 1º do art. 12-A da Lei 7.713/1988, incluído pela Lei nº 12.350/2010. Para os rendimentos recebidos acumuladamente até 2010, entretanto, o art. 12 da Lei nº 7.713/1988 define apenas o momento da incidência, fixando o termo *a quo* para a cobrança de juros moratórios, nada dispondo acerca do regime a ser adotado para a base de cálculo: de caixa ou de competência.

BRASIL. Lei nº 7713, de 22 de dezembro de 1988. **Portal da Legislação**. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos, Brasília, DF, 2013. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7713compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7713compilada.htm)>, acesso em 27 jan. 2013.

Esta faceta da jurisdição superior, comum às demandas repetitivas, está fora do âmbito desta dissertação, cujo objetivo é o de demonstrar a inviabilidade do controle de constitucionalidade pelo juiz ordinário brasileiro sem risco aos valores da democracia, restringindo-se, portanto, a uma parcela da jurisdição ordinária *stricto sensu*.

É necessário, entretanto, especificar a natureza desta jurisdição superior – que pertine ao nível ordinário e não ao judiciário – bem como a sua caracterização como fonte de direito e os seus limites, ao menos em termos gerais, pois ela, enquanto fonte normativa, deve evidentemente vincular o nível judiciário, que trata mais da aplicação do que da criação do direito.

Ademais, salientamos que as demandas repetitivas não se encaixam nem no conceito nem na função tradicional da jurisdição em nenhuma hipótese.

A definição dos critérios de julgamento, dentro dos limites estabelecidos pela Constituição e pelo ordenamento infraconstitucional, é tarefa tipicamente legislativa, que tem sido atribuída aos tribunais superiores.

Uma vez definidos estes critérios, geralmente sequer há fatos a serem apreciados, apenas cálculos a serem elaborados e conferidos, de forma que nem aqui encontramos a aplicação da norma geral aos fatos.

A solução das demandas repetitivas – após a definição da regra geral decisória - é tarefa tipicamente administrativa, que tem sido atribuída, até agora, ao Poder Judiciário, o que torna mais lenta a sua resolução, especialmente quando os dados para a elaboração dos cálculos estão em poder da Administração.

Definidos, pela jurisdição superior, os critérios gerais e abstratos para a solução de grupos de casos que não apresentam solução unívoca no ordenamento vigente, a segurança jurídica exige que estas normas, além de obedecerem à Constituição e às leis, sejam prospectivas e estáveis.

Luiz Fux e a comissão responsável pela elaboração do anteprojeto de CPC tem uma clara preocupação com a segurança jurídica, como se pode ver na exposição de motivos do projeto do CPC.

---

Art. 12. No caso de rendimentos recebidos acumuladamente, o imposto incidirá, no mês do recebimento ou crédito, sobre o total dos rendimentos, diminuídos do valor das despesas com ação judicial necessárias ao seu recebimento, inclusive de advogados, se tiverem sido pagas pelo contribuinte, sem indenização.

Como a adoção do regime de caixa geraria pesada tributação sobre pessoas carentes e isentas do imposto de renda, o STJ determinou a aplicação do regime de competência no caso de benefícios previdenciários recebidos de forma acumulada.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª SEÇÃO. Recurso Especial nº 1.118.429. Recorrente: União (Fazenda Nacional). Relator Min. Herman Benjamin, decisão unânime. Recorrido: Valdir Florentino dos Santos. Brasília, 24 de março de 2010, Diário de Justiça Eletrônico de 14 mai. 2010.

Por outro lado, haver, indefinidamente, **posicionamentos diferentes** e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da **mesma norma jurídica**, leva a que jurisdicionados que estejam em posições idênticas, tenham de ser submetidos a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos.

Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade.

Prestigiou-se, seguindo tendência já abertamente seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro, expressado na criação da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF) e do regime de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos (que foi mantido e aperfeiçoado) tendência a criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que venham a decidir tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize.

Essa é a função e a razão de ser dos tribunais superiores, proferir decisões que **moldem** o ordenamento jurídico, objetivamente considerado. A função paradigmática que devem exercer é inerente ao sistema<sup>139</sup>.

Luiz Fux segue, ao reconhecer que a jurisprudência é fonte do direito, ponto fundamental para nossa dissertação, pois explica a limitação dos juízes ordinários, explicando porque o novo código propõe que a alteração da posição jurisprudencial possa ter eficácia *ex nunc* para os demais processos, da mesma forma que uma nova lei não pode ser retroativa.

Encampou-se, por isso, expressamente princípio no sentido de que, uma vez firmada jurisprudência em certo sentido, esta deve, como norma, ser mantida, salvo se houver relevantes razões recomendando sua alteração.

Trata-se, na verdade, de um outro viés do princípio da segurança jurídica, que recomendaria que a jurisprudência, uma vez pacificada ou sumulada, tendesse a ser mais estável.

De fato, a alteração do entendimento a respeito de uma tese jurídica ou do sentido de um texto de lei pode levar ao legítimo desejo de que as situações anteriormente decididas, com base no entendimento superado, sejam redecididas à luz da nova compreensão. Isto porque a alteração da jurisprudência, diferentemente da alteração da lei, produz efeitos equivalentes aos *ex tunc*. **Desde que, é claro, não haja regra em sentido inverso.**

**Diz, expressa e explicitamente, o novo Código que:** “A mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas”;

E, ainda com o objetivo de prestigiar a segurança jurídica, formulou-se o seguinte princípio: “Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do STF e dos Tribunais Superiores, ou oriunda de julgamentos de casos repetitivos, pode haver **modulação** dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica”<sup>140</sup>.

À jurisdição superior, portanto, cabe a fixação de precedentes, cuja definição e delimitação serão vistos abaixo.

## 18. Conceito de precedente.

Neil Duxbury demonstra que os precedentes são pilares fundamentais do Estado de Direito e que a sua compreensão envolve a análise de uma série de fatores, o que torna a sua definição um tanto longa.

Abaixo expomos e resumimos o conceito de precedente fornecido pelo autor escocês, que se centra na característica do **precedente como um evento passado, que serve de guia**

<sup>139</sup> FUX, Luiz et alii. Exposição de Motivos do Anteprojeto. In: MARINONI, Luiz Guilherme & MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 205-225, especialmente p. 210.

<sup>140</sup> FUX, 2010, p. 211-212.

para a ação presente, se refere a uma situação analisada anteriormente, é seguido independentemente da concordância do aplicador tanto quanto ao seu conteúdo como quanto a sua conclusão, se baseia no passado e orienta o futuro, é conhecido pelos juízes e deve estar disponível em compilações sistematizadas<sup>141</sup>.

Um precedente é um evento passado – no direito o evento é quase sempre uma decisão – que serve de guia para a ação presente. Nem todos os eventos passados são precedentes. [...] Compreender os precedentes requer, portanto, uma explicação de como eventos passados e ações presentes vem a ser vistas como conectadas<sup>142</sup>.

Seguir precedentes significa estabelecer analogias entre um caso e outro. O pensamento jurídico pode ser descrito – pelo menos no âmbito do *common law* – como um raciocínio analógico ou caso a caso<sup>143</sup>.

Nem todos os exemplos de estabelecimento de analogias, entretanto, são hipóteses em que se seguem precedentes. [...] A experiência guia com frequência a ação presente, mas o raciocínio a partir do precedente não é idêntico ao raciocínio a partir da experiência<sup>144</sup>.

Quando estamos realmente discutindo precedentes, o fato de que algo foi decidido antes lhe confere valor no presente, apesar de nossa opinião atual de que a decisão prévia fosse incorreta<sup>145</sup>.

Observe que a decisão baseada em um precedente enfatiza o fato da análise prévia da questão atual. Quando nós decidimos com fundamento em um precedente nos aparentamos acreditar que parte do motivo da autoridade do precedente é que ele não é um evento imaginário<sup>146</sup>.

Seguir precedentes é evidentemente uma atividade de observação do passado [...] Talvez menos evidente seja o fato de que a criação de precedentes, e até mesmo a observância destes, possa ser uma atividade orientada para o futuro. Os decisores de hoje são os estabelecadores dos precedentes do futuro [...]<sup>147</sup>.

Frederick Schauer define precedente conforme segue.

A função central dos precedentes é a obrigação (não necessariamente conclusiva) de um decisor tomar a mesma decisão que foi elaborada em uma ocasião anterior em uma matéria idêntica ou assemelhada<sup>148</sup>.

<sup>141</sup> DUXBURY, Neil. **The Nature and Authority of Precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, pp. 1-6.

<sup>142</sup> DUXBURY, 2008, p. 1, tradução nossa: A precedent is a past event – in law the event is nearly always a decision – which serves as a guide for present action. Not all past events are precedents. [...] Understanding precedent therefore requires an explanation of how past events and present actions come to be seen as connected.

<sup>143</sup> Ibidem, p. 2.

<sup>144</sup> Ibidem, p. 2, tradução nossa: Not all instances of analogy-drawing, however, are instances of precedent following. [...] Experience often guides present action, but reasoning from precedent is not identical to reasoning from experience.

<sup>145</sup> SCHAUER, Frederick. Precedent. **Stanford Law Review**, feb. 1987, n. 39, pp. 571-605, especialmente p. 575, tradução nossa: But if we are truly arguing from precedent, then the fact that something was decided before gives it present value despite our current belief that the previous decision was erroneous.

<sup>146</sup> DUXBURY, 2008, p. 3, tradução nossa: Note that the decision on the basis of precedent emphasizes the fact of prior dealing with the current predicament. When we decide on the ground of precedent we appear to believe that part of the reason the precedent is authoritative is that it is not an imagined event.

<sup>147</sup> Ibidem, p. 4, tradução nossa: Precedent-following is very obviously a backward-looking activity [...] Perhaps less obvious is the fact that creating precedents, and even following precedents, can be a forward-looking activity. Today's decision-makers are tomorrow's precedent-setters[...].

<sup>148</sup> SCHAUER, Frederik. Precedent. **Social Science Research Network**. May 2011. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1836384>>, acesso em 10 out. 2012, tradução nossa: Precedent is centrally about the (not necessarily conclusive) obligation of a decision maker to make the same decision that has been made on a previous occasion about the same or similar matters.

Nicola Picardi salienta a relação entre os precedentes e a inflação legislativa, que fez com que às leis se juntassem um grande conjunto de decisões que lhes condicionam a leitura<sup>149</sup>.

## 19. Precedentes e Estado de Direito

Luiz Fernando Barzotto, analisando a democracia, refere a distinção, apontada por Herbert Hart e referida e discutida por John Rawls, acerca do conceito e da concepção de justiça<sup>150</sup>. O conceito de direito envolveria *tratar os casos semelhantes de modo semelhante* e a concepção de justiça envolveria os vários critérios para determinar quando e com quais propósitos casos são semelhantes ou diferentes. Enquanto a concepção de justiça variaria, o seu conceito, que envolve os precedentes, tem validade universal.

Sendo a igualdade inerente à justiça, ela exige aplicação equânime do direito em todas as concepções válidas e democráticas do ordenamento. Desta forma, a existência e a aplicação dos precedentes transcende os limites do *common law*.

À jurisdição ordinária *stricto sensu*, especialmente aos juízes ordinários, compete a aplicação do direito aos fatos *sub judice*, devendo, portanto, aplicar as normas gerais, tanto as determinações do legislativo, como os seus desdobramentos, ainda gerais, mas mais específicos dos que as leis, adotados pelas cortes superiores.

L. G. Marinoni demonstra a irracionalidade da ausência de precedentes na generalidade dos casos do direito brasileiro, como se pode ver no trecho abaixo.

Embora as decisões, no sistema brasileiro, troquem livremente de sinal e não respeitem os julgados das Cortes superiores, deve-se assinalar que isso constitui uma patologia ou um equívoco que, infelizmente, arraigou-se em nossa tradição jurídica. O respeito ao passado é inerente a qualquer tipo de sistema e natural a qualquer espécie de poder<sup>151</sup>.

As decisões nos recursos especial e extraordinário representativos de controvérsia, proferidas com base nos arts. 543-C e 543-B do CPC, bem como as decisões proferidas nos termos do disposto no § 1º do art. 475-L e no inciso II e parágrafo único do art. 741 do CPC, que consideram inexigível o título judicial baseado em lei ou em ato normativo – ou em sua aplicação ou interpretação - declarado inconstitucional pelo STF, são casos excepcionais de precedentes persuasivos no direito brasileiro.

A previsão legal de eficácia persuasiva para os precedentes no ordenamento brasileiro, embora ainda excepcional, envolve um leque amplo e crescente de hipóteses, como veremos abaixo, quando tratarmos os precedentes no direito brasileiro vigente.

<sup>149</sup> PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 146-147.

<sup>150</sup> BARZOTTO, Luis Fernando. **A Democracia na Constituição**. São Leopoldo: UNISINOS, 2005, p. 10.

<sup>151</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010, p. 108.

A racionalidade impõe a existência de precedentes e a obediência a estes até mesmo em empresas privadas, em face da legítima expectativa de que os julgamentos não variarão sem motivo plausível. Os cidadãos tem o direito de esperar que o judiciário decida como no passado, **o que não somente termina com os litígios, mas os evita, instruindo a comunidade**<sup>152</sup>.

Não há sistema estruturado em níveis onde se possa desprezar o respeito à hierarquia.

Os tribunais superiores estão no topo da organização sistêmica do Poder Judiciário, incumbindo-lhes a profunda responsabilidade de “definir” – com todo o peso e a gravidade – a devida interpretação da lei federal e da Constituição [neste último caso, *data maxima venia*, a competência é do STF]. Portanto, as suas decisões devem ser respeitadas pelos tribunais ordinários e ser impostas, de forma a se fazerem respeitar, quando necessário for<sup>153</sup>.

A hierarquia justifica uma inquestionável necessidade de respeito às decisões judiciais<sup>154</sup>.

## 20. Precedente, vinculação dos juízes e cultura.

O precedente confere maior peso e responsabilidade à decisão, pois o julgador sabe que ela orientará casos futuros. Até mesmo as decisões de primeira instância, quando versam sobre teses novas, ainda não analisadas pelas cortes superiores, exigem, na perspectiva de uma possível confirmação, uma maior atenção por parte dos juízes do que aquela que lhes seria dedicada pensando apenas no caso *sub judice*.

A cultura jurídica e política é um dos principais motivos para a força dos precedentes no *common law*, dispensando sanções para o juiz que os descumprir<sup>155</sup>, o que não nega a enorme eficácia do precedente neste sistema, no qual se espera que os juízes ordinários obedeçam as decisões dos tribunais que se situam acima deles em algo que pode ser comparado a uma cadeira militar de comando<sup>156</sup>.

Alguns países onde a tradição da vinculação aos precedentes ainda está iniciando, entretanto, tiveram de optar por algumas medidas coercitivas para obterem uma maior uniformidade nos julgamentos.

<sup>152</sup> MARINONI, 2010, p. 108 e nota 10 da p. 108.

<sup>153</sup> Ibidem, pp. 168-169.

<sup>154</sup> Ibidem, p. 169.

<sup>155</sup> DUXBURY, 2008, p. 14.

<sup>156</sup> SCHAUER, 2011, p. 2, tradução nossa: Quando juízes ordinários tomam decisões em questões de direito (diferentemente de quando analisam os fatos do caso *sub judice*), espera-se que eles sigam – que *obedeçam* – as decisões dos tribunais de apelação que lhe são superiores de um modo análogo à cadeia militar de comando, da mesma forma com que os tribunais de apelação devem, por sua vez, seguir as decisões tomadas pelos tribunais superiores.

“When trial courts make decisions on questions of law (as opposed to determining the facts in the particular matter before them), they are expected to follow – to *obey* – the decisions of the appellate courts that sit above them in what can be analogized to the military chain of command, just as the first-stage appellate courts must, in turn, follow the decisions made by courts above *them*”.

Este é o caso da Espanha, como podemos ver dos casos abaixo relatados:

O Tribunal Supremo espanhol proferiu decisão bastante interessante, concluindo que o juiz inferior é obrigado a respeitar as decisões estabelecidas em recurso de cassação em virtude da natureza e da finalidade deste recurso, concebido no interesse da lei e do princípio da segurança jurídica. **Tratava-se de responsabilidade patrimonial por erro judicial**, em que se perguntava se existiria erro judicial **na não observância de decisão estabelecida em recurso de cassação. O Tribunal considerou que a eficácia vinculante, para os juízes e tribunais inferiores, decorre logicamente da própria finalidade do recurso de cassação**, concebido no interesse da lei e da preservação do princípio da segurança jurídica (TSE, Sala Tercera, Sentencia de 18.01.2005)<sup>157</sup>.

Así, por ejemplo, en la sentencia de 11 de diciembre de 2002 (número 2338/2001), Sala de lo Penal, el Tribunal Supremo confirmó la condena penal por prevaricación que había sido impuesta a un magistrado, que había sostenido en un auto que la mera presentación de la querrela criminal no es suficiente para interrumpir la prescripción. El Tribunal Supremo (en el Quinto Fundamento de Derecho de la sentencia) recuerda su doctrina ya consolidada en esta materia, en el sentido de que ‘la presentación de la querrela criminal encaminada al esclarecimiento de un delito dirigida contra una o más personas determinadas como supuestos responsables del delito de que se trate, interrumpe la prescripción’. Teniendo en cuenta la jurisprudencia ya asentada, enjuicia la interpretación contraria efectuada por el juez acusado de prevaricación, y concluye que esa interpretación ‘se aparta de la legalidad, en el sentido de que esta Sala Casacional, en su función de policía jurídica, y por lo tanto como garante del principio de seguridad jurídica, esencial en todo ordenamiento jurídico, ha determinado en relación a la prescripción, cómputo e interrupción’. Afirma que ‘lo que no resulta admisible es, con apartamiento de la doctrina jurisprudencial consolidada existente (...) introducir gratuitamente una duda sobre si la presentación da querrela tiene o no tal efecto [interruptor de la prescripción]’.<sup>158</sup>

Enquanto fatores inibidores da arbitrariedade, os precedentes são, também, um importante fator no combate à corrupção no Poder Judiciário e na mudança de mentalidades institucionais, como se pode ver no trecho abaixo, onde Miguel Angel Gimeno Jubero analisa a corrupção institucional.

En mi opinión, el grado de corrupción que se produce en un determinado país alcanza de manera más o menos homogénea a todos los poderes del estado. No es racional pensar que solo es corrupto alguno de ellos o determinada administración y no las demás. Los estudios de las estrategias anticorrupción consideran que **la corrupción alcanza a los sistemas y no solo a los sujetos**, por lo que la lucha contra la corrupción debe considerar ambas cuestiones. Por lo general, **el índice de corrupción se manifiesta como el resultado de los monopolios de poder y de poder discrecional, menos la responsabilidad**<sup>159</sup>.

## 21. Precedentes vinculantes e precedentes persuasivos

Os precedentes podem ser vinculantes ou meramente persuasivos.

<sup>157</sup> MARINONI, 2010, p. 169, nota 121.

<sup>158</sup> FERRERES COMELLA, Víctor. Sobre la Posible Fuerza Vinculante de la Jurisprudencia. In. \_\_\_\_\_ & Xiol, Juan Antonio. **El Carácter Vinculante da la Jurisprudencia**. Madrid: Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 43-80, especialmente pp. 63-64.

<sup>159</sup> GIMENO JUBERO, Miguel Ángel. Algunas Cuestiones sobre la Responsabilidad Penal del Juez. In. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. ESCUELA JUDICIAL. **La Responsabilidad Personal del Juez**. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2009, pp. 75-87, especialmente pp. 79-80.

O dever de respeito ao precedente pode variar do respeito absoluto a um respeito despido de vinculação.

Quanto os precedentes são vinculantes, normalmente o juiz não pode decidir um caso análogo de forma contrária ao disposto no precedente estatuído por um tribunal superior o que não impede, entretanto, o juiz de utilizar a técnica do *distinguishing* na hipótese do caso que lhe foi submetido tiver peculiaridades suficientes para afastar a aplicação do precedente no caso concreto.

O que caracteriza o precedente absolutamente vinculante é a circunstância de o juiz não poder revogar o precedente, ainda que tenha (ou julgue ter) bons fundamentos para não respeitá-la<sup>160</sup>.

“*Os comparatistas costumam afirmar que, nos ordenamentos de civil law, todas as decisões possuem, em maior ou menor grau, eficácia persuasiva*”<sup>161</sup>, mas esta exige algum grau de constrangimento sobre aquele que vai decidir, exigindo uma fundamentação convincente para o seu afastamento.

Marinoni entende que, no Brasil, os precedentes não tem sequer, em geral, eficácia persuasiva, pois são afastados sem qualquer constrangimento ou fundamentação especial pelos magistrados. Trata-se de uma patologia do nosso sistema judicial. Em alguns casos, os julgadores sequer tomam conhecimento dos precedentes articulados pelas partes<sup>162</sup>.

Situação ainda mais grave e preocupante ocorre quando os julgadores alteram o critério por eles mesmos escolhido para situações análogas anteriores<sup>163</sup>, em evidente abuso que demonstra tanto irracionalidade como arbitrariedade<sup>164</sup>.

## 22. Precedentes no direito brasileiro vigente

No Brasil atual, os precedentes não tem, em geral, sequer caráter persuasivo. As exceções, entretanto, nas quais há previsão legal de eficácia persuasiva ou vinculante para algumas decisões, tem se tornado mais frequentes desde a promulgação da Constituição de 1988<sup>165</sup>.

Como exemplos de precedentes persuasivos no direito brasileiro vigente, temos:

---

<sup>160</sup> MARINONI, 2010, p. 112.

<sup>161</sup> Ibidem, p. 118.

<sup>162</sup> Ibidem, p. 118.

<sup>163</sup> Ibidem, p. 118.

<sup>164</sup> Ibidem, p. 65.

<sup>165</sup> Para uma análise detalhada dos precedentes no sistema brasileiro atual, ver MARINONI, 2010, pp. 457-521.

1) A decisão proferida pelo STF no controle cumulado de constitucionalidade.

O efeito vinculante, que é tradicionalmente vinculado ao controle cumulado, tem sido, aos poucos, estendido ao recurso extraordinário, pois o STF, por maioria, no informativo STF nº 543, de 20 a 24 de abril de 2009, na ADI 4.071, Rel. Min. Menezes Direito,

considerou que a declaração de constitucionalidade, em sede de recurso extraordinário, faz manifestamente improcedentes as ações diretas de inconstitucionalidade que tenham o mesmo objeto, a revelar promissora comunicabilidade entre as vias, difusa e concentrada, do sistema misto de controle de constitucionalidade brasileiro<sup>166</sup>.

A declaração de inconstitucionalidade pelo STF no controle cumulado também enseja a aplicação do disposto no § 1º do art. 475-L e no inciso II e par. ún. do art. 741 do CPC, reduzindo a eficácia de títulos executivos judiciais baseados em ato normativo declarado inconstitucional.

- 2) As decisões de mérito acerca da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário (CPC, art. 543-A);
- 3) As decisões de mérito nos Recursos Extraordinários representativos de controvérsia (CPC, art. 543-B);
- 4) As decisões de mérito nos Recursos Especiais representativos de controvérsia (CPC, art. 543-C); A irrecorribilidade da decisão do tribunal *a quo* que negar seguimento ao recurso especial na hipótese do acórdão adequar-se ao precedente (CPC, art. 543-C, § 7º, I e § 8º) e
- 5) Matéria unicamente de direito na qual já houve sentença de improcedência no mesmo foro, possibilidade de indeferimento da inicial por sentença (CPC, art. 285-A).

Além das hipóteses acima, o § 1º do art. 518 e o art. 557 do CPC permitem que julgadores de cortes inferiores neguem seguimento a recursos que estejam em contrariedade com súmulas ou com a jurisprudência dominante do STF, dos tribunais superiores ou próprio tribunal que proferiu a decisão. Estas disposições, entretanto, não exigem fundamentação especial quando o julgador decida em sentido contrário ao STF ou aos tribunais superiores.

O art. 557 do CPC, por exemplo, pode ser utilizado para negar seguimento, como manifestamente inadmissível, a recurso em confronto com a jurisprudência do próprio tribunal, ainda que embasado em precedente do STF ou de tribunal superior.

---

<sup>166</sup> MENDES, 2010, p. 321 e nota 30, na mesma página 321.

Como exemplos de precedente vinculante no direito brasileiro vigente, temos<sup>167</sup>:

- 1) A decisão proferida pelo STF no controle separado de constitucionalidade (CRFB, art. 102, § 2º);
- 2) A interpretação conforme a constituição proferida em controle separado de constitucionalidade (CRFB, art. 102, § 2º);
- 3) As duas decisões acima, proferidas pelo STF em controle cumulado de constitucionalidade, em face da progressiva contaminação da pureza dos dogmas do controle cumulado pelos princípios reitores do controle separado<sup>168</sup>;
- 4) A reclamação (CRFB, art. 102, I, 'l');
- 5) Declarações de Inconstitucionalidade pelos Tribunais (CRFB, art. 97 e CPC, arts. 480 a 482), para os seus órgãos fracionários e
- 6) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF, Lei 9.882/1999, art. 10, § 3º).

---

<sup>167</sup> As súmulas vinculantes, previstas no art. 103-A da CRFB, não são propriamente precedentes, pois carecem de uma *ratio decidendi*.

<sup>168</sup> MENDES, 2010, p. 322, SE 5.206-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 30-4-2004.

## Cap. 4º. SEPARAÇÃO DE NÍVEIS E FUNÇÕES

A presente dissertação tem por objeto a demonstração da inviabilidade do controle de constitucionalidade pelo juiz ordinário brasileiro sem risco aos valores da democracia. Para isto são indispensáveis uma clara compreensão dos níveis do ordenamento e a demonstração da relação destes com os fins do Estado, bem como da necessidade da separação entre estes os níveis fundamental, ordinário e judiciário.

Iniciamos pela análise da obra de Montesquieu, demonstrando que o *Espírito das Leis* já deixa clara a existência de três níveis distintos no ordenamento.

### 23. Níveis do ordenamento em Montesquieu

Uma leitura atenta d'*O Espírito das Leis*, especialmente nos livros I – Das Leis em Geral, cap. III – Das Leis Positivas e no Livro XI – Das Leis que Formam a Liberdade Política e de sua Relação com a Constituição, capítulo VI – Da Constituição da Inglaterra, demonstra que, embora Montesquieu estivesse, de fato preocupado com a separação do poder, buscando meios para que “o poder freie o poder”<sup>169</sup>, sua famosa tripartição das funções estatais relaciona-se, diretamente, com níveis hierarquicamente distintos do ordenamento.

No capítulo III do Livro I Montesquieu define e diferencia o *Direito das Gentes*, o *Direito Político* e o *Direito Civil*, atribuindo-lhes campos e níveis distintos de incidência, como se pode ver no trecho abaixo.

Estas duas espécies de estado de guerra estabeleceram as Leis entre os homens. Considerados como habitantes de um grande planeta, onde necessariamente existem vários povos, eles tem as Leis que regulam a relação destes povos entre eles: este é o DIREITO DAS GENTES. Considerados como membros de uma Sociedade que deve ser mantida, eles tem as Leis que regulam a relação entre aqueles que são governados: este é o DIREITO POLÍTICO. Eles tem ainda as relações que todos os cidadãos tem entre si: este é o DIREITO CIVIL<sup>170</sup>.

<sup>169</sup> AMARAL JR., José Levi Mello do. Sobre a Organização de Poderes em Montesquieu: Comentários ao Capítulo VI do Livro XI de O Espírito das Leis. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, v. 868, Fev. 2008, pp. 53-65.

<sup>170</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **De L'Esprit des Loix**. Ou du rapport que les Loix doivent avoir avec la Constitution de chaque gouvernement, les moeurs, le climat, la religion, le commerce, &c. à quoi l'auteur a ajouté Des recherches nouvelles sur les Loix romaines, touchant les successions, sur les Loix Française, & sur les Loix féodales. 2. ed. Corrigida pelo autor. Geneve: Barrilot & Fils, 1749, p. 5, tradução nossa: Ces deux sortes d'état de guerre font établir les Loix parmi les hommes. Considérés comme habitants d'une si grande Planète, qu'il est nécessaire qu'il y ait différents peuples ils ont des Lois dans le rapport que ces peuples ont entr'eux: & c'est le DROIT DES GENS. Considérés comme vivant dans une Société qui doit être maintenue, ils ont des Lois dans le rapport qu'ont ceux qui sont gouvernés: & c'est le DROIT POLITIQUE. Ils en ont encore dans le rapport que tous les citoyens ont entr'eux: & c'est le DROIT CIVIL.

No famoso capítulo VI do livro XI, normalmente entendida como a parte em que Montesquieu expõe a sua teoria da tripartição de poderes, o autor elenca três funções estatais, situadas em níveis hierárquico<sup>171</sup>, salientando os perigos da confusão entre os níveis do ordenamento, como se pode ver no trecho abaixo.

Há em cada Estado três espécies de poder: o Poder Legislativo, o Poder Executivo das coisas que dependem do Direito das gentes e o Poder Executivo daquelas que dependem do Direito Civil.

Pela primeira, o Príncipe ou Magistrado faz as leis por um tempo ou para sempre, corrigindo ou abrogando aquelas que foram feitas. Pela segunda, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe as embaixadas, estabelece a segurança e previne as invasões. Pela terceira, pune os crimes ou julga as disputas dos indivíduos. Chamamos esta última o poder de julgar, e a outra, simplesmente o Poder Executivo do Estado.

A liberdade política, para um cidadão, é certa tranquilidade de espírito que depende da opinião que cada um tem de sua segurança. Para que haja certa Liberdade, é necessário que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão.

Quando na mesma pessoa ou no mesmo Corpo de Magistrados o Poder Legislativo é reunido ao Poder Executivo, não há liberdade, pois pode-se temer que o mesmo Monarca ou o mesmo Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente<sup>172</sup>.

Cada uma das três funções estatais apontadas por Montesquieu – ‘poder’ executivo do direito das gentes, ‘poder’ executivo do direito civil e ‘poder’ judiciário – situa-se em área afastada uma da outra<sup>173</sup>, denotando tratar-se de funções e não de poderes.

O poder executivo de Montesquieu lida com as grandes questões de direito internacional – a guerra e a paz, acima de tudo – e com os valores da pessoa humana enquanto habitante deste mundo, ou seja, inerentes a sua própria natureza, buscando o máximo do bem comum<sup>174</sup>.

<sup>171</sup> No mesmo sentido REVERBEL, 2012, p. 23: A leitura comum que se faz tanto de LOEWENSTEIN, quanto de MONTESQUIEU, é horizontal. Nossa tese verticaliza os fins e as funções pensadas por LOEWENSTEIN, na seguinte fórmula: (1) *policy control* (função última do Estado); (2) *policy determination* (função intermediária do Estado); e (3) *policy execution* (função próxima do Estado).

<sup>172</sup> MONTESQUIEU, 1749, p. 153, tradução nossa: Il y a dans chaque État trois sortes de pouvoirs: la puissance législative, la puissance exécutrice des choses qui dépendent du Droit des gens, et la puissance exécutrice de celles qui dépendent du Droit civil.

Par la première, le Prince ou le Magistrat fait des Loix pour un temps ou pour toujours, & corrige ou abroge celles qui sont faites. Par la seconde, il fait la paix ou la guerre, envoie ou reçoit des ambassades, établit la sûreté, prévient les invasions. Par la troisième, il punit les crimes ou juge les différends des particuliers. On appellera cette dernière la puissance de juger; & l'autre, simplement la puissance exécutrice de l'État.

La liberté politique, dans un citoyen, est cette tranquillité d'esprit qui provient de l'opinion que chacun a de sa sûreté; &, pour qu'on ait cette Liberté, il faut que le gouvernement soit tel qu'un citoyen ne puisse pas craindre un autre citoyen.

Lorsque dans la même personne ou dans le même Corps de Magistrature la puissance législative est réunie à la puissance exécutrice, il n'y a point de liberté, parce qu'on peut craindre que le même Monarque ou le même Sénat ne fasse des Lois tyranniques pour les exécuter tyranniquement

<sup>173</sup> SOUZA JR, 2002a, pp. 58-59.

<sup>174</sup> MONTESQUIEU, 1749, p. 5. Montesquieu diz que o direito das gentes é naturalmente fundado no princípio de que todas as nações devem buscar na paz o máximo do bem, e na guerra o mínimo do mal. (*Le droit des gens est naturellement fondé sur ce principe, que les diverses nations doivent se faire dans la Paix le plus de bien, & dans la guerre le moins de mal qu'il est possible, sans nuire à leurs véritables intérêts*, MONTESQUIEU, 1749, p. 5), tradução nossa.

Lembremos que, na época, o Estado era ainda muito limitado em suas funções, se comparado com as atividades hoje desempenhadas pelos organismos estatais<sup>175</sup>.

A própria função judicial não era, ainda, vista claramente com um grau de importância equivalente às demais, entre outros motivos pelo fato da independência da magistratura ter surgido na Inglaterra pouco antes da obra de Montesquieu, em 1701, com o Ato do Estabelecimento<sup>176</sup>.

Dos três poderes dos quais falamos, o de julgar é de qualquer modo nulo. Restam apenas dois<sup>177</sup>.

Poderia acontecer que a Lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse em alguns casos muito rigorosa. Os juizes da nação, entretanto, são apenas, como dissemos, a boca que pronuncia as palavras da Lei, Seres inanimados que não podem moderar nem a força nem o rigor. É da parte do Poder Legislativo que nós justamente dissemos em outra ocasião ser um Tribunal necessário, e ainda o é nestes casos; sujeita-se a sua autoridade suprema a moderação da Lei em favor dela mesma, declarando-a menos rigorosa que o seu texto [parecia indicar]<sup>178</sup>.

Montesquieu, entretanto, estava perfeitamente ciente dos riscos decorrentes da confusão entre as funções estatais e os níveis do ordenamento, pois a possibilidade de interpretar os valores ou de definir a sua implementação, caso acumuladas com a execução das leis (o poder judiciário de Montesquieu, hoje diríamos administração e jurisdição<sup>179</sup>), elimina as liberdades, dando origem à tirania.

Não há liberdade alguma se o poder de julgar não estiver separado dos Poderes Legislativo e Executivo. Se ele fosse unido ao Poder Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se ele fosse unido ao Poder Executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor<sup>180</sup>.

#### 24. Fins e funções estatais em Jellinek e Löwenstein

Georg Jellinek analisou os fins do Estado, distinguindo os fins particulares, os fins intermediários e os universais ou supremos<sup>181</sup>. Os fins supremos teriam a função de controle sobre os fins inferiores.

La mayor parte de las acciones humanas, por confusa que pueda ser la diversidad de fines que inmediatamente se trate de alcanzar; están subordinadas a los fines superiores de conservación de la existencia individual y de felicidad de los mismos

<sup>175</sup> SOUZA JR, 2002a, pp. 33-34 e 41-67, especialmente nas pp. 33-34.

<sup>176</sup> Ibidem, p. 52.

<sup>177</sup> MONTESQUIEU, 1749, p. 157, tradução nossa: Des trois puissances donc nous avons parlé, celle de juger est en quelque façon nulle. Il n'en reste que deux.

<sup>178</sup> MONTESQUIEU, 1749, p. 160, tradução nossa: Il pourroit arriver que la Loi, que est en même temps clairvoyante & aveugle, serait en de certains cas trop rigoureuse. Mais le Juges de la Nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche que prononce les paroles de la Loi, des Etres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur. C'est donc la partie du Corps législatif qui nous venons de dire être dans une autre occasion un Tribunal nécessaire, qui l'est encore dans celle-ci ; c'est à son autorité suprême à modérer la Loi en faveur de la Loi même, en prononçant moins rigoureusement qu'elle.

<sup>179</sup> SOUZA JR, 2002a, pp. 91-100.

<sup>180</sup> MONTESQUIEU, 1749, p. 153, tradução nossa.

<sup>181</sup> JELLINEK, 2000, pp. 234-263 (capítulo VIII, relativo aos fins do Estado) e pp. 528-551 (funções estatais).

individuos. Los medios para conseguir estos fines superiores son varios, del propio modo que los fines intermedios [...]»<sup>182</sup>.

Karl Löwenstein desenvolveu a teoria dos fins e das funções estatais de Jellinek, além de compreender que Locke e Montesquieu haviam esquecido a questão de que todo governo é poder, que a tarefa do governo não é limitada, que a democracia depende da limitação racional dos detentores do poder e que todas as funções estatais nada mais são do que instrumentos para o exercício (e o controle) da liderança política<sup>183</sup>.

Loewenstein propôs, então, uma nova divisão tripartite, intimamente relacionada com os níveis do ordenamento, o controle político (*policy control*), a decisão política fundamental (*policy determination*) e a execução da decisão (*policy execution*)<sup>184</sup>.

Loewenstein salienta que tanto a administração como a jurisdição ordinária estão no nível da execução, como se pode ver nos trechos abaixo.

La administración es el aspecto de la ejecución de decisiones políticas que surgen con más frecuencia en la vida diaria, y este aspecto corresponde a lo que tradicionalmente se ha llamado “ejecutivo”. Bajo esta categoría se debe entender la aplicación, tanto de las decisiones políticas como de aquellas disposiciones de carácter técnico-utilitario a las necesidades de la comunidad<sup>185</sup>.

La función judicial, el tercero de los poderes equiparado a los otros dos en la división tripartita clásica, debe sufrir también bajo la nueva división una significativa *capitis deminutio*. [...] Dado, pues, que el juez ejecuta la ley en una forma parecida, aunque con diferentes técnicas, a como lo hace la administración, no realiza una función independiente en el proceso del poder. La función judicial es fundamentalmente ejecución de la decisión política fundamental tomada anteriormente y que se presente en forma legal<sup>186</sup>.

Loewenstein afirma que o controle de constitucionalidade tem uma natureza completamente distinta da jurisdição ordinária, enquadrando-se como controle do poder<sup>187</sup>.

## 25. Direito e política em Marcello Caetano

Analisando as funções do Estado, Marcello Caetano as divide em funções jurídicas, grupo no qual coloca a função legislativa e a executiva e em funções não jurídicas, grupo no qual coloca a função política e a técnica<sup>188</sup>.

A função política é definida por Caetano como

<sup>182</sup> JELLINEK, 2000, p. 238.

<sup>183</sup> LOEWENSTEIN, 1970, p. 61.

<sup>184</sup> Ibidem, p. 62. Adotamos, para as três expressões em inglês, a mesma tradução utilizada na versão espanhola da obra Loewenstein.

<sup>185</sup> Ibidem, p. 66.

<sup>186</sup> Ibidem, p. 67.

<sup>187</sup> Ibidem, pp. 67-68 e 308-309.

<sup>188</sup> CAETANO, 2010, t. I, pp. 158-175.

a actividade dos órgãos do Estado cujo objeto directo e imediato é a conservação da sociedade política e a definição e prossecução do interesse geral mediante a livre escolha dos rumos ou das soluções consideradas preferíveis<sup>189</sup>

#### A função técnica seria

a actividade dos agentes do Estado cujo objeto directo e imediato consiste na produção de bens ou na prestação de serviços destinados à satisfação de necessidades colectivas de carácter material ou cultural, de harmonia com preceitos práticos tendentes a obter a máxima eficiência dos meios empregados<sup>190</sup>

Marcelo Caetano distingue a função da criação do direito do poder de fazer leis no sentido formal<sup>191</sup>, definindo a função legislativa como a “*actividade dos órgãos do Estado que tem por objetivo directo e imediato estatuir normas de carácter geral e impessoal inovadoras da Ordem jurídica*”<sup>192</sup>, enquanto a função executiva seria “*a actividade dos órgãos do Estado que tem por objeto directo e imediato promover e assegurar o cumprimento das leis e aplicar sanções aos infratores dela*”<sup>193</sup>.

A grande contribuição de Marcello Caetano ao estudo dos fins e das funções estatais foi a clareza na separação das funções jurídicas das políticas e das técnicas.

Jellinek já havia analisado a existência de atividade livre e de atividade regrada no Estado, identificando níveis de regramento nas atividades jurídicas, de um mínimo na função legislativa a um máximo na função administrativa, que, entretanto, nunca se reduziria à mera aplicação de regras gerais<sup>194</sup>.

Jellinek salientou que a expressão da soberania do Estado na esfera internacional, assim como a atividade política, eram dotadas de uma liberdade assemelhada à encontrada na função legislativa<sup>195</sup>, mas não esclareceu a natureza das funções não jurídicas, que Marcello Caetano definiu como

aquelas actividades que, muito embora possam estar sob a alçada de normas legais ou adoptar em certos casos formas jurídicas, não contém em si mesmas criação nem execução de Direito positivo. É o caso da actividade política dos órgãos superiores do Estado<sup>196</sup>.

## 26. Níveis do ordenamento em Hans Kelsen

Embora Kelsen seja conhecido por reduzir o Estado à ordem jurídica e por definir o elemento político do Estado como o exercício da coação regrada pelo direito, tentando absorver

<sup>189</sup> CAETANO, 2010, t. I, p. 172.

<sup>190</sup> Ibidem, p. 174.

<sup>191</sup> Ibidem, p. 166.

<sup>192</sup> Ibidem, p. 166.

<sup>193</sup> Ibidem, p. 168.

<sup>194</sup> JELLINEK, 2000, pp. 544-548.

<sup>195</sup> Ibidem, p. 545.

<sup>196</sup> CAETANO, 2010, t. I, p. 171.

a política no direito<sup>197</sup>, seu tratamento dos níveis do ordenamento foi bastante preciso, faltando-lhe apenas a distinção entre o direito e a política e o reconhecimento da utilidade e da positividade dos valores estatais, o que gera vários problemas para a aplicação de sua teoria como veremos abaixo.

Kelsen busca identificar a segurança jurídica, primordialmente, com a competência, dizendo que “*dado o caráter dinâmico do direito, uma norma somente é válida porquê e na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, isto é, pela maneira determinada por outra norma*”<sup>198</sup> que seria o seu fundamento de validade, identificando os níveis constitucional, legal e infra legal<sup>199</sup>.

Kelsen salienta que o controle da constitucionalidade dos atos normativos deve ser conferido a outro órgão que não o Poder Legislativo para ser efetivo<sup>200</sup>, bem como o fato da Constituição poder regular tanto a competência para a produção da norma como o conteúdo de determinadas leis<sup>201</sup>.

No entanto, como Kelsen é partidário de uma concepção voluntarista, relativista e individualista da democracia<sup>202</sup>, os princípios e os valores voltados à promoção do bem comum são vistos como carentes de significado, como de se pode ver no trecho abaixo:

[...] quando, como às vezes acontece, a própria Constituição se refere a esses princípios invocando os ideais de equidade, justiça, liberdade, igualdade, moralidade, etc., sem esclarecer nem um pouco o que se deve entender por isso. Se essas fórmulas não encerram mais do que a ideologia política corrente, com que toda ordem jurídica se esforça por paramentar, a delegação da equidade, da liberdade, da igualdade, da justiça, da moralidade, etc., significa unicamente na falta de uma precisão destes valores, que tanto o legislador como os órgãos de precisão da lei são autorizados a preencher de forma discricionária o domínio que lhes é confiado pela Constituição e pela lei. Porque as concepções de justiça, liberdade, igualdade, moralidade, etc., diferem tanto, conforme o ponto de vista dos interessados, que, se o direito positivo não consagra uma dentre elas, qualquer regra de direito pode ser justificada por uma dessas concepções possíveis<sup>203</sup>.

Da mesma forma, quando analisa o problema da decisão judicial ilegal, centra-se na análise da competência, conferindo reduzida importância ao seu conteúdo, como se pode ver no trecho abaixo:

Como a ordem jurídica apresenta uma construção escalonada [...] surge o problema do possível conflito entre uma norma de escalão superior e uma de escalão inferior [...]. Com efeito, esta fala de decisões jurisdicionais “ilegais” e de leis “anticonstitucionais” [...]. Mas uma “norma contrária às normas” é uma contradição nos termos [...]<sup>204</sup>

<sup>197</sup> KELSEN, 1998b, pp. 316-317.

<sup>198</sup> Ibidem, p. 246.

<sup>199</sup> Ibidem, pp. 246-255.

<sup>200</sup> KELSEN, 1998a, 226.

<sup>201</sup> KELSEN, 1998b, p. 249.

<sup>202</sup> BARZOTTO, 2005, p. 131

<sup>203</sup> KELSEN, 2003, p. 168.

<sup>204</sup> KELSEN, 1998b, pp. 295-296.

Vê-se, portanto, que se por um lado Kelsen elaborou uma teoria precisa acerca dos níveis do ordenamento quanto à produção normativa (níveis constitucional, legal e infralegal), por outro sua lado sua adesão filosófica ao voluntarismo, sua visão política individualista e sua posição epistemológica relativista o levou a uma concepção liberal da democracia, incapaz de tornar eficazes os objetivos fundamentais previstos no art. 3º da CRFB, assim como os princípios constitucionais e sendo, portanto, claramente insuficiente para o moderno Estado do Bem-Estar Social<sup>205</sup>.

## 27. Hexapartição das funções estatais

Cezar Saldanha Souza Júnior, trabalhando com a classificação de Jellinek e de Löwenstein, aliadas à estrutura piramidal do ordenamento exposta por Kelsen, explana a existência de três níveis clara e verticalmente distintos do ordenamento, o nível fundamental ou constitucional, o nível ordinário e o nível judiciário<sup>206</sup>, que correspondem aos fins supremos, aos fins intermediários e aos fins concretos.

Esta divisão vertical seria complementada pela separação horizontal entre os campos do Direito e da Política<sup>207</sup>, que remonta à clássica distinção entre *gubernaculum* e *jurisdictio*, já conhecida desde a Idade Média.

O campo pertinente ao direito representa a delimitação do agir humano e das decisões pela razão prática ao longo da história, enquanto a política busca, no dia-a-dia, a consciência ética da comunidade, enquanto esta se adapta às mudanças do entorno<sup>208</sup>.

A dicotomia entre o Direito e a Política, bastante complexa e ainda hoje discutida, pode ser analisada sob dois aspectos, um tradicional e um moderno, decorrente do anterior.

O critério moderno, adotado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, é o teste dos seis critérios para determinar se uma questão é jurídica ou política<sup>209</sup>.

O critério tradicional, que deu origem à moderna distinção entre as questões jurídicas e as políticas reside, como acima salientado, na distinção medieval ente *gubernaculum* e

<sup>205</sup> BARZOTTO, 2005, pp. 132 e 177-187.

<sup>206</sup> SOUZA JR., 2005.

<sup>207</sup> SOUZA JR., Cezar Saldanha. Regimes Políticos. In. MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira & NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Tratado de Direito Constitucional**. SP: Saraiva, 2010, pp. 555-616, especialmente pp. 603 e 604.

<sup>208</sup> SOUZA JR, 2002b, pp. 36-38.

<sup>209</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. SUPREMA CORTE. Baker v. Carr. **United States Reports**. Washington: Suprema Corte, v. 369, p. 186, 1962, disponível em <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=369&page=186>>, acesso em 10/10/2012.

*jurisdictio*, atribuindo à primeira – à política – o campo onde não há certeza sobre regras e pautas acerca da melhor decisão, que depende da adoção de um ponto de vista, e à segunda – o direito – o campo onde a história já permitiu o desenvolvimento de uma certa delimitação das regras e dos procedimentos racionais para a tomada de uma decisão.

Neste sentido é clara a exposição de McIlwain, como se pode ver no trecho abaixo.

O aspecto da *jurisdictio* que é mais importante para a nossa tese, entretanto, é o negativo – **o fato de que na *jurisdictio*, ao contrário do que ocorre no *gubernaculum*, o direito é algo mais do que uma mera força diretiva.** Não é apenas a *vis directiva* de São Tomás, ou a inibição moral implícita na *Digna vox*. Estas devem guiar a vontade de um rei, e, se ele for um bom rei, elas o guiarão. O rei pode, entretanto, ignorá-las legitimamente, pois elas são apenas auto impostas. **Ao recusar-se a seguir as suas orientações, o rei estará, sem a menor dúvida, dentro do seu inequívoco direito ao fazê-lo.** Isto é verdade, entretanto, apenas na esfera do governo (*gubernaculum*). Nunca será verdadeiro na esfera da jurisdição, ainda que o rei seja a única fonte da justiça. Pois **na *jurisdictio*, em contraste com o *gubernaculum*, há limites à discricionariedade do rei, estabelecidos por um direito que é positivo e coercitivo** e um ato do rei fora destes limites é *ultra vires*. É na *jurisdictio*, portanto, e não no “governo” que nós encontramos a prova mais clara de que na Inglaterra medieval a máxima romana do absolutismo nunca esteve em vigor nem no plano teórico nem na realidade fática<sup>210</sup>.

Estas divisões horizontais e verticais delimitam claramente seis funções estatais<sup>211</sup>.

No nível fundamental temos, no campo político, a Função Chefia de Estado e, no campo jurídico, a Função Corretora, com o Tribunal Constitucional.

No nível ordinário temos, no campo político, a Função Governamental ou de Direção Política e, no campo jurídico, a Função Legislativa, na qual incluímos, neste trabalho, em um subnível inferior ao Parlamento, mas claramente superior à jurisdição ordinária *stricto sensu*, os tribunais superiores, em sua função de delimitar a aplicação do direito, criando normas gerais e abstratas, embora mais específicas que as normas criadas pelo Poder Legislativo.

<sup>210</sup> MCILWAIN, Charles Howard. **Constitutionalism: Ancient and Modern**. Indianapolis: Liberty Fund, 2008, p. 52, disponível em <[http://files.libertyfund.org/files/2145/McIlwain\\_7850\\_EBk\\_v6.0.pdf](http://files.libertyfund.org/files/2145/McIlwain_7850_EBk_v6.0.pdf)>, acesso em 07 nov. 2012, grifamos, tradução nossa: The aspect of *jurisdictio* which is most important for our thesis, however, is the negative one—**the fact that in *jurisdictio*, unlike *gubernaculum*, the law is something more than a mere directive force.** It is not merely the *vis directiva* of St. Thomas, or the moral inhibition implied in the *Digna vox*. Those ought to guide the will of a king and, if he is a good king, they will. But the king may legitimately disregard them, for they are only self-imposed; and, **if he refuses to be so guided, he is within his undoubted legal rights in so doing.** This is true, however, only within the sphere of government (*gubernaculum*). It is never true in the sphere of jurisdiction, although the king is the sole fountain of justice. For **in *jurisdictio*, as contrasted with *gubernaculum*, there are bounds to the king’s discretion established by a law that is positive and coercive**, and a royal act beyond these bounds is *ultra vires*. It is in *jurisdictio*, therefore, and not in “government” that we find the most striking proof that in medieval England the Roman maxim of absolutism was never in force theoretically or actually.

<sup>211</sup> SOUZA JR, 2010, pp. 605-606.

Desta forma os tribunais superiores, em sua tarefa de definir regras gerais e abstratas<sup>212</sup> para delimitar a aplicação de regras ainda mais gerais emitidas pelo parlamento compartilham uma parcela da função legislativa, pois é evidente que a definição de padrões – gerais e abstratos - de julgamento de vários milhares (ou milhões, especialmente no caso das execuções fiscais) de casos em processos repetitivos, ou ao fixar precedentes, estão completamente alheios à função jurisdicional típica.

No nível dos fins concretos temos, no campo político, a Função Administrativa e, no campo jurídico, a Função Jurisdicional Ordinária.

## 28. Nível fundamental, constitucional ou da *auctoritas*

O nível fundamental estabelece a organização básica de cada país, em nível constitucional, protegendo os valores fundamentais do ordenamento e os fins últimos do Estado.

Estes valores buscam garantir a democracia, em cuja ideia inserem-se, como explana Kelsen no trecho abaixo:

dois postulados da nossa razão prática [...] Em primeiro lugar, a reação contra a coerção resultante do estado de sociedade, o protesto diante da vontade alheia diante da qual é preciso inclinar-se [...] a ideologia política não renuncia a unir liberdade com igualdade. A síntese desses dois princípios é justamente a característica da democracia<sup>213</sup>.

Ao nível fundamental pertine, basicamente, o controle da forma escolhida pelos legisladores e governantes para a concretização<sup>214</sup> dos valores fundamentais, concedendo a *auctoritas* aos atos políticos e legislativos do nível ordinário. Caracteriza-se pela neutralidade partidária e ideológica<sup>215</sup>.

A *auctoritas* relaciona-se com as ideias de dar plenitude e de reconhecer a autenticidade, bem como com a prudência e a racionalidade, que em Roma era atestada pelos jurisconsultos<sup>216</sup>.

<sup>212</sup> A função nomofilática dos tribunais superiores, expressão cunhada por Calamandrei que designa a proteção e a guarda das leis e a definição de um método único e exato de interpretação (KNIJNIK, 2005, p. 3), é mais próxima da função legislativa que da judicial (CALAMANDREI, 1945, t. I, v. 2, pp. 43-44, 54-55). Leonardo Tricot Saldanha e Luiz Alberto Reichelt denominam o estabelecimento de normas gerais e abstratas pelos tribunais superiores de estabelecimento de políticas de direito material, salientando que “o desafio a ser enfrentado, pois, é o de saber se o regime jurídico próprio da atividade jurisdicional deve ser aquele aplicado a essa nova atividade que, ainda que exercida pelos mesmos órgãos, foge dos contornos daquilo que por eles era tradicionalmente executado” (REICHELTL & SALDANHA, 2012, p. 10).

<sup>213</sup> KELSEN, Hans. **A Democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 27.

<sup>214</sup> JELLINEK, 2000, pp. 240-241.

<sup>215</sup> SOUZA JR., 2002b, p. 56.

<sup>216</sup> OSLÉ, Rafael Domingo. El Binomio “Auctoritas-Potestas” en el Derecho Romano y Moderno. **Persona y Derecho**, Pamplona: Universidad de Navarra, n. 37, 1997, pp. 183-195, especialmente pp. 183-185, disponível em <[http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/12935/1/PD\\_37\\_06.pdf](http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/12935/1/PD_37_06.pdf)>, acesso em 07 nov. 2012. No mesmo sentido SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Sistema del Derecho Romano Actual**.

## 29. Nível ordinário ou da *potestas*.

O nível ordinário é o campo dos fins e dos valores intermediários do Estado. Operam aqui as instituições da democracia deliberativa, escolhendo, dentre as várias soluções possíveis, o ponto de vista que tem o apoio da maioria do eleitorado.

Este é o domínio dos governos e das maiorias parlamentares que os apoiem, com os seus programas partidário-ideológicos, a articular, conjugar e compatibilizar as necessidades próximas e urgentes da sociedade, com os valores supremos da ordem constitucional no Estado democrático. [...] reclama uma **pauta** de ordenação, articulação e conjugação, marcada, em maior ou menor grau, por sentimentos, interesses e pré-compreensões: a **ideologia política**<sup>217</sup>.

Este é o único nível do ordenamento onde está presente a determinação com viés político e ideológico. No nível fundamental, área do Direito Constitucional, há neutralidade e no nível concreto, área do Direito Judiciário e da Administração, há imparcialidade e impessoalidade.

Na determinação da forma de alocação dos recursos, que sempre são limitados, haverá sempre uma intensa disputa política tanto pela prioridade na sua liberação como na importância relativa das várias políticas públicas – e na consequente dotação orçamentária de cada uma.

É natural que ideias como de que há uma hierarquia de prioridades, ou de que as demandas sociais devem ser condicionadas ao respeito à restrição orçamentária, não contem com grande simpatia por parte de quem está disputando uma eleição proporcional [...] Os ocupantes de cargos majoritários, porém, defrontam-se com a falta de recursos e tendem a ter uma avaliação mais abrangente e ponderada da situação, que procura **compatibilizar o atendimento de reivindicações sociais com a necessidade de manter as finanças públicas sob controle. Isto implica, necessariamente, fazer escolhas e hierarquizar as prioridades**<sup>218</sup>.

É importante salientar a inviabilidade da substituição da política pelas técnicas judiciais, pois Lon Fuller já salientava que problemas envolvendo a alocação de recursos econômicos apresentam um aspecto demasiadamente inter-relacionado para serem ajuizáveis<sup>219</sup>, envolvendo a definição de metas políticas e a administração de recursos.

---

Madrid: F. Góngora y Compañía, 1878, v. I, p. 49. (Traduzido por Jacinto Mesía y Manuel Poley y precedido de um prologo de Don Manuel Durás y Bas), disponível em <[http://fama2.us.es/fde/ocr/2009/sistema\\_Del\\_Derecho\\_Romano\\_Actual\\_Savigny\\_T1.pdf](http://fama2.us.es/fde/ocr/2009/sistema_Del_Derecho_Romano_Actual_Savigny_T1.pdf)> acesso em 17 mai 2011.

Referimo-nos ao direito romano clássico, que coincide com a fase do processo formulário (149 a.C – 209 d.C.), após o fim do relacionamento do direito com a religião, próprio das *legis actiones* (754 a.C. – 149 a.C.) e antes do fim da divisão da *iurisdictio* entre o *praetor* e o *iudex*, com o agigantamento do Estado-Juiz na fase da *cognitio extra ordinem* (209 d.C. até o fim do império romano) (SILVA FILHO, Antônio José Carvalho da. **Primórdios da Jurisdição**. Porto Alegre: Academia Brasileira de Direito Processual Civil, 2012, disponível em <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/PRIMORDIOS%20DA%20JURISDICA0%20Antonio%20Jose%20Carvalho%20da%20Silva%20Filho.pdf>>, acesso em 29 jan. 2013.

<sup>217</sup> SOUZA JR, 2002b, pp. 56-57, grifos constantes do original.

<sup>218</sup> GIAMBIAGI, Fábio & ALÉM, Ana Cláudia. **Finanças Públicas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, pp. 375-6, grifamos.

<sup>219</sup> FULLER, 1978, p. 400.

O nível intermediário vincula-se à *potestas*, caracterizada pelo poder político<sup>220</sup>, relacionando-se já na antiga Roma com a Lei, enquanto a *auctoritas* envolve a sanção da lei e a racionalidade do direito, conferindo autenticidade e validade ao ato<sup>221</sup>.

Como salientamos acima, os tribunais superiores, quando definem critérios gerais e abstratos para delimitar a aplicação de regras ainda mais gerais emitidas pelo legislativo executam tarefa não judiciária, mas legislativa, atuando, portanto, no nível ordinário e exercendo função distinta da jurisdição ordinária.

Não há violação da separação entre os níveis do ordenamento quando os tribunais superiores estabelecem normas gerais para regras situações coletivas que não comportam solução unívoca no ordenamento. Pelo contrário, a regulamentação isonômica destas situações é essencial no Estado Democrático de Direito e sua definição judicial parece inevitável quando for necessário estabelecer a conduta esperada dos sujeitos em relações jurídicas massificadas que forem objeto de relações processuais<sup>222</sup>.

Em muitas situações o desrespeito a regras e a princípios do direito ocorre justamente por meio do estabelecimento injusto de políticas de direito material<sup>223</sup>, quer por pessoas jurídicas de direito privado, quer pelo Estado, como nos casos de violação do ordenamento por atos infra legais<sup>224</sup>.

O desrespeito à separação entre os níveis do ordenamento ocorre quando juízes de primeiro e segundo graus criam regras *ad hoc*, distintas das utilizadas nos demais casos e não vinculadas às normas superiores. Trata-se de casos abrangidos por normas gerais existentes, que são afastadas por inconstitucionalidade decidida com base em critérios puramente subjetivos e emocionais<sup>225</sup>, violando diretamente a democracia<sup>226</sup>. Analisaremos as consequências destas decisões na segunda parte deste trabalho.

Esta distinção entre níveis dentro do judiciário é tradicional, nos tendo sido legada por Roma, como podemos ver no trecho abaixo.

El binomio *auctoritas-potestas* desempeñó un papel de primer orden en el ámbito del derecho procesal romano. Suele decirse que el derecho romano clásico es aquel que crearon los juristas clásicos, y es cierto; pero no debemos olvidar que, si el derecho

<sup>220</sup> OSLÉ, 1997, p. 184.

<sup>221</sup> Ibidem, pp. 185-186.

<sup>222</sup> REICHELDT & SALDANHA, 2012, p. 7.

<sup>223</sup> Ibidem, pp. 9-10.

<sup>224</sup> Um exemplo pode ser visto na Súmula 160 do STJ. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. **Súmula nº 160.** É defeso, ao município, atualizar o IPTU, mediante Decreto, em percentual superior ao índice oficial de correção monetária. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=331>>, acesso em 29 jan. 2013.

<sup>225</sup> HORBACH, 2007, p. 89.

<sup>226</sup> REVERBEL, 2012, p. 56.

romano llegó a ser un orden de justicia coherente digno de admiración veinte siglos después, lo fue, no sólo gracias a la genialidad de sus juristas, sino también y muy principalmente gracias al procedimiento de las acciones, del que, en parte, todavía hoy seguimos viviendo.

En la fase *in iure*, el pretor, revestido de potestad, ejercía su jurisdicción utilizando los recursos de potestad necesarios para la buena marcha del litigio [...] Todos estos actos de potestad encaminados a la buena marcha del litigio se expresan en latín con la forma *ius dicere*, de donde deriva la palabra "jurisdicción". En la fase *apud iudicem*, en cambio, el juez -que era un particular elegido por los litigantes- valoraba la prueba y dictaba sentencia. La actividad del juez encaminada a dirimir un litigio se expresaba en latín con la forma *iudicare*, de donde deriva la palabra castellana, caída hoy en desuso, pero muy necesaria, "judicación". *Iudicare* y *ius dicere* son, pues, verbos distintos [...] <sup>227</sup>.

### 30. Nível concreto, judiciário ou da gestão

Uma vez determinadas as prioridades na execução das políticas públicas e os critérios gerais e abstratos pelos quais as causas concretas devem ser submetidas a julgamento, cabe à Administração e à Jurisdição ordinária *stricto sensu* a adoção de providências administrativas e a distribuição da justiça, respectivamente.

É o campo de atuação dos fins imediatos do Estado e a área onde são analisadas as necessidades concretas e urgentes.

A execução destas funções exige imparcialidade, impessoalidade, competência e a observância do ordenamento <sup>228</sup>.

A jurisdição envolve a execução das determinações gerais de uma forma assemelhada à da Administração, embora com uma técnica distinta <sup>229</sup>.

Este nível exige a correta aplicação do direito ao caso concreto, por meio da equidade <sup>230</sup>, que não é um recurso excepcional ou de emergência, mas, como explica Andres Ollero Tassara no trecho abaixo:

<sup>227</sup> OSLÉ, 1997, p. 187. No mesmo sentido, distinguindo a atuação do pretor e do *judex* e analisando a influência desta distinção no processo civil moderno, mas não mencionando a distinção entre *auctoritas* e *potestas*, SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 23-24 e 70.

<sup>228</sup> SOUZA JR., 2002b, p. 56.

<sup>229</sup> LOEWENSTEIN, 1970, p. 67.

<sup>230</sup> Há vários sentidos para o termo *equidade*. O art. 127 do CPC, quando dispõe que "*o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei*", utiliza *equidade* com o sentido de não vinculação à legalidade estrita (NERY JÚNIOR, Néelson & NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 9. ed., rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 336). Nestes casos, o juiz atua como um legislador, decidindo com ampla liberdade com base nos fatos *sub judice*.

O sentido com que utilizamos equidade na presente dissertação é o aristotélico, relativo ao uso da razão prática, que é inerente ao agir humano e tem grande importância sempre que se adequam previsões abstratas aos fatos concretos, como em todo ato de julgar. Este é o sentido utilizado Andres Ollero Tassara (1996, p. 483) e não tem relação alguma com o julgamento livre de condicionamentos legais previsto no art. 127 do CPC.

en realidad, la equidad – como tensión concretizadora presente en todo ajustamiento de pretensiones – es un factor, tan ineliminable como radicalmente “jurídico”, de esa búsqueda de justicia que preside todo el proceso interpretativo que la positivación del derecho encierra<sup>231</sup>.

A adequação feita pelo juiz, ao interpretar a norma geral para aplicá-la ao caso concreto, tem limites.

O julgador não pode se afastar de tal forma em relação ao texto, que faça com que sua “interpretação” seja nada mais do que a criação de uma nova regra legislativa, diretamente a partir da constituição, sob pena de evidente violação da separação de poderes. Este é o ensinamento de Klaus Schlaich, como pode ver no trecho abaixo.

Por outro lado, o juiz não pode interpretar a lei de **forma** tão ampla, que o resultado seja *novo, não mais coberto pelo suporte fático da lei*. Se o juiz faz isto, despreza, simultaneamente, os direitos fundamentais e o princípio do Estado de Direito, pois os tribunais: “estão constitucionalmente impedidos de minar, por meio da interpretação, a decisão legislativa e o direito fundamental do legislador de restringir o campo de incidência de uma norma”. (BVerfGE 63, 266 (289) – admissão à advocacia; ver também BVerfGE 34, 269 – Soraya, 49, 304 – responsabilidade do especialista)<sup>232</sup>

A criação de regras diretamente a partir do texto constitucional, aplicando princípios em sua função normativa<sup>233</sup>, é muito delicada e especialmente nociva quando estes princípios constitucionais tem uma baixa densidade normativa.

Como “*actuar jurídicamente es siempre interpretar*”<sup>234</sup>, a segurança jurídica abrange tanto a interpretação como a aplicação das normas jurídicas<sup>235</sup>, devendo ambas serem dotadas de razoabilidade, delimitando-se a margem de liberdade do intérprete dentro de limites racionais.

### 31. Hierarquia dos fins do Estado

A existência de uma hierarquia entre os fins últimos, intermediários e imediatos ou concretos deriva da própria natureza destes fins enquanto contemplação dos valores

<sup>231</sup> TASSARA, Andrés Ollero. **¿Tiene Razón el Derecho?** Entre método científico y voluntad política. Madrid: Congreso de los Diputados, 1996, p. 483.

<sup>232</sup> SCHLAICH, Klaus. **Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen**. Ein Studienbuch. München: Beck, 2001, p. 200, § 294, grifos constantes do original, tradução nossa: „Andererseits darf der Richter das Gesetz nicht so weit auslegen, dass im Ergebnis *ein neuer, vom Gesetz nicht mehr gedeckter Eingriffstatbestand* geschaffen wird; tut er es doch, liegt ein Grundrechtverstoß iVm dem Rechtsstaatsprinzip vor Denn den Gerichten “ist es von Verfassungs wegen verwehrt, die gesetzgeberische Entscheidung im Wege der Auslegung zu unterlaufen und das Grundrecht über das vom Gesetzgeber vorgesehene Ausmass hinaus Einzuschränken” (BVerfGE 63, 266 (289) – Zulassung zur Rechtsanwaltschaft; vgl. Auch BVerfGE 34, 269 – Soraya; 49, 304 – Sachverständigenhaftung)“

<sup>233</sup> MARTINS FILHO, Ives Gandra. Os Princípios Jurídicos e sua Densidade Normativa. **Justiça & Cidadania**, Rio de Janeiro, n. 145, pp. 16-20, set. 2012, especialmente p. 18.

<sup>234</sup> TASSARA, 1996, p. 474.

<sup>235</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 142.

fundamentais do ordenamento, da determinação de sua execução conforme as prioridades estabelecidas politicamente e da aplicação das normas gerais de forma imparcial e impessoal, analisadas acima.

Todo e qualquer país organizado – até mesmo os não democráticos - precisa de normas que permitam reconhecer o direito vigente, denominadas pelos anglo-saxões de normas de reconhecimento<sup>236</sup>.

Em uma democracia, o direito precisa ser racional e previsível, pois “*a democracia constitucional deve ser entendida como um exercício coletivo da razão prática, como democracia deliberativa*”<sup>237</sup> necessitando de isonomia, inerente à própria definição de justiça<sup>238</sup>, bem como de ordem.

A ordem deriva de “*uma síntese de um princípio de ordenação e uma realidade a ser ordenada*”<sup>239</sup>. O princípio dá origem à forma jurídica, que incidirá sobre a situação concreta<sup>240</sup>, e “*a forma jurídica é ordem presente da vida de um povo, imposta pelo poder político*”<sup>241</sup>, sem a qual não há direito, mas arbitrariedade<sup>242</sup>.

Como “*a verdade constitucional é o fator determinante de criação, interpretação e aplicação do direito*”<sup>243</sup> e “*o conteúdo da decisão é sempre polêmico*”<sup>244</sup>, este terá de ser controlado.

Quando se busca uma legitimação democrática,

---

<sup>236</sup> HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1994, pp. 94-96, 100-109. A questão das normas de reconhecimento é especialmente complexa no *common law*, pois estas raramente são expressas no sistema (HART, 1994, p. 101).

<sup>237</sup> BARZOTTO, 2005, p. 37.

<sup>238</sup> HART, 1994, p. 159, tradução nossa: Estes simples exemplos são, entretanto, suficientes para demonstrar que ‘tratar os casos semelhantes de forma assemelhada e os casos diferentes de modo diferente’ é um elemento central na ideia de justiça, que é por si incompleto e que, até ser suplementado, não pode proporcionar nenhum pauta determinada para a conduta. Isto é assim porque que qualquer conjunto de seres humanos se assemelhará a outros em alguns aspectos e diferirá em outros e, até que se estabeleça quais semelhanças e diferenças são relevantes, ‘tratar casos semelhantes de forma assemelhada’ deve permanecer uma fórmula vazia. Para preenchê-la nós precisamos saber quando, para as necessidades que se apresentarem, os casos devem ser entendidos como assemelhados e quais diferenças são relevantes.

“These simple examples are, however, enough to show that, though ‘Treat like cases alike and different cases differently’ is a central element in the idea of justice, it is by itself incomplete and, until supplemented, cannot afford any determinate guide to conduct. This is so because any set of human beings will resemble each other in some respects and differ from each other in others and, until it is established what resemblance and differences are relevant, ‘Treat like cases alike’ must remain an empty form. To fill it we must know when, for the purposes in hand, cases are to be regarded as alike and what differences are relevant.”

<sup>239</sup> BARZOTTO, Luís Fernando. Filosofia e Constituição. In. MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira & NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Tratado de Direito Constitucional**. SP: Saraiva, 2010, pp. 617-653, especialmente p. 619.

<sup>240</sup> BARZOTTO, 2010, p. 619.

<sup>241</sup> Ibidem, p. 620, grifos constantes do original.

<sup>242</sup> Ibidem, pp. 620-621.

<sup>243</sup> Ibidem, p. 639.

<sup>244</sup> Ibidem, p. 641.

É o poder estatal, ao colocar-se como único intérprete válido da verdade, que põe fim à guerra civil entre pretensões rivais de verdade por meio da imposição da lei. A lei é, assim, a soma de verdade e poder. O poder é a mediação necessária entre a verdade e o cotidiano. A vinculação à lei é que confere normalidade à vida no interior do Estado<sup>245</sup>.

Demonstra-se, assim, a necessidade da hierarquia entre os fins do Estado, através da análise da relação entre o direito, a forma e a estabilidade e a previsibilidade do ordenamento.

Lon Fuller fornece uma interessante demonstração da necessidade de hierarquia entre os diversos níveis do ordenamento, utilizando o método do *reductio ad absurdum*, imaginando um sistema jurídico em que estas características fossem inexistentes e comprovando a sua inviabilidade<sup>246</sup>.

Fuller analisa oito modos de tornar um sistema jurídico inviável<sup>247</sup>:

- I) Decidir todos os casos com base em regras *ad hoc*;
- II) Falhar na publicidade das normas, tornando difícil a sua observância;
- III) Utilizar normas retroativas em excesso, ou seja, além dos raros casos em que elas são admitidas;
- IV) Falhar em tornar as regras compreensíveis;
- V) Estabelecer normas contraditórias;
- VI) Utilizar regras que requeiram uma conduta além das possibilidades das partes afetadas;
- VII) Alterar as regras com frequência excessiva, inviabilizando a orientação da conduta por elas e
- VIII) Incongruência entre as regras anunciadas e sua verdadeira administração e aplicação.

Fuller salienta que os problemas acima apontados são tão graves que uma falha completa em apenas uma das oito direções acima apontadas resulta em algo que sequer pode ser chamado de um sistema jurídico<sup>248</sup>.

A criação de regras *ex post facto* pode importar em todas as falhas acima.

O afastamento da Lei votada pelo Parlamento pela ideologia pessoal do julgador também pode levar a ocorrência de todas as falhas acima.

O afastamento de uma regra aprovada pelo Parlamento pela ideologia pessoal do julgador (pelo o uso indevido da função normativa dos princípios constitucionais, bem como pela substituição das decisões políticas pela ideologia pessoal do julgador) e a indevida

<sup>245</sup> BARZOTTO, 2010, p. 644.

<sup>246</sup> FULLER, Lon L. **Morality of Law**. 2. ed. New Haven e London: 1969, pp. 33-94.

<sup>247</sup> FULLER, 1969, p. 39.

<sup>248</sup> *Ibidem*, p. 39.

intromissão no mérito administrativo, gerando normas diretamente a partir de princípios constitucionais, importa em todos os problemas acima, mas principalmente os apontados nos problemas I, III, V e VII.

Por fim, a violação dos níveis do ordenamento pode gerar uma mutação inconstitucional desprovida de limites claros, problema não imaginado por Fuller, pois o seu exemplo hipotético envolvia a análise de um soberano absoluto, sem preocupações democráticas.

## Cap. 5º. Deliberação e Bem Comum

É inerente ao presente trabalho a concepção de que o povo tanto tem direito à escolha da forma de realizar o bem comum como, geralmente, as deliberações coletivas conduzem a um resultado mais adequado quanto à forma do estabelecimento das prioridades na alocação de recursos públicos e na determinação da forma de efetivação e das prioridades relativas dos fins intermediários.

### 32. Valores fundamentais do Estado Democrático de Direito

A democracia se rege por valores éticos que foram filtrados e enriquecidos pela história<sup>249</sup>, “*decorrentes todos da dignidade única e preeminente da natureza humana. Ei-los a liberdade (primeiro deles), que se ajusta à igualdade pela justiça e implica um equilíbrio entre ordem e progresso*”<sup>250</sup>.

Como salienta Gilmar Ferreira Mendes, “*ninguém ignora que o constitucionalismo moderno se caracteriza, dentre outros aspectos, pelo esforço desenvolvido no sentido de positivar o direito natural*”<sup>251</sup>.

Relacionados com os fins últimos do Estado, os valores fundamentais inspiram, em sua essência, um grande consenso<sup>252</sup>, derivado da concórdia quanto aos fins últimos<sup>253</sup>, embora haja divergência quanto à melhor forma de determinação legal e política para a sua concretização, mas esta determinação pertine ao nível ordinário.

Para Marcello Caetano, o Estado seria o instrumento adequado para realizar certos fins, entre os quais a segurança teria primazia instrumental, pois teria sido a primeira necessidade que levou os homens a instituir o poder político e seria uma condição para o exercício regrado do poder, e, portanto, da justiça e de todos os demais fins estatais<sup>254</sup>.

A segurança jurídica é elemento essencial do Estado, pois a

segurança não é só a organização da força posta ao serviço de interesses vitais: é também, por um lado, a garantia da *estabilidade* dos bens e, por outro, a da *duração*

<sup>249</sup> SOUZA JR, 2002b, p. 37.

<sup>250</sup> SOUZA JR, 2005.

<sup>251</sup> MENDES, 2010, p. 355.

<sup>252</sup> SOUZA JR., 2002b, p. 55.

<sup>253</sup> CARRASCO, Álvaro José Bettanin. **A Função Jurisdicional Ordinária e o Estado Democrático de Direito: Um Enfoque Institucional.** Porto Alegre: UFRGS, 2012, p. 12, disponível em <<http://hdl.handle.net/10183/56643>>, acesso em 23 out. 2012.

<sup>254</sup> CAETANO, 2010, t. I, pp. 143-145 e 147.

das normas e da *irrevogabilidade* das decisões do Poder que importem justos interesses a respeitar, quer dizer, a *certeza*<sup>255</sup>.

### 33. Democracia deliberativa

A democracia é o governo do povo, e a questão do titular da soberania é vista em uma concepção comunitarista, onde a minoria tem direito ao dissenso, e o cidadão tem direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade, pois o Estado reconhece que a identidade individual relaciona-se com várias espécies de bens que não são escolhidos livremente pelo indivíduo, mas dependem das comunidades em que ele participa (família, partido, empresa etc.)<sup>256</sup>.

É necessário um mínimo de consenso em torno dos valores fundamentais para possibilitar uma convivência pacífica, harmônica e coesa<sup>257</sup>. O consenso deve abranger o bem de todos, o bem comum<sup>258</sup>. Entretanto, a concordância quanto ao bem em tese e em linhas gerais não gera concordância quanto à forma de sua concretização, que envolverá uma visão política, tendo de ser determinada democraticamente.

A democracia é o governo pelo povo, e a questão do funcionamento do poder na democracia envolve uma concepção institucionalista do ordenamento, contrapondo-se às visões decisionista e normativista. Esta é uma questão crucial para a limitação democrática do poder, relacionando-se intrinsecamente com a forma da decisão a ser proferida pelo julgador ordinário.

### 34. Democracia e limites ao poder de interpretar e aplicar normas

Se adotarmos a concepção decisionista não haverá critério algum para harmonizar as decisões<sup>259</sup>, sujeitando a população a uma pura e simples ditadura. O maior teórico do decisionismo, Carl Schmitt, defendia abertamente a ausência de critérios claros de harmonização das decisões, tendo, em sua época de adesão ao nazismo, utilizado esta ausência de controle para apoiar, abertamente, o regime nazista.

---

<sup>255</sup> CAETANO, 2010, t. I, pp. 144-145.

<sup>256</sup> BARZOTTO, 2005, pp. 23-26.

<sup>257</sup> REVERBEL, 2012, p. 53.

<sup>258</sup> BARZOTTO, 2005, p. 26.

<sup>259</sup> Ibidem, pp. 26-29.

A decisão judicial é correta se podemos esperar que outro juiz teria decidido de forma análoga. "Outro juiz" significa aqui o tipo empírico moderno do jurista culto (juridicamente)<sup>260</sup>.

Muitos juízes alemães, na época, estavam envolvidos com o movimento da Escola Livre do Direito, que pregava uma interpretação ampla com base em princípios indeterminados, baseada no espírito do povo (*Volksgeist*), vinculada a uma concepção nazista e abertamente combatida por Hans Kelsen<sup>261</sup>.

William Scheuerman demonstra a utilização do decisionismo, por Schmitt, para fundamentar o nazismo no trecho abaixo.

Para resolver a ambiguidade interna das regras legais [...] a elaboração de decisões judiciais terá, necessariamente, de mover-se além dos confins dos materiais jurídicos estabelecidos (regras, padrões e precedentes) [...] Como os juízes nunca podem derivar suas decisões de um modo simples dos materiais jurídicos disponíveis, Schmitt propôs que eles adotassem uma experiência imaginária. Carl Schmitt defende que os juízes deveriam perguntar-se como outros operadores do direito teriam provavelmente interpretado as sempre abertas regras disponíveis: "uma decisão judicial é correta quando podemos esperar que outro juiz teria decidido do mesmo modo". Que, então, é este "outro juiz" que Schmitt julgava capaz de guiar os operadores do direito? Em 1912, Schmitt referiu "o tipo empírico de jurista moderno competente", em outras palavras, em outras palavras, o profissional do direito "normal" da época de Schmitt. [...] Após a tomada do poder pelos nazistas, Schmitt insistiu que a estabilidade e a coerência na interpretação do direito requeria um corpo *homogêneo* de juristas, que compartilhasse um senso instintivo de *comunidade* nacional e tivesse um treinamento jurídico e uma orientação ideológica comum: nada de solidariedade de grupo nem de direito. Os expurgos nazistas de sociais-democratas e de judeus dos tribunais – ardentemente endossados por Schmitt em muitas publicações dirigidas tanto ao povo como à academia – vinculava-se a sua própria busca de resgatar a determinação do direito<sup>262</sup>.

### 35. Falhas do normativismo e solução institucionalista

<sup>260</sup> SCHMITT, Carl. **Gesetz und Urteil: Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis**. Berlin: Otto Liebmann, 1912, p. 71: „Eine richterliche Entscheidung ist heute dann richtig, wenn anzunehmen ist, dass ein anderer Richter ebenso entschieden hätte. "Ein anderer Richter" bedeutet hier den empirischen Typus des modernen rechtsgelehrten Juristen.“

<sup>261</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, 2002, pp. 16-20.

<sup>262</sup> SCHEUERMAN, William E. Down on Law: The complicated legacy of the authoritarian jurist Carl Schmitt. **Boston Review**, Boston: Boston Review, apr. 2001, disponível em <<http://bostonreview.net/BR26.2/scheuerman.html>>, acesso em 29 ago. 2012, tradução nossa: To resolve the ambiguity internal to legal rules [...] judicial decision-making would inevitably have to move beyond the confines of the settled legal materials (rules, standards, and precedents) [...] And since judges can never simply draw their decision in a straightforward manner from the legal materials at hand, Schmitt proposed that they engage in a thought experiment. Judges, Schmitt argues, should ask themselves how other legal actors would likely interpret the always-open-ended rules at hand: "a judicial decision is correct today when it can be assumed that another judge would have decided in the same way." Who, then, was this "other judge" Schmitt thought capable of providing legal actors with guidance? In 1912, Schmitt alluded to "the empirical type of the modern expertly-trained jurist," in other words, the "normal" judicial professional of Schmitt's day. [...] After the Nazi takeover, Schmitt insisted that stability and coherence in legal interpretation required a *homogeneous* corps of jurists, sharing an instinctive sense of national "community," as well as similar legal training and ideological orientation: no group solidarity, no law. The Nazi purges of social democrats and Jews from the courts—ardently endorsed by Schmitt in many publications directed at both popular and academic audiences—meshed with his own theoretical quest to salvage legal determinacy.

O critério normativista do ordenamento gera três problemas fundamentais:

- I) O julgador permanece, tal como na concepção decisionista, fundamentalmente livre de quaisquer condicionamentos, dificultando a segurança jurídica.
- II) A visão normativista nega eficácia aos princípios constitucionais, buscando apenas limitar o Estado, inviabilizando o *Welfare State* e
- III) O positivismo tem sido utilizado para encobrir o abuso puro e simples do poder.

O normativismo kelseniano vincula-se a um relativismo axiológico<sup>263</sup>, validando todas as concepções valorativas e enfraquecendo os valores constitucionalmente garantidos. A democracia limita-se à regra da maioria<sup>264</sup>, protegendo-se as minorias apenas através da vedação ao Estado de interferência nos direitos fundamentais, que se configuram como liberdades públicas<sup>265</sup>.

O normativismo nega a possibilidade da razão criar normas, pois estas derivariam apenas da vontade<sup>266</sup>, admitindo expressamente a contradição entre uma norma inferior e uma superior, permitindo-se a criação de normas completamente fora da moldura delimitada pelas normas superiores e possibilitando a criação de normas individuais arbitrárias<sup>267</sup>.

Por fim, o normativismo, além de não limitar o poder, tem sido utilizado como meio para encobrir o puro e simples abuso de poder, como podemos ver no trecho abaixo.

Sobretudo, a responsabilidade dos juízes, que tiveram um papel crucial no sistema jurídico nazista graças ao seu trabalho de releitura das antigas leis à luz da ideologia nazista, pode ser ocultada ou pelo menos minimizada [...] Por outro lado, são às vezes os mesmos juristas que, em 1933, se engajaram na defesa do *Führer* em nome do direito natural nazista e que, após 1945, sob a autoridade moral de Radbruch, acusaram o positivismo de ser a origem da perversão do direito no regime nazista<sup>268</sup>.

Rechaçadas, portanto, as concepções normativista pura e decisionista, como inábeis para a limitação do poder, adota-se a concepção institucionalista, que vê o direito como ordem concreta, baseada na concepção aristotélico-tomista do Direito como dotado de essência e de existência, como uma unidade viva e hierarquizada.

---

<sup>263</sup> BARZOTTO, 2005, p. 135.

<sup>264</sup> *Ibidem*, p.137.

<sup>265</sup> *Ibidem*, pp. 132, 148 e 150.

<sup>266</sup> *Ibidem*, p. 163.

<sup>267</sup> *Ibidem*, pp. 165-167.

<sup>268</sup> HEUSCHLING, Luc. **État de Droit, Rechtsstaat, Rule of Law**. Paris: Dalloz, 2002, pp. 520-521, § 532, tradução nossa: Surtout, la responsabilité des juges, qui ont joué un rôle crucial dans le système juridique nazi grâce a leur travail de relecture des ancienne lois à la lumière de l'ideologie nazie, a pu être occultée ou du moins minimisée [...] D'autre part, ce sont parfois les même juriste qui, em 1933, se livrent à des panégyriques du *Führer* au nom du droit naturel nazi et qui, après 1945, fort de la caution morale de Radbruch, accusent le positivisme d'être à l'origine de la perversion du droit sous le nazis.

El derecho natural aristotélico-tomista de la Edad Media era una unidad de orden viva, compuesta por grados de esencia y existencia, por supra ordenes e infra órdenes, jerarquizaciones y reparticiones<sup>269</sup>.

A instituição diferencia-se das normas e das decisões por possuir uma ordem interna, que se expressa em normas, mas que não é constituída por elas, orientando a tomada de decisões. Busca-se a manifestação prática da ideia de justiça. O Direito é a ordem concreta, que se manifesta como um conjunto de deveres de justiça ligados a uma determinada situação social<sup>270</sup>.

A igualdade é complexa, envolvendo esferas distributivas, cada qual vinculada a uma instituição e com um critério de justiça distinto, pois pessoas iguais em uma esfera são desiguais noutra. A igualdade é proporcional, que coexiste com a igualdade absoluta no que pertine à dignidade de cada pessoa<sup>271</sup>.

O direito seria a *praxis* que realizaria, em cada caso, os princípios internos (de justiça) de cada esfera distributiva. Esses princípios não são disponíveis para o legislador e o juiz: a inobservância desses princípios é tirania<sup>272</sup>.

No tocante à justicialidade, cabe ao juiz “dizer o justo”. Deve se guiar pelas leis, na medida em que estas declaram (justo natural) ou instituem o justo (justo positivo)<sup>273</sup>.

A democracia é o governo para o povo, e a questão do fim do Estado como um meio para a busca do bem comum é vista sob a concepção do personalismo, buscando o pleno desenvolvimento da pessoa humana<sup>274</sup>.

### 36. Bem comum: o ponto de vista do usuário

A democracia deliberativa vincula-se à visão aristotélica do conhecimento do bem comum no debate racional e no caso a caso.

O bem comum só pode ser conhecido mediante a deliberação conjunta. Como ele é um bem complexo, que se altera conforme as condições em que se encontra, somente no debate racional é que o seu conteúdo pode ser determinado caso a caso. A sua natureza impõe o método da sua busca. **Se o bem comum é o bem de todos, todos devem participar na sua determinação. Em primeiro lugar, porque todos são destinatários do bem, e o ponto de vista do destinatário não pode ser ignorado em um processo deliberativo. Em segundo lugar, porque a complexidade do bem comum exige a sua análise do maior número possível dos pontos de vista**<sup>275</sup>.

Não há nem mais direito, nem sequer maior conhecimento acerca do bem comum por parte dos detentores de saber técnico-jurídico, como se pode depreender dos trechos abaixo.

<sup>269</sup> SCHMITT, Carl. **Sobre los Tres Modos de Pensar la Ciencia Jurídica**. Madrid: Tecnos, 1996, pp. 45-46.

<sup>270</sup> BARZOTTO, 2005, p. 31.

<sup>271</sup> Ibidem, pp. 32-33.

<sup>272</sup> Ibidem, p. 32.

<sup>273</sup> Ibidem, p. 33.

<sup>274</sup> Ibidem, pp. 33-35.

<sup>275</sup> Ibidem, pp. 35-36, grifamos.

A democracia constitucional deve ser entendida como um exercício coletivo da razão prática, como democracia deliberativa<sup>276</sup>.

A verdade política emerge, por assim dizer, do entrechoque de opiniões<sup>277</sup>.

A plena racionalidade humana não se mede por um saber teórico, mas pelo fato de as decisões acerca da própria vida serem um produto de uma argumentação livremente conduzida<sup>278</sup>.

A pluralidade dos pontos de vista possibilita que o objeto da ação, por ser contingente e singular, seja abordado por vários ângulos, o que permite a sua reta apreensão<sup>279</sup>.

O usuário dos bens tem melhores condições de averiguar as suas necessidades do que um terceiro, alheio à sua realidade, priorizando-se o ponto de vista dos usuários, que também são mais difíceis de corromper do que um julgador isolado:

Aristóteles elege aqui o ponto de vista do usuário como superior ao do especialista, em se tratando de matérias que dizem respeito a todos. A racionalidade das decisões populares é maior que aquela dos especialistas, porque somente o povo tem um conhecimento cabal, advindo da experiência, do que lhe convém.[...] O prazer e a dor [...] afetam necessariamente as decisões a respeito da própria vida [...] Para a prudência coletiva, a própria grandeza numérica já funciona como um fator de conservação do juízo coletivo<sup>280</sup>.

---

<sup>276</sup> BARZOTTO, 2005, p. 37.

<sup>277</sup> Ibidem, p. 42.

<sup>278</sup> Ibidem, p. 47.

<sup>279</sup> Ibidem, p.58.

<sup>280</sup> Ibidem, pp. 60-61.

## II. Dilemas da Cumulação

### Cap. 1º. SINTOMAS DO PROBLEMA

#### 37. Visão geral do problema

Quando o juiz ordinário brasileiro afasta uma norma por inconstitucionalidade, bem como quando cria uma regra diretamente a partir do texto constitucional, aplicando princípio constitucional em sua função normativa, gera seis problemas, que são objeto dos itens do capítulo dois desta segunda parte.

- I) A criação de uma regra *ex post facto*
- II) A criação de uma regra casuísta e desigual
- III) O afastamento de uma lei votada pelo Parlamento pela ideologia pessoal do julgador
- IV) O afastamento de uma regra aprovada pelo Parlamento pela ideologia pessoal do julgador: o uso indevido da função normativa dos princípios constitucionais
- V) A substituição das decisões políticas pela ideologia pessoal do julgador: a indevida intromissão no mérito administrativo e
- VI) A produção de uma mutação inconstitucional desprovida de limites claros.

Estes problemas dão origem a decisões antidemocráticas, além de possibilitarem o puro e simples abuso de poder.

#### 38. Inafastabilidade do controle judicial

Como todo e qualquer juiz brasileiro pode controlar a constitucionalidade de uma lei e muitos julgam adequado o regramento de uma situação concreta diretamente a partir do texto constitucional, a interpretação conferida à cláusula da inafastabilidade do controle judicial é a mais ampla possível.

O problema é especialmente sensível em nosso país, em que a garantia da inafastabilidade do controle judicial (CRFB, art. 5º, XXXV)<sup>281</sup> é vista de modo a gerar violações à separação de poderes e irracionalidade institucional nos pontos abaixo:

- I) A apreciação da decisão administrativa antes do término da sua discussão<sup>282</sup>;

<sup>281</sup> CRFB/88, Art. 5º. [...] XXXV- a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

<sup>282</sup> BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª SEÇÃO. Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 13.545, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz. Brasília, 08 set. 2010. Diário de Justiça Eletrônico 07 out. 2010.

- II) A apreciação judicial de toda e qualquer questão, não se limitando quando houve apreciação da prova ou do Direito por órgão administrativo<sup>283</sup> e
- III) A revisão de decisões claramente políticas, envolvendo a alocação de valores e a priorização de bens escassos<sup>284</sup> dentro dos limites legais e
- IV) A adoção crescente de ferramentas que buscam compensar a morosidade do Poder Judiciário brasileiro, priorizando as decisões liminares de primeira instância em detrimento das demais<sup>285</sup>, ampliando os poderes do magistrado de primeira instância<sup>286</sup>.

<sup>283</sup> BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. Apelação em Mandado de Segurança nº 2006.34.00.011632-6. Rel. Des. Fed. João Batista Moreira. Brasília, 25 abr. 2012. Diário de Justiça Eletrônico da 1ª Região 11 mai. 2012, p. 1.451. unânime. Ementa: “ADMINISTRATIVO. PORTARIA ANP 202/1999. EXIGÊNCIA. REGULARIDADE. SICAF. [...] 2. Calha a seguinte orientação: “Preliminar de impossibilidade jurídica do pedido afastada, tendo em conta a **possibilidade de controle judicial dos atos administrativos discricionários**. 3. **Todos os elementos dos atos administrativos, inclusive os discricionários são passíveis de revisão pelo Judiciário**, para fins de avaliação de observância aos princípios constitucionais da Administração Pública explícitos e implícitos e de respeito aos direitos fundamentais. 4. Em face do inciso XXXV do art. 5º da CF, o qual proíbe seja excluída da **apreciação** judicial a lesão ou ameaça de lesão a direito, **o Judiciário pode examinar todos os atos da Administração Pública, sejam gerais ou individuais, unilaterais ou bilaterais, vinculados ou discricionários sob o aspecto da legalidade e da moralidade**, nos termos dos arts. 5º, inciso LXXIII e 37 da Carta Magna. 5. **A competência discricionária da Administração 'é relativa no sentido de que, em todo e qualquer caso, o administrador estará sempre cingido - não importa se mais ou menos estritamente - ao que haja sido disposto em lei, já que discricião supõe comportamento intra legem e não extra legem. Neste sentido pode-se dizer que o administrador se encontra sempre e sempre vinculado aos ditames legais' [...]”** (grifamos)

<sup>284</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 361/BA. Brasília, 23 de junho de 2010. Diário de Justiça Eletrônico de 12 ago. 2010. EMENTA: “**SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - SUS. Pretensão de fornecimento de medicamento registrado na Anvisa (Myozyme). Deferimento. Alegação de grave dano à economia pública, ante o alto custo. Ausência de demonstração. Agravo regimental não provido. Não se presume, nos processos de suspensão, grave lesão aos interesses públicos tutelados, a qual deve estar provada de plano pela Fazenda Pública.**”

<sup>285</sup> MARINONI, Luiz Guilherme & ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 202-3: “**A morosidade da prestação jurisdicional, oriunda, como é sabido, das mais diversas causas, também está ligada à ineficiência do velho procedimento ordinário, cuja estrutura encontrava-se superada antes da introdução da tutela antecipatória no Código de Processo Civil. A inefetividade do antigo procedimento ordinário transformou o ar. 798 do CPC em autêntica 'válvula de escape' para a prestação da tutela jurisdicional tempestiva. [...] É claro que esta distorção foi fruto da necessidade de celeridade e da exigência de efetividade da tutela de direitos.**”

<sup>286</sup> YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. Execução por título judicial e a duração razoável do processo: as reformas serão frutuosas? In: SANTOS, Ernane Fidélis dos; WAMBIER, Luiz Rodrigues; NERY JR., Néilson & WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Execução Civil**. Estudos em Homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 57-79, em especial a p. 60: “**É crescente a tendência à ampliação dos poderes do magistrado nas diversas fases e atividades do processo judicial, bem como a ampliação de sua margem de liberdade na interpretação e aplicação dos textos normativos [...]**”.

A inafastabilidade do controle judicial surgiu, no ordenamento constitucional brasileiro, na CF/1946, no § 4º do art. 141<sup>287</sup>, tendo sido expressamente consagrada no texto constitucional em face dos acontecimentos do Estado Novo<sup>288</sup>.

Tendo surgido como reação a um estado ditatorial (o Estado Novo) a inafastabilidade do controle judicial acabou sendo interpretada como fundamento de uma crescente interferência do Poder Judiciário sobre o Poder Executivo, tendo uma interpretação muito mais ampla do que a vigente nos EUA, como o salienta Pontes de Miranda no trecho abaixo transcrito.

Em todo caso, no sistema jurídico brasileiro, o controle judicial vai muito mais longe do que nos outros sistemas jurídicos, inclusive nos Estados Unidos da América<sup>289</sup>.

Isto demonstra a diferença fundamental entre o Poder Judiciário brasileiro e o norte-americano, pois nos EUA os tribunais “*y esto es extremadamente importante desde el punto de vista de los controles interórgano – rehúsan tratar las llamadas ‘cuestiones políticas’ (political questions)*”<sup>290</sup>.

O respeito à esfera da política permite, nos EUA, que os representantes eleitos desempenhem o seu papel e evita que julgadores, integrantes, todos eles, da denominada classe média alta, substituam a visão dos políticos eleitos pela deles, além do risco da priorização de interesses corporativos.

Isto fez com que logo surgissem problemas, de forma que a cláusula da inafastabilidade do Poder Judiciário, que foi mantida na CF/67, no art. 150, § 4º<sup>291</sup>, com a mesma redação da CF/46, fosse submetida à limitação. A EC nº 7/1977<sup>292</sup> condicionou a apreciação judicial da questão ao término da discussão administrativa, desde que esta não ultrapassasse cento e oitenta dias, nos mesmos moldes do que ocorre, por exemplo, na Espanha (com a exceção de que, lá, o prazo é de um ano)<sup>293</sup>.

<sup>287</sup> CF/46, Art. 141. [...] § 4º - A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.

<sup>288</sup> CAVALCANTI, Themístocles B. **A Constituição Federal Comentada**. 3. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1956-1958, v. III, p. 75.

<sup>289</sup> MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. I, de 1969**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, tomo V, p. 106.

<sup>290</sup> Ibidem, p. 313.

<sup>291</sup> CF/67, Art. 150. [...] § 4º - A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.

<sup>292</sup> EC nº 1/69, Art. 153. [...] § 4º - A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 7, de 1977).

<sup>293</sup> ESPANHA. Ley 58/2003, de 17 de dezembro. Ley General Tributaria. **Boletín Oficial del Estado**. Madrid: BOE, 18 dec. 2003. Disponível em < <http://www.boe.es/boe/dias/2003/12/18/pdfs/A44987-45065.pdf>>, acesso em 14 ago. 2011. “Art. 240. Plazo de Resolución. 1. La duración del procedimiento en cualquiera de sus instancias será de un año contado desde la interposición de la reclamación. Transcurrido este plazo, el interesado podrá considerar desestimada la reclamación al objeto de interponer el recurso procedente,

Pontes de Miranda, no trecho abaixo, salienta que a ideia da inafastabilidade do controle judicial era a do controle posterior ao encerramento da fase administrativa da discussão.

A apreciação judicial, de que fala o art. 153, § 4º, da Constituição de 1967, é apreciação *posterior*, isto é, após a coisa julgada administrativa, salvo se a técnica legislativa preferiu a técnica recursal (decisão administrativa, mas recurso judicial)<sup>294</sup>.

Com a promulgação da Constituição de 1988, a amplitude em que é entendida a cláusula da inafastabilidade do controle judicial tem sido causa de vários problemas, dentre os quais a ineficiência e a lentidão, como tivemos ocasião de salientar em pesquisa solicitada pelo Conselho Nacional de Justiça.

Desta forma, o problema atual, tão visível no direito tributário [...] em que o processo judicial e o administrativo se entremeiam, com decisões judiciais apreciando incidentes em processos administrativos (forma e validade da intimação para o encerramento ou o início de uma fase do processo administrativo, prazo para o julgamento do PAF, forma de análise de um pedido administrativo de compensação, hipóteses de cabimento de recursos administrativos, efeitos em que estes são recebidos etc.) e processos judiciais anteriores a processos administrativos (casos de liquidação administrativa do julgado, com nova discussão judicial da forma da apreciação administrativa da liquidação do julgado) em um círculo complexo e quase interminável, não era, ainda (antes da EC 7/77) um problema perceptível (este problema aumentou muito com as leis sobre a compensação e as novas formas de parcelamento surgidas na década de 1990)<sup>295</sup>.

Uma rápida comparação do Brasil com os EUA, a Espanha ou a Alemanha demonstra não somente a profunda diferença entre as duas visões acerca do Poder Judiciário, como o desrespeito dos magistrados brasileiros à separação dos poderes, gerando insegurança jurídica e os seis problemas antes referidos.

Estes problemas derivam, todos, da inadequação institucional gerada pelo exercício do controle cumulado de constitucionalidade pelo julgador ordinário brasileiro<sup>296</sup>.

### 39. Apreciação de decisão administrativa recorrível

No Brasil, permite-se a apreciação da decisão administrativa antes do término da sua discussão naquela esfera, com determinações judiciais para a apreciação ou a reapreciação de recursos administrativos, que, ao fim, não vinculam o juiz. Conforme análise por 519

---

*cuyo plazo se contará a partir del día siguiente de la finalización del plazo de un año a que se refiere este apartado. [...] Art. 249. Recurso contencioso-administrativo. Las resoluciones que pongan fin a la vía económico-administrativa serán susceptibles de recurso contencioso-administrativo ante el órgano jurisdiccional competente.”*

<sup>294</sup> MIRANDA, 1971, p. 106.

<sup>295</sup> GIORGI JR., Romulo Ponticelli. Origem e Evolução da Duplicidade. In. SOUZA JR., Cezar Saldanha (org.) **Inter-relações entre o Processo Administrativo o Judicial (em Matéria Fiscal) a partir da Identificação de Contenciosos cuja Solução Deveria ser Tentada Previamente na Esfera Administrativa**. Brasília: CNJ, 2011a, vol. II: Da Pesquisa Jus-Doutrinária Comparada, pp. 12-35, disponível em <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat\\_pesquisa\\_ufrgs\\_edital1\\_2009.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_ufrgs_edital1_2009.pdf)>, acesso em 20 out 2012.

<sup>296</sup> HORBACH, 2007, p. 90.

(quinhentos e dezenove) *experts* em Direito Tributário, temos pura e simplesmente um atraso, benéfico apenas àquele que visa evadir-se ao cumprimento de suas obrigações.

Vejamos em pesquisa realizada para o CNJ.

Na p. 41 o Entrevistado nº 7 (AGU) salientou que a duplicidade de instâncias gera perda de qualidade das decisões o que é corroborado pelas conclusões da doutrina, pois o judiciário tradicional foi talhado para a aplicação das velhas ou novas regras jurídicas sistematizadas, não tendo, igualmente, capacidade para decidir com presteza causas de enorme complexidade extrajurídica [...] <sup>297</sup>

Corroborando este entendimento, 80,5% dos respondentes concordam que a relação custo-benefício da litigância na esfera administrativa é favorável ao litigante (tabela 20, p. 75), contra apenas 67,5% de concordância quanto a este benefício na esfera judicial (tabela 21, p. 75), demonstrando a vantagem da associação do recurso administrativo com o intuito meramente protelatório (tabela 20, p. 75), pois três quartos dos respondentes acham que a instância administrativa tem um viés pró-fisco (tabela 12, p. 70) <sup>298</sup>.

Entrementes, nos EUA, o Poder Legislativo, só após 1996, por um procedimento especial e com o *quorum* para a aprovação de uma lei, pode revisar a apreciação final das agências quanto aos fatos e quanto ao Direito <sup>299</sup>.

As agências governamentais norte-americanas são dotadas de poder de interpretar o Direito, conforme expõe Cass Sunstein no trecho abaixo, em que analisa o caso Chevron <sup>300</sup>, em face de sua competência técnica, de sua responsabilidade política, da sua capacidade de analisar e adaptar normas a contextos amplos no tempo e no espaço e de sua capacidade de atuar prontamente.

<sup>297</sup> GIORGI JR., Romulo Ponticelli. Os Dados Empíricos e a Doutrina. In. SOUZA JR., Cezar Saldanha (org.) **Inter-relações entre o Processo Administrativo o Judicial (em Matéria Fiscal) a partir da Identificação de Contenciosos cuja Solução Deveria ser Tentada Previamente na Esfera Administrativa**. Brasília: CNJ, 2011b, vol. II: Da Pesquisa Jus-Doutrinária Comparada, pp. 155-178, especialmente p. 157, disponível em <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat\\_pesquisa\\_ufrgs\\_ edital1\\_2009.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_ufrgs_ edital1_2009.pdf)>, acesso em 20 out 2012.

<sup>298</sup> GIORGI JR., 2011b, p. 160.

<sup>299</sup> HARVARD LAW REVIEW. The Mysteries of the Congressional Review Act. **Harvard Law Review**. Cambridge, Massachusetts: Harvard Law Review, v. 122, n. 8, p. 2162-2183, especialmente pp. 2162-2163, jun. 2009b, disponível em <[http://www.harvardlawreview.org/issues/122/june09/Note\\_737.php](http://www.harvardlawreview.org/issues/122/june09/Note_737.php)>, acesso em 02 ago. 2012: [...] a Lei de Revisão pelo Congresso (LRC), de 1996, destinava-se a facilitar a derrubada, pelo Congresso, de atos administrativos. Na prática, o mecanismo da LRC é mais relevante nas épocas de transição presidencial. Em 2001, o Presidente Bush tornou-se o primeiro Presidente a usar a LRC [...] Em um rápido esboço, a Lei de Revisão pelo Congresso permite que o Congresso aprove uma “resolução de desaprovação”, que se passar por ambas casas do Congresso e for assinada pelo Presidente – ou obtiver a maioria necessária de dois terços em ambas as casas para derrubar um veto presidencial – revogará qualquer regra promulgada por uma agência administrativa federal.

[...] the Congressional Review Act (CRA), a 1996 law that was intended to make it easier for Congress to overturn administrative action. In practice, the CRA mechanism is most relevant in times of presidential transition. In 2001, President Bush became the first President to use the CRA[...]. In barest outline, the Congressional Review Act permits Congress to enact a “resolution of disapproval,” which if passed by both houses of Congress and signed by the President — or two-thirds majorities in both houses to overcome a presidential veto — would overturn any rule promulgated by a federal administrative agency.

<sup>300</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. SUPREMA CORTE. Chevron U.S.A. v. Natural Res. Def. Council. **United States Reports**. Washington: Suprema Corte, v. 467, p. 837 e ss., disponível em <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=467&page=837>>, acesso em 10 nov. 2012.

A [Suprema] Corte ofereceu dois argumentos pragmáticos: os juízes carecem de conhecimento e não são responsáveis politicamente<sup>301</sup>. Ao interpretar o direito, a agência pode “invocar validamente a visão da administração competente da sabedoria política para informar os seus julgamentos. Enquanto as agências não podem ser responsabilizadas politicamente, o Chefe do Poder Executivo pode”<sup>302</sup>.

Suponha, por exemplo, que a questão envolva a avaliação apropriada de recursos naturais; o cálculo correto dos pagamentos devidos pelo programa norte-americano *Medicare* ou a extensão adequada para a desregulamentação na Lei das Telecomunicações. Se nós enfatizarmos a necessidade de atender aos “interesses em disputa”, **quatro pontos distintos suportam o poder do Executivo de interpretar a norma. Primeiro, a interpretação das normas frequentemente exige conhecimento técnico [...] Segundo, a interpretação das normas frequentemente exige responsabilidade política [...] Terceiro, o Poder Executivo administra normas que se aplicam em períodos extensos e em contextos heterogêneos. Mudanças tanto nos fatos quanto nos valores pesam muito na defesa de um considerável poder de interpretação por parte do Executivo.** Ao contrário do Poder Executivo, o Poder Judiciário é muito descentralizado – e os seus processos demasiados complexos – para fazer as “atualizações” relevantes ou para adaptar as normas para domínios distintos. **Quarto, frequentemente é necessário permitir que o Estado moderno aja pronta e decisivamente**<sup>303</sup>.

#### 40. Reapreciação dos fatos e do direito

<sup>301</sup> Traduzimos *politically accountable* por responsabilidade política, pois, no contexto, este era o seu principal sentido. O termo *accountable*, entretanto, não tem tradução direta e abrange todo um conjunto de instrumentos de controle do poder, envolvendo a prestação de contas, as eleições; a publicidade e a motivação dos atos administrativos; a potencialidade da sanção do agente público; os mecanismos de controle e fiscalização de contas – internos e externos, além de vários outros mecanismos específicos de controle, como as ações populares; os inquéritos civis e as ações civis públicas destinadas à apuração de improbidade administrativa; os mandados de segurança contra atos ilegais e as Comissões Parlamentares de Inquérito (MOTA, Ana Carolina Yoshida Hirano. *Accountability no Brasil: os Cidadãos e seus Meios Institucionais de Controle dos Representantes*. São Paulo: USP, 2006, pp. 1-3, 26-38 e 231-237, disponível em [http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=accountability%20conceito&source=web&cd=6&sqi=2&ved=0CFMQFjAF&url=http%3A%2F%2Fwww.teses.usp.br%2Fteses%2Fdisponiveis%2F8%2F8131%2Ftde-25052007-141025%2Fpublico%2FTESE\\_ANA\\_CAROLINA\\_YOSHIDA\\_HIRANO\\_ANDRADE\\_MOTA.pdf&ei=vSsLUbDEII3G9gTFsoCwDg&usg=AFQjCNFhwG1JCHcMjeGhRjHzrrMVgu4rrg&bvm=bv.41867550,d.eWU](http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=accountability%20conceito&source=web&cd=6&sqi=2&ved=0CFMQFjAF&url=http%3A%2F%2Fwww.teses.usp.br%2Fteses%2Fdisponiveis%2F8%2F8131%2Ftde-25052007-141025%2Fpublico%2FTESE_ANA_CAROLINA_YOSHIDA_HIRANO_ANDRADE_MOTA.pdf&ei=vSsLUbDEII3G9gTFsoCwDg&usg=AFQjCNFhwG1JCHcMjeGhRjHzrrMVgu4rrg&bvm=bv.41867550,d.eWU)), acesso em 31 jan. 2013, tese de doutorado em Ciência Política na Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP.)

<sup>302</sup> SUNSTEIN, Cass R. Beyond Marbury: The Executive’s Power To Say What the Law Is. *Yale Law Journal*. New Haven: Yacole Law Journal, v. 115, sep. 2006, p. 2580-2610, especialmente p. 2586, disponível em <http://www.yalelawjournal.org/pdf/115-9/Sunstein.pdf>, acesso em 19 out. 2012, tradução nossa: The [Supreme] Court offered two pragmatic arguments: judges lack expertise and they are not politically accountable. In interpreting law, the agency may “properly rely upon the incumbent administration’s views of wise policy to inform its judgments. While agencies are not directly accountable to the people, the Chief Executive is”.

<sup>303</sup> SUNSTEIN, 2006, p. 2587, grifamos, tradução nossa: Suppose, for example, that the question involves the appropriate valuation of natural resources; the proper calculation of Medicare payments; or the proper extent of deregulation under the Telecommunications Act. If we emphasize the need to attend to “competing interests”, **four separate points support the executive’s power to interpret the law. First, interpretation of statutes often calls for technical expertise [...] Second, interpretation of statutes often calls for political accountability [...] Third, the executive administers laws that apply over extended periods and across heterogeneous contexts. Changes in both facts and values argue strongly in favor of considerable executive power in interpretation.** Unlike the executive, courts are too decentralized—and their processes far too cumbersome—to do the relevant “updating,” or to adapt statutes to diverse domains. **Fourth, it is often important to permit the modern state to act promptly and decisively.**

No Brasil, permite-se a apreciação judicial de toda e qualquer questão, não se limitando a jurisdição quando houve prévia análise de fatos pelo Poder Executivo ou pelo Poder Legislativo<sup>304</sup>, nem pela interpretação do direito por órgão administrativo<sup>305</sup>, fenômeno especialmente visível no direito tributário brasileiro<sup>306</sup>.

Entretantes, nos EUA, entende-se que o controle de constitucionalidade não deve abranger a apreciação, feita pelo Congresso Nacional, dos fatos, como se pode ver no trecho abaixo:

A deferência judicial para com a apreciação dos fatos feita pelo Congresso relaciona-se com importantes preocupações com a separação de poderes. Constitucionalmente, **o controle judicial da apreciação dos fatos feita pelo Congresso é inconsistente com o foco atual da jurisprudência relativa à separação dos poderes tanto pela usurpação de poder como pela capacidade institucional.** A apreciação fática é inerente ao núcleo da responsabilidade do Congresso e, portanto, não atrai questionamentos acerca de autolimitação como um meio de contornar os limites constitucionais da competência. Ademais, como o Poder eleito pelo povo, provido de um grande número de assessores e de amplos recursos institucionais, o Congresso é amplamente capaz de reunir evidências; [...]

Argumentos prudenciais também apontam no sentido da deferência judicial. **No exercício da democracia, o mero fato de que o Congresso considere certa informação ao aprovar uma norma, marca esta informação com o imprimatur do apoio popular.** Portanto, mesmo assumindo, a título de argumentação, que a informação subjacente a uma norma esteja incorreta ou não tenha levado em consideração certos fatos cognoscíveis acerca do mundo, a falta de deferência judicial sugere um Tribunal propenso a contrariar a vontade do povo<sup>307</sup>.

<sup>304</sup> A elaboração de um projeto de lei é acompanhada de estudos de impacto socioeconômico, visando equalizar os efeitos de sua aplicação sobre todos os cidadãos. O juiz ordinário, ao elaborar uma norma *ad hoc* diretamente a partir da Constituição, ignora a situação das demais pessoas – físicas ou jurídicas – sujeitas a mesma norma. Ocorre que o acerto da análise socioeconômica ignorada pelo julgador pode tornar a norma afastada por inconstitucionalidade justa e necessária, tornando a decisão uma fonte de injustiça.

<sup>305</sup> REICHELTL, Luis Alberto. A Instância Judiciária Fiscal. In. SOUZA JR., Cezar Saldanha (org.) **Inter-relações entre o Processo Administrativo o Judicial (em Matéria Fiscal) a partir da Identificação de Contenciosos cuja Solução Deveria ser Tentada Previamente na Esfera Administrativa.** Brasília: CNJ, 2011, vol. II: Da Pesquisa Jus-Doutrinária Comparada, pp. 49-71, especialmente pp. 64-71, disponível em <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat\\_pesquisa\\_ufrgs\\_etal1\\_2009.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_ufrgs_etal1_2009.pdf)>, acesso em 20 out 2012.

<sup>306</sup> GUERREIRO, Carlos Eduardo de Almeida. Instância Administrativa Fiscal: Panorama Atual. In. SOUZA JR., Cezar Saldanha (org.) **Inter-relações entre o Processo Administrativo o Judicial (em Matéria Fiscal) a partir da Identificação de Contenciosos cuja Solução Deveria ser Tentada Previamente na Esfera Administrativa.** Brasília: CNJ, 2011, vol. II: Da Pesquisa Jus-Doutrinária Comparada, pp. 36-48, especialmente pp. 40-47, disponível em <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat\\_pesquisa\\_ufrgs\\_etal1\\_2009.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_ufrgs_etal1_2009.pdf)>, acesso em 20 out 2012.

<sup>307</sup> HARVARD LAW REVIEW. Judicial Review of Congressional Factfinding. **Harvard Law Review.** Cambridge, Massachussetts: Harvard Law Review, v. 122, n. 2, p. 767-786, especialmente p. 786, dec. 2008, disponível em <[http://www.harvardlawreview.org/issues/122/december08/Note\\_297.php](http://www.harvardlawreview.org/issues/122/december08/Note_297.php)>, acesso em 2 out. 2012, grifamos, tradução nossa: Judicial deference to congressional findings of fact implicates important separation of powers concerns. Constitutionally, **judicial review of congressional factfinding is inconsistent with the current focus of separation of powers jurisprudence on both non arrogation of power and institutional capacity.** Factfinding is within the core responsibility of Congress and thus raises no concerns about institutional self-dealing as a way around limitations on constitutional authority. Moreover, as the popularly elected branch imbued with a large staff and institutional resources, Congress is supremely capable of gathering evidence; [...]

A doutrina e a jurisprudência constitucionais alemãs, pelo menos no que pertine à jurisdição ordinária, é assemelhada à norte-americana<sup>308</sup>.

#### 41. Revisão de decisões políticas

Enquanto no Brasil não há limites para a sindicância do mérito administrativo<sup>309</sup> e as decisões políticas mais delicadas, como a alocação de valores para o tratamento de doenças e o estabelecimento de prioridades nas políticas sociais são apreciáveis judicialmente<sup>310</sup>, nos EUA a jurisdição deve respeitar a discricionariedade administrativa, evitando a reapreciação judicial dos fatos.

A Suprema Corte dos EUA elenca seis critérios<sup>311</sup>, ordenados em ordem decrescente de importância e de certeza quanto ao caráter político de uma questão, cada um deles individualmente suficiente para caracterizar uma questão como política e, portanto, não apreciável pelo Poder Judiciário<sup>312</sup>. Estes seis critérios são<sup>313</sup>:

- I) Uma vinculação da questão a um determinado departamento político com base no texto constitucional;
- II) Uma ausência de padrões judiciais cognoscíveis e gerenciáveis para a solução da lide;
- III) A inviabilidade de decidir sem uma determinação política inicial de uma espécie claramente inadequada à discricção judicial;

---

Prudential arguments also counsel in favor of judicial deference. **As an exercise in democracy, the mere fact that Congress considers certain information when passing legislation stamps that information with the imprimatur of popular support.** Thus, even assuming arguendo that evidence underlying a statute is incorrect or does not take into account certain knowable facts about the world, a lack of judicial deference suggests a Court comfortable with contravening popular will.

<sup>308</sup> SCHLAICH, 2001, p. 200, § 294.

<sup>309</sup> BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. Apelação em Mandado de Segurança nº 2006.34.00.011632-6. Rel. Des. Fed. João Batista Moreira. Brasília, 25 abr. 2012. Diário de Justiça Eletrônico da 1ª Região 11 mai. 2012, p. 1.451. unânime. Ver 2.1.1.2, acima.

<sup>310</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 361/BA. Brasília, 23 de junho de 2010. Diário de Justiça Eletrônico de 12 ago. 2010. Ver 2.1.1.2, acima.

<sup>311</sup> HARVARD LAW REVIEW, 2009a, p. 1195.

<sup>312</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. SUPREMA CORTE. Vieth et al. v. Jubelirer, PRESIDENT OF THE PENNSYLVANIA SENATE, et. al. **United States Reports**. Washington: Suprema Corte, v. 541, p. 278, 2004, disponível em <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=541&page=278#278>>, acesso em 12/10/2012.

<sup>313</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. SUPREMA CORTE. Baker v. Carr. **United States Reports**. Washington: Suprema Corte, v. 369, p. 186, 1962, disponível em <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=369&page=186>>, acesso em 10/10/2012.

- IV) A impossibilidade do julgador adotar uma solução independente sem demonstrar desrespeito diante de determinados órgãos governamentais;
- V) Uma necessidade incomum à adesão inquestionada a uma decisão política já tomada e
- VI) O potencial de embaraço de múltiplos pronunciamentos por vários departamentos em uma questão.

O direito inglês tem uma concepção análoga, como podemos ver no trecho abaixo.

A afirmação de Fuller de que disputas policêntricas sejam inadequadas para a solução judicial teve um poderoso impacto no direito inglês da judicialidade [...] Lord Brightman afirmou, em nome de todos os Lords Julgadores, que “o que deve ser considerado propriamente um alojamento é uma questão de fato a ser decidida pela autoridade local. Não há regras.” A seguir, no seu voto, ele enunciou o princípio a ser seguido pelos tribunais em casos assemelhados: **Quando a existência ou inexistência de um fato for deixada para o julgamento e a apreciação de órgão público** e este fato envolver um amplo espectro, desde o óbvio ao passível de discussão, chegando ao apenas imaginável, é dever do tribunal deixar a decisão a respeito deste fato na competência do órgão público ao qual o Parlamento confiou o poder decisório, exceto no caso em que seja evidente que o órgão público [...] esteja agindo perversamente. ([1986] 1 A.C. 485 (HL))<sup>314</sup>.

Na Alemanha, veda-se aos juízes a utilização da interpretação de modo a desprezar a decisão política do Poder Legislativo acerca do campo de incidência da norma<sup>315</sup> e na Espanha o juiz vincula-se à determinação política da lei, tal como delimitada pela Corte Constitucional e pelas cortes superiores, sob pena de responsabilidade juiz, que pode ser patrimonial<sup>316</sup> ou, em casos excepcionais, penal<sup>317</sup>.

Kelsen já salientava que os órgãos criadores do Direito tem uma responsabilidade pessoal e disciplinar, e que o órgão que produziu um ato irregular poderia ser responsabilizado civilmente<sup>318</sup>.

No Brasil, Oreste Nestor de Souza Laspro defende posição análoga.

Entretanto, isto [a existência de uma jurisprudência pacificada nos tribunais superiores, afirmada em precedentes ou em súmulas] não impede que um juiz decida, motivadamente, em sentido contrário ao entendimento sumulado, vez que, quando

<sup>314</sup> KING, Jeff A. The Pervasiveness of Polycentry. **Public Law**, 2008, pp. 101-124, Londres, disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1027625>>, acesso em 02 nov. 2012, grifamos, tradução nossa: Fuller’s claim that polycentric disputes are unsuitable for adjudication has had powerful impact on the English Law of justiciability [...] Lord Brightman held, for all the Law Lords, that “[w]hat is properly to be regarded as accommodation is a question of fact to be decided by the local authority. There are no rules.” Later in his speech, he laid down the principle for the courts to follow in similar cases: **Where the existence or non-existence of a fact is left to the judgment and discretion of a public body** and that fact involves a broad spectrum ranging from the obvious to the debatable to the just conceivable, it is the duty of the court to leave the decision of that fact to the public body to whom Parliament has entrusted the decision making power save in a case where it is obvious that the public body[...] are acting perversely. ([1986] 1 A.C. 485 (HL))

<sup>315</sup> SCHLAICH, 2001, p. 200, § 294.

<sup>316</sup> MARINONI, 2010, p. 169, nota 121.

<sup>317</sup> FERRERES COMELLA, 2009, pp. 63-64.

<sup>318</sup> KELSEN, 2003, p. 140.

assim age, está exercendo o seu poder de julgar de acordo com a sua consciência, pois o exercício da atividade jurisdicional pressupõe independência. Contudo, e conforme já afirmado, independência não significa irresponsabilidade. Assim, caso a decisão contrária à súmula cause à parte um dano, naturalmente, o juiz, em nome de sua independência, assumiu este risco e, portanto, deverá ser responsabilizado<sup>319</sup>.

LASPRO entende que o juiz não poderia ser responsabilizado por crime de desobediência, se admitir expressa e fundamentadamente, que está julgando contra a Súmula, cabendo, portanto, somente a responsabilidade civil do julgador<sup>320</sup>.

Nos casos em que for desobedecida decisão dotada de efeito vinculante, entretanto, pode haver responsabilização penal do magistrado, como explica Roger Stiefelmann Leal no trecho abaixo.

A inobservância do efeito vinculante [...] tratando-se, em ambos os casos, de servidores públicos – magistrados e autoridades administrativas –, é possível cogitar, além da prática de infração administrativa, que a renitência aos julgados em controle abstrato de constitucionalidade possa resultar, na esfera criminal, na prática de crime contra a Administração Pública [...]<sup>321</sup>.

Na prática, entretanto, a dificuldade para a identificação da parte vinculante da decisão pode tornar inócuo o efeito vinculante. No Brasil, a dificuldade da distinção entre a *ratio decidendi* e o *obiter dictum*, que já é complexa nos países nos quais a decisão se manifesta em um parecer único, ao qual adere a maioria, colocando-se os votos vencidos em separado, é enorme. No STF, além de cada ministro fazer o seu voto isoladamente, a adesão da maioria limita-se ao *decisum*, de forma que pode ser quase impossível a determinação do motivo real da decisão. Isto ocorre especialmente quando ministros distintos acolhem o pedido por causas diferentes, nenhuma delas obtendo o apoio da maioria<sup>322</sup>.

Estas dificuldades derivam tanto da ausência de técnica na elaboração de precedentes como do volume de julgamentos. Estas dificuldades parecem, entretanto, serem inerentes à adoção do efeito vinculante para as decisões jurisprudenciais das cortes superiores. Estas cortes também precisam se adaptar, o que demanda reformas institucionais e transformações culturais para o pleno desenvolvimento dos efeitos vinculantes da jurisprudência<sup>323</sup>.

#### 42. Priorização das decisões liminares

<sup>319</sup> LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **A Responsabilidade Civil do Juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 273.

<sup>320</sup> LASPRO, 2000, pp. 273-274, nota de rodapé nº 67.

<sup>321</sup> LEAL, Roger Stiefelmann. **O Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006b, p. 168.

<sup>322</sup> Ibidem, pp. 169-171.

<sup>323</sup> COMMELLA, 2009, p. 43.

O controle de constitucionalidade pelo juiz ordinário brasileiro tem levado à discussão de todos os critérios jurídicos, mesmo quando já consolidados nas instâncias superiores, pois no Brasil a maioria dos precedentes do STF não tem sequer eficácia persuasiva<sup>324</sup>, o que torna o sistema irracional. Muitos juízes, ao não se submeterem aos tribunais superiores, demonstram desprezo ao Poder Judiciário e não veem que o sistema judiciário serve ao povo, e não aos julgadores individualmente considerados<sup>325</sup>.

Embora o § 1º do art. 475-L e o inciso II e par. ún. do art. 741 do CPC permitam afastar a exigibilidade do título judicial baseado em lei ou em ato normativo julgados inconstitucionais pelo STF, o problema que buscamos enfrentar é exatamente o oposto.

Mesmo leis cuja constitucionalidade não é sequer questionada, após vários anos de aplicação, pelo STF e pelos demais tribunais do país, podem ser afastadas por inconstitucionalidade por magistrados de primeiro grau, principalmente pelos defensores do chamado *neoconstitucionalismo*, como podemos ver no trecho abaixo.

Já no Brasil, em tempos de “neoconstitucionalismo”, quando se afirma “sou contra esta lei porque é inconstitucional”, está-se na verdade dizendo: “Esta lei é inconstitucional porque sou contra ela”! Isto fica mais evidente – e também mais grave – quando esta atitude militante e emocional em relação à guarda da Constituição invade o Poder Judiciário, fazendo com que a opinião do intérprete transforme ou despreze o texto da lei, provocando uma subversão dos níveis de produção jurídica referidos no início deste estudo [Constitucional, ordinário e judiciário]<sup>326</sup>.

A irracionalidade institucional gera inefetividade na prestação jurisdicional brasileira, e esta provoca tanto a morosidade, que tem levado à priorização de liminares, com uma distorção do sistema em face da premência da efetividade e da tutela dos direitos<sup>327</sup>, como ineficácia geral do processo.

A inefetividade da prestação jurisdicional é especialmente visível no processo de execução, pois este demanda medidas coercitivas que exigem uma certa coerência na interpretação do ordenamento, sob pena de permitir-se a suspensão do processo para a discussão da viabilidade de toda e qualquer medida. A situação do processo brasileiro de execução tem levado à consideração da ineficácia do ordenamento como um todo<sup>328</sup>.

---

<sup>324</sup> MARINONI, 2010, p. 118: “Para que se tenha eficácia persuasiva é preciso que exista algum constrangimento sobre aquele que vai decidir. É necessário que o órgão decisório tenha alguma obrigação diante da decisão já tomada. [...] A Corte obrigada não pode ignorar o precedente [...] Isto quer dizer que, no Brasil, os precedentes não vêm sequer sendo tidos como persuasivos. Embora isto constitua uma patologia, os tribunais e juízes muitas vezes não se julgam obrigados a respeitar os precedentes dos Tribunais Superiores [nem do STF]. Em alguns casos, nem mesmo tomam em consideração os precedentes articulados pelas partes”.

<sup>325</sup> *Ibidem*, p. 65.

<sup>326</sup> HORBACH, 2007, p. 90.

<sup>327</sup> MARINONI & ARENHARD, 2006, pp. 202-203.

<sup>328</sup> KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. O Regime de Execução dos Títulos Extrajudiciais e os Novos Meios Expropriatórios. In: SANTOS, Ernane Fidélis dos; WAMBIER, Luiz Rodrigues; NERY JR., Néilson &

A realização do direito, quando não cumprido voluntariamente, dá origem à execução. A execução fiscal é a mais frequente de todas, havendo 23.442.915 execuções fiscais em tramitação em 31/12/2009, correspondendo 38,35% de todos os 61.120.888 processos pendentes de julgamento no país na mesma data<sup>329</sup>. A arrecadação obtida com as execuções fiscais, em 2007, era de apenas 0,78% (setenta e oito centésimos por cento) do montante executado<sup>330</sup>, contra 20% a 30% em Portugal<sup>331</sup> e 79% nos EUA, na esfera federal<sup>332</sup>, onde a maior parte dos valores não cobrados deriva de tributos prescritos, de pessoas mortas e de empresas falidas, o que inviabiliza a cobrança<sup>333</sup>. A eficiência da execução, na esfera municipal norte-americana, chega a 90% em dois anos de ajuizamento da execução<sup>334</sup>.

A irracionalidade institucional decorrente do controle de constitucionalidade pelos juízes ordinários brasileiros, que leva à inconstância, à injustiça e à ineficiência do ordenamento, gera outras irracionalidades.

Se o processo como um todo é ineficiente, a arrecadação precisa ser planejada de forma a independe, dentro do possível, do processo, concentrando-se nos tributos indiretos<sup>335</sup> e no uso crescente da substituição tributária, da mesma forma que nos países da América-Latina, onde predomina o sistema misto de controle de constitucionalidade, ao contrário dos países da

---

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Execução Civil**. Estudos em Homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 504-516, especialmente p. 504.

<sup>329</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **JUSTIÇA EM NÚMEROS 2009**: Indicadores do Poder Judiciário. Panorama do Judiciário Brasileiro. Brasília: CNJ, setembro de 2010, pp. 44, 98, 160 e 176. Salientamos que não incluímos, no total de processos do país, os que estão tramitando nos juizados especiais estaduais e federais.

<sup>330</sup> SECRETARIA DE REFORMA DO JUDICIÁRIO. **ESTUDO SOBRE AS EXECUÇÕES FISCAIS NO BRASIL**. Brasília e São Paulo: Ministério da Justiça, 2007, p. 43.

<sup>331</sup> LAVRATTI, Rafael Santos. A Equação das Instâncias (Administrativa e Judicial) no Direito Comparado. In: SOUZA JR., Cezar Saldanha (org.) **Inter-relações entre o Processo Administrativo o Judicial (em Matéria Fiscal) a partir da Identificação de Contenciosos cuja Solução Deveria ser Tentada Previamente na Esfera Administrativa**. Brasília: CNJ, 2011, vol. II: Da Pesquisa Jus-Doutrinária Comparada, pp. 72-153, especialmente p. 118, disponível em <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat\\_pesquisa\\_ufrgs\\_edital1\\_2009.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_ufrgs_edital1_2009.pdf)>, acesso em 20 out 2012.

<sup>332</sup> ESTADOS UNIDOS. INTERNAL REVENUE SERVICES. **Internal Revenue Services Accountability Report Fiscal Year 2001**. Washington: IRS, p. 25, disponível em <<http://www.irs.gov/pub/irs-pdf/p3385.pdf>>, acesso em 11 nov. 2012.

<sup>333</sup> Ibidem, pp. 27-30.

<sup>334</sup> MILWAUKEE. OFFICE OF THE CITY TREASURER. **DEPARTMENT METRICS. PERFORMANCE MEASURES** (2010-2011). Milwaukee: Treasurer, 2012, disponível em <<http://city.milwaukee.gov/ImageLibrary/Groups/treasurerAuthors/DepartmentMetrics20120412.pdf>>, acesso em 11 nov. 2012.

<sup>335</sup> CONSELHO DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL – CDES. **Indicadores de Iniquidade no Sistema Tributário Nacional - Relatório de Observação n. 2**. 2. ed. Brasília: CDES, 2011, p. 23 e ss., disponível em <<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CCEQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.cdes.gov.br%2Fdocumento%2F2651756%2Findicadores-de-iniquidade-do-sistema-tributario-nacional-relatorio-de-observacao-n-2.html&ei=272fUMvKEIne8AShg4DgBA&usq=AFOjCNEnfMApoQhNKx5TVk3hkq3tU0MaWQ>>, acesso em 27 mai. 2011.

OCDE, em que a tributação é mais concentrada nos tributos diretos<sup>336</sup>. Como resultado, gera-se uma forte regressividade tributária, pois a carga tributária efetiva sobre as famílias brasileiras com renda de até 2 (dois) salários-mínimos é de 48,8% contra apenas 16,4% para as famílias com renda superior a 30 salários-mínimos<sup>337</sup>.

---

<sup>336</sup> JIMÉNEZ, Juan Pablo; SABAINI, Juan Carlos Gómez & PODESTÁ, Andréa. *Tax Gap and Equity in Latin America and the Caribbean*. Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH e UN/ECLAC (ONU/CEPAL): Eschborn, Alemanha, 2010, p. 17.

<sup>337</sup> CONSELHO DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL – CDES, 2011, pp. 21-22.

## Cap. 2º. CRISE E SEIS GRANDES PROBLEMAS

### 43. Criação de uma Regra *Ex Post Facto*

Quando o juiz ordinário brasileiro afasta uma norma por inconstitucionalidade, bem como quando cria uma regra diretamente a partir do texto constitucional, aplicando princípio constitucional em sua função normativa, produz uma norma *ex post facto*, pois a alteração do posicionamento a respeito de uma norma produz efeitos *ex tunc*<sup>338</sup>, decorrentes da “*inconstitucionalidade retroactiva, das mais graves consequências para o funcionamento das instituições e para a segurança jurídica em geral*”<sup>339</sup>.

Ao condenar alguém que não violou regra geral preexistente, o juiz produz uma norma com um caráter claramente retroativo<sup>340</sup>, gerando insegurança jurídica e injustiça, ao impor um tratamento desigual.

Isto torna os indivíduos e atores políticos piores, pois o cumprimento das normas, típico dos sistemas racionais, é substituído pela busca de alteração das regras do jogo<sup>341</sup>. É evidente que, se os resultados distributivos de uma política são, até certo ponto, incertos *ex ante* – no momento da promulgação da norma - eles são conhecidos *ex post*<sup>342</sup>, no momento de sua aplicação, tornando as decisões retroativas especialmente influenciáveis por grupos de pressão e ideologias.

O afastamento de regras gerais e prévias e a sua substituição por regras novas para o julgamento do caso concreto sob julgamento, aplicadas sem a vinculação a uma norma geral infraconstitucional pré-estabelecida, constitui uma decisão retroativa, cuja utilização incrementa a instabilidade do sistema jurídico<sup>343</sup>.

A produção de normas retroativas levanta o “*véu de ignorância*”, essencial à separação e à limitação dos poderes, que exige que aquele que elabore uma norma não tenha conhecimento

<sup>338</sup> FUX, Luiz et alii. Exposição de Motivos do Anteprojeto. In: MARINONI, Luiz Guilherme & MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 205-225, especialmente p. 212.

<sup>339</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3. ed. Coimbra, 1991, tomo II: Constituição e Inconstitucionalidade, p. 291.

<sup>340</sup> KELSEN, 1998a, p. 211.

<sup>341</sup> LEVINSON, Daryl J. Parchment and Politics: The Positive Puzzle of Constitutional Commitment. **Harvard Law Review**. Cambridge, Massachusetts: Harvard Law Review, v. 124, jan. 2011, p. 657-746, especialmente pp. 673, disponível em <[http://www.harvardlawreview.org/issues/124/january11/Article\\_7708.php](http://www.harvardlawreview.org/issues/124/january11/Article_7708.php)>, acesso em 10 oct. 2012.

<sup>342</sup> Ibidem, p. 694.

<sup>343</sup> VERMEULE, Adrian. System Effects and the Constitution. In: \_\_\_\_\_. The Supreme Court 2008 Term. **Harvard Law Review**. Cambridge, Massachusetts: Harvard Law Review, 2009, p. 50, disponível em <<http://hlr.rubystudio.com/media/pdf/vermeule09.pdf>>, acesso em 02 out. 2012.

exato acerca dos seus efeitos. Ora, quando o julgador produz simultaneamente a premissa maior e a menor do seu julgamento, criando uma norma retroativa, este véu é afastado, concedendo ao responsável pela sua elaboração um grande controle sobre as consequências, econômicas e políticas, da norma resultante, violando diretamente a separação de poderes<sup>344</sup> e o Estado de Direito<sup>345</sup>.

Ao elaborar a regra que fundamentará o julgamento sem congruência com um regramento geral a todos imposto pelo legislativo, o juiz afasta uma das principais garantias da sua imparcialidade, pois é “*através da congruência [que] garante-se certa imparcialidade na consecução do direito*”<sup>346</sup>

A baixa eficiência do ordenamento brasileiro como um todo, especialmente visível nas várias situações em que se necessita de cumprimento forçado, civil ou penal<sup>347</sup>, decorre em muito deste regramento retroativo. As normas elaboradas por um julgador são vistas como incorretas ou até inexistentes por outro, são desconhecidas pelas partes antes do julgamento, são frequentemente de difícil compreensão (pois a norma julgada contrária à Constituição com base em uma determinada ideologia de um julgador será, pela visão político-partidária do titular de outra vara, julgada constitucional). Gera-se ampla contradição dentro do sistema, e, às vezes, comanda-se algo simplesmente impossível diante das limitações da realidade – econômica, humana etc. A regra muda a todo momento, conforme a distribuição da causa e até conforme motivações incompreensíveis do julgador, que não se julga vinculado, sequer, a sua própria posição<sup>348</sup>.

Ora, como leciona Lon Fuller:

Certamente não pode haver motivo racional para afirmar que um homem tenha uma obrigação moral de obedecer a uma norma jurídica que não exista, que seja mantida

<sup>344</sup> VERMEULE, Adrian. Veil of Ignorance Rules in Constitutional Law. **Yale Law Journal**. New Haven: Yale Law Journal, v. 111, pp. 399-433, especialmente pp. 400-404 e 409-411, 414, 424, 426-427, 429 e 431, oct. 2001. Vermeule salienta, entretanto, que o *common law* permite à Suprema Corte a criação de normas retroativas, excepcionando a ela a criação de normas *ex post facto*. Nós salientamos que, além de tratar-se de uma peculiaridade do sistema norte-americano, o STF está completamente fora do âmbito desta dissertação.

<sup>345</sup> FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. São Leopoldo: UNISINOS, 2007, p. 264: “*Um sistema jurídico exemplifica o Estado de Direito na medida (é uma questão de grau para cada item da lista) em que (i) suas regras são prospectivas, não retroativas [...]*”.

<sup>346</sup> MARTINS, Ângela Vidal da Silva. **A Moralidade do Direito como Condição de Liberdade em Lon Fuller**. 2012, p. 65. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.

<sup>347</sup> A impunidade penal brasileira, que decorre, sem dúvida, de várias causas, entre as quais a ausência de critérios claros tanto para a investigação como para a persecução criminal, assim como o cumprimento da pena, torna o Brasil um dos países mais violentos do planeta, com 1.091.125 homicídios entre 1980 e 2010, número superior ao dos principais conflitos armados ocorridos no planeta neste período. WAISELFISZ, Júlio Jacobo. **Mapa da Violência 2012**. Os Novos Padrões da Violência Homicida no Brasil. SP: Sangari, 2011, p. 21, disponível em <<http://mapadaviolencia.org.br>>, acesso em 30 mai. 2012.

<sup>348</sup> MARINONI, 2010, p. 65.

em segredo diante dele; que tenha sido criado apenas após a sua ação; que seja ininteligível; que esteja em contradição com outra regra do mesmo sistema; que exija o impossível ou que mude a cada minuto<sup>349</sup>.

#### 44. Criação de uma Regra *Casuísta e Desigual*

Quando o juiz ordinário brasileiro afasta uma norma por inconstitucionalidade, bem como quando cria uma regra diretamente a partir do texto constitucional, aplicando princípio constitucional em sua função normativa, produz uma norma *ad hoc*, sem fundamento em uma norma geral infraconstitucional que possa servir como premissa maior na elaboração da norma de decisão, sua decisão contraria o Estado de Direito<sup>350</sup>.

Ocorre que o texto constitucional se caracteriza pela abundância de conceitos controversos, que não remetem a qualquer juízo de valor, mas a dimensões valorativas, dando lugar a diferentes pontos de vista. Ademais, a abrangência de todos os pontos de vista válidos é essencial para a utilidade e aplicabilidade da disposição constitucional<sup>351</sup>.

Há uma frequente colisão em matéria de direitos e liberdades, protegendo direitos distintos e em contraposição na vida real<sup>352</sup>, colisão esta que se vincula à proteção de bens ou direitos diversos e dignos de proteção<sup>353</sup>.

A Constituição necessariamente tem de permitir uma série de distintas possibilidades de concretização, permanecendo como um sistema aberto, não podendo determinar alternativas<sup>354</sup>, adotando, nos pontos disputados por várias ideologias válidas, disposições normativas que não contém nem decisão nem compromisso ideológico, permitindo todas as possibilidades válidas em um determinado momento histórico<sup>355</sup>.

A lei, no Direito, tem duas funções básicas. A primeira é a de ser fonte de Direito, mas “*não menos importante é a função que a lei desempenha como medida do direito. [...] a lei*

<sup>349</sup> FULLER, 1969, p. 39, tradução nossa: Certainly there can be no rational ground for asserting that a man can have a moral obligation to obey a legal rule that does not exist, or is kept secret from him, or that came into existence only after he has acted, or was unintelligible, or was contradicted by another rule of the same system, or commanded de impossible, or changed every minute.

<sup>350</sup> FINNIS, 2007, p. 264: “*Um sistema jurídico exemplifica o Estado de Direito na medida (é uma questão de grau para cada item da lista) em que (vii) a feitura de decretos e mandados judiciais aplicáveis a situações relativamente limitadas é guiada por regras que foram promulgadas, são claras, estáveis e relativamente gerais [...]*.”

<sup>351</sup> COMMELLA, 1997, pp.24-26.

<sup>352</sup> Ibidem, pp. 27-28.

<sup>353</sup> Ibidem, p. 31.

<sup>354</sup> MENDES, 2010, p. 331.

<sup>355</sup> SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. 1. ed., reimp. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1927, p. 39.

*regula os direitos e o modo de usá-los; indica os seus limites, prescreve os pressupostos de capacidade, estabelece os sistemas de garantias etc.*”<sup>356</sup>.

A norma *ad hoc*, produzida pelo julgador ordinário diretamente a partir da Constituição, sem prévia delimitação legal, gera um regramento violador da isonomia, desafiando a própria definição e essência do direito, como podemos ver na definição abaixo, de Javier Hervada.

O direito contém em si uma medida, o que quer dizer que a coisa constituída como direito não é uma coisa desmedida, desmesurada ou desproporcional: o direito é essencialmente harmonia, uma coisa harmônica<sup>357</sup>.

O direito constitucional moderno busca positivizar o direito natural<sup>358</sup>. Ocorre que o direito natural envolve valores, é genérico, e necessita de determinação por meio da lei.

John Finnis demonstra claramente a necessidade da lei para conferir ao Direito clareza, previsibilidade, aplicação lógica e controlável, modo e condições do exercício e regramento com base em uma norma prévia<sup>359</sup>. Da exposição de Finnis acerca da necessidade da lei destacamos o trecho abaixo:

Em primeiro lugar, então, a lei insere definição, especificidade, clareza e, portanto, previsibilidade nas interações humanas por meio de um sistema de regras e instituições tão inter-relacionadas que as regras definem, constituem e regulam as instituições [...] Em terceiro lugar, então as regras jurídicas regulam não apenas a criação, a administração e a aplicação de tais regras, e a constituição, o caráter e a extinção das instituições, mas também as condições sob as quais um indivíduo pode modificar a incidência ou a aplicação das regras [...] Em quarto lugar, podemos dizer que o pensamento jurídico (isto é, a lei), acrescenta toda a precisão e previsibilidade que pode à ordem das interações humanas [...] Em quinto lugar, esta técnica de trabalho (“sem exceções”) de que toda questão prática ou problema de coordenação presente foi, em todos os aspectos, “prevista” por algum ato ou atos jurídicos do passado. [...] este postulado é fictício [...] é significativo apenas como reforço das outras quatro características da lei [...] **No mundo de verdade, estas quatro características formais da ordem jurídica são amplificadas e elaboradas de forma a se poder enfrentar os problemas de fraude e de abuso de poder [...]**<sup>360</sup>.

A tradição da teorização da lei natural não está interessada em minimizar o alcance e a exatidão da lei positiva ou a suficiência geral das fontes positivas como forma de ser resolver problemas legais. Pelo contrário, o interesse da tradição [...] tem sido o de demonstrar que o ato de “fazer” uma lei [...] é um ato que pode e deve ser guiado por princípios e regras morais [...] O que realmente caracteriza esta tradição é que ela não se contenta em observar o fato histórico ou sociológico [...], mas, pelo contrário, busca determinar quais são realmente os requisitos da razoabilidade prática, tal que uma base racional para as atividades dos legisladores, juízes e cidadãos seja permitida<sup>361</sup>.

Afastada a lei pelo julgador ordinário, o Direito poderá ser imposto de forma desigual, sem qualquer medida nem determinação prévia pelo Poder Legislativo, dando origem a novas

<sup>356</sup> HERVADA, Javier. **O que é o direito?** A moderna resposta do realismo jurídico. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006, p. 99.

<sup>357</sup> HERVADA, Javier. **Lições Propedêuticas de Filosofia do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 144.

<sup>358</sup> MENDES, 2010, p. 355.

<sup>359</sup> FINNIS, 2007, pp. 262-3.

<sup>360</sup> Ibidem, pp. 262-263, grifamos.

<sup>361</sup> Ibidem, p. 282.

desigualdades que dificultarão a aceitação das decisões e enfraquecerão a eficácia geral do sistema.

A ideia de que funcionários dotados de conhecimento técnico – os juízes – poderiam escolher melhor do que o eleitorado, além de contrariar a própria essência da democracia, especialmente da moderna democracia deliberativa, que visa implementar os valores previstos na constituição<sup>362</sup>, é contrariada pela experiência histórica.

De fato, a atual preocupação brasileira com a corrupção demonstra o perigo da dupla deturpação do critério do julgador ordinário, que além poder prolatar julgamento com base em critérios ideológicos, pode fazê-lo com base em critérios pura e simplesmente criminosos. Como salienta o magistrado espanhol Miguel Angel Gimeno Jubero, a corrupção não distingue poderes, alcançando instituições e não apenas indivíduos, derivando diretamente do grau de desordem institucional, dos monopólios de poder, da excessiva discricionariedade e da impunidade<sup>363</sup>.

A criação de uma norma *ad hoc* pelo julgador ordinário, sem embasamento em norma geral existente antes do julgamento, é desigual e pessoal, tornando o ordenamento inseguro e imprevisível, como salienta Carlos Reverbel no trecho abaixo:

E mais, enquanto uns (juízes) decidem pela constitucionalidade, outros decidirão pela inconstitucionalidade. Leis que buscam a igualdade passarão a *desigualar*, na proporção da desigualdade do aplicador que declara a inconstitucionalidade. Leis *genéricas* perderão seu critério de *generalidade*, e tornar-se-ão específicas, segundo o pensamento do magistrado. O critério da *impessoalidade* passará a ser o da *pessoalidade*, pois para uns a lei se aplica, enquanto para outros não se aplica. Tal mecanismo fere a segurança jurídica. A previsibilidade e a certeza das relações jurídicas deixam de existir<sup>364</sup>.

#### 45. Avaliação Ideológica da Constitucionalidade

Quando o juiz ordinário brasileiro afasta uma norma por inconstitucionalidade, bem como quando cria uma regra diretamente a partir do texto constitucional, aplicando princípio constitucional em sua função normativa, afasta uma norma votada pelo parlamento, substituindo a determinação legal pela sua visão politicamente orientada.

A “inconstitucionalidade” encontrada por um julgador ordinário ao analisar uma norma nada mais é do que sua apreciação valorativa. No sistema romano-germânico a introdução do controle cumulado de constitucionalidade costuma dar grande vazão às lutas entre distintas concepções acerca do direito, como fica claro no seguinte trecho de Mauro Cappelletti.

<sup>362</sup> Confira, especialmente, BARZOTTO, 2005, pp. 35-36, 37, 42, 47, 58 e 60-61.

<sup>363</sup> GIMENO JUBERO, 2009, pp. 79-80.

<sup>364</sup> REVERBEL, 2012, p. 59.

A introdução, nos sistemas de *civil law*, do método “americano” de controle, levaria à consequência de que uma mesma lei ou disposição de lei poderia não ser aplicada, porque julgada inconstitucional, por alguns juízes, enquanto poderia, ao invés, ser aplicada, porque não julgada em contraste com a Constituição, por outros. Demais, poderia acontecer que o mesmo órgão judiciário que, ontem, não tinha aplicado uma determinada lei, ao contrário, a aplique hoje [...] Poderiam formar-se verdadeiros “contrastes de tendências” entre órgãos judiciários de tipo diverso [...] uma maior inclinação dos órgãos judiciários inferiores, compostos usualmente de juízes mais jovens e, portanto, menos ligados a um certo passado, a declarar a inconstitucionalidade de leis que os juízes superiores (e mais velhos) tendem, ao contrário, a julgar válidas [...] A consequência, extremamente perigosa, de tudo isto, poderia ser uma grave situação de conflito entre órgãos e de incerteza do direito, situação perniciosa para os indivíduos e para a coletividade e o Estado<sup>365</sup>.

A constitucionalidade e a inconstitucionalidade são conceitos de relação, que não derivam de um caráter lógico, mas de uma relação de caráter normativo e valorativo<sup>366</sup>, “*é função do juízo de valor que se faça com base nos comandos constitucionais vigentes*”<sup>367</sup>

Enquanto expressão de uma determinação da forma de concreção de valores constitucionais, a lei, ao ser aprovada pelo parlamento, é dotada de uma dignidade especial<sup>368</sup>, que é também especialmente relevante enquanto instrumento de interpretação do texto constitucional<sup>369</sup>, pois a “*interpretação conforme a constituição das leis é, por conseguinte, em sua repercussão sobre a interpretação constitucional, interpretação conforme à lei da Constituição*”<sup>370</sup>.

A determinação efetivada por uma lei expressa, necessariamente, um ponto de vista econômico ou político na forma de determinar a solução de um conflito, de forma que a substituição pura e simples de uma norma geral por outra, ainda mais quando elaborada de forma *ad hoc*, por um juiz ordinário, simplesmente substitui a posição ideológica aprovada pela maioria parlamentar pela posição ideológica da minoria à qual o juiz se filia, como bem salientou Kelsen no trecho abaixo.

Todo conflicto entre Estados, así como entre personas privadas es de carácter económico o político, pero eso no impide que sea tratada la disputa como una disputa jurídica. Un conflicto es económico o político con respecto a los intereses que están involucrados; es jurídico (o no jurídico) con respecto al orden normativo que gobierna a esos intereses<sup>371</sup>.

O mesmo ocorre, como dissemos acima, quando o juiz adultera a norma, interpretando-a além dos seus limites<sup>372</sup>, como fica claro no trecho abaixo, de PIEROTH & SCHLINK.

A violação de uma disposição constitucional específica é mais presente quando o **Método de Declaração Judicial** que vincula o juiz com a lei é negligenciado,

<sup>365</sup> CAPPELLETTI, 1999, pp.77-78.

<sup>366</sup> MIRANDA, 1991, pp. 310-311.

<sup>367</sup> Ibidem, p. 287.

<sup>368</sup> COMMELLA, 1997, p. 36.

<sup>369</sup> Ibidem, p. 38.

<sup>370</sup> HESSE, 1998, p. 75.

<sup>371</sup> KELSEN, Hans. **La Paz por Medio del Derecho**. Buenos Aires: Losada, 1946, p. 55.

<sup>372</sup> SCHLAICH, 2001, p. 200, §§ 293 e 294.

especialmente quando os limites do desenvolvimento judicial do direito são excedidos<sup>373</sup>.

Para reduzir o risco da pura e simples substituição da ideologia aprovada pela maioria por aquela escolhida pelo julgador monocrático, os tribunais adotam o procedimento da deliberação coletiva, buscando, ademais, um certo nível de consenso antes da substituição da norma geral em face da alegada inconstitucionalidade<sup>374</sup>. Shugerman relata, no texto abaixo, esta preocupação no contexto norte-americano.

Os juízes devem exercitar este poder de predição para superar o estado atual do direito estatal apenas quando atingem um certo grau de consenso acerca da direção futura do Estado. Tal consenso pode ser uma unanimidade entre três desembargadores de uma turma de um tribunal de apelação ou dois terços do plenário da Suprema Corte dos EUA. Esta regra não tem de ser mecânica nem externa. Ao invés disto, os juízes podem, por si próprios, dar-lhe vigência talvez mais como um padrão do que como uma regra formal. Tais padrões ou normas tem a vantagem de tornar o exercício da discricionariedade judicial menos “ajurídicos”, nos termos do Juiz Posner, além de mais práticos do que exortações gerais à deferência judicial<sup>375</sup>.

#### 46. Uso Indevido da Função Normativa dos Princípios Constitucionais

Quando o juiz ordinário brasileiro afasta uma norma-regra aprovada pelo Parlamento, substituindo-a por outra retirada diretamente do texto constitucional, através do uso indevido da chamada função normativa dos princípios, especialmente naqueles de baixa densidade normativa, nos quais a interpretação permanece em aberto, em face da ausência de normas ordinárias que determinem o seu conteúdo, ele viola, diretamente, tanto a separação de poderes, como o próprio Estado de Direito<sup>376</sup>.

Humberto Ávila define princípios conforme segue:

<sup>373</sup> PIEROTH, Bodo & SCHLINK, Bernhard. **Grundrechte Staatsrecht II**. 16. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2000, p. 298, § 1.181, grifos constantes do original, tradução nossa: „Eine Verletzung spezifischen Verfassungsrechts liegt weiter dann vor, wenn die **Methode gerichtlicher Rechtsfindung** die Bindung des Richters an das Gesetz vernachlässigt, besonders die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung überschreitet“.

<sup>374</sup> No Brasil, o art. 97 da CRFB exige a maioria absoluta dos membros do tribunal ou do seu órgão especial para declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo.

<sup>375</sup> SHUGERMAN, Jed Handelsman. Affirmative Duties and Judges’ Duties: United States v. Stockberger. **Harvard Law Review**. Cambridge, Massachusetts, USA; v. 120, p. 1228-1238, especialmente pp. 1237-1238, 2007, disponível em <<http://www.harvardlawreview.org/media/pdf/shugerman.pdf>>, acesso em 03/09/2012, tradução nossa: Judges should exercise this predictive power to trump the current position of state law only when they reach a certain level of consensus about the state’s future direction. Such consensus might be a unanimous three-judge panel on the Court of Appeals or two-thirds of an en banc panel or of the U.S. Supreme Court. This rule would not have to be mechanical or external; instead, judges could enforce it themselves, perhaps as a norm more than a formal rule. Such norms or rules have the advantage of making the courts’ exercise of discretion less “lawless,” in Judge Posner’s terms, and more practical than general hortatory calls for deference.

<sup>376</sup> FINNIS, 2007, p. 264: “Um sistema jurídico exemplifica o Estado de Direito na medida (é uma questão de grau para cada item da lista) em que [...] (iii) suas regras foram promulgadas, (iv) são claras [...] (vi) suas regras são estáveis o bastante para permitir que as pessoas possam se guiar pelo conhecimento que tem do conteúdo delas [...]”.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação de correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária a sua promoção<sup>377</sup>.

Um sistema não pode ter apenas princípios, pois seria demasiado instável, carecendo de pautas claras para a conduta dos cidadãos. Não pode, igualmente, ter apenas regras aplicadas de modo inflexível, pois não teria como amoldar as soluções previstas no ordenamento às inúmeras situações concretas<sup>378</sup>.

Os princípios necessitam de regras e de determinações particulares, devendo, como salienta Finnis, ser adequadamente satisfeitos por meio de regras específicas, criadas pelo Parlamento.

Estes “princípios gerais de direito” são de fato princípios. Ou seja, eles justificam, mais do que requerem, regras particulares e determinações particulares<sup>379</sup>. A tradição de teorizar “lei natural” não se caracteriza por qualquer resposta em particular às questões: “É toda regra jurídica ‘estabelecida’ e toda solução jurídica encontrada por meio de um apelo exclusivo a fontes ‘positivas’ tais como estatuto [lei<sup>380</sup>], casos e costume? A determinação de se uma decisão judicial é ‘correta’ se dá apenas por meio de um apelo a alguma norma ‘moral’ (‘extrajurídica’)? E são as fronteiras entre a lei estabelecida e não-estabelecida, ou entre a decisão judicial correta, a aceitável e a incorreta determináveis por meio apenas de referência às fontes positivas ou regras jurídicas?” A tradição de teorização da lei natural não está interessada em minimizar o alcance e a exatidão das fontes positivas [...]<sup>381</sup>

O problema da amplitude semântica dos princípios agrava-se quando eles refletem o conflito entre visões políticas distintas, remetendo-se a solução a um acordo a ser efetuado entre as diferentes facções políticas em um momento posterior à promulgação do texto constitucional<sup>382</sup>, ou seja, por meio de lei ordinária.

O grau de consenso em torno dos princípios constitucionais é variável<sup>383</sup>, dificultando sobremaneira a sua concretização por um julgador monocrático, com total eliminação do processo coletivo de deliberação<sup>384</sup>.

A criação de norma diretamente a partir do texto constitucional, através da utilização de princípio constitucional, gerará, também norma retroativa e *ad hoc*.

<sup>377</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 85.

<sup>378</sup> ÁVILA, 2012, pp. 128-129.

<sup>379</sup> FINNIS, 2007, p. 280.

<sup>380</sup> O termo inglês *statute* é um ato com natureza preponderantemente política e com características distintas da lei do sistema romano-germânico. Os *statutes* com caráter normativo se denominam *statute law* e costumam regulamentar as situações de modo casuista, geralmente carecendo de conceitos gerais e sempre se integrando ao *common law*. A tradução de *statute* depende do contexto em que o termo é utilizado. No presente caso, a melhor tradução certamente é a de *lei*, pois Finnis está enumerando fontes formais de Direito.

<sup>381</sup> *Ibidem*, pp. 281-282.

<sup>382</sup> FERRERES COMELLA, 1997, p. 34.

<sup>383</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>384</sup> Ver também SOUZA JR, 2002b, p. 56; LÖWENSTEIN, 1970, p. 65; TASSARA, 1996, p. 483; SCHLAICH, 2001, p. 200 e MARTINS FILHO, 2012, p. 18.

Os princípios constitucionais têm, basicamente, três funções: a função informadora, que orienta o legislador na elaboração de leis; a função interpretativa, que orienta a interpretação do ordenamento e a função normativa, atuando como fonte supletiva, completando lacunas do ordenamento, sendo sua função mais típica a interpretativa<sup>385</sup>.

A chamada função normativa dos princípios, que permite a extração de regras diretamente dos princípios, é a mais delicada e excepcional<sup>386</sup>, criando a regra geral ou premissa maior da decisão diretamente a partir da constituição.

A função normativa “*depende, essencialmente, da **densidade normativa** que o princípio tem no ordenamento jurídico [...] [que] não está ligada tanto à sua relevância e essencialidade como à sua **maior ou menor positividade num determinado ordenamento***”<sup>387</sup>.

Os princípios constitucionais são juízos de valor prévios às leis<sup>388</sup>, são conceitos fundamentais, e para a sua utilização para a elaboração de normas é indispensável complementá-los com pontos de vista materiais, perdendo-se a pureza lógica e expressando qualificações valorativas<sup>389</sup>.

A aplicação do direito deve ser dotada de razoabilidade, delimitando-se a margem de liberdade do intérprete dentro de limites racionais.

A margem excessiva de interpretação conferida aos juízes não fortalece a democracia, ao contrário, desestabiliza o regime, facilitando o estabelecimento de regimes de exceção. Carl Schmitt, em 1933, quando ainda defendia o então recém empossado regime nazista, insistia na utilização de cláusulas gerais, tais como a boa-fé, a ordem pública e a moralidade, utilizados pelos nazistas, em face de sua amplitude interpretativa, como portas de entrada para a sua ideologia<sup>390</sup>. O estado nazista conferia aos juízes um poder considerável<sup>391</sup>.

#### 47. Indevida Intromissão Excessiva no Mérito Administrativo

Quando o juiz ordinário brasileiro substitui a decisão política adotada pelo administrador, com base em um reconhecimento legal de um campo válido da chamada discricionariedade administrativa, ele simplesmente substitui um critério político (o do

---

<sup>385</sup> MARTINS FILHO, 2012, p. 17.

<sup>386</sup> Ibidem, p. 18.

<sup>387</sup> Ibidem, p. 18.

<sup>388</sup> TASSARA, 1996, p. 460.

<sup>389</sup> Ibidem, p. 470.

<sup>390</sup> SCHMITT, Carl. Neue Leisätze für die Rechtspraxis. **Juristische Wochenschrift**, v. 62, 1933, pp. 2793-2794.

<sup>391</sup> HEUSCHLING, 2002, p. 561, § 580.

administrador) por outro (o seu), violando tanto a separação de poderes como o Estado de Direito<sup>392</sup>.

O administrador, ao buscar um determinado objetivo, guiar-se-á, necessariamente, tanto por uma visão política de objetivos e prioridades como por uma visão gerencial em face da escassez de recursos.

O julgador e o administrador, para bem desempenharem as suas funções, devem buscar melhorar, naquilo que esteja no âmbito de sua competência, as normas e as políticas de governo. A concretização por eles efetuada não pode, entretanto, ser puramente ideológica<sup>393</sup>.

#### 48. Mutação Inconstitucional Desprovida de Limites Claros

Quando o juiz ordinário brasileiro afasta uma norma por inconstitucionalidade, bem como quando cria uma regra diretamente a partir do texto constitucional, aplicando princípio constitucional em sua função normativa, produz uma mutação inconstitucional sem limites claros, como salienta Anna Cândida Ferraz no trecho abaixo:

Diante das considerações expostas é possível afirmar que todos os métodos interpretativos examinados [gramatical, lógico – histórico, teleológico e sistemático – analógico, evolutivo, a construção constitucional, que inclui critérios de natureza política e os métodos modernos de interpretação constitucional – método integrativo ou científico-espiritual e o método interpretativo de concretização], cada qual dentro dos seus contornos e considerados os limites em que atuam, podem ensejar mudanças constitucionais de maior ou menor amplitude<sup>394</sup>.

O julgador ordinário, ao interpretar uma determinada norma constitucional livremente, isto é, sem obedecer à interpretação daquela norma fixada pelo STF, produz uma mutação inconstitucional, que pode romper com a Constituição, violando a separação de poderes, ao invadir o campo da política e atacando o próprio núcleo da ideia de direito prevista na Constituição, como bem salienta Konrad Hesse nos trechos abaixo:

[O] Direito Constitucional cria regras de atuação e decisão política; ele dá à política pontos de referência dirigentes, mas ele não pode substituí-los [...] Se ela não regula numerosas questões da vida estatal, ou somente em traços, então nisto está não somente uma renúncia à normatização [...], mas, muitas vezes, também uma garantia com força constitucional de discussão livre e decisão livre dessas questões<sup>395</sup>.  
Ao ela formular o conteúdo da Constituição em um texto, que deve ser interpretado com os meios de interpretação de texto, limita a Constituição escrita as possibilidades de compreensão diferente [...] No texto escrito da Constituição nascem, com isso,

<sup>392</sup> FINNIS, 2007, p. 264: “Um sistema jurídico exemplifica o Estado de Direito na medida (é uma questão de grau para cada item da lista) em que [...] (viii) aquelas pessoas que tem autoridade de fazer, administrar e aplicar as regras em caráter oficial (a) são passíveis de serem responsabilizadas pelo cumprimento de regras aplicáveis ao seu desempenho e (b) realmente administram a lei com consistência e de acordo com o seu teor”.

<sup>393</sup> REVERBEL, 2012, p. 45.

<sup>394</sup> FERRAZ, 1986, p. 53.

<sup>395</sup> HESSE, 1998, p. 42.

fixações que aumentam essencialmente o efeito estabilizador, racionalizador e assegurador da liberdade da Constituição. Esse sentido perde-se quando a Constituição escrita não mais é considerada como taxativamente vinculativa. [...] Simultaneamente, todavia, está liberado o caminho no qual a Constituição pode ser ludibriada pelo recurso a qualquer interesse discricional [...] <sup>396</sup>

A interpretação desprovida de limites desobedece à Constituição, como podemos ver no trecho abaixo, de Konrad Hesse:

Sob “modificação constitucional” é entendido aqui exclusivamente a modificação do texto da Constituição. Ela deve ser distinguida do “rompimento constitucional”, isto é, o desvio do texto para cada caso particular (sem modificação do texto) [...] Ela deve, finalmente, ser ressaltada da “mutação constitucional”, que não afeta o texto como tal – esse fica inalterado – senão a concretização do conteúdo das normas constitucionais [...] <sup>397</sup>

A vinculação da interpretação à norma a ser concretizada, à (pré)-compreensão do intérprete e ao problema concreto a ser resolvido, cada vez, significa que não pode haver método de interpretação autônomo [...] <sup>398</sup>

A incorreta interpretação do texto constitucional pode remover funções estatais, prejudicando seriamente a separação de poderes.

Um princípio de interpretação constitucional é o critério da *exatidão funcional*. Se a Constituição ordena a respectiva tarefa e a colaboração dos titulares de funções estatais em uma determinada forma, então o órgão interpretador tem de manter-se no quadro das funções a ele atribuídas; ele não deve, pela maneira e pelo resultado de sua interpretação, remover a distribuição das funções <sup>399</sup>.

Se o intérprete desconsidera os limites do texto, ele não mais interpreta, mas rompe com a Constituição, devendo salientar-se que, então, teremos um poder sem limites claros, pois sequer os limites constitucionais terão sido obedecidos.

Onde o intérprete passa por cima da Constituição, ele não mais interpreta, senão modifica ou rompe a Constituição. [...] Mesmo que um problema, por conseguinte, não se deixe resolver adequadamente por concretização, o juiz, que está vinculado à Constituição, não tem livre escolha dos *topoi* <sup>400</sup>.

A própria interpretação da lei conforme a Constituição tem limites claros, “*eles resultam tanto da expressão literal da lei quanto da chamada vontade do legislador*” <sup>401</sup>, servindo esta última para delimitar a interpretação conforme quando a vinculação à expressão literal é duvidosa <sup>402</sup>.

A avaliação de fatos feita pelo legislador – tanto ordinário como constitucional – sempre envolve uma apreciação política, como também envolverá quando realizada pelo julgador, que deve evitar a sua alteração, como se pode ver no voto vencido do Juiz da Suprema Corte norte-americana Scalia, abaixo transcrito, salientando-se que a circunstância dos juízes ordinários

<sup>396</sup> HESSE, 1998, pp. 43-44.

<sup>397</sup> Ibidem, p. 46.

<sup>398</sup> Ibidem, p. 63.

<sup>399</sup> Ibidem, p. 67.

<sup>400</sup> Ibidem, pp. 69-70.

<sup>401</sup> MENDES, 2010, p. 362, grifos constantes do original.

<sup>402</sup> Ibidem, p. 362.

terem se baseado em um perito amenizou, ao menos da opinião dos demais julgadores, o caráter político de sua decisão.

A ideia de que os três juízes ordinários neste processo basearam-se apenas na credibilidade do testemunho do perito é fantasiosa. É evidente que eles estavam confiando amplamente em suas próprias ideias acerca do estudo das penas e da reincidência. É também evidente que juízes ordinários distintos, com diferentes critérios de julgamento, teriam “achado” que a reabilitação não funcionaria e que liberar prisioneiros aumentaria a taxa de criminalidade. Eu não estou dizendo que os juízes ordinários fizeram suas apreciações dos fatos de má-fé. **Estou dizendo que é impossível que os juízes façam “apreciações fáticas” sem inserirem seus próprios critérios de julgamento, quando as apreciações fáticas são critérios políticos**<sup>403</sup>.

---

<sup>403</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. SUPREMA CORTE. *Brown v. Plata*. **United States Reports**. Washington: Suprema Corte, v. 563, 2011, pp. 8-9, disponível em <<http://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/09-1233.pdf>>, voto vencido do Juiz Scalia, tradução nossa: But the idea that the three District Judges in this case relied solely on the credibility of the testifying expert witnesses is fanciful. Of course they were relying largely on their own beliefs about penology and recidivism. And of course different district judges, of different policy views, would have “found” that rehabilitation would not work and that releasing prisoners would increase the crime rate. I am not saying that the District Judges rendered their factual findings in bad faith. **I am saying that it is impossible for judges to make “factual findings” without inserting their own policy judgments, when the factual findings are policy judgments.**

### Cap. 3º. SOLUÇÃO ALEMÃ E ESPANHOLA

#### 49. Solução alemã

Na Alemanha, país vinculado ao modelo separado de controle, apenas a Corte Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgerichts* - BVerfG) tem competência para o controle de constitucionalidade das normas perante a Constituição Alemã (*Grundgesetz* – GG).

Metade dos juízes da Corte Constitucional Federal é eleita pela Câmara dos Deputados e metade pelo Senado. A Câmara escolhe os juízes por um procedimento indireto, por meio de uma Comissão eleita por ela, enquanto o Senado os elege diretamente. Há muita influência partidária<sup>404</sup>.

Ao lado da Corte Constitucional Federal os estados-membros (*Länder*) têm as suas Cortes Constitucionais Estaduais, que também atuam na proteção dos direitos fundamentais e no controle das normas, embora perante a Constituição estadual, mas se produzem algumas competências concorrentes inevitáveis. A Corte Constitucional Alemã (BVerfG), entretanto, tem buscado limitar estes conflitos, orientando as Cortes Constitucionais Estaduais ao controle de suas Constituições.

Os onze estados que integravam a Alemanha antes da unificação de 1990 já tinham seus próprios Tribunais Constitucionais, enquanto os cinco novos estados, que integravam a antiga Alemanha Oriental e que se unificaram em 1990 passaram a adotar um forte controle constitucional sob duas bases: a garantia do Estado de Direito e da Democracia após a experiência com o totalitarismo marxista-leninista e a busca da imitação do modelo de excelência do BVerfG e das Cortes Constitucionais dos onze estados que já integravam a Alemanha Ocidental<sup>405</sup>.

Häberle salienta que se deve valorizar o fato de que, em pouco tempo, a Corte Constitucional Alemã conseguiu atuar juridicamente e por meio de juristas, promovendo o processo político, mas que o controle de constitucionalidade “*no es un seguro de vida jurídico ni político*”<sup>406</sup>.

---

<sup>404</sup> HÄBERLE, Peter. El Recurso de Amparo en el Sistema Germano- Federal de Jurisdicción Constitucional. In. GARCIA BELAUNDE, Domingo & FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (coords.) **La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica**. Madrid: Dyckinson; Jurídicas Lima: Lima; Jurídica E. Esteva: Montevideú; Jurídica Venezolana: Caracas, 1997, pp. 231-282, especialmente p. 235.

<sup>405</sup> Ibidem, pp. 246-249.

<sup>406</sup> Ibidem, p. 243.

O sistema alemão de controle de constitucionalidade abrange as modalidades do controle abstrato, previsto no art. 93, I, n°s 2 e 2-A da Constituição (GG) e nos n°s 6 e 6-A do § 13 da Lei Orgânica da Corte Constitucional Federal (BVerfGG) e do controle concreto, previsto no inciso I do art. 100 da Constituição e no n° 11 do § 13 da Lei Orgânica da Corte Constitucional Alemã (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz –BverfGG*), abaixo transcritos<sup>407</sup>.

Constituição Alemã (*Grundgesetz – GG*)

Art. 93. [Da] Competência do Tribunal Constitucional Federal

(I) O Tribunal Constitucional Federal decide sobre

[...]

2. No caso de divergências de opinião ou dúvidas acerca da compatibilidade formal e material do direito federal ou estadual com esta *Grundgesetz* [Constituição], ou da compatibilidade do direito estadual com o restante do direito federal a partir de requerimento do Governo Federal, do governo de um Estado-membro ou de um terço dos membros da Câmara Federal.

2-A. No caso de divergências de opinião acerca da conformidade de uma lei com as condições do art. 72, II a partir de requerimento do Conselho Federal, do governo de um Estado-membro ou da representação do povo de um Estado-membro.

[...]

Art. 100. [Do] Controle de Constitucionalidade de Normas

(I) 1. Quando um tribunal considerar inconstitucional uma lei de cuja validade dependa a decisão, deverá suspender o processo e requerer a decisão do tribunal de um Estado-membro, se se tratar da violação da constituição de um Estado-membro, ou do Tribunal Constitucional Federal, se se tratar da violação desta *Grundgesetz*. 2. Isso vale também se se tratar da violação desta *Grundgesetz* pelo direito estadual ou da incompatibilidade de uma lei estadual com uma lei federal<sup>408</sup>.

Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Federal (BVerfGG)

§ 13. O Tribunal Constitucional Federal julga sobre os casos determinados pela *Grundgesetz* [Constituição], a saber:

[...] [Do Controle Abstrato, n°s 6 e 6-A]

6. Em caso de divergências de opinião ou dúvidas quanto à compatibilidade formal ou material do direito federal ou direito estadual com a *Grundgesetz*, ou a compatibilidade do direito estadual com o direito federal a requerimento do Governo Federal, de um Governo Estadual ou de um terço dos membros da Câmara Federal (Art. 93, I, 2, GG);

6-A. Em caso de divergências de opinião sobre se uma lei preenche os requisitos do Art. 72 II GG, a requerimento do Conselho Federal, de um Governo Estadual ou da representação popular de um Estado (Art. 93, I, 2-A, GG);

[...] [Do Controle Concreto, n° 11]

11. Sobre a compatibilidade de uma lei federal ou de uma lei estadual com a *Grundgesetz*, ou sobre a compatibilidade de uma lei estadual ou do direito federal com uma lei federal, a requerimento de um Tribunal (Art. 100, I, GG)<sup>409</sup>;

Tanto no controle abstrato como no concreto analisa-se a conformidade de normas diante da constituição, não se distinguindo pela natureza, mas pela sua motivação. Após a

<sup>407</sup> MARTINS, L., 2005a, p. 40. O sistema alemão de controle de constitucionalidade dispõe, ainda, da reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), que será vista analisada logo abaixo, do processo de verificação normativa (*Normverifikationsverfahren*), das vedações constitucionais, como a proibição de partidos políticos antidemocráticos e da solução dos conflitos de competência entre órgãos estatais (*Organstreitverfahren*) ou entre a União e os Estados-membros (*Bund-Länderstreitverfahren*).

<sup>408</sup> MARTINS, L., 2005b, pp. 964-965.

<sup>409</sup> *Ibidem*, pp. 969-970.

admissão da questão de constitucionalidade, o processo de avaliação da inconstitucionalidade no controle concreto é bastante assemelhado, quanto ao conteúdo, ao controle abstrato<sup>410</sup>.

A leitura do inciso I do art. 100 da Constituição Alemã, que dispõe sobre o controle concreto, que é o foco de nossa análise, torna clara a competência exclusiva da Corte Constitucional Federal alemã para a apreciação da constitucionalidade de normas perante a Constituição Federal Alemã.

Pela norma acima referida (GG, art. 100, I), quando, no curso de um processo, discutir-se a inconstitucionalidade de uma norma, o processo será suspenso e a questão de inconstitucionalidade será remetida à Corte Constitucional.

O processo constitucional alemão tramita exclusivamente perante a Corte Constitucional Federal (BVerfG) e tem caráter preponderante objetivo, prescindindo do contraditório<sup>411</sup>.

Deve-se observar que a Constituição Alemã não coloca, no controle concreto, o juízo prévio acerca da constitucionalidade da norma nas mãos das partes, que terão interesse em recorrer sempre que perderem o causa, ainda que por uma decisão justa, quer tenha sido embasada em uma norma constitucional, quer não tenha aspecto constitucional relevante, pois a parte tende a defender os seus interesses, frequentemente ignorando os ditames do bem comum.

No controle concreto alemão, entretanto:

O juiz deve estar “convencido” da inconstitucionalidade da norma aplicanda no caso onde deve prolatar sua sentença de mérito. Mera dúvida ou divergência de opiniões, ao contrário do que ocorre nos demais procedimentos de controle normativo, não bastam. Ele deve demonstrar esse convencimento em sua peça de apresentação (*Richtervorlage*); deve demonstrar também que uma interpretação conforme a Constituição não é possível<sup>412</sup>.

O controle concreto pressupõe que a análise da constitucionalidade da norma seja relevante para a solução do caso *sub judice*. A inconstitucionalidade é entendida como irrelevante quando a norma é inaplicável ao caso, quando da constitucionalidade ou inconstitucionalidade poder decorrer a mesma decisão e quando não houver inconstitucionalidade pelos motivos apresentados, mesmo que a norma seja inconstitucional por outra razão. A decisão da Corte Constitucional vinculará o juiz no que pertine à validade da norma<sup>413</sup>.

---

<sup>410</sup> MARTINS, L., 2005a, pp. 48-49 e 51-54.

<sup>411</sup> Ibidem, p. 43.

<sup>412</sup> Ibidem, p. 52.

<sup>413</sup> Ibidem, pp. 52 e 54.

Quanto às espécies normativas sujeitas ao controle concreto, somente leis em sentido formal estão sujeitas ao controle concreto<sup>414</sup>, enquanto o controle abstrato abrange, além dos atos normativos primários, os decretos, os regulamentos e os regimentos internos dos órgãos constitucionais<sup>415</sup>.

Qualquer decisão, inclusive as interlocutórias, pode dar origem ao controle concreto<sup>416</sup>.

Enquanto o controle de constitucionalidade, nas modalidades abstrata e concreta, abrange somente atos normativos, a reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*)<sup>417</sup> cabe contra qualquer ato do poder público alemão, de qualquer dos três poderes, que viole um direito fundamental<sup>418</sup>.

A reclamação constitucional tem como condições de admissibilidade a possibilidade, em tese, da violação do direito fundamental, a constatação *a priori* de violação de direito próprio do autor, além do caráter atual e direto da violação. Exige-se, também, a necessidade da proteção. A reclamação rege-se pelo princípio da subsidiariedade, não sendo cabível enquanto houver outros meios para impugnação da violação, o que exige o esgotamento das vias ordinárias, o que pode ser excepcionado nos casos de repercussão geral relevante e de perigo na demora. O processo deve ser fundamentado e as provas pré-constituídas. O prazo, para os raros casos de reclamação contra ato normativo, é de um ano, e, nos mais frequentes de reclamação contra decisão judicial (*Urteilsverfassungsbeschwerde*), é de um mês<sup>419</sup>.

A imensa maioria das reclamações constitucionais (*Verfassungsbeschwerde*) é na modalidade de reclamação constitucional contra decisão judicial (*Urteilsverfassungsbeschwerde*). Entre 2006 e 2010 o percentual de reclamações constitucionais contra atos judiciais, em relação ao total de reclamações constitucionais, variou de mínimo de 91,66% em 2009 a um máximo de 93,47% em 2007, como uma média de 93,05% no período. Entre 2005 e 2010 foram interpostos 30.727 reclamações constitucionais, das quais 28.591 eram

<sup>414</sup> MARTINS, L., 2005b, pp. 893-894.

<sup>415</sup> MARTINS, L., 2005a, pp. 45-46.

<sup>416</sup> *Ibidem*, p. 50.

<sup>417</sup> Adotamos a tradução utilizada por Leonardo Martins para *Verfassungsbeschwerde*: reclamação constitucional (MARTINS, L., 2005a, p. 40), que nos parece mais correta do que a sua equiparação com o amparo, adotada por Peter Häberle (HÄBERLE, 1997, pp. 253, 255, 256, 257 e ss.), pois esta é uma ação constitucional com características peculiares. É incorreta a tradução de *Verfassungsbeschwerde* por *recurso extraordinário*, pois o remédio constitucional alemão tem característica de ação, de instância única e de caráter subsidiário e não pode ser interposta por órgão do poder público (MARTINS, L., 2005a, p. 60). Ademais, em face de sua característica de remédio constitucional, é gratuito e, tal como o *Habeas Corpus*, não necessita de advogado (HÄBERLE, 1997, pp. 237-239).

<sup>418</sup> MARTINS, L., 2005a, p. 62.

<sup>419</sup> *Ibidem*, pp. 61-65.

reclamações constitucionais contra atos judiciais, em uma média de 5.718 reclamações constitucionais contra atos judiciais por ano<sup>420</sup>.

A título de comparação, no Brasil, de julho de 2007 a julho de 2009 foram distribuídos, no STF, 46.141 recursos extraordinários e 77.898 agravos de instrumento decorrentes de negativas de seguimento a outros recursos extraordinários, totalizando 124.039 recursos em dois anos, em uma média anual de cerca de 62.000 recursos por ano<sup>421</sup>.

Para lidar com a crise numérica das reclamações constitucionais contra decisões judiciais (*Urteilsverfassungsbeschwerde*) foi criado o art. 93-A da Lei Orgânica da Corte Constitucional (BVerfGG). Este artigo foi redigido com base no modelo norte-americano do *certiorary*, embora adote uma forma *sui generis*<sup>422</sup>. Leonardo Martins salienta, entretanto, que, ao contrário do que ocorre com a Suprema Corte Norte-Americana, a Corte Constitucional Alemã não tem poder discricionário para escolher os casos que julgará<sup>423</sup>. Abaixo transcrevemos o art. 93-A da Lei Orgânica da Corte Constitucional.

§ 93-A

(1) A Reclamação Constitucional carece da aceitação [por parte do TCF] para ir a julgamento.

(2) Ela deve ir a julgamento,

a) desde que seja a ela atribuído significado jurídico constitucional;

b) quando for adequada para a imposição dos direitos nomeados no § 90 I; esse pode ser o caso, também, quando houver para o reclamante, por meio da recusa de decisão sobre uma matéria, um prejuízo especialmente gravoso<sup>424</sup>;

Leonardo Martins salienta que

Mesmo que a condição “importância objetiva do caso para a construção do direito constitucional objetivo” - tarefa que, de resto, num sistema concentrado de controle é da competência e responsabilidade exclusiva da corte constitucional - não esteja presente, se, por exemplo, o TCF já tiver decidido anteriormente questão muito semelhante ou até idêntica, ele não pode deixar de admitir e decidir reclamação que afirme, de maneira substancial, uma violação que provoque grandes e/ou irremediáveis prejuízos ao reclamante<sup>425</sup>.

Como a competência da Corte Constitucional (BVerfG) limita-se ao direito constitucional específico, o BVerfG não avaliará a correção da decisão do ponto de vista do direito infraconstitucional<sup>426</sup>.

A delimitação da competência da Corte Constitucional depende da própria abrangência do conceito de jurisdição constitucional, bem como da análise da liberdade do legislador na

<sup>420</sup> CHUNG, Kwang-hyun. **Zur Nützlichkeit der Urteilsverfassungsbeschwerde**. Eine rechtsvergleichende Betrachtung u.a. aus koreanischer Perspektive. Seoul, Korea: Hamkemannunbi, 2012, p. 4. Disponível em <<http://www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/8649/abrufbar>>. Acesso em 20 out. 2012. Tese de doutorado defendida em Freiburg em 15/05/2012.

<sup>421</sup> MENDES, 2010, p. 325.

<sup>422</sup> CHUNG, 2012, p. 175.

<sup>423</sup> MARTINS, L., 2005a, p. 65.

<sup>424</sup> MARTINS, L., 2005b, p. 974.

<sup>425</sup> MARTINS, L., 2005a, 65-66.

<sup>426</sup> Ibidem, p. 66.

concreção da Constituição. É evidente que a aplicação do princípio da legalidade pode ser utilizada para atrair toda e qualquer violação de ato normativo, mesmo infralegal, para o plano constitucional, desde que se ignore a existência de níveis no ordenamento. A doutrina alemã resolveu o problema exigindo que a decisão judicial atacada ignore completamente uma norma constitucional ou a interprete e aplique erroneamente, centrando-se, portanto, na vigência, interpretação e aplicação de normas constitucionais<sup>427</sup>.

A inconstitucionalidade ocorre quando a decisão judicial gerar uma consequência jurídica vedada constitucionalmente ou quando desconsiderar a vinculação do juiz à lei, caracterizando decisão judicial arbitrária<sup>428</sup>.

A Corte Constitucional tem competência para apreciar os processos de verificação (*Normverifikationsverfahren*) e de qualificação (*Normqualifikationsverfahren*) de normas, que se destinam a esclarecer a vigência, os efeitos e a posição hierárquica de normas de direito internacional público (verificação) e pré-constitucional, entendido como o direito anterior a 1949, não servindo, portanto, para o controle das leis da antiga Alemanha Oriental, que se sujeitam ao controle concreto e ao controle abstrato<sup>429</sup>.

A Corte Constitucional também é competente para decidir sobre a delimitação constitucional da competência de órgãos em conflito (*Organstreitverfahren*), bem como os conflitos federativos de competência entre a União e os Estados-membros (*Bund-Landstreitverfahren*), entre Estados-membros (*Zwischenländerstreitverfahren*) e entre todos os Estados-membros, em conjunto, e a União (*Binnenländerstreitverfahren*). São lides que normalmente não envolvem direitos subjetivos, mas delimitações de competência<sup>430</sup>.

Por fim, a Corte Constitucional, no âmbito da jurisdição constitucional, é competente para os chamados processos de defesa da Constituição, que abrangem a proibição de partido político antidemocrático, a destituição de direito fundamental diante do abuso e do uso destinado a combater a ordem livre e democrática e as denúncias contra o Presidente e contra os juízes. A denúncia contra os juízes tem como parte legítima a Câmara dos Deputados, sem qualquer exigência de quórum, enquanto a denúncia contra o Presidente Federal exige assinatura por um quarto dos deputados e por um quarto dos senadores<sup>431</sup>.

Os nºs 1 e 2 do inciso II do §31 da Lei Orgânica da Corte Constitucional alemã dispõem que as decisões nos processos de controle normativo – tanto no controle abstrato como no

---

<sup>427</sup> MARTINS, L., 2005a, pp. 66-67.

<sup>428</sup> Ibidem, p. 67.

<sup>429</sup> Ibidem, pp. 55-57.

<sup>430</sup> Ibidem, pp. 68-72.

<sup>431</sup> Ibidem, pp. 73-75.

controle concreto – bem como nos casos de declaração de inconstitucionalidade em sede de reclamação constitucional tem força de lei. As ementas (*Leitsätze*), não são vinculantes, porque não perdem vinculação com o caso e com o seu contexto<sup>432</sup>. Transcrevemos abaixo a referida norma.

Lei Orgânica da Corte Constitucional Alemã (BVerfGG)

§ 31

(1) As decisões do Tribunal Constitucional Federal vinculam os órgãos constitucionais da União e dos Estados-membros, assim como todos os tribunais e órgãos administrativos.

(2) 1. Nos casos previstos no § 13, n° 6 [controle abstrato], 11 [controle concreto], 12 e 14, a decisão do Tribunal Constitucional Federal tem força de lei. 2. Isso vale também nos casos do § 13, n° 8-A, quando o Tribunal Constitucional Federal declara uma lei compatível ou incompatível com a Grundgesetz ou nula. 3. Se uma lei for declarada compatível ou incompatível com a Grundgesetz ou com direito federal, ou for declarada nula, dispositivo da decisão deverá ser publicado pelo Ministério Federal da Justiça no Diário Oficial. 4. O mesmo vale para os dispositivos de decisão dos casos do § 13, n° 12 e 14 [desta lei]<sup>433</sup>.

A decisão propriamente dita identifica a Corte Constitucional Federal (BVerfG) como a prolatora da decisão, menciona que a decisão foi tomada em nome do povo, identifica as partes, a data da decisão e, se for proferida oralmente, em audiência (*Urteil*), relata o caso. Para a clareza do conteúdo da vinculação, são enunciadas as razões ou motivos da decisão, relaciona os votos, e é assinada por todos os votantes, mesmo os vencidos, cujos votos discordantes vêm a seguir<sup>434</sup>.

## 50. Solução espanhola

Assim como a Alemanha, a Espanha adota o sistema separado de controle de constitucionalidade. A jurisdição constitucional espanhola sofreu grande influência do modelo alemão, que foi matizado por algumas outras variantes, algumas de inspiração italiana<sup>435</sup>.

A Corte Constitucional espanhola tem 12 membros nomeados pelo Rei, quatro por indicação da Câmara dos Deputados por maioria de três quintos; quatro por indicação do Senado por idêntica maioria; dois por indicação do Governo e dois pelo Conselho Geral do

<sup>432</sup> MARTINS, L., 2005a, pp. 96-98.

<sup>433</sup> MARTINS, L., 2005b, p. 972.

<sup>434</sup> Ibidem, pp. 98-101.

<sup>435</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La Jurisdicción Constitucional en España. In. GARCIA BELAUNDE, Domingo & \_\_\_\_\_ (coords.). **La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica**. Madrid: Dyckinson; Jurídicas Lima: Lima; Jurídica E. Esteva: Montevidéo; Jurídica Venezolana: Caracas, 1997, pp. 625-709, especialmente p. 631.

Poder Judiciário. Seu mandato é de nove anos e os juízes são renovados por terça parte a cada três anos<sup>436</sup>.

A maioria qualificada de três quintos exigida para a indicação dos membros da Corte Constitucional pela Câmara e pelo Senado atua como mecanismo de freio à politização partidária, assim como a vedação para a reeleição para o período imediatamente seguinte<sup>437</sup>, exceto se tiver ocupado o cargo por período inferior a três anos<sup>438</sup>.

Como a Corte Constitucional interpreta um direito axiológico e político, seus juízes devem ter não apenas conhecimentos jurídicos, mas também uma especial sensibilidade política<sup>439</sup>.

A Corte Constitucional é competente para o controle abstrato por meio do “*recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley*”<sup>440</sup>, para o julgamento do “*recurso de amparo por violación de derechos y libertades referidos en el artículo 53, 2, de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca*”<sup>441</sup>, para o julgamento dos conflitos de competência entre a União e as Comunidades Autônomas ou destas entre si<sup>442</sup>, bem como de outras matérias que lhe sejam atribuídas pela Constituição ou pelas leis orgânicas<sup>443</sup>.

O parâmetro do controle de constitucionalidade é frequentemente referido como o *bloco de constitucionalidade*, que faz referência a um conjunto de disposições que pode ser utilizada como parâmetro para a análise da legitimidade constitucional das leis, que não conta com conteúdos normativos concretos que não possam ser modificados pelo procedimento previsto para cada tipo de norma<sup>444</sup>.

O recurso de inconstitucionalidade, instrumento do controle abstrato, pode ser interposto pelo Presidente do Governo, pelo Defensor do Povo, por 50 Deputados, por 50

---

<sup>436</sup> ESPANHA. Constitución Española. In. \_\_\_\_\_. **Código de Leyes Políticas**. Edición actualizada a 4 de diciembre de 2012. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2012a, pp. 5-41, em especial o art. 159, na p. 37, disponível em [http://www.boe.es/legislacion/codigos/abrir\\_pdf.php?fich=005\\_Codigo\\_de\\_Leyes\\_Politicass.pdf](http://www.boe.es/legislacion/codigos/abrir_pdf.php?fich=005_Codigo_de_Leyes_Politicass.pdf), acesso em 04 dez. 2012.

<sup>437</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, 1997, p. 647.

<sup>438</sup> ESPANHA. Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. In. \_\_\_\_\_. **Código de Leyes Políticas**. Edición actualizada a 4 de diciembre de 2012. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2012b, pp. 133-159, especialmente art. 16, V, p. 136, disponível em [http://www.boe.es/legislacion/codigos/abrir\\_pdf.php?fich=005\\_Codigo\\_de\\_Leyes\\_Politicass.pdf](http://www.boe.es/legislacion/codigos/abrir_pdf.php?fich=005_Codigo_de_Leyes_Politicass.pdf), acesso em 04 dez. 2012.

<sup>439</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, 1997, p. 644.

<sup>440</sup> Constituição Espanhola, art. 161, I, ‘a’;

<sup>441</sup> Constituição Espanhola, art. 161, I, ‘b’;

<sup>442</sup> Constituição Espanhola, art. 161, I, ‘c’;

<sup>443</sup> Constituição Espanhola, art. 161, I, ‘d’;

<sup>444</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, 1997, pp. 638-639.

Senadores, pelos órgãos colegiados executivos e pelas Assembleias Legislativas das Comunidades Autônomas. O recurso de amparo pode ser interposto por qualquer pessoa, natural ou jurídica, invocando direito legítimo, assim como pelo Defensor do Povo e pelo Ministério Público<sup>445</sup>.

O controle concreto está previsto no abaixo transcrito art. 163 da Constituição Espanhola.

Artículo 163. Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos<sup>446</sup>.

As decisões da Corte Constitucional tem efeito *erga omnes*, como se pode ver no abaixo transcrito art. 164 da Constituição Espanhola.

Artículo 164.

1. Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el boletín oficial del Estado con los votos particulares, si los hubiere. Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos.

2. Salvo que en el fallo se disponga otra cosa, subsistirá la vigencia de la ley en la parte no afectada por la inconstitucionalidad.

Conforme o disposto nas alíneas ‘a’ e ‘b’ do inciso I do art. 10 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional (LOTIC), a competência para o julgamento do controle abstrato dos tratados internacionais e dos demais atos normativos com força de lei compete ao Pleno da Corte Constitucional. O controle concreto, objeto das questões de inconstitucionalidade, compete, em regra, às turmas (salas), conforme o disposto no art. 11, podendo o Pleno reservar-se a competência para o julgamento de algumas destas questões (LOTIC, art. 10, I, ‘c’). A Corte Constitucional é composta por duas turmas, ou salas, com seis juízes cada (LOTIC, art. 7º, I)<sup>447</sup>.

Tal como na Alemanha, a questão de inconstitucionalidade não é promovida pelas partes, mas pelos juízes ou Tribunais<sup>448</sup>, pois “*resulta claro que el planteamiento de una cuestión de esta naturaleza es una prerrogativa exclusiva e irrevisable del órgano judicial*”<sup>449</sup>.

A questão de constitucionalidade somente pode ser interposta quando da validade da norma impugnada depender a decisão e o processo estiver concluso para sentença ou acórdão, devendo precisar a norma impugnada, o preceito constitucional que julga ter sido ofendido e justificar a importância da questão constitucional para a solução do processo *sub judice*. Antes

<sup>445</sup> Constituição Espanhola, art. 162, I, ‘a’ e ‘b’;

<sup>446</sup> ESPANHA, 2012a, p. 38.

<sup>447</sup> ESPANHA, 2012b, pp. 134-135.

<sup>448</sup> LOTIC, art. 29, I, ‘b’. ESPANHA, 2012b, p. 139.

<sup>449</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, 1997, p. 664.

de remeter a questão à Corte Constitucional, deve-se propiciar às partes e ao Ministério Público a oportunidade de se manifestarem sobre a questão de constitucionalidade, decidindo acerca da admissibilidade da questão, em decisão irrecorrível, em três dias. Admitida a questão, o processo será suspenso<sup>450</sup>.

As decisões da Corte Constitucional em matéria de constitucionalidade têm efeitos *erga omnes*, vinculando os juízes e tribunais desde a data de sua notificação<sup>451</sup>.

Ao analisar a inconstitucionalidade, a Corte Constitucional não está limitada apenas aos artigos ou preceitos apontados, podendo anular outros da mesma norma, mesmo que não invocados no processo<sup>452</sup>.

Assim como na Alemanha<sup>453</sup> (com base no disposto no inciso I do § 79 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Alemão<sup>454</sup>), na Espanha a coisa julgada não é afetada, em regra, pela declaração de inconstitucionalidade da lei na qual ela foi baseada, ressalvados os casos de redução de pena criminal e administrativa<sup>455</sup>.

O *recurso de amparo constitucional contra ato judicial* tem natureza de recurso, exige o prévio esgotamento dos meios recursais, que a violação seja imputável de modo direto e imediato a um órgão judicial, que não seja necessário que a Corte Constitucional analise fatos, que tenha havido pronta denúncia, no processo, da violação de direito constitucionalmente protegido, podendo ser interposto no prazo de trinta dias, contados da notificação da resolução do processo judicial<sup>456</sup>.

O recurso de amparo tem dupla natureza: objetiva e subjetiva, não podendo ser considerado como nova instância, tratando-se de um recurso de natureza subsidiária<sup>457</sup>. A

<sup>450</sup> LOTC, art. 35. ESPANHA, 2012b, pp. 140-141.

<sup>451</sup> LOTC, art. 38. ESPANHA, 2012b, p. 141.

<sup>452</sup> LOTC, art. 39. ESPANHA, 2012b, p. 142.

<sup>453</sup> MARTINS, L., 2005a, pp. 109-110, salientando que mesmo a declaração de inconstitucionalidade à qual são concedidos efeitos *ex tunc* não atinge a coisa julgada baseada em lei posteriormente declarada inconstitucional, ressalvados os casos de redução da pena criminal.

<sup>454</sup> ALEMANHA. **Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (Bundesverfassungsgerichtsgesetz – BVerfGG)**. Bonn: Bundesgesetzblätter, 2012, disponível em <<http://www.gesetze-im-internet.de/bverfgg/BJNR002430951.html>>, acesso em 06 jan. 2013.

§79, I: é permitida a reabertura de processo penal concluído por sentença penal definitiva, desde que esta seja incompatível com uma disposição da Constituição, ou tenha sido baseada em norma anulada na forma do § 78, ou fundamentada na interpretação de uma regra que tenha sido declarada incompatível com a Constituição pelo BVerfG. (tradução nossa)

§ 79, I: Gegen ein rechtskräftiges Strafurteil, das auf einer mit dem Grundgesetz für unvereinbar oder nach § 78 für nichtig erklärten Norm oder auf der Auslegung einer Norm beruht, die vom Bundesverfassungsgericht für unvereinbar mit dem Grundgesetz erklärt worden ist, ist die Wiederaufnahme des Verfahrens nach den Vorschriften der Strafprozeßordnung zulässig.

<sup>455</sup> LOTC, art. 40. ESPANHA, 2012b, p. 142.

<sup>456</sup> LOTC, art. 44. ESPANHA, 2012b, p. 143.

<sup>457</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, 1997, pp. 676-677.

sentença que o decide tem natureza declaratória, limitando-se a preservar ou restabelecer um direito ou liberdade reconhecidos na Constituição Espanhola<sup>458</sup>.

## 51. Segurança jurídica

Os ganhos em segurança jurídica com a solução alemã e espanhola, que separa a jurisdição constitucional e a jurisdição ordinária, são consideráveis, pois os juízes, para declararem uma norma inconstitucional, precisam submeter uma questão de inconstitucionalidade, que é decidida por um órgão único, colegiado e com composição política, que é necessária em função da apreciação de valores constitucionais e da formulação jurídica de questões com grande conteúdo político<sup>459</sup>, como em decorrência da própria democracia, pois:

A natureza política da designação dos membros do Tribunal Constitucional, mediante a escolha por parte de autoridades legitimadas democraticamente (Parlamento, Chefe de Estado etc.), assume, em última instância, as vezes de eleição indireta<sup>460</sup>.

O efeito *erga omnes* no julgamento da reclamação constitucional alemã (*Verfassungsbeschwerde*)<sup>461</sup> e do recurso de amparo espanhol em matéria de constitucionalidade<sup>462</sup> dão aos Direitos e Garantias Fundamentais um caráter certo, conhecido e efetivamente exigível, evitando as violações.

Por fim, a interpretação única, coletiva e uniforme dos valores e princípios constitucionais permite a clara distinção dos níveis do ordenamento, evitando decisões judiciais arbitrárias, que passam a ser facilmente identificáveis e controláveis<sup>463</sup>.

## 52. Certeza jurídica

Os ganhos em certeza jurídica são ainda maiores do que os relativos à segurança. Com a solução alemã e espanhola, que separa a jurisdição constitucional e a jurisdição ordinária, o direito vigente passa a ser conhecido de modo objetivo.

Sem a certeza quanto às normas gerais a serem aplicadas, o juiz atua sem limite algum. Uma vez definido o direito vigente e, com ele, a concepção vigente da justiça, REVERBEL

<sup>458</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, 1997, p. 700.

<sup>459</sup> Ibidem, p. 644.

<sup>460</sup> LEAL, 2006b, pp. 68-69.

<sup>461</sup> Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Alemão (BverfGG), § 31, II. MARTINS, L., 2005b, p. 972.

<sup>462</sup> LOTC, art. 38. ESPANHA, 2012b, p. 141.

<sup>463</sup> MARTINS, L., 2005a, pp. 66-67.

salienta que o juiz passa a atuar como o administrador das leis, expressando a concepção de justiça, que vincula o julgador, governando-o ao por regras em sua atividade<sup>464</sup>.

Em sistemas em que o juiz ordinário pode afastar a norma por inconstitucionalidade, como no Brasil atual, ele não é subordinado à lei<sup>465</sup>, enquanto o afastamento do controle de constitucionalidade dos juízes ordinários faz com que, perante estas, a lei seja presumida constitucional, restaurando a normalidade, pois:

Cabe lembrar que todas as presunções militam pela *presunção de constitucionalidade das leis*. É importante que se diga que a lei nasce constitucional, pois passa por Comissões de Constituição e Justiça; pelas casas legislativas, vai para sanção ou veto do executivo, ou seja, todo o caminho percorrido já indica a presunção de constitucionalidade da lei<sup>466</sup>.

Há previsão expressa no projeto do CPC no sentido da busca de estabilidade e uniformidade do direito<sup>467</sup>, bem como da possibilidade de modulação dos efeitos<sup>468</sup>, podendo reduzir-se ou eliminar-se o caráter *ex tunc* da mudança jurisprudencial<sup>469</sup>.

Abaixo transcrevemos os trechos relevantes das normas acima referidas, do projeto do CPC.

Art. 847. Os tribunais velarão pela uniformidade e pela estabilidade da jurisprudência, observando o seguinte:

[...]

III – a jurisprudência pacificada de qualquer tribunal deve orientar as decisões de todos os órgãos a ele vinculados;

[...]

V – na hipótese de alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver a modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 1º A mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo da estabilidade das relações jurídicas.

§ 2º Os regimentos internos preverão formas de revisão da jurisprudência em procedimento autônomo, franqueando-se inclusive a realização de audiências públicas e a participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a elucidação da matéria<sup>470</sup>.

Como os incidentes de inconstitucionalidade abrangem uma norma e são proferidas com efeitos *erga omnes*, limitados à competência do órgão prolator, se caracterizam, salvo raras situações de incidência individual de uma norma, como julgamentos repetitivos, de forma que, caso aprovado o novo CPC, serão dotados de uma ainda maior segurança, certeza e publicidade, que existem no regime do CPC hoje vigente.

<sup>464</sup> REVERBEL, 2012, p. 65.

<sup>465</sup> MARINONI, 2010, p. 69.

<sup>466</sup> REVERBEL, 2012, p. 66.

<sup>467</sup> Projeto de CPC, art. 847. (MARINONI & MITIDIERO, 2010, pp. 473-474).

<sup>468</sup> Projeto de CPC, art. 847, V. (MARINONI & MITIDIERO, 2010, p. 474)

<sup>469</sup> FUX, 2010, pp. 211-212.

<sup>470</sup> MARINONI & MITIDIERO, 2010, pp. 473-474.

### 53. Opções políticas democráticas

Como salientou Shugerman, no trecho acima transcrito<sup>471</sup>, a deliberação coletiva, própria dos tribunais, leva à busca de um consenso, reduzindo o conflito com a posição política do executivo.

A própria característica aristotélica da deliberação<sup>472</sup> também está presente nas decisões coletivas dos tribunais, reduzindo tanto o risco de corrupção<sup>473</sup> como propiciando um consenso na busca do bem comum, que é essencial para a existência do Estado<sup>474</sup>.

A análise da questão por vários julgadores, cada qual com o seu ponto de vista, permite a melhor compreensão política e jurídica da questão<sup>475</sup>.

Como salienta Reverbel, a delimitação do espaço jurídico exige certeza quando ao espaço de atuação legítima:

O campo jurídico é o espaço legítimo de atuação do Estado no sentido de *criação de normas jurídicas*. São as próprias *leis*, regras gerais e abstratas que estabelecem as condutas sociais, dando *previsibilidade*, buscando a *certeza*, almejando maximizar a *segurança jurídica*<sup>476</sup>.

A redução do impacto das ideologias no campo dos fins últimos, ao atribuir o controle de constitucionalidade a um órgão único, colegiado e escolhido democraticamente, torna viável a democracia, pois:

No *campo dos fins últimos* não há espaço para as ideologias. É condição de viabilidade da democracia que todos aceitem e respeitem uma neutralidade suprapartidária e supralegal, defensora dos valores perenes da sociedade política. Acima dos partidos, das ideologias, dos interesses passageiros e momentâneos aparecem os valores perenes e perpétuos do bem agir, da amizade, da concórdia<sup>477</sup>.

A democracia não pode conviver com critérios ideológicos irracionais ou antidemocráticos, salvo se for possível limitá-los para evitar a destruição da sociedade. A exclusão do controle de constitucionalidade efetuado monocraticamente pelos juízes ordinários, submetendo o seu poder a uma limitação por parte dos tribunais, poderá tornar a democracia brasileira eficaz, pois, como salienta John Rawls:

O liberalismo político pressupõe que, por razões políticas, uma pluralidade de doutrinas abrangentes incompatíveis entre si é o resultado normal do exercício pelos cidadãos de sua razão no seio das instituições livres de um regime democrático constitucional. Ele pressupõe igualmente que existe pelo menos uma doutrina abrangente razoável que não rejeita os elementos essenciais de um regime democrático. *É claro que uma sociedade pode também comportar doutrinas*

<sup>471</sup> SHUGERMAN, 2007, pp. 1237-1238.

<sup>472</sup> BARZOTTO, 2005, pp. 33-37 e 42.

<sup>473</sup> Ibidem, pp. 60-61, quanto à escolha do ponto de vista do usuário e ARISTÓTELES, 2010, posição 616 (Kindle ebook).

<sup>474</sup> BARZOTTO, 2005, p. 26.

<sup>475</sup> Ibidem, p. 58.

<sup>476</sup> REVERBEL, 2012, pp. 28-29.

<sup>477</sup> Ibidem, p. 41.

*irracionais ou mesmo delirantes. O problema, então, será limitá-las para que não destruam a unidade e a justiça da sociedade*<sup>478</sup>.

#### 54. Respeito à autonomia entre o direito e a política

O direito, em especial o constitucional, cria parâmetros, ou regras de atuação para a decisão política, mas não pode substituí-lo<sup>479</sup>. Deve ser respeitado um âmbito de deliberação válido, não sindicável judicialmente, da política, especialmente nas áreas que envolvam diretrizes gerenciais na administração de bens escassos.

A jurisdição necessita<sup>480</sup> de imparcialidade<sup>481</sup>, não podendo ser politizada, devendo-se evitar, portanto, a judicialização da política que leva, necessariamente, à politização do judiciário<sup>482</sup>.

A extensão da jurisdição, sem critérios prudentes, aos fundamentos éticos do direito agrava o problema da dificuldade da distinção do campo próprio da política<sup>483</sup>, “*e, se o judiciário se politizar, quem, então, exercerá a função imparcial de dizer o direito?*”<sup>484</sup>

Como salienta Lon Fuller, o Estado Direito perfeito, no qual as oito falhas que tornam um sistema inviável<sup>485</sup>, são substituídos por oito máximas de perfeição abaixo elencadas, é uma utopia<sup>486</sup>:

- I) existem regras;
- II) todas as regras são perfeitamente claras;
- III) todas as regras são consistentes entre si;
- IV) as normas são conhecidas por todos os cidadãos;
- V) as regras nunca são retroativas;
- VI) as regras são constantes ao longo do tempo;
- VII) as regras pedem apenas aquilo que é possível e
- VIII) as regras são escrupulosamente seguidas pelos tribunais, pela polícia e por todos os demais encarregados de sua administração.

<sup>478</sup> RAWLS, John. **Justiça e Democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. IX-X, grifamos.

<sup>479</sup> HESSE, 1998, p. 42.

<sup>480</sup> FULLER, 1978, p. 365.

<sup>481</sup> OLIVEIRA & MITIDIERO, 2010, pp. 125-126.

<sup>482</sup> LÖWENSTEIN, 1970, p. 322.

<sup>483</sup> SOUZA JR., 2002b, p. 39.

<sup>484</sup> Ibidem, p. 40.

<sup>485</sup> FULLER, 1969, p. 39.

<sup>486</sup> Ibidem, p. 41.

Embora a perfeição seja uma utopia, o Estado de Direito está dentro dos requisitos de justiça ou equidade<sup>487</sup>, sendo realizado paulatinamente, pois não pode garantir, por si, todos os aspectos do bem comum<sup>488</sup>.

A supressão do controle de constitucionalidade pelo julgador ordinário passaria a exigir deliberação no âmbito dos tribunais para a substituição dos critérios políticos definidos em normas gerais e abstratas, tornando público o procedimento e limitando tanto a abusiva discricionariedade, pois o critério seria adotado *erga omnes*, nos limites da competência do órgão julgador, como a sua imprevisibilidade, em face da publicidade dos julgamentos e, em especial, das arguições de inconstitucionalidade.

A realidade estaria muito longe do ideal, mantendo-se profundos problemas com a politização do judiciário em face da possibilidade da avaliação e da alteração dos critérios políticos do legislador pelos do julgador, mas, caso Shugerman esteja correto<sup>489</sup>, os tribunais, pelo menos, tendem a buscar um certo grau de consenso, além dos juízes mais experientes serem menos propensos à declaração de inconstitucionalidade de normas que os juízes mais jovens<sup>490</sup>.

Poderiam ser desenvolvidos critérios próprios para a delimitação dos campos do direito e da política, adaptando o critério norte-americano das seis características<sup>491</sup>, individualmente suficientes e listadas em ordem decrescente de importância e certeza quanto ao caráter político de uma decisão<sup>492</sup> para as peculiaridades do *civil law* e do direito brasileiro e, como as decisões seriam regionais, para uma determinada região.

O sistema poderia ficar longe do ideal, mas ficaria muito melhor do que o atualmente vigente.

## 55. Harmonia do controle com a democracia

---

<sup>487</sup> FINNIS, 2007, p. 266.

<sup>488</sup> *Ibidem*, p. 268.

<sup>489</sup> SHUGERMAN, 2007, pp. 1237-1238.

<sup>490</sup> CAPPELLETTI, 1999, pp. 77-78.

<sup>491</sup> HARVARD LAW REVIEW. Developments in Law: Access to Courts. **Harvard Law Review**. Cambridge, Massachusetts: Harvard Law Review, v. 122, pp. 1150-1216, especialmente p. 1195, 2009a, disponível em <[http://www.harvardlawreview.org/issues/122/february09/Developments\\_in\\_the\\_Law\\_467.php](http://www.harvardlawreview.org/issues/122/february09/Developments_in_the_Law_467.php)>.

<sup>492</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. SUPREMA CORTE. Vieth et al. v. Jubelirer, PRESIDENT OF THE PENNSYLVANIA SENATE, et. al. **United States Reports**. Washington: Suprema Corte, v. 541, p. 278, 2004, disponível em <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=541&page=278#278>>, acesso em 12/10/2012.

A eliminação do controle de constitucionalidade pelo julgador ordinário e a exigência de prévia deliberação coletiva, no âmbito dos tribunais (CRFB, art. 97), à qual se dá publicidade, sendo pautada, permitindo a manifestação das autoridades mencionadas no art. 103 da CRFB (CPC, arts. 480-482), confere maior segurança às decisões e reduz o seu caráter de direito desconhecido, podendo perder o seu caráter retroativo<sup>493</sup> se for aprovado o projeto de CPC (art. 847, V).

A imparcialidade, requisito essencial<sup>494</sup> da jurisdição<sup>495</sup>, embora não fosse garantida, especialmente em face de permanecer a possibilidade de judicialização da política pelos tribunais, seria grandemente incrementada tanto pela própria natureza da deliberação, como pelas ferramentas institucionais que regem o incidente de inconstitucionalidade (publicidade, eficácia *erga omnes* no âmbito do tribunal etc.), mas principalmente pela exclusão de posições extremadas e atentatórias ao Estado de Direito, que, em uma deliberação coletiva, tem chance reduzida de implementação.

---

<sup>493</sup> MARINONI & MITIDIERO, 2010, pp. 473-474.

<sup>494</sup> FULLER, 1978, p. 365.

<sup>495</sup> OLIVEIRA & MITIDIERO, 2010, pp. 125-126.

## Cap. 4º. DECISÕES DE URGÊNCIA

### 56. Exceções à separação absoluta das jurisdições

A exclusão da possibilidade de análise da constitucionalidade das normas pelos juízes ordinários brasileiros levanta o problema das decisões de urgência.

Primeiramente, salientamos que a existência de situações que demandam análise imediata não é exclusividade brasileira, havendo, mesmo em matéria de controle de constitucionalidade, previsão legislativa e jurisprudência a respeito na Alemanha e na Espanha, países que escolhemos como paradigmas de excelência em matéria de “jurisdição” constitucional.

Na Alemanha, a questão das decisões de urgência é regulamentada nos nºs 1 e 4 a 7 do § 32 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Federal, abaixo transcritos:

§ 32

(1) O Tribunal Constitucional Federal pode, no curso de um processo, conceder medida cautelar, se necessária para evitar grave prejuízo, para prevenir iminente violência ou por outra razão imperativa para o bem comum;

...

(4) O recurso contra a cautelar não tem efeito suspensivo. O Tribunal Constitucional Federal, entretanto, poderá suspender a execução da antecipação de tutela;

(5) O Tribunal Constitucional Federal pode publicar a decisão sobre a cautelar ou sobre o recurso contra ela interposto sem fundamentação. Neste caso, a fundamentação será enviada em separado às partes;

(6) A cautelar perde efeito após seis meses, podendo ser renovada por uma maioria de dois terços;

(7) Não havendo quórum em uma das turmas, podem as cautelares ser concedidas em casos urgentes quando estão presentes três juízes e a decisão for tomada por unanimidade. Estas medidas excepcionais vigorarão por um mês, salvo se ratificadas pela turma, caso em que vigorarão pelo prazo normal de seis meses contados de sua promulgação<sup>496</sup>.

---

<sup>496</sup> ALEMANHA, 2012, tradução nossa:

§ 32

(1) Das Bundesverfassungsgericht kann im Streitfall einen Zustand durch einstweilige Anordnung vorläufig regeln, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund zum gemeinen Wohl dringend geboten ist. [...]

(4) Der Widerspruch gegen die einstweilige Anordnung hat keine aufschiebende Wirkung. Das Bundesverfassungsgericht kann die Vollziehung der einstweiligen Anordnung aussetzen.

(5) Das Bundesverfassungsgericht kann die Entscheidung über die einstweilige Anordnung oder über den Widerspruch ohne Begründung bekanntgeben. In diesem Fall ist die Begründung den Beteiligten gesondert zu übermitteln.

(6) Die einstweilige Anordnung tritt nach sechs Monaten außer Kraft. Sie kann mit einer Mehrheit von zwei Dritteln der Stimmen wiederholt werden.

(7) Ist ein Senat nicht beschlußfähig, so kann die einstweilige Anordnung bei besonderer Dringlichkeit erlassen werden, wenn mindestens drei Richter anwesend sind und der Beschluß einstimmig gefaßt wird. Sie tritt nach einem Monat außer Kraft. Wird sie durch den Senat bestätigt, so tritt sie sechs Monate nach ihrem Erlaß außer Kraft.

Como se vê, em casos urgentes a Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Alemão (BVerfGG) mantém a competência exclusiva da Corte Constitucional, mas permite que a decisão seja tomada por apenas três juízes por unanimidade.

Afora o *quórum* especial, as decisões de urgência da Corte Constitucional Alemã regem-se pelas mesmas regras que orientam a prestação cautelar em todas as instâncias. O efeito das decisões cautelares é o mesmo da decisão principal, ressalvada a eficácia limitada a seis meses (BVerfGG, § 32, VI, 1), ou de um mês, se proferidas por unanimidade por apenas três juízes (BVerfGG, § 32, VII). As medidas cautelares podem ser renovadas pela aprovação de dois terços da turma da Corte Constitucional (BVerfGG, § 32, VI, 2)<sup>497</sup>.

Na Espanha, da mesma forma, a existência de urgência não afasta a competência da Corte Constitucional, apenas atraindo a incidência de normas especiais.

No recurso de amparo, em regra, a interposição do recurso não suspende os efeitos do ato ou decisão judicial impugnados<sup>498</sup>. Quando, entretanto, a execução do ato ou decisão impugnados puder deixar sem efeito o amparo, a turma ou seção, de ofício ou a requerimento da parte, pode suspender os seus efeitos<sup>499</sup>. Em casos de urgência extrema, a cautelar poderá ser deferida na própria decisão da turma da Corte Constitucional que admitir o recurso, em decisão impugnável no prazo de cinco dias, contados da notificação, pelo Ministério Público e pelas partes<sup>500</sup>.

## 57. Leis recentes

Como salienta Ferreres Comella, as mudanças na direção da aplicação dos precedentes exigem transformações culturais e institucionais<sup>501</sup> e o mesmo se pode dizer quanto às adaptações necessárias para a implantação do controle separado.

As Cortes Constitucionais alemã e espanhola tem décadas de experiência e situam-se em países menores. O Brasil sofre com a ideologização no judiciário<sup>502</sup> e tem problemas crônicos com o volume das demandas.

A tudo isto acresce o fato de que os precedentes do STF são de análise extremamente difícil, pois a *ratio decidendi* frequentemente é de difícil localização e, às vezes, é simplesmente

<sup>497</sup> MARTINS, L., 2005a, pp. 75-76.

<sup>498</sup> Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Espanhol (LOTIC), art. 56, I. ESPANHA, 2012b, p. 145.

<sup>499</sup> LOTC, art. 56, II e III. ESPANHA, 2012b, p. 145.

<sup>500</sup> LOTC, art. 56, VI. ESPANHA, 2012b, p. 146.

<sup>501</sup> COMELLA, 2009, p. 43.

<sup>502</sup> HORBACH, 2007, pp. 89-90.

impossível de ser identificada, pois o STF concordou apenas quanto ao *decisum*, tornando a aplicação do precedente muito difícil<sup>503</sup>.

Este conjunto de fatores pode exigir, durante um período de transição, que o juiz ordinário brasileiro mantenha a competência para a análise da constitucionalidade em casos de urgência.

#### 58. Ausência de precedentes

A solução de casos excepcionais em que o juiz analise a constitucionalidade de ato normativo em sede de liminar, em face da urgência, depende da existência de jurisdição para a análise da norma.

Caso adotada parcialmente – no primeiro grau - a solução alemã e espanhola da separação das jurisdições, a decisão do juiz ordinário em matéria de constitucionalidade seria, salvo em casos extremamente excepcionais, juridicamente inexistente.

Propõe-se solução que utilize, por analogia, o disposto no inciso terceiro do art. 477 do CPC espanhol<sup>504</sup>, que regulamenta o recurso de cassação em matéria de interpretação legal. Propomos uma interpretação desta disposição de forma a permitir a análise urgente da constitucionalidade pelo juiz ordinário quando ocorressem, simultaneamente, todas as condições abaixo:

- I) *Periculum in mora* que exija decisão urgente, não se podendo aguardar o julgamento de incidente de inconstitucionalidade;
- II) A lei impugnada tiver sido promulgada a menos de cinco anos;
- III) O STF e os tribunais superiores, em decisão monocrática ou colegiada, nunca tiverem apreciado a constitucionalidade da norma em caso análogo;
- IV) Nenhum tribunal do país, em decisão colegiada, tiver jamais se pronunciado em caso análogo entendendo que a norma é constitucional ou houver dissidência na posição manifestada por tribunais de mesma hierarquia.

O primeiro requisito é inerente à competência de todo e qualquer juiz relativa à apreciação dos fatos *sub judice*. Os demais requisitos, entretanto, fogem completamente da jurisdição ordinária.

<sup>503</sup> LEAL, 2006b, pp. 169-171.

<sup>504</sup> ESPANHA. Ley de Enjuiciamiento Civil. In. \_\_\_\_\_. **Código de Legislación Procesal**. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2013, p. 251-539, especialmente p. 418.

Presentes todas as condições acima, o juiz sai da posição de mero participante de uma discussão política (como eleitor), passando a ter jurisdição e competência para a apreciação excepcional da constitucionalidade.

Desta forma, sendo rara e excepcional a hipótese acima, eventual deferimento de liminar por juiz ordinário afastando norma por inconstitucionalidade, uma vez adotada a separação parcial das jurisdições, somente será recebido enquanto tal, ou seja, como decisão judicial, caso estejam presentes todas as quatro condições acima relacionadas.

Havendo, sem conhecimento do julgador ordinário, decisão colegiada pela constitucionalidade da norma proferida em caso análogo por algum tribunal do país – superior ao órgão prolator da mais alta decisão referida pelo julgador no sentido da inconstitucionalidade – o julgador carece de jurisdição para a apreciação da constitucionalidade e sua manifestação deve ser recebida como a análise de um eleitor, sem qualquer efeito cogente nem qualquer outra relação com o processo que não a de mero exemplo em estudo teórico ou manifestação político-partidária.

#### 59. Lei nova, urgência e *distinguishing*

A análise da vinculação do juiz ordinário aos precedentes do STF relativos às leis novas, em matéria de urgência dependeria, evidentemente, da *ratio* da decisão proferida pela Suprema Corte brasileira.

Sendo o caso *sub judice* distinto do tratado nos precedentes existentes em algum aspecto relevante, que distinga o caso de modo relevante, o precedente deixa de existir e o caso pode tornar-se, realmente, novo.

É claro que, com o passar do tempo da vigência da norma infralegal e da Constituição, estas hipótese se tornam progressivamente mais raras, desaparecendo a necessidade de análise pelo juiz ordinário, pois não haveria centenas, mas uma única hipótese, de forma que os tribunais, e até mesmo o STF, poderiam analisar o caso com presteza, celeridade, eficiência, segurança jurídica e critério democrático.

## Cap. 5º. HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL FRENTE À JURISDIÇÃO

### 60. Democracia e “véu da ignorância”

A segurança jurídica exige a presença de um véu de ignorância tanto para o legislador quanto para o julgador, que não podem ter completo conhecimento das consequências da aplicação do direito, pois o primeiro estabelece apenas normas gerais e o segundo as aplica, de forma que nenhum deles tem completo domínio e conhecimento das consequências – jurídicas, econômicas e sociais - de suas decisões<sup>505</sup>.

Já no século XIII Tomás de Aquino salientava que os legisladores julgam mais universalmente e prevendo o futuro, enquanto os juízes julgam casos presentes, podendo deixar-se levar pelo amor, pelo ódio, ou por interesses<sup>506</sup>.

A escolha da premissa maior da subsunção pelo legislador visa a evitar exatamente estes vícios da decisão, como salienta REVERBEL:

A lei não faz acepção de pessoas. Por natureza é *geral, impessoal e abstrata*. Pensa o legislador em uma situação genérica, que atinja um grupo de pessoas, abstratamente considerado. [...] A função *executiva* do juiz *individualiza* a *generalidade* da lei, *personifica* o que era *impessoal* e *concretiza* o que era abstrato. A *função executiva ordinária* excede sua circunscrição aplicativa quando o juiz deixa de aplicar a lei declarando-a inconstitucional à luz dos princípios que constrói no caso concreto. Ao agir assim, existe a *personificação*, a *individualização*, mas não existe a *concretização* da lei<sup>507</sup>.

### 61. Limites interpretativos

Como bem salientou Konrad Hesse<sup>508</sup>, interpretar a Constituição é concretizá-la, tarefa que tem sempre caráter criador. Ocorre que nem toda interpretação é válida, e “*onde o intérprete passa por cima da Constituição, ele não mais interpreta, senão modifica ou rompe a constituição*”<sup>509</sup>.

Ocorre que, como não há no Brasil uma separação clara entre os níveis do direito constitucional, do direito ordinário e do direito judiciário, em face da obsoleta divisão dos poderes prevista no texto constitucional, gera-se a chamada crise do judiciário.

<sup>505</sup> VERMEULE, 2001, pp. 400-404 e 409-411, 414, 424, 426-427, 429 e 431.

<sup>506</sup> AQUINO, [1992], p. 63.

<sup>507</sup> REVERBEL, 2012, p. 57.

<sup>508</sup> HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998 [Título original *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. ed. Heildelberg: C. F. Müller, 1995], p. 61.

<sup>509</sup> *Ibidem*, p. 69-70.

O Brasil, com a Constituição de 1988, ingressou na era do constitucionalismo de valores<sup>510</sup>, tendo, com esta finalidade, avançado na direção da:

(a) multiplicação das cláusulas gerais e dos princípios indeterminados; (b) fundamentação da vida jurídica em noções de altíssima densidade política, tais como a dignidade da pessoa humana, justiça e função social, razoabilidade, e tantas outras; (c) ampliação do acesso ao poder judiciário ao ser humano comum; (d) extensão da legitimidade, para entidades coletivas privadas e, mesmo, a órgãos públicos, para ações de profundo alcance político e (e) principalmente, a previsão de controle direto de constitucionalidade relativamente a atos normativos em abstrato<sup>511</sup>.

O constituinte brasileiro de 1988 manteve, entretanto, a tripartição de poderes. Não se pode esquecer que a visão clássica de Montesquieu surgiu em uma época em que a constituição não positivava valores e em que os juízes eram vistos com meros intérpretes da lei (identificada à época com o direito).

Nos séculos XVII-XIX ainda não havia, na Europa, controle de constitucionalidade, sendo a constituição vista, à época, como carente de caráter normativo próprio, não havendo sequer, rigorosamente, Direito Constitucional<sup>512</sup>.

Ademais, como fica claro na análise dos níveis do ordenamento, Montesquieu jamais entendeu os chamados Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário como funções estatais dispostas em um mesmo plano hierárquico.

No Estado Social pós-1945, onde há um consenso político-constitucional sobre os valores mínimos, surge a necessidade de defesa destes em face de totalitarismos e de autoritarismos, atribuindo-se parte das funções políticas de nível fundamental a um órgão neutro que tenha a função de defender e de concretizar, progressivamente, a Constituição Normativa: o Tribunal Constitucional.

Separam-se assim, os níveis fundamental, ordinário e judiciário, atribuindo-se cada qual a órgãos distintos, separados verticalmente por nível e horizontalmente conforme atuem precipuamente nos planos do direito ou da política, gerando-se uma hexapartição dos poderes<sup>513</sup>.

O Brasil, ao carecer de um Tribunal Constitucional e atribuir a todos os juízes a competência para o controle da constitucionalidade das leis, permite o cruzamento da fronteira entre os planos e, como leciona Cezar Saldanha Souza Júnior:

*ao cruzarem a fronteira entre os planos, os valores deixam de ser valores (gerais, abstratos e universais) e inevitavelmente contaminam-se dos interesses e das ideologias que envolvem a vida humana concreta. Toda concretização, seja no plano*

<sup>510</sup> SOUZA JR., Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como Poder**: Uma nova Teoria da Divisão dos Poderes. São Paulo: Memória Jurídica, 2002a, p. 137.

<sup>511</sup> Ibidem, p. 137.

<sup>512</sup> Ibidem, pp. 104 e 110, nota 184.

<sup>513</sup> Ibidem, pp. 118-121 e 135.

*intermediário da lei, ou no plano concreto dos fatos, envolve, ainda que em grau mínimo, uma ideologização*<sup>514</sup>.

Assiste-se, assim, ao aumento da tensão entre a sociedade e o Poder Judiciário, especialmente visível em áreas muito sensíveis às visões políticas, como o combate à criminalidade, pois a judicialização da política leva, necessariamente, à politização da justiça<sup>515</sup>.

Desta forma, o Direito, que deveria acrescentar homogeneidade à ordem política, que atua sobre uma sociedade que é sobretudo obra da razão<sup>516</sup>, retira-lhe a unidade, ao adotar critérios distintos conforme o julgador. A imparcialidade desaparece, ao substituir a opção política votada pelo partido ou coligação majoritária pela ideologia particular do julgador.

O Direito não deve substituir a política nem pode o Poder Judiciário eliminar a competência do Poder Legislativo. O Direito deve servir de ponte entre as dimensões humanas da Política e da Ética, que “*desabrocham, juntas, interdependentes e compenetradas, nas tramas do convívio social*”<sup>517</sup>.

Já no século XIII Tomás de Aquino nos falava acerca da necessidade, enquanto houver homens ruins, de leis humanas, salientando que “*é melhor ordenar tudo segundo a lei, do que deixá-la ao arbítrio do juiz*”<sup>518</sup>. Tomás de Aquino, após analisar a questão da sabedoria do legislador, aduz três fundamentos que achamos oportunos e perfeitamente aplicáveis ao mundo atual.

Conforme Tomás de Aquino seria melhor reduzir o campo do arbítrio do juiz porque:

aqueles que estabelecem as leis podem pensar por muito tempo o que há de estabelecer-se nelas, pelo contrário, os que julgam os feitos singulares tem que fazê-lo no momento, à medida que estes se apresentam; e é muito mais fácil que o homem encontre o que deve fazer se considerar muitos casos, do que ao ter em conta só um caso particular. E terceiro, porque os legisladores julgam mais universalmente e prevendo o futuro, mas os juízes julgam casos presentes, e por isso mesmo podem deixar-se levar pelo amor ou pelo ódio, ou por algum interesse e por esse motivo pode viciar-se o juízo<sup>519</sup>.

Ao interpretar os valores constitucionais, os julgadores geram uma mutação constitucional<sup>520</sup>, alterando a própria ideia de direito vigente na constituição, podendo,

<sup>514</sup> SOUZA JR, 2005.

<sup>515</sup> LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1970. (Título original: Verfassungslehre, Tübingen, J. C. Mohr, 1959, à qual foi juntada a monografia do mesmo autor intitulada Über Wesen, Technik und Grenzen der Verfassungsänderung, Berlin, Walter de Gruyter, 1961, tradução de Alfredo Gallego Anibitarte), p. 322.

<sup>516</sup> MARITAIN, Jacques. **El Hombre y el Estado**. 2. ed. Madrid: Encuentro, 2002, p. 16. (Título original: L’Homme et l’État, tradução de Juan Miguel Palacios).

<sup>517</sup> SOUZA JR, Cezar Saldanha. **A Supremacia do Direito no Estado Democrático e Seus Modelos Básicos**. Porto Alegre, do autor, 2002b, p. 45.

<sup>518</sup> AQUINO, São Tomás de. **Tratado da Lei**. Porto: Res Jurídica, [1992], p. 63 (título original: De Legibus, In Quatuor Articulis Divina, texto constante da Summa Theologica), referindo ensinamento de Aristóteles na Retórica, livro 1, capítulo 1.

<sup>519</sup> AQUINO, [1992], p. 63.

<sup>520</sup> HESSE, 1998, p. 46.

inclusive, reduzir garantias constitucionais previstas em cláusulas pétreas, o que pode ser o resultado de buscas de aplicação de direitos fundamentais em face de indivíduos particulares, fazendo *tabula rasa* tanto do ordenamento vigente como da competência do poder legislativo<sup>521</sup>.

Estudando as características das leis, Tomás de Aquino diz que:

a norma, por ser guia, convém que o seja de muitas coisas. Por isso disse o Filósofo na Metafísica, livro 10, que tudo quanto cai sob um mesmo gênero, deve ser medido por uma só unidade, que é a primeira a integrar-se, nesse gênero. Mas se houvesse tantas regras e medidas quantos os casos singulares que se regulam e medem, a regra e medida deixariam de ser uteis [...] <sup>522</sup>.

Busca-se demonstrar a necessidade do juiz ater-se ao nível do direito judiciário, interpretando normas e aplicando-as ao caso concreto. Deve-se vedar ao julgador a tomada de decisões políticas fundamentais. Estas consistem na escolha de uma entre as várias possibilidades de realização do bem comum frente às quais se encontra a comunidade<sup>523</sup> e cabem ao povo. A deliberação pertine ao eleitorado, representado por seus mandatários políticos de forma coletiva e proporcional à divisão das ideologias na população.

Aos brasileiros, acostumados a viver em um país onde os requisitos para a isenção e o parcelamento tributários podem ser julgados como distintos para cada contribuinte<sup>524</sup>, em virtude de opções judiciais as mais variadas, em que a idade para a relação sexual consentida pode mudar conforme o julgador<sup>525</sup>, ignorando a posição do STF<sup>526</sup>, e em que até a possibilidade

<sup>521</sup> HESSE, 1998, p. 285.

<sup>522</sup> AQUINO, [1992], p. 75.

<sup>523</sup> LOEWENSTEIN, 1970, p. 63.

<sup>524</sup> PORTO ALEGRE. Justiça Federal. Seção Judiciária do Rio Grande do Sul. 2ª Vara Federal Tributária de Porto Alegre. Ação ordinária nº 5069317-08.2011.404.7100. Juíza Elisângela Simon Caureo. Porto Alegre, 10/02/2012. A julgadora de primeiro grau concedeu parcialmente a antecipação de tutela para “*determinar à ré [União] que não considere como óbice à inclusão (ou reinclusão) do autor no Simples Nacional a existência, em seu nome, de créditos tributários sem exigibilidade suspensa*”, afastando, por entender inconstitucional, o disposto no inciso V do art. 17 da LC 123/2006.

<sup>525</sup> RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. 8ª Câmara Criminal. Apelação crime nº 70018767392, Relatora Desembargadora Marlene Landvoigt. Porto Alegre, 09/05/2007. Diário de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul 19 jun. 2007. Da ementa transcrevemos o trecho seguinte: “[...] *a presunção de violência prevista no artigo 224 do CP, dependendo do caso concreto, deve ser apreciada com ressalvas, pois atualmente, em todas as classe sociais, meninas com idades inferiores a 14 anos fazem coisas que, no passado, só seriam feitas por moças de idade bem superior (saem à noite, namoram, e até transam), de modo que não é só a idade que deve ser considerada para caracterizar a violência presumida, devendo ser sopesadas todas as circunstâncias do fato.*” A decisão acima afastou o disposto no art. 224 do CP, embora não tenha se manifestado, expressamente, acerca de sua constitucionalidade e contraria direta e frontalmente o entendimento do STF, exposto na nota abaixo.

<sup>526</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. Habeas corpus nº 105.558/PR. Relatora Ministra Rosa Weber. Brasília, 22/05/2012. Diário de Justiça Eletrônico 11 jun. 2012, unânime. Da ementa extraímos: “**HABEAS CORPUS. ESTUPRO. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. PRETENSÃO À ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO PROBATÓRIO. VÍTIMA MENOR DE CATORZE ANOS. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA.** [...] 2. **O entendimento desta Corte pacificou-se quanto a ser absoluta a presunção de violência nos casos de**

de levar à cadeia ou de nela manter criminosos comprovadamente violentos pode depender da visão do julgador acerca do limite de presos por presídio<sup>527</sup>, pode parecer difícil acreditar na possibilidade tanto da obtenção como da manutenção da segurança jurídica, bem como da delimitação entre a atividade jurisdicional e o puro e simples abuso de poder.

Outro problema, igualmente relacionado com a violação da separação entre os níveis do ordenamento, é o da delimitação entre a Justiça e a Política.

Cada um destes assuntos (a delimitação entre o Direito e a Política; a hermenêutica e, em especial, a hermenêutica constitucional e a análise da função jurisdicional em uma nova configuração do Estado brasileiro) poderia render uma dissertação autônoma, de forma que nos restringiremos a demonstrar a necessidade e a possibilidade da limitação da atividade jurisdicional do juiz ordinário brasileiro.

Konrad Hesse salienta que se deve respeitar a atividade de concretização que o legislador faz ao elaborar as normas, de forma que a *“interpretação conforme a constituição das leis é, por conseguinte, em sua repercussão sobre a interpretação constitucional, interpretação conforme à lei da Constituição”*<sup>528</sup>, evitando julgar-se uma norma inconstitucional em casos em que a inconstitucionalidade não seja manifesta.

*“Em nenhum caso, uma lei deve ser declarada nula se a inconstitucionalidade não é evidente, senão existem somente objeções, por mais sérias que essas sejam”*<sup>529</sup>. Deve-se preservar, no possível, a validade da opinião e da opção política do legislador, para não substituí-la pela do julgador. Este somente poderá afastar a norma quando for imprescindível, pois o *“Direito Constitucional cria regras de atuação e decisão política; ele dá à política pontos de referência dirigentes, mas ele não pode substituí-los.”*<sup>530</sup>

A redução da cumulação entre a jurisdição ordinária e a constitucional é indispensável para a efetivação dos valores fundamentais da democracia. Cada interpretação e concretização da constituição pode gerar uma mutação constitucional, exigindo limites ao intérprete.

---

**estupro contra menor de catorze anos nos crimes cometidos antes da vigência da Lei 12.015/09, a obstar a pretensa relativização da violência presumida. [...]”** (grifamos)

<sup>527</sup> RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. 7ª Câmara Criminal. Agravo. 70022018634. Relator Sylvio Baptista Neto. Porto Alegre, 06/12/2007. O TJ/RS reformou a decisão monocrática proferida em Caxias do Sul que havia concedido a prisão domiciliar em face da superlotação do presídio.

<sup>528</sup> HESSE, 1998, p. 75.

<sup>529</sup> Ibidem, p. 72. O autor cita julgados do BVerfGE 9, 167 (174); 12, 281 (296).

<sup>530</sup> Ibidem, p. 42.

A interpretação constitucional pode fazer pelo menos o mesmo que faz o poder reformador, em vários casos mais, pois ao conformar a forma de atuação dos Direitos Fundamentais, pode atingir campo vedado até ao poder constituinte derivado<sup>531</sup>.

Prefaciando a tradução francesa da obra Friedrich Müller, Olivier Juanjan diz que a norma deve ser formulada para o caso concreto a partir de um trabalho sobre os textos, de uma parte, quer dizer, sobre os dados linguísticos; e de um trabalho sobre os dados factuais, os dados reais. Deste duplo trabalho se desdobra a estrutura da norma em um programa normativo (resultado de um trabalho de interpretação) e em um campo normativo (resultado de um trabalho de análise do segmento da realidade concernente).

Nestas condições, a normatividade é uma qualidade dinâmica da norma posta em contato com a realidade: a norma ordena a realidade ao mesmo tempo em que é, parcialmente, ordenada por ela<sup>532</sup>.

Para aprimorar a segurança jurídica é necessária a separação entre a jurisdição ordinária e a constitucional, permitindo a interpretação de normas e de valores constitucionais com efeito vinculativo, tal como ocorre na Alemanha.

Esta separação permite *“encontrar o resultado exato e controlável, fundamentar esse resultado racional e controlavelmente e, desse modo, criar certeza jurídica e previsibilidade”*<sup>533</sup>.

Esta delimitação, efetuada pela Corte Constitucional (e pelos Tribunais Superiores no que pertine às normas infraconstitucionais), cria normas igualmente gerais, evitando a geração de casuísmos no lugar das regras.

A tarefa de concreção dos valores efetuada pela Corte Constitucional não gera, portanto, uma norma individual, tanto a norma gerada (norma de decisão), quando os valores aplicados permanecem gerais<sup>534</sup>.

Hans Kelsen reconhecia que a jurisprudência dos tribunais superiores, mormente quando dá origem a precedentes, tem o papel da lei, podendo trazer profundas alterações ao Direito, como se pode ver no trecho abaixo.

Um tribunal, especialmente um tribunal de última instância, pode receber competência para criar, através de sua decisão, não só uma norma individual, apenas vinculante para o caso *sub judice*, mas também normas gerais. Isto é assim quando a decisão judicial cria o chamado precedente judicial, isto é, quando a decisão do caso concreto é vinculante para a decisão de casos idênticos. Uma decisão judicial pode ter um tal caráter de precedente quando a norma individual por ela estabelecida não é

<sup>531</sup> HESSE, 1998, pp. 46, 47, 283-287.

<sup>532</sup> MÜLLER, Friedrich, **Discours de La Méthode Juridique**. Paris:PUF, 1996. (Título original Juristische Methodik, Berlin: Duncker & Humblot, 1993, tradução e prefácio do Prof. Olivier Juanjan), p. 15.

<sup>533</sup> HESSE, 1998, p. 55.

<sup>534</sup> MÜLLER, 1996, p. 17.

predeterminada, quanto ao seu conteúdo, por uma norma geral criada por via legislativa ou consuetudinária, ou quando esta determinação não é unívoca e, por isso, permite diferentes possibilidades de interpretação<sup>535</sup>.

O que Friedrich Müller entende por normativo é materializado muito concretamente pela prática, corrente na Alemanha, principalmente por parte da corte constitucional, em fazer preceder o texto da decisão de uma caixa contendo as frases determinantes, quer dizer, os princípios determinantes da decisão.

Estes *Leitsätze* representam os motivos determinantes da decisão. Eles enunciam assim ‘o texto da norma jurídica’ (*Text der Rechtsnorm*), que não é ‘o texto da norma’ (*Normtext*: o texto da lei, da constituição etc.). É em seguida sobre a base desta norma jurídica formulada que poderá ser tomada a decisão individual, a norma-de-decisão (*Entscheidungsnorm*)<sup>536</sup>.

Desta forma, o julgador fica vinculado a uma norma que, além de manter o seu caráter geral, engloba algo de concretização, de modo a limitar a função jurisdicional à aplicação, aos casos concretos, dos precedentes, sem esquecer que:

nalguns casos particulares que a lei não pode cobrir ‘é necessário que fiquem ao arbítrio dos juízes’, como disse o Filósofo no mesmo sítio [Retórica, livro 1, capítulo 1], como, por exemplo, se algo sucedeu ou não e como esta em outras coisas semelhantes<sup>537</sup>.

A área de atuação dos juízes ordinários, portanto, ficaria concentrada no plano concreto dos fatos<sup>538</sup>, excluída a determinação do âmbito da norma, que se distingue dos pormenores materiais do conjunto dos fatos, sendo um componente da hipótese legal normativa e um dos seus fatores constitutivos<sup>539</sup>.

A exclusão da determinação do âmbito da norma pelo juiz ordinário busca evitar que o julgador tenha liberdade total na escolha tanto da premissa maior quanto da menor eliminando o necessário “véu da ignorância” na escolha das consequências jurídicas da decisão e conferindo, portanto, um poder sem limites democráticos ao juiz<sup>540</sup>.

<sup>535</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998b, pp. 277-278.

<sup>536</sup> MÜLLER, 1996, p. 17, tradução nossa: “*Ces Leitsätze reprennent les motifs déterminants de la décision. Ils énoncent ainsi le texte de la norme juridique (Text der Rechtsnorm), qui n’est pas le texte de norme (Normtext: le texte de la loi, de la Constitution, etc.) C’est ensuite sur la base de cette norme juridique formulée que pourra être prise la décision individuelle, la norme-décision (Entscheidungsnorm)*” (grifos contantes do original).

<sup>537</sup> AQUINO, [1992], p. 64.

<sup>538</sup> SOUZA JR., 2005, pp. 7-18.

<sup>539</sup> MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do Direito Constitucional**. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 59

<sup>540</sup> VERMEULE, Adrian. Veil of Ignorance Rules in Constitutional Law. **Yale Law Journal**. New Haven: Yale Law Journal, v. 111, pp. 399-433, oct. 2001, especialmente na p., 399 onde o autor afirma que a regra do véu da ignorância é um princípio que suprime o comportamento auto-interessado por parte dos julgadores; fazendo-o ao submeter os decisores à incerteza quanto à distribuição dos ônus e dos benefícios que derivam de uma decisão: “*A veil of ignorance rule (more briefly a “veil rule”) is a rule that suppresses self-interested behavior on the part of decisionmakers; it does so by subjecting the decisionmakers to uncertainty about the distribution of benefits and burdens that will result from a decision*”.

Propõe-se a vedação, exceto em situações extremamente excepcionais, da interpretação de valores constitucionais, corrigindo uma falha institucional que surgiu em nosso ordenamento com a adoção do controle cumulado de constitucionalidade, pois:

O modelo americano de controle de constitucionalidade, adotado no Brasil em 1890-1891, nunca operou adequadamente [...] A funcionalidade do modelo vem se deteriorando à medida que cresce a abertura da Constituição a valores, a partir já de 1946 [...] A livre competição entre os dois modelos [americano e austríaco] aumentou a irracionalidade do ‘sistema’ brasileiro<sup>541</sup>.

De forma análoga à distinção norte-americana entre Direito e Política, em que a lei (*statute*) pertence ao campo da Política (*policy*) até a sua incorporação ao Direito por meio da interpretação judicial<sup>542</sup> a redução da cumulação entre a jurisdição ordinária e constitucional permitiria uma delimitação mais clara entre o Direito e a Política, pois:

A ‘normatividade’ não tem cabimento para o texto da norma. Nenhum dos dados de partida do trabalho jurídico (texto da norma, circunstâncias do caso) é normativo. Somente os seus resultados são normativos: a norma jurídica, enquanto resultado intermediário formulado em termos gerais e a norma-de-decisão, enquanto determinação obrigatória do caso individual. O que, pelo contrário, caracteriza o texto da norma é a sua validade (*Geltung*). Esta consiste de uma parte na obrigação feita aos destinatários do texto da norma de conformarem a ela a sua conduta. Esta orientação é não profissional [...] ela é pré-jurídica [política?], mesmo se é frequentemente etiquetada como jurídica<sup>543</sup>.

A separação das jurisdições – ordinária e constitucional – permitiria a efetivação dos valores constitucionais e o desenvolvimento do conceito da Pessoa Humana, fundamento e fim de nosso ordenamento (CRFB, arts. 1º, III e 3º, IV), permitindo tratamento harmônico das relações entre o indivíduo e a sociedade, fundando-se a solução dos problemas da justiça e da segurança jurídicas no próprio conceito da pessoa humana, pois “*a sociedade está integrada por pessoas. Agora, senão quer destruir-se a si mesma, deve tratar de respeitar o que é essencial em seus componentes [...]*”<sup>544</sup>.

A pessoa humana inclui em sua essência uma dupla função – individual e social – exigindo-se, para o seu desenvolvimento:

(a) suficiente liberdade de ação para que possa responder por seus atos e tender por si mesmo para o seu próprio fim. (b) suficientes meios materiais, indispensáveis para a conservação da vida e o desenvolvimento do corpo e da alma. (c) suficientes ordem e

<sup>541</sup> SOUZA JR., 2002a, p. 139.

<sup>542</sup> SOUZA JR., 2002b, p. 114.

<sup>543</sup> MÜLLER, 1996, p. 46, tradução nossa, grifamos: “*La normativité n’echoit donc pas déjà au texte de norme. Aucune des données de départ du travail juridique (texte de norme, circonstances de l’espèce) n’est normative. Seuls leurs résultats sont normatifs: la norme juridique, en tant que résultat intermédiaire formulé en termes généraux; la norme-décision, en tant que détermination obligatoire du cas individuel. Ce qui par contre caractérise le texte de norme, c’est sa validité (Geltung). Celle-ci consiste d’une part dans l’obligation faite aux destinataires du texte de norme d’y conformer leur conduite. Cette orientation des conduites d’après des textes de normes est non-professionnelle [...] elle est pré-juridique; même si elle est souvent partiellement étiquetée comme juridique.*” (grifos constantes do original)

<sup>544</sup> QUILES, Ismael. **La Persona Humana**. Buenos Aires: Espasa Calpe, [1942], p. 200.

tranquilidade pública, indispensável para a convivência e a cooperação dos indivíduos para o bem comum<sup>545</sup>.

De forma que nem o indivíduo viva para a sociedade, nem esta para o indivíduo<sup>546</sup>. O desenvolvimento da pessoa humana exige o respeito às suas várias dimensões, entre as quais a política, pois a democracia as aceita e reconhece<sup>547</sup>. O direito não pode extinguir o campo da política, pois esta:

questiona, dia a dia, no trato dos assuntos públicos, às vezes muito delicados, a **consciência ética** da comunidade. Essa, lastreada no lado bom do ser humano – que é capaz de criticar suas próprias misérias e, a partir daí, de aspirar aperfeiçoamento na direção do bem – vai propondo, em resposta, desafios éticos<sup>548</sup>.

Acreditamos que se possa compatibilizar e assegurar a realização do princípio da dignidade da pessoa humana somente se permitirmos a cada nível do ordenamento – fundamental, ordinário e judiciário – a atuação em seu campo próprio, permitindo ao Estado auxiliar o desenvolvimento da pessoa humana ao mesmo tempo em que esta mantém a sua esfera de liberdade própria.

## 62. Os problemas gerados pelo “neoconstitucionalismo”

O chamado neoconstitucionalismo abandona a técnica da subsunção, preferindo aplicar princípios constitucionais, abandonando as regras e generalizando a ponderação. A justiça é vista sob o prisma particular e a separação dos poderes esquecida em favor da preponderância do judiciário.

Humberto Ávila define o neoconstitucionalismo conforme segue.

Nesse quadro, o ponto zero [para a definição e a compreensão do neoconstitucionalismo] estaria na positivação e na aplicação, exclusiva ou preponderante, dos princípios no lugar das regras. Da preferência normativa ou teórica por determinado tipo de norma (os princípios) decorreria um método diferente de aplicação (a ponderação), do qual, por sua vez, adviria tanto a preponderância de uma perspectiva distinta de avaliação (individual e concreta), quanto o predomínio de uma dimensão específica da justiça (a particular), os quais, por seu turno, conduziriam à dominância de um dos Poderes (o Judiciário) e de uma das fontes (a Constituição)<sup>549</sup>. Pode-se afirmar, dando seguimento ao raciocínio ora desenvolvido, que o “neoconstitucionalismo” [...] possui, dentre outros que poderiam ser mencionados, quatro fundamentos: o normativo (“da regra ao princípio”); o metodológico (“da subsunção à ponderação”); o axiológico (“da justiça geral à justiça particular”) e o organizacional (“do Poder Legislativo ao Poder Judiciário”)<sup>550</sup>.

<sup>545</sup> QUILES, [1942], p. 203-204.

<sup>546</sup> Ibidem, p. 205.

<sup>547</sup> SOUZA JR, 2002b, pp. 24-27, especialmente p. 27.

<sup>548</sup> Ibidem, p. 36.

<sup>549</sup> Ávila, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: Entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, janeiro/fevereiro/março, 2009, p. 2. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>, acesso em 23 dez. 2012.

<sup>550</sup> ÁVILA, 2009, p. 3.

Ocorre que, no caso de regras constitucionais, os princípios não podem dar ensejo ao seu afastamento, pois estão no mesmo plano hierárquico<sup>551</sup>. Mesmo em se tratando de normas-regra infraconstitucionais os princípios, ressalvados casos excepcionais, não podem afastá-las.

No caso de regras infraconstitucionais, os princípios constitucionais de fato servem para interpretar, bloquear e integrar as regras infraconstitucionais existentes. Os princípios constitucionais, no entanto, só exercem a sua função de bloqueio, destinada a afastar a regra legal, quando ela for efetivamente incompatível com o estado ideal cuja promoção é por eles determinada. O aplicador só pode deixar de aplicar uma regra infraconstitucional quando ela for inconstitucional, ou quando sua aplicação for irrazoável, por ser o caso concreto extraordinário. Ele não pode deixar de aplicar uma regra infraconstitucional simplesmente deixando-a de lado e pulando para o plano constitucional, por não concordar com a consequência a ser desencadeada pela ocorrência do fato previsto na sua hipótese<sup>552</sup>.

O neoconstitucionalismo ordinariza a Constituição, perdendo-se a noção dos fins próximos e últimos<sup>553</sup>. O neoconstitucionalismo atribui poder ilimitado – e conseqüentemente antidemocrático – ao julgador ordinário, pois “*é mais fácil ao intérprete centrar-se nos princípios e aplicar, per saltum, diretamente a constituição, do que colmatar lacunas e ajustar as contendas sociais que lhes são submetidas*”<sup>554</sup>.

O neoconstitucionalismo relaciona-se a movimentos ideológicos, em especial o do Direito Alternativo, que Carlos Aurélio Mota de Souza define abaixo.

O que dizer dessa *visão parcial* do Direito [o movimento do Direito Alternativo], surgida apenas há uma década na doutrina jurídica brasileira, e inexistente no mundo jurídico latino-americano? [...]

Quando o funcionário público, qualquer que seja seu escalão e grau de autoridade, assume a parcela de poder de que foi investido por um dos Poderes estatais, e a transforma em algo próprio, de seu, olvidando que deve exercê-la *em função* de alguns cidadãos ou de muitos, e somente para eles; quando, portanto, não entende o poder como força instrumental para atingir um fim, que é o *bem particular* de um cidadão (seus direitos subjetivos legítimos) ou o *bem comum* de uma maioria (os direitos civis de uma categoria) ou mesmo da *totalidade* dos brasileiros (nas declarações positivas ou negativas de constitucionalidade), o exercício do poder público não passa de arbitrariedade e abuso daquele poder, merecendo desprezo ou censura [...]

O princípio da *autonomia* no exercício das funções públicas, em especial a judicante, não é absoluto, antes sofre limitações bem definidas, contrárias a qualquer usurpação, para garantia da integração do ordenamento jurídico e, portanto, da ordem social<sup>555</sup>.

A *praxis* indeterminada de ideias políticas na aplicação do Direito transforma os operadores do Direito, de servidores em árbitros discricionários da Justiça, o que constitui uma violência ao próprio ordenamento, levando ao niilismo jurídico ou anarquia do Direito<sup>556</sup>.

O direito, em especial o brasileiro, parece ser o único campo do conhecimento onde um indivíduo isolado – um juiz ordinário - pode não apenas sustentar uma posição contrária à defendida pela academia, pelo governo e pela unanimidade dos profissionais de maior

<sup>551</sup> ÁVILA, 2009, p. 5.

<sup>552</sup> Ibidem, p. 6.

<sup>553</sup> REVERBEL, 2012, pp. 54-55.

<sup>554</sup> Ibidem, p. 55.

<sup>555</sup> SOUZA, 1996, p. 256.

<sup>556</sup> Ibidem, p. 269.

hierarquia e experiência na sua área – os ministros do STF – como ainda pretender impor o seu entendimento isolado, que pode inclusive ser desequilibrado, às partes.

A interpretação necessita de conexão semântica entre texto e contexto, entre termos e conceitos, sob pena de termos pura e simples manipulação, que pode gerar absurdos.

Na interpretação da lei ou da Constituição, os “neoconstitucionalistas” separam o termo do conceito, o conceito do preceito, o preceito da norma, a norma do texto e o texto do contexto, para, ao final dessa operação, fazer com que o dispositivo afirme exatamente o que desejam e, não raro, o contrário do que nele está escrito<sup>557</sup>.

O neoconstitucionalismo também confunde os princípios com os postulados.

Os postulados funcionam diferentemente dos princípios e das regras. A uma, porque não se situam no mesmo nível: os princípios e as regras são normas objeto de aplicação; os postulados são normas que orientam a aplicação de outras. A duas, porque não possuem os mesmos destinatários: os princípios e as regras são primariamente dirigidos ao Poder Público e aos contribuintes; os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete e aplicador do Direito. A três, porque não se relacionam da mesma forma com outras normas: os princípios e as regras, até porque se situam no mesmo nível do objeto, implicam-se reciprocamente, quer de modo preliminarmente complementar (princípios), quer de modo preliminarmente decisivo (regras); os postulados, justamente porque se situam num metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com outras normas<sup>558</sup>.

O paradigma da ponderação, como método destinado a substituir a subsunção, leva à destruição da hierarquia entre as várias espécies normativas; anula as regras; afronta o princípio democrático, a legalidade e a separação dos poderes e torna o direito dependente de critérios subjetivos<sup>559</sup>.

A ponderação razoável e controlável depende da inexistência de uma regra constitucional imediatamente aplicável ao caso; da análise, observação e cumprimento das regras constitucionais atributivas de competência, em especial de competência legislativa e da inexistência de regra infraconstitucional estabelecida pelo poder competente; da indicação dos princípios objeto de ponderação, de sua ponderação e da fundamentação desta ponderação<sup>560</sup>, gerando desigualdade e injustiça.

Entre o caso normal e o anormal, no entanto, existe um extenso universo dentro do qual a solução dada pelas regras, embora não provoque manifesta injustiça, não se revela, aos olhos do aplicador, a melhor solução. [...] está o aplicador autorizado a buscar a melhor solução por meio da consideração de todas as circunstâncias do caso concreto, eventualmente desprezando a “solução da lei” em favor da construção da “lei do caso”? [...] as regras desempenham funções importantes numa sociedade complexa e plural, que são as de estabilizar conflitos morais e reduzir a incerteza e a arbitrariedade decorrente de sua inexistência ou desconsideração. [...] Não se afastam as regras sem se afastarem os problemas que elas ajudam a resolver. Em outras palavras, a desconsideração das regras implica um forma de injustiça<sup>561</sup>.

<sup>557</sup> HORBACH, 2007, p. 88.

<sup>558</sup> ÁVILA, 2012, p. 143.

<sup>559</sup> Cf. ÁVILA, 2009, pp. 7-9.

<sup>560</sup> ÁVILA, 2009, pp. 10-11.

<sup>561</sup> Ibidem, pp. 14-15.

O “neoconstitucionalismo” [...] aplicado no Brasil, está mais para o que se poderia denominar, provocativamente, de uma espécie enrustida “não-constitucionalismo”: um movimento ou uma ideologia que barulhentemente proclama a supervalorização da Constituição enquanto silenciosamente promove a sua desvalorização<sup>562</sup>.

---

<sup>562</sup> ÁVILA, 2009, p. 19.

## CONCLUSÃO

### 63. Viabilidade da separação da jurisdição no Brasil

A Constituição brasileira menciona o controle cumulado de constitucionalidade apenas nos seus arts. 52, X (decisão definitiva do STF); 97 (decisão de tribunais) e 102, III (recurso extraordinário interposto contra decisão de única ou última instância), permitindo a interpretação, sem alteração do texto constitucional, de que o referido controle cumulado de constitucionalidade poderia ser limitado apenas aos tribunais e demais órgãos colegiados (Turmas Recursais dos JECs e JEFs, por exemplo), vedando-se a sua utilização por juízes ordinários em julgamentos monocráticos.

Isto configuraria, evidentemente, uma mutação constitucional, mas estaria inteiramente dentro da competência do STF, enquanto intérprete da Constituição, e da evolução do nosso controle de constitucionalidade, após a criação da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, que tornou o controle separado de constitucionalidade completo e suficiente<sup>563</sup>.

### 64. Separação das jurisdições e melhoria institucional

Como salientamos acima, o controle cumulado de constitucionalidade não é atribuído ao julgador ordinário por nenhuma disposição constitucional, podendo ser limitado (por mutação constitucional derivada de interpretação do STF) apenas aos tribunais, possibilitando aos membros do judiciário a tomada de consciência enquanto membros de uma instituição voltada a dizer o direito no caso concreto.

O problema, como salienta Cappelletti, não é o da criação do direito, nem o do reconhecimento da existência de criatividade judicial, mas o da necessidade de limitação e controle desta liberdade.

O verdadeiro problema, portanto, não é o da clara oposição, na realidade inexistente, entre os conceitos de interpretação e criação do direito. O verdadeiro problema é outro, ou seja, o do *grau de criatividade* e dos *modos, limites e aceitabilidade* da criação do direito por obra dos tribunais judiciários<sup>564</sup>.

De fato, o reconhecimento de que é intrínseco em todo ato de interpretação certo grau de criatividade – ou, o que vem a dar no mesmo, de um elemento de discricionariedade e assim de escolha -, não deve ser confundido com a afirmação de *total liberdade* do intérprete<sup>565</sup>.

<sup>563</sup> MENDES, 2011, pp. 19 e 322.

<sup>564</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993, p. 21. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira.

<sup>565</sup> *Ibidem*, p. 23.

Por isso, deve ser firmemente precisado que os limites substanciais não são completamente privados de eficácia: criatividade jurisprudencial, mesmo em sua forma acentuada, não significa necessariamente “direito livre”, no sentido de direito arbitrariamente criado pelo juiz do caso concreto. Em grau maior ou menos, esses limites substanciais vinculam o juiz, mesmo que nunca possam [nem devam] vinculá-lo de forma completa e absoluta<sup>566</sup>.

O respeito à determinação democrática do direito e à legitimação democrática dos representantes eleitos é imprescindível, pois:

Certamente reconhece-se que até um judiciário inicialmente dedicado à proteção da liberdade dos cidadãos, pode terminar, malgrado seu, por se transformar em instrumento de tirania, se privado por longo tempo de legitimação democrática<sup>567</sup>.

As instituições – e entre elas o Poder Judiciário - formam o homem e a sociedade. Ora, assim como a corrupção atinge tanto aos indivíduos como aos sistemas e às instituições<sup>568</sup>, a mudança paulatina destas, na direção de uma maior racionalidade, pode formar os indivíduos. Lembramos que a própria consciência política é adquirida no contexto das instituições<sup>569</sup>.

As instituições permitem a formação do indivíduo, conduzindo-o para um profundo respeito e honra através da participação nas práticas organizacionais<sup>570</sup>.

A delimitação constitucional do poder do julgador deve, portanto, ser analisada com uma visão institucional, buscando-se corrigir problemas no modo como funcionam as instituições brasileiras.

Hugh Heclo, em sua obra sobre o pensamento institucional, define e sumariza este pensamento nos trechos abaixo:

Pensar institucionalmente não é um exercício puramente intelectual. É um misto de vínculos cognitivos e emocionais, gerando hábitos de ação. Também é um tema que nos convida a julgar as outras pessoas e, não menos, a nós mesmos. Para parafrasear Aristóteles: Quem é o seu herói e merecedor de sua honra – a pessoa que simplesmente obtém a aprovação dos demais devidos aos seus feitos relevantes, ou a pessoa que exercita virtudes que o tornam excelente em alguma prática social?<sup>571</sup>

Uma instituição é um corpo de normas que estabelece o conjunto de direitos e de obrigações em vigor; é um modo de pensar e de agir de certa prevalência e permanência [...]; é um modo equilibrado de fazer as coisas<sup>572</sup>.

A deliberação coletiva, própria dos tribunais, facilita o desenvolvimento de uma visão institucional, embora, como salienta o Heclo, esta não possa excluir a validade de pontos de

<sup>566</sup> CAPPELLETTI, 1993, p. 26.

<sup>567</sup> Ibidem, p. 94.

<sup>568</sup> GIMENO JUBERO, 2009, p. 80.

<sup>569</sup> BARZOTTO, 2010, p. 626.

<sup>570</sup> HECLO, Huch. **On Thinking Institutionally**. Boulder; London: Paradigm, 2008, p. 4.

<sup>571</sup> HECLO, 2008, pp. 4-5, tradução nossa: Thinking institutionally is not a purely intellectual exercise. It is a mixture of cognition and emotional attachment yielding habits of action. It is also a subject that invites us to render judgments about other people and, not least, about ourselves. To paraphrase Aristotle, Who is your hero and deserver of your honor – the person who simply obtains the approval of others because of significant achievements, or the person who exercises virtues that sustain excellence in some social practice?

<sup>572</sup> Ibidem, pp. 48-49, tradução nossa: An institution is the body of laws that establish the set of rights and obligations in force; a way of thought or action of some prevalence and permanence [...]; an equilibrium way of doing things.

vista, mas antes integrá-los<sup>573</sup>, demarcando uma zona para o exercício válido dos pontos de vista, sem que estes ataquem o fim de cada instituição<sup>574</sup>.

Acerca do aspecto institucional do direito, Barzotto explica que:

O direito é a manifestação prática da ideia de justiça. De um ângulo institucionalista, podemos dizer que o direito é a ordem concreta, o conjunto de deveres da justiça ligados a uma determinada situação social [...] A justiça não paira acima da experiência social, mas está vinculada a instituições sociais concretas [...] Esses princípios não são disponíveis para o legislador e o juiz [...] A instituição é uma ordem concreta, fática, que impõe uma série de deveres de justiça, tendo em vista o bem que constitui a finalidade da instituição [...] O direito só existe como parte das instituições culturais, políticas, econômicas, religiosas e sociais que buscam os bens necessários à “vida boa”<sup>575</sup>.

Ora, se a jurisdição é um poder caracterizado pela imparcialidade, que aplica o direito em uma forma específica<sup>576</sup>, exige-se imparcialidade do aplicador, pois só é realmente juiz quem é imparcial<sup>577</sup>, realizando o fim de sua instituição, a aplicação do direito, dentro de um Estado Democrático.

Acreditamos, com base no acima exposto, que a supressão do controle de constitucionalidade por parte do juiz ordinário, por meio de uma mutação constitucional efetuada por interpretação da Constituição a cargo do STF, pode melhorar, e muito, as nossas instituições. Aos poucos, o nosso judiciário poderá compreender a natureza de sua função, nos mesmos moldes do que ocorre nos EUA e no Reino Unido, onde os julgadores seguem os limites apontados pelas cortes superiores sem a necessidade de sanções<sup>578</sup>, embora estas possam ser necessárias durante o período inicial, de adaptação institucional, tal como ocorre, hoje na Espanha<sup>579</sup>.

Com o tempo, a supressão do controle de constitucionalidade a cargo dos juízes ordinários pode vincular os juízes tanto às leis, como aos regulamentos, desde que válidos, como tal entendidos pelos tribunais superiores, nos mesmos moldes do que ocorre, hoje, na Espanha<sup>580</sup>, conferindo segurança e certeza ao direito, propiciando uma melhor delimitação entre os campos do direito e da política, respeitando-se as escolhas válidas dos legisladores e dos administradores e, por fim, melhorando o respeito aos valores constitucionais e aos Direitos Fundamentais da Pessoa Humana.

<sup>573</sup> HECLO, 2008, pp. 182-183.

<sup>574</sup> Ibidem, p. 190.

<sup>575</sup> BARZOTTO, 2005, pp. 31-32.

<sup>576</sup> OLIVEIRA & MITIDIÉRO, 2010, pp. 125-126.

<sup>577</sup> FULLER, 1978, p. 365.

<sup>578</sup> DUXBURY, 2008, p. 14.

<sup>579</sup> FERRERES COMELLA, 2009, pp. 62-64.

<sup>580</sup> Ibidem, p. 58.

## 65. Melhoria na imparcialidade dos julgamentos

A eliminação do controle de constitucionalidade a cargo dos juízes ordinários ampliará a aplicação das normas-regra e dificultará a aplicação *per saltum* de princípios constitucionais, afastando-se as regras vigentes. Ora, como os princípios são normas de parcialidade, que exigem a avaliação da correlação entre a meta esperada e os efeitos decorrentes do seu pressuposto fático, enquanto as regras tem uma finalidade pré-definida pelo legislador, sendo imparciais. Desta forma, a redução do uso indevido dos princípios ampliará a imparcialidade dos julgamentos.

O maior ganho, entretanto, decorrerá da existência de parâmetros claros para o controle das decisões judiciais, o que poderá permitir, com o tempo, uma clara distinção entre os níveis normativos, estabelecendo meios para o estabelecimento de uma distinção clara entre:

- I) a correta adequação da lei à realidade fática *sub judice*<sup>581</sup>, pela aplicação da equidade;
- II) a decisão ou procedimento incorretos, gerando sucumbência e resolvíveis por meio do sistema recursal e
- III) os atos violadores dos direitos fundamentais das partes diante do julgador ou dos próprios deveres constitucionais deste diante do ordenamento.

O resultado final seria um sistema onde a certeza e a segurança jurídicas seriam muito superiores às hoje existentes.

---

<sup>581</sup> O próprio Hans Kelsen reconhece que o juiz nunca está completamente limitado pelo ordenamento, sendo famosa a ideia kelseniana da moldura interpretativa. KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998a, pp. 197-198 e 210-212. De forma ainda mais clara e específica, mencionando as várias possibilidades de aplicação dentro da moldura legal KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998b, pp. 390-391.

## REFERÊNCIAS

- ALEMANHA. **Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (Bundesverfassungsgerichtsgesetz – BverfGG)**. Bonn: Bundesgesetzblätter, 2012, disponível em <<http://www.gesetze-im-internet.de/bverfgg/BJNR002430951.html>>, acesso em 06 jan. 2013.
- AMARAL JR., José Levi Mello do. Sobre a Organização de Poderes em Montesquieu: Comentários ao Capítulo VI do Livro XI de O Espírito das Leis. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, v. 868, Fev. 2008, pp. 53-65.
- AQUINO, São Tomás de. **Tratado da Lei**. Porto: Res Jurídica, [1992]. (título original: De Legibus, In Quatuor Articulis Divisa, texto constante da Summa Theologica)
- ARISTOTELES. The Atenian Constitution. In. \_\_\_\_\_. **Aristotle's Collection: 29 books**. Seattle: Amazon, 2010, (kindle ebook).
- ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011.
- \_\_\_\_\_. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012.
- \_\_\_\_\_. “Neoconstitucionalismo”: Entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>, acesso em 23 dez. 2012.
- BARZOTTO, Luis Fernando. **A Democracia na Constituição**. São Leopoldo: UNISINOS, 2005.
- \_\_\_\_\_. Filosofia e Constituição. In. MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira & NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Tratado de Direito Constitucional**. SP: Saraiva, 2010, pp. 617-653.
- BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. SENADO FEDERAL. COMISSÃO DE JURISTAS RESPONSÁVEL PELA ELABORAÇÃO DE ANTEPROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. **Exposição de Motivos do Projeto de Código de Processo Civil**. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>, acesso em 03/09/2012.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal (2. Região). Apelação Cível nº 545.142 (2011.51.02.001429-2). Relator Desembargador Federal Sérgio Schwaitzer. Rio de Janeiro 04/07/2012. Diário de Justiça Eletrônico da 2ª Região 10 jul. 2012, p. 259, unânime.

\_\_\_\_\_. Apelação em Mandado de Segurança nº 2006.34.00.011632-6. Rel. Des. Fed. João Batista Moreira. Brasília, 25 abr. 2012. Diário de Justiça Eletrônico da 1ª Região 11 mai. 2012, p. 1.451. unânime.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª SEÇÃO. Recurso Especial nº 1.089.720. Recorrente: União (Fazenda Nacional). Relator Min. Mauro Cambell Marques, acompanhado dos Mins. Benedito Gonçalves, Eliana Calmon, Teori Albino Zavascki, Arnaldo Esteves Lima, Humberto Martins e Herman Benjamin, vencido o Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Recorrido: Setembrino dal Bosco. Brasília, 10 de outubro de 2012, Diário de Justiça Eletrônico de 28 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. 1ª SEÇÃO. Recurso Especial nº 1.118.429. Recorrente: União (Fazenda Nacional). Relator Min. Herman Benjamin, decisão unânime. Recorrido: Valdir Florentino dos Santos. Brasília, 24 de março de 2010, Diário de Justiça Eletrônico de 14 mai. 2010.

\_\_\_\_\_. 3ª SEÇÃO. Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 13.545, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz. Brasília, 08 set. 2010. Diário de Justiça Eletrônico 07 out. 2010.

\_\_\_\_\_. Corte Especial. **Súmula nº 7.** A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Disponível em <[http://www.stj.jus.br/docs\\_internet/SumulasSTJ.pdf](http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf)>. Acesso em 27 jan. 2013.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 361/BA. Brasília, 23 de junho de 2010. Diário de Justiça Eletrônico de 12 ago. 2010.

\_\_\_\_\_. **Súmula nº 279.** Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. Disponível em <[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_201\\_300](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_201_300)>. Acesso em: 27 jan. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. **Súmula nº 160.** É defeso, ao município, atualizar o IPTU, mediante Decreto, em percentual superior ao índice oficial de correção monetária. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=331>>, acesso em 29 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. Recurso Extraordinário nº 353.657-5. Tribunal Pleno, Brasília, DF, 25 de junho de 2007, voto do Min. Ricardo Lewandowski na questão de ordem, em voto transcrito nas pp. 670 e 692 do vol. 2310-03 do Ementário.

\_\_\_\_\_. Primeira Turma. Habeas Corpus nº 107.147/MG. Brasília, 17 de abril de 2012. Diário de Justiça Eletrônico 02 mai. 2012, unânime.

BRASIL. Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890. [S.l.]: JusBrasil – Educação Jurídica, Política e Gestão Pública, disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/129395/decreto-848-90>>, acesso em 08 nov. 2012.

- \_\_\_\_\_. Lei nº 7713, de 22 de dezembro de 1988. **Portal da Legislação**. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos, Brasília, DF, 2013. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7713compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7713compilada.htm)>, acesso em 27 jan. 2013.
- \_\_\_\_\_. Constituição (1946). **Portal da Legislação**. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos, Brasília, DF, 2012. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm)>, acesso em 07 mai. 2011.
- \_\_\_\_\_. Constituição (1967). **Portal da Legislação**. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos, Brasília, DF, 2012. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao67.htm)>, acesso em 07 mai. 2011.
- \_\_\_\_\_. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. **Portal da Legislação**. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos, Brasília, DF, 2012. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm)>, acesso em 07 mai. 2011.
- \_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Portal da Legislação**. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos, Brasília, DF, 2012. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>, acesso em 07 mai. 2011.
- BREWER-CARÍAS, Allan R. Una Pincelada sobre los Sistemas de Control de Constitucionalidad en Iberoamérica. In: **REVERBEL**, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição Constitucional na Íbero-América**. Porto Alegre: Brejo Bibliobureau, 2012, p. XVII.
- CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. 6. ed., revista e ampliada por Miguel Galvão Teles, Coimbra: Almedina, 2010, t. I.
- CALAMANDREI, Piero. **La Casación Civil**. Buenos Aires: Bibliografica Argentina, 1945, Tomo I: História y Legislaciones, v. 2.
- CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial da Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2. ed., reimp. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.
- \_\_\_\_\_. **Juízes Legisladores**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira.
- CARRASCO, Álvaro José Bettanin. **A Função Jurisdicional Ordinária e o Estado Democrático de Direito: Um Enfoque Institucional**. Porto Alegre: UFRGS, 2012, disponível em <<http://hdl.handle.net/10183/56643>>, acesso em 23 out. 2012.
- CAVALCANTI, Themístocles B. **A Constituição Federal Comentada**. 3. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1956-1958, v. III.

CHUNG, Kwang-hyun. **Zur Nützlichkeit der Urteilsverfassungsbeschwerde.** Eine rechtsvergleichende Betrachtung u.a. aus koreanischer Perspektive. Seoul, Korea: Hamkemannunbi, 2012. Disponível em <<http://www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/8649/abrufbar>>. Acesso em 20 out. 2012. Tese de doutorado defendida em Freiburg em 15/05/2012.

CONSELHO DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL – CDES. **Indicadores de Iniquidade no Sistema Tributário Nacional - Relatório de Observação n. 2.** 2. ed. Brasília: CDES, 2011, disponível em <<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CCEQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.cdes.gov.br%2Fdocumento%2F2651756%2Findicadores-de-iniquidade-do-sistema-tributario-nacional-relatorio-de-observacao-n-2.html&ei=272fUMvKEIne8AShg4DgBA&usg=AFQjCNEnfMApoQhNKx5TVk3hkq3tU0MaWQ>>, acesso em 27 mai. 2011.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **JUSTIÇA EM NÚMEROS 2009:** Indicadores do Poder Judiciário. Panorama do Judiciário Brasileiro. Brasília: CNJ, setembro de 2010.

DUXBURY, Neil. **The Nature and Authority of Precedent.** Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

ESPAÑA. Ley 58/2003, de 17 de diciembre. Ley Geral Tributaria. **Boletín Oficial del Estado.** Madrid: BOE, 18 dec. 2003. Disponível em <<http://www.boe.es/boe/dias/2003/12/18/pdfs/A44987-45065.pdf>>, acesso em 14 ago. 2011.

\_\_\_\_\_. Constitución Española. In. \_\_\_\_\_. **Código de Leyes Políticas.** Edición actualizada a 4 de diciembre de 2012. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2012a, pp. 5-41, disponível em <[http://www.boe.es/legislacion/codigos/abrir\\_pdf.php?fich=005\\_Codigo\\_de\\_Leyes\\_Politicas.pdf](http://www.boe.es/legislacion/codigos/abrir_pdf.php?fich=005_Codigo_de_Leyes_Politicas.pdf)>, acesso em 04 dez. 2012.

\_\_\_\_\_. Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. In. \_\_\_\_\_. **Código de Leyes Políticas.** Edición actualizada a 4 de diciembre de 2012b. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2012b, pp. 133-159, disponível em <[http://www.boe.es/legislacion/codigos/abrir\\_pdf.php?fich=005\\_Codigo\\_de\\_Leyes\\_Politicas.pdf](http://www.boe.es/legislacion/codigos/abrir_pdf.php?fich=005_Codigo_de_Leyes_Politicas.pdf)>, acesso em 04 dez. 2012.

\_\_\_\_\_. Ley de Enjuiciamiento Civil. In. \_\_\_\_\_. **Código de Legislación Procesal.** Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2013, p. 251-539.

ESTADOS UNIDOS. INTERNAL REVENUE SERVICES. **Internal Revenue Services Accountability Report Fiscal Year 2001.** Washington: IRS, disponível em <<http://www.irs.gov/pub/irs-pdf/p3385.pdf>>, acesso em 11 nov. 2012.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. SUPREMA CORTE. Baker v. Carr. **United States Reports.** Washington: Suprema Corte, v. 369, p. 186, 1962, disponível em <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=369&page=186>>, acesso em 10/10/2012.

- \_\_\_\_\_. *Brown v. Plata*. **United States Reports**. Washington: Suprema Corte, v. 563, 2011, disponível em <<http://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/09-1233.pdf>>.
- \_\_\_\_\_. *Chevron U.S.A. v. Natural Res. Def. Council*. **United States Reports**. Washington: Suprema Corte, v. 467, p. 837 e ss., disponível em <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=467&page=837>>, acesso em 10 nov. 2012.
- \_\_\_\_\_. *Griffith v. Kentucky*, v. 479, p. 314 e ss., 1987, disponível em <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=479&page=314>>, acesso em 03 dez. 2011.
- \_\_\_\_\_. *Johnson v. New Jersey*. **United States Reports**. Washington: Suprema Corte, v. 384, p. 719 e ss., 1966, disponível em <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=384&page=719>>, acesso em 03 dez. 2011.
- \_\_\_\_\_. *LINKLETTER v. WALKER*. **United States Reports**. Washington: Suprema Corte, v. 381, p. 618 e ss., 1965, disponível em <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=381&page=618>>, acesso em 03 dez. 2011.
- \_\_\_\_\_. *Vieth et al. v. Jubelirer, PRESIDENT OF THE PENNSYLVANIA SENATE, et. al.* **United States Reports**. Washington: Suprema Corte, v. 541, p. 278, 2004, disponível em <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=541&page=278#278>>, acesso em 12/10/2012.
- \_\_\_\_\_. *Williams v. United States*. **United States Reports**. Washington: Suprema Corte, v. 401, p. 646 e ss, especialmente p. 679, 1971, disponível em <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=401&page=646>, voto vencido do juiz Harlan.
- \_\_\_\_\_. *WILLIE GENE DAVIS, PETITIONER v. UNITED STATES*. **United States Reports**. Washington: Suprema Corte, v. 564, disponível em <<http://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/09-11328.pdf>>, acesso em 08 nov. 2012.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. **La Obsolescencia de la Bipolaridad “Modelo Americano – Modelo Europeo Kelseniano” Como Critério Analítico del Control de Constitucionalidad y la Búsqueda de una Nueva Tipología Explicativa**. Córdoba, Argentina, 2002, disponível em <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1060359>>, acesso em 28/08/2012.
- \_\_\_\_\_. *La Jurisdicción Constitucional en España*. In. GARCIA BELAUNDE, Domingo & \_\_\_\_\_ (coords.). **La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica**. Madrid: Dyckinson; Jurídicas Lima: Lima; Jurídica E. Esteva: Montevidéo; Jurídica Venezolana: Caracas, 1997, pp. 625-709.

- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Institucionais**. São Paulo: Max Limonad, 1986.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- FERRERES COMELLA, Víctor. Las Consecuencias de Centralizar el Control de Constitucionalidad de la Ley en un Tribunal Especial. Algunas Reflexiones Acerca del Activismo Judicial. **SELA (Seminário en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers**. [S.l.: s.n.], 2004, *paper* 40, disponível em <[http://digitalcommons.law.yale.edu/yls\\_sela/40/](http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/40/)>, acesso em 03 set. 2011.
- \_\_\_\_\_. Sobre la Posible Fuerza Vinculante de la Jurisprudencia. In. \_\_\_\_\_ & Xiol, Juan Antonio. **El Carácter Vinculante da la Jurisprudencia**. Madrid: Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 43-80.
- \_\_\_\_\_. **Justicia Constitucional y Democracia**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. São Leopoldo: UNISINOS, 2007.
- FRANÇA. **Constituição de 1958**. Paris: Le Service Public de la Diffusion du Droit. Disponível em <<http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Constitution-du-4-octobre-1958>>, acesso em 03 dez. 2011.
- \_\_\_\_\_. **Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre portant loi organique sur le Conseil constitutionnel**. Version consolidée au 20 avril 2011. Paris: Le Service Public de la Diffusion du Droit. Disponível em <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000705065&fastPos=1&fastReqId=1608164790&categorieLien=cid&oldAction=rechTexte>>, acesso em 03 dez. 2011.
- FULLER, Lon L. The Forms and Limits of Adjudication. **Harvard Law Review**, vol. 92, n. 2, Dec. 1978, pp. 353-409, disponível em <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/1340368?uid=3737664&uid=2129&uid=2&uid=70&uid=4&sid=21101310094827>>, acesso em 20/11/2011.
- \_\_\_\_\_. **Morality of Law**. 2. ed. New Haven e London: 1969.
- FUX, Luiz et alii. Exposição de Motivos do Anteprojeto. In: MARINONI, Luiz Guilherme & MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 205-225.
- GIAMBIAGI, Fábio & ALÉM, Ana Cláudia. **Finanças Públicas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- GIMENO JUBERO, Miguel Ángel. Algunas Cuestiones sobre la Responsabilidad Penal del Juez. In. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. ESCUELA JUDICIAL. **La**

**Responsabilidad Personal del Juez.** Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2009, pp. 75-87.

GIORGI JR., Romulo Ponticelli. Origem e Evolução da Duplicidade. In. SOUZA JR., Cezar Saldanha (org.) **Inter-relações entre o Processo Administrativo o Judicial (em Matéria Fiscal) a partir da Identificação de Contenciosos cuja Solução Deveria ser Tentada Previamente na Esfera Administrativa.** Brasília: CNJ, 2011a, vol. II: Da Pesquisa Jus-Doutrinária Comparada, pp. 12-35, disponível em <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat\\_pesquisa\\_ufrgs\\_edital1\\_2009.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_ufrgs_edital1_2009.pdf)>, acesso em 20 out 2012.

\_\_\_\_\_. Os Dados Empíricos e a Doutrina. In. SOUZA JR., Cezar Saldanha (org.) **Inter-relações entre o Processo Administrativo o Judicial (em Matéria Fiscal) a partir da Identificação de Contenciosos cuja Solução Deveria ser Tentada Previamente na Esfera Administrativa.** Brasília: CNJ, 2011b, vol. II: Da Pesquisa Jus-Doutrinária Comparada, pp. 155-178, disponível em <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat\\_pesquisa\\_ufrgs\\_edital1\\_2009.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_ufrgs_edital1_2009.pdf)>, acesso em 20 out 2012.

GUERREIRO, Carlos Eduardo de Almeida. Instância Administrativa Fiscal: Panorama Atual. In. SOUZA JR., Cezar Saldanha (org.) **Inter-relações entre o Processo Administrativo o Judicial (em Matéria Fiscal) a partir da Identificação de Contenciosos cuja Solução Deveria ser Tentada Previamente na Esfera Administrativa.** Brasília: CNJ, 2011, vol. II: Da Pesquisa Jus-Doutrinária Comparada, pp. 36-48, disponível em <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat\\_pesquisa\\_ufrgs\\_edital1\\_2009.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_ufrgs_edital1_2009.pdf)>, acesso em 20 out 2012.

HÄBERLE, Peter. El Recurso de Amparo en el Sistema Germano- Federal de Jurisdicción Constitucional. In. GARCIA BELAUNDE, Domingo & FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (coords.) **La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica.** Madrid: Dyckinson; Jurídicas Lima: Lima; Jurídica E. Esteva: Montevideú; Jurídica Venezolana: Caracas, 1997, pp. 231-282.

HART, H. L. A. **The Concept of Law.** 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1994.

HARVARD LAW REVIEW. Developments in Law: Access to Courts. **Harvard Law Review.** Cambridge, Massachusetts: Harvard Law Review, v. 122, pp. 1150-1216, 2009a, disponível em <[http://www.harvardlawreview.org/issues/122/february09/Developments\\_in\\_the\\_Law\\_467.php](http://www.harvardlawreview.org/issues/122/february09/Developments_in_the_Law_467.php)>

\_\_\_\_\_. The Mysteries of the Congressional Review Act. **Harvard Law Review.** Cambridge, Massachusetts: Harvard Law Review, v. 122, n. 8, p. 2162-2183, especialmente pp. 2162-2163, jun. 2009b, disponível em <[http://www.harvardlawreview.org/issues/122/june09/Note\\_737.php](http://www.harvardlawreview.org/issues/122/june09/Note_737.php)>, acesso em 02 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. Judicial Review of Congressional Factfinding. **Harvard Law Review.** Cambridge, Massachusetts: Harvard Law Review, v. 122, n. 2, p. 767-786, especialmente p. 786, dec. 2008, disponível em

<[http://www.harvardlawreview.org/issues/122/december08/Note\\_297.php](http://www.harvardlawreview.org/issues/122/december08/Note_297.php)>, acesso em 2 out. 2012.

HERVADA, Javier. **O que é o direito?** A moderna resposta do realismo jurídico. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. **Lições Propedêuticas de Filosofia do Direito.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998 [Título original *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 1995].

HEUSCHLING, Luc. **État de Droit, Rechtsstaat, Rule of Law.** Paris: Dalloz, 2002.

HECLO, Huch. **On Thinking Institutionally.** Boulder; London: Paradigm, 2008.

HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do direito constitucional: neoconstitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 96, v. 859, p. 81-91, mai. 2007.

JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado.** México: FCE, 2000. (Título original: *Allgemeine Staatslehre*, tradução e prólogo de Fernando de los Ríos)

JIMÉNEZ, Juan Pablo; SABAINI, Juan Carlos Gómez & PODESTÁ, Andréa. *Tax Gap and Equity in Latin America and the Caribbean.* Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH e UN/ECLAC (ONU/CEPAL): Eschborn, Alemanha, 2010.

JUSTINIANO. **Le Pandette.** Riordinate da R. G. Pothier. Venezia: Antonio Bazzarini, 1833, disponível em <[http://books.google.com.br/books?id=ooADAAAAQAAJ&printsec=frontcover&dq=le+pannette&source=bl&ots=2DH1klQvbM&sig=zy9\\_Oiq9GzOYbpzPZcqFIyqyl7c&hl=pt-BR&sa=X&ei=d9l4UMHrOey-0QH85YGIDw&redir\\_esc=y#v=onepage&q=le%20pannette&f=false](http://books.google.com.br/books?id=ooADAAAAQAAJ&printsec=frontcover&dq=le+pannette&source=bl&ots=2DH1klQvbM&sig=zy9_Oiq9GzOYbpzPZcqFIyqyl7c&hl=pt-BR&sa=X&ei=d9l4UMHrOey-0QH85YGIDw&redir_esc=y#v=onepage&q=le%20pannette&f=false)>, acesso em 30 jul. 2009.

KAHAN, Dan. M. Neutral Principles, Motivated Cognition, and Some Problems for Constitutional Law. In. The Supreme Court 2010 Term. **Harvard Law Review.** Cambridge, Massachusetts: Harvard Law Review, v. 125, n. 1, Nov. 2011, pp. 1-77, disponível em <[http://www.harvardlawreview.org/media/pdf/vol125\\_kahan.pdf](http://www.harvardlawreview.org/media/pdf/vol125_kahan.pdf)>.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998b.

\_\_\_\_\_. **A Democracia.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. **La Paz por Medio del Derecho.** Buenos Aires: Losada, 1946.

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral do Direito e do Estado.** 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998a.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KING, Jeff A. The Pervasiveness of Polycentry. **Public Law**, 2008, pp. 101-124, Londres, disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1027625>>, acesso em 02 nov. 2012.

KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. O Regime de Execução dos Títulos Extrajudiciais e os Novos Meios Expropriatórios. In: SANTOS, Ernane Fidélis dos; WAMBIER, Luiz Rodrigues; NERY JR., Néelson & WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Execução Civil**. Estudos em Homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 504-516.

LANG, Joachim & TIPKE, Klaus. **Direito Tributário (Steuerecht)**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fábris, 2008, Vol. I. (Tradução da 18ª edição alemã, totalmente refeita, por Luiz Dória Furquim).

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **A Responsabilidade Civil do Juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LAVRATTI, Rafael Santos. A Equação das Instâncias (Administrativa e Judicial) no Direito Comparado. In: SOUZA JR., Cezar Saldanha (org.) **Inter-relações entre o Processo Administrativo o Judicial (em Matéria Fiscal) a partir da Identificação de Contenciosos cuja Solução Deveria ser Tentada Previamente na Esfera Administrativa**. Brasília: CNJ, 2011, vol. II: Da Pesquisa Jus-Doutrinária Comparada, pp. 72-153, disponível em <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat\\_pesquisa\\_ufrgs\\_edital1\\_2009.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_ufrgs_edital1_2009.pdf)>, acesso em 20 out 2012.

LEAL, Roger Stiefelmann. A convergência dos sistemas de controle de constitucionalidade: aspectos processuais e institucionais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 14, n. 57, p. 62-81, out.-dez. 2006a.

\_\_\_\_\_. **O Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006b.

LEVINSON, Daryl J. Parchment and Politics: The Positive Puzzle of Constitutional Commitment. **Harvard Law Review**. Cambridge, Massachusetts: Harvard Law Review, v. 124, jan. 2011, p. 657-746, disponível em <[http://www.harvardlawreview.org/issues/124/january11/Article\\_7708.php](http://www.harvardlawreview.org/issues/124/january11/Article_7708.php)>, acesso em 10 oct. 2012.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1970. (Título original: Verfassungslehre, Tübingen, J. C. Mohr, 1959, à qual foi juntada a monografia do mesmo autor intitulada Über Wesen, Technik und Grenzen der Verfassungsänderung, Berlin, Walter de Gruyter, 1961, tradução de Alfredo Gallego Anibitarte).

KNIJNIK, Danilo. **O Recurso Especial e a Revisão da Questão de Fato pelo Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 3 (nota 7) e 90-91.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

- \_\_\_\_ & ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- \_\_\_\_ & MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MARITAIN, Jacques. **El Hombre y el Estado**. 2. ed. Madrid: Encuentro, 2002. (Título original: L'Homme et l'État, tradução de Juan Miguel Palacios).
- MARTINS, ÂngelaVidal da Silva. **A Moralidade do Direito como Condição de Liberdade em Lon Fuller**. 2012, 119f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.
- MARTINS, Leonardo. Introdução à Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. In. \_\_\_\_ (org.). **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideu: Konrad Adenauer, 2005a, pp. 33-126, organizador da coletânea original Jürgen Schwabe, tradução de Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Geraldine Ferreira, disponível em <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2241>>, acesso em 13 ago. 2010.
- \_\_\_\_ (org.). **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideu: Konrad Adenauer, 2005b, organizador da coletânea original Jürgen Schwabe, tradução de Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Geraldine Ferreira, disponível em <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2241>>, acesso em 13 ago. 2010.
- MARTINS FILHO, Ives Gandra. Os Princípios Jurídicos e sua Densidade Normativa. **Justiça & Cidadania**, Rio de Janeiro, n. 145, pp. 16-20, set. 2012.
- MCILWAIN, Charles Howard. **Constitutionalism: Ancient and Modern**. Indianapolis: Liberty Fund, 2008, disponível em [http://files.libertyfund.org/files/2145/McIlwain\\_7850\\_EBk\\_v6.0.pdf](http://files.libertyfund.org/files/2145/McIlwain_7850_EBk_v6.0.pdf)>, acesso em 07 nov. 2012.
- MENDES, Gilmar Ferreira. O Sistema Brasileiro de Controle de Constitucionalidade. In: MARTINS, Ives Gandra; \_\_\_\_ & NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Tratado de Direito Constitucional**. SP: Saraiva, 2010, pp. 305-378.
- \_\_\_\_. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. 2. ed. São Paulo: Saraiva; Brasília: IDP, 2011.
- \_\_\_\_; COELHO, Inocêncio Mártires & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva; Brasília: IDP, 2009.
- MILWAUKEE. OFFICE OF THE CITY TREASURER. **DEPARTMENT METRICS. PERFORMANCE MEASURES** (2010-2011). Milwaukee: Treasurer, 2012, disponível em <http://city.milwaukee.gov/ImageLibrary/Groups/treasurerAuthors/DepartmentMetrics20120412.pdf>>, acesso em 11 nov. 2012.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3. ed. Coimbra, 1991, tomo II: Constituição e Inconstitucionalidade.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. I, de 1969**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, tomo V.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **De L'Esprit des Loix**. Ou du rapport que les Loix doivent avoir avec la Constitution de chaque gouvernement, les moeurs, le climat, la religion, le commerce, &c. à quoi l'auteur a ajouté Des recherches nouvelles sur les Loix romaines, touchant les successions, sur les Loix Française, & sur les Loix féodales. 2. ed. Corrigida pelo autor. Geneve: Barrilot & Fils, 1749, disponível em <[http://books.google.fr/books/download/De l esprit des loix ou Du rapport que l.p df?id= q4UAAAAQAAJ&hl=pt-BR&capid=AFLRE70-xPUypTWfXwsfb5\\_nmwJ\\_xkTCrsc0DYAvUx1HDOJBAdyts01RSK45EMBJxZAEkBATCGrwPa5ZE8kNzrz9akvWqOwmcw&continue=http://books.google.fr/books/download/De l esprit des loix ou Du rapport que l.pdf%3Fid%3D\\_q4UAAAAQAAJ%26hl%3Dpt-BR%26output%3Dpdf](http://books.google.fr/books/download/De_l_esprit_des_loix_ou_Du_rapport_que_l_p_df?id=q4UAAAAQAAJ&hl=pt-BR&capid=AFLRE70-xPUypTWfXwsfb5_nmwJ_xkTCrsc0DYAvUx1HDOJBAdyts01RSK45EMBJxZAEkBATCGrwPa5ZE8kNzrz9akvWqOwmcw&continue=http://books.google.fr/books/download/De_l_esprit_des_loix_ou_Du_rapport_que_l.pdf%3Fid%3D_q4UAAAAQAAJ%26hl%3Dpt-BR%26output%3Dpdf)>, acesso em 1 nov. 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 20. ed. Atualizada até a EC nº 52/06. São Paulo: Atlas, 2006.

MOTA, Ana Carolina Yoshida Hirano. **Accountability no Brasil: os Cidadãos e seus Meios Institucionais de Controle dos Representantes**. São Paulo: USP, 2006, disponível em <[http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=accountability%20conceito&source=web&cd=6&sqi=2&ved=0CFMQFjAF&url=http%3A%2F%2Fwww.teses.usp.br%2Fteses%2Fdisponiveis%2F8%2F8131%2Fde-25052007-141025%2Fpublico%2FTESE\\_ANA\\_CAROLINA\\_YOSHIDA\\_HIRANO\\_ANDRADE\\_MOTA.pdf&ei=vSsLUbDEII3G9gTFsoCwDg&usq=AFQjCNFhwG1JCHcMjeGhRjHzrrMVgu4rrg&bvm=bv.41867550,d.eWU](http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=accountability%20conceito&source=web&cd=6&sqi=2&ved=0CFMQFjAF&url=http%3A%2F%2Fwww.teses.usp.br%2Fteses%2Fdisponiveis%2F8%2F8131%2Fde-25052007-141025%2Fpublico%2FTESE_ANA_CAROLINA_YOSHIDA_HIRANO_ANDRADE_MOTA.pdf&ei=vSsLUbDEII3G9gTFsoCwDg&usq=AFQjCNFhwG1JCHcMjeGhRjHzrrMVgu4rrg&bvm=bv.41867550,d.eWU)>, acesso em 31 jan. 2013, tese de doutorado em Ciência Política na Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP.

MÜLLER, Friedrich, **Discours de La Méthode Juridique**. Paris:PUF, 1996. (Título original *Juristische Methodik*, Berlin: Duncker & Humblot, 1993, tradução e prefácio do Prof. Olivier Juanjan).

NERY JÚNIOR, Néelson & NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 9. ed., rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Carlos Alberto & MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2010, v. I: Teoria Geral do Processo Civil e Parte Geral do Direito Processual Civil.

OSLÉ, Rafael Domingo. El Binomio “Auctoritas-Potestas” en el Derecho Romano y Moderno. **Persona y Derecho**, Pamplona: Universidad de Navarra, n. 37, 1997, pp. 183-195, disponível em <[http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/12935/1/PD\\_37\\_06.pdf](http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/12935/1/PD_37_06.pdf)>, acesso em 07 nov. 2012.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PIEROTH, Bodo & SCHLINK, Bernhard. **Grundrechte Staatsrecht II**. 16. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2000.

QUILES, Ismael. **La Persona Humana**. Buenos Aires: Espasa Calpe, [1942].

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMSEYER, J. Mark. Not-so-ordinary judges in ordinary courts: teaching *Jordan v. Duff & Phelps, Inc.* **Harvard Law Review**. Cambridge, Massachusetts: Harvard Law Review, v. 120, mar. 2007, p. 1199-1209, especialmente pp. 1205-1206, disponível em <[http://www.harvardlawreview.org/issues/120/march07/Commentary\\_4067.php](http://www.harvardlawreview.org/issues/120/march07/Commentary_4067.php)> acesso em 03/09/2012.

RAWLS, John. **Justiça e Democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REICHELTE, Luis Alberto. A Instância Judiciária Fiscal. In. SOUZA JR., Cezar Saldanha (org.) **Inter-relações entre o Processo Administrativo o Judicial (em Matéria Fiscal) a partir da Identificação de Contenciosos cuja Solução Deveria ser Tentada Previamente na Esfera Administrativa**. Brasília: CNJ, 2011, vol. II: Da Pesquisa Jus-Doutrinária Comparada, pp. 49-71, disponível em <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat\\_pesquisa\\_ufrgs\\_edital1\\_2009.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_ufrgs_edital1_2009.pdf)>, acesso em 20 out 2012.

\_\_\_\_\_. A Repercussão Geral do Recurso Extraordinário e a Construção do Processo Civil na Era da Solidariedade Social. **Revista de Processo**. V. 189, nov. 2010.

\_\_\_\_\_. **A Prova no Direito no Direito Processual Civil**. Porto Alegre: Do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_ & SALDANHA, Leonardo Tricot. **Os novos contornos da atividade jurisdicional e o enfrentamento de políticas de direito material**. Porto Alegre: UNIRITTER, 2012. Disponível em <[http://www.uniritter.edu.br/eventos/sepesq/vi\\_sepesq/arquivosPDF/27670/2144/com\\_identificacao/politicas%20de%20direito%20material%20-%20identificado.pdf](http://www.uniritter.edu.br/eventos/sepesq/vi_sepesq/arquivosPDF/27670/2144/com_identificacao/politicas%20de%20direito%20material%20-%20identificado.pdf)>, acesso em 21 dez. 2012.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição Constitucional na Íbero-América**. Porto Alegre: Brejo Bibliobureau, 2012.

RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. 7ª Câmara Criminal. Agravo. 70022018634. Relator Sylvio Baptista Neto. Porto Alegre, 06/12/2007.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Sistema del Derecho Romano Actual**. Madrid: F. Góngora y Compañía, 1878, v. I. (Traduzido por Jacinto Mesía y Manuel Poley y precedido de um prologo de Don Manuel Durás y Bas), disponível em <[http://fama2.us.es/fde/oct/2009/sistema Del Derecho Romano Actual Savigny T1.pdf](http://fama2.us.es/fde/oct/2009/sistema%20Del%20Derecho%20Romano%20Actual%20Savigny%20T1.pdf)> acesso em 17 mai 2011.

- SCALIA, Antonin. The Standing Doctrine as an Essential Element of the Separation of Powers. **Suffolk University Law Review**, Boston: Suffolk Law School, n. 17, 1983, p. 881-892, disponível em <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/sufflr17&div=62&id=&page=>>, acesso em 12 oct. 2012.
- SCHAUER, Frederick. Precedent. **Stanford Law Review**, feb. 1987, n. 39, pp. 571-605.
- \_\_\_\_\_. Precedent. **Social Science Research Network**. May 2011. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1836384>>, acesso em 10 out. 2012.
- \_\_\_\_\_. **Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning**. Cambridge, Massachusetts e London, England: Harvard, 2009.
- SCHEUERMAN, William E. Down on Law: The complicated legacy of the authoritarian jurist Carl Schmitt. **Boston Review**, Boston: Boston Review, apr. 2001, disponível em <http://bostonreview.net/BR26.2/scheuerman.html>>, acesso em 29/08/2012.
- SCHLAICH, Klaus. **Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen**. Ein Studienbuch. München: Beck, 2001.
- SCHMITT, Carl. **Gesetz und Urteil: Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis**. Berlin: Otto Liebmann, 1912.
- \_\_\_\_\_. **Sobre los Tres Modos de Pensar la Ciencia Jurídica**. Madrid: Tecnos, 1996.
- \_\_\_\_\_. **Teoría de la Constitución**. 1. ed., reimp. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1927.
- \_\_\_\_\_. Neue Leisätze für die Rechtspraxis. **Juristische Wochenschrift**, v. 62, 1933, pp. 2793-2794.
- SECRETARIA DE REFORMA DO JUDICIÁRIO. **ESTUDO SOBRE AS EXECUÇÕES FISCAIS NO BRASIL**. Brasília e São Paulo: Ministério da Justiça, 2007.
- SHUGERMAN, Jed Handelsman. Affirmatives Duties and Judges' Duties: United States v. Stockberger. **Harvard Law Review**. Cambridge, Massachusetts, USA; v. 120, p. 1228-1238, 2007, disponível em <http://www.harvardlawreview.org/media/pdf/shugerman.pdf>>, acesso em 03/09/2012.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- SILVA FILHO, Antônio José Carvalho da. **Primórdios da Jurisdição**. Porto Alegre: Academia Brasileira de Direito Processual Civil, 2012, disponível em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/PRIMORDIOS%20DA%20JURISDICA0%20Antonio%20Jose%20Carvalho%20da%20Silva%20Filho.pdf>>, acesso em 29 jan. 2013.
- SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança Jurídica e Jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico**. São Paulo: LTr, 1996.

- SOUZA JR., Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como Poder: Uma nova Teoria da Divisão dos Poderes**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002a.
- \_\_\_\_\_. **A Supremacia do Direito no Estado Democrático e Seus Modelos Básicos**. Porto Alegre, do autor, 2002b.
- \_\_\_\_\_. Direito Constitucional, Direito Ordinário, Direito Judiciário. **Cadernos do PPGDIR/UFRGS**, n. III, p. 7-18, mar. 2005.
- \_\_\_\_\_. Regimes Políticos. In. MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira & NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Tratado de Direito Constitucional**. SP: Saraiva, 2010, pp. 555-616.
- STEPHENSON, Matthew C. The Strategic Substitution Effect: Textual Plausibility, Procedural Formality and Judicial Review of Agency Statutory Interpretation. **Harvard Law Review**. Cambridge, Massachusetts: Harvard Law Review, v. 120, Dec. 2006, pp. 528-572, disponível em <<http://www.harvardlawreview.org/media/pdf/stephenson.pdf>>, acesso em 12 out. 2012.
- STRAUSS, Leo. **Direito Natural e História**. Com Introdução de Miguel Morgado. Lisboa: edições 70, 2009.
- \_\_\_\_\_. **La Ciudad y el Hombre**. Buenos Aires: Katz, 2006.
- \_\_\_\_\_. Sobre la Ley Natural. In: \_\_\_\_\_. **Estudios de Filosofía Política Platónica**. Con una Introducción de Thomas L. Pangle. Buenos Aires: Amorrortu, 2008.
- SUNSTEIN, Cass R. Beyond Marbury: The Executive's Power To Say What the Law Is. **Yale Law Journal**. New Haven: Yale Law Journal, v. 115, sep. 2006, p. 2580-2610, disponível em <<http://www.yalelawjournal.org/pdf/115-9/Sunstein.pdf>>, acesso em 19 out. 2012.
- TARUFFO, Michele. **Precedente e Giurisprudenza**. Cidade do México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, p. 797-810, disponível em <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2559/39.pdf>>, acesso em 26 dez. 2012.
- TASSARA, Andrés Ollero. **¿Tiene Razón el Derecho?** Entre método científico y voluntad política. Madrid: Congreso de los Diputados, 1996.
- TILLER, Emerson & CROSS, Frank B. Modeling Agency/Court Interaction. **Harvard Law Review Forum**. Cambridge, Massachusetts: Harvard Law Review, v. 120, n. 2, Dec. 2006, pp. 13-20, disponível em <[http://www.harvardlawreview.org/issues/120/december06/forum\\_487.php](http://www.harvardlawreview.org/issues/120/december06/forum_487.php)>, acesso em 07 jul. 2012.
- TUSHNET, Mark. I Couldn't See It Until I Believed It. Some notes on motivated reasoning in constitutional adjudication. **Harvard Law Review Forum**. Cambridge, Massachusetts: Harvard Law Review, v. 125, n. 1, Nov. 2011a, pp. 1-6. Disponível em

<[http://www.harvardlawreview.org/media/pdf/vol124\\_forum\\_tushnet.pdf](http://www.harvardlawreview.org/media/pdf/vol124_forum_tushnet.pdf)>, acesso em 03 set. 2012.

\_\_\_\_\_. Administrative Law in the 1930's: The Supreme Court's Accommodation of Progressive Legal Theory. **Duke Law Journal**. v. 60, 2011b, p. 1565-1637, disponível em <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1501&context=dlj>>, acesso em 12 out. 2012.

VERMEULE, Adrian. System Effects and the Constitution. In: \_\_\_\_\_. The Supreme Court 2008 Term. **Harvard Law Review**. Cambridge, Massachusetts: Harvard Law Review, 2009, disponível em <<http://hlr.rubystudio.com/media/pdf/vermeule09.pdf>>, acesso em 02 out. 2012.

\_\_\_\_\_. Veil of Ignorance Rules in Constitutional Law. **Yale Law Journal**. New Haven: Yale Law Journal, v. 111, pp. 399-433, oct. 2001.

WAISELFISZ, Júlio Jacobo. **Mapa da Violência 2012**. Os Novos Padrões da Violência Homicida no Brasil. SP: Sangari, 2011, disponível em <<http://mapadaviolencia.org.br>>, acesso em 30 mai. 2012.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. Execução por título judicial e a duração razoável do processo: as reformas serão frutuosas? In: SANTOS, Ernane Fidélis dos; WAMBIER, Luiz Rodrigues; NERY JR., Néelson & WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Execução Civil**. Estudos em Homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 57-79.