

CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

NEOCONSTITUCIONALISMO

Coordenação:

*LILIAN ROSE LEMOS ROCHA
GABRIEL R. ROZENDO PINTO
LUÍS ROBERTO BARROSO*

Lilian Rose Lemos Rocha
Luís Roberto Barroso
Gabriel R. Rozendo Pinto

CADERNOS DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

NEOCONSTITUCIONALISMO

Organizadores:

Davi Beltrão de Rossiter Corrêa
Maria Fernanda Campos Rossiter
Ricardo Victor Ferreira Bastos

Brasília
2018

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UniCEUB

Reitor

Getúlio Américo Moreira Lopes

INSTITUTO CEUB DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO - ICPD

Diretor

João Herculino de Souza Lopes Filho

Diretor Técnico

Rafael Aragão Souza Lopes

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Coordenadora

Lilian Rose Lemos Rocha

Projeto Gráfico

André Luís César Ramos

Diagramação

Biblioteca Reitor João Herculino

Capa

UniCEUB/ACC

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Caderno de pós-graduação em direito: neoconstitucionalismo / coordenadores, Lilian Rose Lemos Rocha; Luís Roberto Barroso; Gabriel Rozendo Pinto; organizadores, Davi Beltrão de Rossiter Corrêa; Maria Fernanda Campos Rossiter; Ricardo Víctor Ferreira Bastos. – Brasília : UniCEUB : ICPD, 2018.
94 p.

ISBN 978-85-61990-82-4

1. Neoconstitucionalismo. I. Centro Universitário de Brasília. II. Título.

CDU 342.4

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

PREFÁCIO	04
APRESENTAÇÃO	05
A IMPLICAÇÃO CRIATIVA NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	06
<i>DANIEL PINCOWSCY CARDOSO MARTINS DE ANDRADE ALVIM</i>	
A PRUDÊNCIA NA UTILIZAÇÃO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL	26
<i>GABRIEL HENRIQUE LESSA RICHARD</i>	
A JUDICIALIZAÇÃO DA VIDA	37
<i>MARCELO ATHAYDE AZAMBUJA</i>	
LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	46
<i>MARIA CLARA MOURA DE SOUZA LOPES GUIMARÃES</i>	
A RESPONSABILIDADE DO PODER PÚBLICO NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SEGUNDO O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	55
<i>MARLUCE FLEURY FLORES</i>	
DESAFIANDO O TEMPO E O DIREITO: AS POSSIBILIDADES DE RENOVAÇÃO CONSTITUCIONAL SOB A PERCEÇÃO DAS TEMPORALIDADES MINORITÁRIAS DO DIREITO E UM EXERCÍCIO DO TEMPO PARA ENTENDER O DIREITO.....	74
<i>VICTOR FRANK CORSO SEMPLE</i>	

PREFÁCIO

Pioneirismo sempre foi uma característica do UniCEUB; outra característica é a evolução permanente. A Instituição sempre acompanhou a evolução tecnológica e pedagógica do ensino. Isso se coaduna com a filosofia institucional que é a de preparar o homem integral por meio da busca do conhecimento e da verdade, assegurando-lhe a compreensão adequada de si mesmo e de sua responsabilidade social e profissional. Destarte, a missão institucional é a de gerar, sistematizar e disseminar o conhecimento visando à formação de cidadãos reflexivos e empreendedores, comprometidos com o desenvolvimento socioeconômico sustentável.

E não poderia ser diferente. Com a expansão do conteúdo acadêmico que se transpassa do físico para o virtual, do local para o universal, do restrito para o difundido, isso porque o papel não é mais apenas uma substância constituída por elementos fibrosos de origem vegetal, os quais formam uma pasta que se faz secar sob a forma de folhas delgadas donde se cria, modifica, transforma letras em palavras; palavras em textos; textos em conhecimento, não! O papel se virtualiza, se desenvolve, agora, no infinito, rebuscado de informações. Assim, o UniCEUB acompanha essa evolução. É dessa forma que se desafia o leitor a compreender a atualidade, com a fonte que ora se entrega à leitura virtual, chamada de *ebook*.

Isso é resultado do esforço permanente, da incorporação da ciência desenvolvida no ambiente acadêmico, cujo resultado desperta emoção, um sentimento de beleza de que o conteúdo científico representa o diferencial profissional.

Portanto, convido-os a leitura desta obra, que reúne uma sucessão de artigos que são apresentados com grande presteza e maestria; com conteúdo forte e impactante; com sentimento e método, frutos da excelência acadêmica.

João Herculino de Souza Lopes Filho

Diretor ICPD/UniCEUB

APRESENTAÇÃO

O direito constitucional brasileiro, nos últimos anos, passou por uma revolução profunda e silenciosa. A redemocratização do país abriu as portas para um mundo plural e efervescente. Alguns marcos desse processo de transformação virtuosa foram a conquista de efetividade pelas normas constitucionais, o reconhecimento de normatividade aos princípios e o desenvolvimento de novas ideias e categorias na interpretação constitucional. O neoconstitucionalismo ocupa hoje um espaço importante do debate teórico nacional.

Passados quase trinta anos da promulgação da Constituição de 1988, a teoria constitucional no Brasil vive um momento venturoso de ascensão científica e institucional. A Constituição passou para o centro do sistema jurídico, desfrutando de uma supremacia que já não é tão somente formal, mas também material, axiológica. Tornou-se a lente através da qual devem ser lidos e interpretados todas as normas e institutos do direito infraconstitucional. Nesse contexto, o direito constitucional passou a ser não apenas um modo de olhar o direito, mas também de pensar e de desejar o mundo: baseado na busca por justiça material, nos direitos fundamentais, no repúdio ao ódio, na tolerância e na percepção do próximo, do outro, tanto o igual como o diferente.

Os artigos compilados nesse *ebook* abordam temas complexos e polêmicos. O primeiro trabalho discorre sobre a implicação criativa na jurisprudência constitucional e o seguinte trata da prudência na utilização da mutação constitucional. Estão contidos nessa obra também trabalhos acerca da judicialização da vida, da função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal e do tratamento conferido pela jurisprudência da Corte Suprema à responsabilidade do Poder Público na efetivação dos direitos fundamentais. O último artigo analisa a temporalização do direito, as intersecções entre tempo e direito e a Constituição como marco dos tempos e dos direitos.

Luís Roberto Barroso

A IMPLICAÇÃO CRIATIVA NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: REALIDADE INCONFESSA À ESPERA DE UM CONTROLE

Daniel Pincowsky de Andrade Alvim¹

Resumo

Nos sistemas de direito democráticos, ainda predomina um tabu segundo o qual a jurisdição não desfruta de habilitação institucional para criar direito, apenas para interpretar as normas postas. Valendo-se da análise da doutrina e da avaliação de um caso em julgamento no Supremo Tribunal Federal, este trabalho objetiva demonstrar que a implicação criativa é uma contingência inseparável da jurisdição. Diante das implicações relevantes dessa função no contexto deliberativo da democracia, sua existência deve ser discernida como fenômeno diferenciado de positivação do direito.

Palavras-Chave: Criação normativa. Função jurisdicional. Controle.

Abstract

In democratic systems of law, still prevails a taboo according to which Courts do not have the power to create law, but only to interpret the existing rules. Based on the doctrine and in a case being judged by the Brazilian Supreme Federal Court, this article aims to show that the creative implication is an inseparable contingency of the legal precedent. Considering the significant implications of this function in the deliberative context of democracy, its existence must be distinguished as a differentiated phenomenon of the establishment of positive laws.

Keywords: Law creation. Judicial function. Control.

1 INTRODUÇÃO

Nos sistemas de direito informados pelas cláusulas da democracia e da separação de poderes, ainda predomina um tabu segundo o qual a atividade

¹ Bacharel em direito pelo UniCEUB, Advogado da União com lotação na Secretaria-geral de Contencioso da AGU. E-mail: danielpincowsky@hotmail.com.

jurisdicional não desfruta de habilitação institucional para criar direito, apenas para interpretar as normas postas, esclarecendo o seu conteúdo. Esse axioma nunca foi inofensivo a críticas, mas, com a consolidação da jurisdição constitucional, a dinamização adquirida pela interpretação jurídica e a diversificação dos instrumentos empregados pelas Cortes Constitucionais para a tutela do direito objetivo, a sua credibilidade entrou em franco declínio.

Admitir eflúvios criativos na função jurisdicional não equivale a sobrevalorizá-la em detrimento do sistema democrático, da estabilidade do direito ou da autoridade do Poder Legislativo. Este artigo sustenta que a implicação criativa é uma contingência inseparável da jurisdição, cuja existência deve ser discernida como fenômeno diferenciado - e legítimo - de positivação do direito. Pretende-se demonstrar que a assunção dessa premissa pode representar um ganho democrático para o sistema de direitos, permitindo que as inflexões assim surgidas na atuação judiciária sejam melhor deliberadas, que seus significados sejam assimilados com o maior proveito possível pelas comunidades acadêmicas, forenses e pela opinião pública e que suas conclusões sejam aproveitadas em novos processos deliberativos pelas demais instituições democráticas. Ao final, buscar-se-á encontrar alguma corroboração para esse raciocínio a partir de reflexões sobre um caso concreto em exame na Suprema Corte brasileira.

2 ENTRE NEUTRALIDADE E ADAPTABILIDADE: A LEGITIMIDADE DA JUSTIÇA ÀS VOLTAS COM UM PARADOXO

A criatividade sempre foi visualizada como um fator problemático nas decisões judiciais, um viés a ser corrigido ou um inconveniente a ser evitado, tendo em vista os riscos que uma jurisprudência com fertilidade imaginativa poderia atrair para a legitimidade do judiciário e do próprio direito, entendidos ambos como modelos de estabilização de expectativas normativas na sociedade democrática².

² FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 101.

Segundo uma análise corriqueira do problema, a criatividade seria antagônica ao ideal de neutralidade jurisdicional³. Neutralidade, segundo essa abordagem, significa algo mais que imparcialidade subjetiva do julgador em relação às partes. Significa um dever de observância a uma pauta normativa pré-estabelecida, que compeliaria à solução de controvérsias com narrativas fáticas análogas de maneira homogênea. Trata-se de um conceito que embute um certo compromisso de previsibilidade, estabilidade ou consistência, que seria rompido toda vez que houvesse uma oscilação na linha decisória historicamente aplicada. Neutralidade remete, também, à autonomia epistêmica do direito⁴, isto é, à sua capacidade de definir o que é justo ou injusto segundo categorias próprias, sem se deixar capturar por injunções provenientes de outros domínios da vida.

A expectativa por neutralidade, embora inseparável do direito, não reina como fundamento exclusivo da legitimidade deste plano do conhecimento humano. Certamente, consistência é um ativo crucial a ser observado pela jurisprudência, mas, se cultivada com exagero, tende a embotar a serventia pacificadora da disciplina jurídica. Afinal, uma justiça que aplica padrões de comportamento totalmente alheios às aspirações da coletividade também é questionável sob o ângulo da legitimidade. Daí ser a jurisdição instada por uma imposição diversa, de adaptabilidade social. Como província da razão prática que é, o direito recebe o influxo de aspirações morais, éticas e valorativas difundidas na sociedade, e deve ter aptidão para refleti-las.

Ocorre que os padrões de conduta vigentes nem sempre ganham atualização do direito formal no *timing* desejável. As demandas jurídicas da sociedade tendem a avolumar-se, multiplicar-se e distinguir-se interminavelmente, em velocidade sempre superior à do processo político majoritário. Isso decorre de uma contingência do indivíduo. Enquanto criatura política que é, de existência limitada no tempo, ele jamais abdicará de postular novas aspirações existenciais, de se atrever

³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Poder Judiciário: autonomia e justiça. *Revista de Informações Legislativas*, Brasília, v. 30, n. 117, p. 301-305, jan./mar. 1993.

⁴ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 1, n. 1, p. 65-77, jan./jun. 2009.

a transformar seu tempo, de querer mais da vida. O indivíduo, na sua existência, é sujeito de uma intrepidez sem fim. O vaticínio lírico de Cecília Meireles retrata com melhor eloquência: “Liberdade, essa palavra que o sonho humano acalenta, que não há ninguém que explique e ninguém que não entenda”.

Por tudo isso, a legitimidade do judiciário também envolve certa capacidade de imersão no mundo real. É preciso que a jurisprudência se sirva de alguma plataforma por meio da qual possa ter acesso a novos pontos de vista normativos, viabilizando uma interpretação holística do direito, que considere a sabedoria dos textos e precedentes vigentes, mas que não se exima de afirmar sua eventual falibilidade no presente. A justiça não consiste em um ofício mecânico de reiteração de sentenças. Ela engloba um esforço metacrítico, que encerra não apenas juízos de incidência de normas sobre fatos, contemplando também um segundo esforço argumentativo, de reflexão de normas a partir de normas, cujo resultado pode expandir-se para muito além do caso concreto.

Essas duas exigências, conquanto reiviniquem mútua excludência, são complementares. Alegoricamente, o direito pode ser pensado como uma ortodoxia que, após noites de sono atormentadas por paradoxos, convence-se a despertar heterodoxa. O sucesso da função jurisdicional é diretamente proporcional à sua aptidão para interagir, embora sem sucumbir, com outras racionalidades influentes na vida coletiva. Em síntese de rara felicidade expletiva, Marcelo Neves assim alude ao paradoxo imanente à experiência humana da justiça:

Nesses termos, a justiça constitui um paradoxo. Toda fórmula de contingência motiva a ação e comunicação é uma experiência com algo que falta. Por exemplo, a legitimidade na política democrática implica sempre uma oposição que exige mudanças; a escassez importa valores que motivam os agentes econômicos; Deus importa um mistério com o incognoscível, que é a base da ação e comunicação religiosa; a ausência (falta) do amante é o momento em que se comprova o amor, motivando a ação ou comunicação religiosa. Também a justiça é sempre algo que falta, implicando a busca permanente do equilíbrio entre consistência e adequação social das decisões jurídicas. Esse paradoxo pode ser processado e solucionado nos casos concretos, mas ele nunca será superado plenamente, pois é condição da própria existência do direito diferenciado funcionalmente: como fórmula de contingência, a superação

do paradoxo da justiça implicaria o fim do direito como sistema social autônomo, levando a uma desdiferenciação involutiva ou ensejando um “paraíso moral” de plena realização da justiça, assim como o fim da escassez como fórmula de contingência da economia conduziria a um “paraíso da abundância”, a saber, o fim da economia⁵.

A reflexão em torno desse paradoxo é objeto secular da teoria do direito. Jusnaturalistas, positivistas e realistas de todos os tempos têm buscado organizar o discurso jurídico para fazê-lo capaz de absorver essa contradição da forma mais proveitosa possível para a civilização. Trata-se de uma aprendizagem contínua, de tendências cíclicas, cujas conclusões haverão de se refletir na prática judiciária conforme as condições de cada momento histórico.

Assim como a neutralidade, a capacidade adaptativa da atividade jurisdicional é fator de extrema relevância para a vitalização do direito como plataforma de controle social. Não há como negar: a jurisdição acrescenta ao sistema jurídico algo mais do que um conteúdo meramente decisório, ela configura, por autoridade própria, novos padrões normativos, jogando um papel diferenciado no processo de construção dos direitos, função que não afronta o postulado democrático.

3 A JURISDIÇÃO NA ESCALA DE POSITIVAÇÃO DO DIREITO: O MOMENTO DA IMPLICAÇÃO CRIATIVA COMO FENÔMENO DIFERENCIADO

Algo que talvez tenha contribuído para a associação de um aspecto "neutro" à jurisdição foi a análise desta a partir das origens de sua especialização funcional ou de seu significado para a formulação do direito.

O direito é um produto formal sintetizado em diversas escalas institucionais, dentre elas a judiciária, à qual tradicionalmente se atribuiu um papel de consolidação do ordenamento ou, em outra abordagem, de atribuição de uma última palavra. A pretensão de definitividade decorre em alguma medida dessa origem, que vê a jurisdição como instância de solução de impasses a respeito do direito aplicável. Assim, enquanto o Legislativo seria responsável pela criação das normas e o

⁵ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 226.

Executivo pela sua aplicação segundo uma agenda de prioridades definidas em nome da maioria, o Judiciário teria a missão de decidir os conflitos eventualmente instalados na sociedade a partir de diferentes perspectivas de aplicação da lei, devendo prestar igual consideração a todas elas, não importa o quão excêntricas, controversas ou minoritárias possam ser. Essa concepção exalta o conteúdo definitivo da autoridade judiciária como elementar para a pacificação social dentro da separação de poderes.

A despeito do proveito didático que possa ter, essa leitura encobre um imenso reducionismo sobre a função de julgar. É fato que, nas hipóteses de rebeldia às prescrições do direito, o Judiciário atua para pôr cobro à imperatividade da lei, distinguindo-se pelo caráter inapelável de suas decisões. Mas há impasses que surgem não de uma irresignação injustificada em relação à autoridade da lei, mas de dúvidas razoáveis alimentadas pela ambiguidade do conteúdo legal. Nessas hipóteses, em que convocada para iluminar penumbras do ordenamento⁶, ou, como há pouco dito, para decodificar novas pretensões existenciais, a jurisdição não se presta simplesmente a fechar um ciclo normativo. Ela abre um novo paradigma regulativo.

Trata-se de uma especialização da atividade judicante, na qual o ordenamento não funciona exatamente como um manual de instruções, como seria desejável, mas no máximo como uma fonte de inspiração. Quando avalia um conflito entre pontos de vista normativos razoáveis, o Judiciário deve indagar sobre a compatibilidade de cada um deles com parâmetros jurídicos mais abertos, servindo-se da análise das origens, da unidade e das finalidades de cada instituto. A arquitetura errática de casos concretos provoca o Judiciário a investigar zonas do direito que sequer foram cogitadas pelo legislador, exigindo uma apuração menos literal das normas, a partir de teorizações, compreensões filosóficas e construções morais.

Mesmo neste ofício, a jurisdição não tem mandato institucional para selecionar as expectativas sociais mais convenientes segundo sua discricção, ou para estabelecer, entre as pretensões colidentes, uma ordem de preferência aleatória.

⁶ HART, H. L. *Ensaio sobre a teoria do direito e filosofia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 70.

Consensos e prioridades são a base funcional dos outros poderes estatais constituídos, instituídos sob o manto da democracia representativa. Legislativo e Executivo buscam agenciar os desígnios da vontade popular por meio de atos jurídicos de alcance geralmente amplo. Atuam em uma escala de positivação mais geral e abstrata. A frustração ou o êxito de suas realizações deve se refletir nas urnas.

O Judiciário, ainda quando possa se valer do direito pressuposto, atua sob o mandato do direito posto⁷. Mesmo nos casos complexos, cabe-lhe tão somente decodificar as pautas normativas já estruturadas para, a partir delas, chegar à conclusão sobre qual pretensão é admissível segundo o direito. De toda forma, é inevitável reconhecer que as decisões assim produzidas serão sempre carregadas de algum sentido criativo. Recusar isso é assumir o risco de incorrer em um truísmo. Ao exigir que o Judiciário seja capaz de decidir todos os casos de ambiguidade normativa que lhe cheguem, o sistema inelutavelmente admite alguma margem de improviso. Afinal, não há nada mais improvisado do que a crença na onisciência do direito.

O que se quer enfatizar é que, pelo menos em controvérsias mais complexas, o Judiciário não opera apenas o encerramento de cadeias de positivação jurídica. Ele também abre novas fronteiras de sentido. Tal como um romance, a jurisdição procede em dois níveis de linguagem: o do texto (deliberando no âmbito da solução do caso, sob uma premissa de fechamento normativo) e o do subtexto (deliberando no âmbito do sistema jurídico como um todo, sob eventual premissa de adjudicação de um novo sentido, implicando abertura normativa).

Nesses instantes expansivos (culturalmente ordinários nos países onde o direito escrito é menos presente), a experiência judicante se conecta, se fricciona e por vezes se arroja sobre a atribuição legislativa⁸. É precisamente aí que a jurisdição produz alguns de seus principais paradigmas, mas também onde encontra perigosos

⁷ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2000.

⁸ “O aspecto mais sedutor, diria também o aspecto mais audaz e, certamente, o mais problemático do fenômeno que estamos para examinar está, de fato, justamente aqui: o encontro entre a lei e a sentença, entre a norma e o julgamento, entre o legislador e o juiz”. CAPPELETTI, Mauro. *O controle de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999. p. 26.

atritos e recolhe as mais fartas objeções contra o seu trabalho. Há, nesse flanco, algo como um mal-estar institucional.

A implicação criativa, porém, não é um fenômeno atípico, ilegítimo e muito menos indesejado da função jurisdicional. Nas palavras de Luís Roberto Barroso, ao percorrer o traçado argumentativo necessário para solucionar casos difíceis, o Judiciário se torna um coparticipante da criação do direito:

Faz-se apenas breve menção às situações de colisão entre princípios constitucionais ou de direitos fundamentais. Para lidar com elas, boa parte dos tribunais constitucionais do mundo se utiliza da técnica da ponderação, que envolve a valoração de elementos do caso concreto com vistas à produção da solução que melhor realiza a vontade constitucional naquela situação. As diversas soluções possíveis vão disputar a escolha pelo intérprete. Como a solução não está pré-pronta na norma, a decisão judicial não se sustentará mais na fórmula tradicional da separação de Poderes, em que o juízo se limita a aplicar, ao litígio em exame, a solução que já se encontrava inscrita na norma, elaborada pelo constituinte ou pelo legislador. Como esse juiz se tornou coparticipante da criação do Direito, a legitimação de sua decisão passará para a argumentação jurídica, para sua capacidade de demonstrar a racionalidade, a justiça e a adequação constitucional da solução que construiu⁹.

Enfim, há decisões que possuem uma carga de positivação jurídica diferenciada, que transcende as balizas da microjustiça, postulando uma vocação expansiva¹⁰ para além do caso concreto. Trata-se de uma dimensão inalienável da atividade jurisdicional que, pela importância de suas consequências, deve ser investigada como objeto de estudo singular, possibilitando o conhecimento de suas características, a análise de seus resultados e a compreensão de seu significado dentro da perspectiva democrática.

⁹ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 32.

¹⁰ Expressão empregada pelo Ministro Teori Zavascki, relativamente à força vinculante das decisões proferidas pela Suprema Corte em sede de controle difuso de constitucionalidade. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação. RCL 4335/AC. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 20 de março de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

Adiante, será efetuada uma exposição sobre como a função criativa da jurisdição, que sempre esteve latente tanto nos sistemas de *common law* como nos de *civil law*, ganhou notável magnitude após a consolidação do constitucionalismo e da jurisdição constitucional.

4 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO TERRENO FÉRTIL PARA A CRIATIVIDADE: HÁ PERSPECTIVA DE CONTROLE?

O debate sobre os limites institucionais da função jurisdicional é bastante longo, mas acirrou-se de maneira significativa com a consolidação dos paradigmas do estado de direito, da democracia e do constitucionalismo.

A hierarquia normativa presente entre a Constituição e os demais atos jurídicos acrescentou uma nova dimensão à atividade cognitiva da jurisdição, que passou a contemplar, além de juízos de incidência de normas sobre fatos, juízos de validade de normas sobre normas. Viabilizou-se, então, uma interface cognitiva inteiramente nova entre jurisdição e legislação, na qual os padrões de conduta positivados no processo político majoritário podem revelar-se antagônicos ao texto das Constituições. Essa nova característica da jurisdição acentuou ainda mais sua propensão criativa.

Os textos constitucionais aprovados após as revoluções francesa e americana universalizaram categorias normativas proeminentes, chamadas de direitos fundamentais. Elas veicularam, em um primeiro momento, garantias de teor mais liberal, buscando repelir a intervenção do Estado em certos âmbitos de liberdade individual. Mas também estipularam objetivos, projetos e interesses coletivos a serem perseguidos na atividade jurídica do Estado, inaugurando um horizonte extremamente amplo de controle da atividade estatal. Essa perspectiva foi frustrada

durante algum tempo em alguns países em razão da prevalência de regimes políticos autoritários, tal como sucedeu no Brasil.

Porém, após as duas grandes guerras mundiais, o constitucionalismo conquista uma desenvoltura sem precedentes¹¹. Deixa de funcionar apenas como uma fórmula de controle do poder público sobre liberdades de cunho individual, habilitando a promoção de valores e finalidades sociais, mesmo quando enunciadas em dispositivos de baixa densidade normativa, conhecidas como princípios. Em pouco mais de um século, essas disposições constitucionais, que por muito tempo ocuparam uma posição quase decorativa nos textos constitucionais¹², ganham ascendência normativa implacável, pedindo passagem na pauta política das democracias.

Isso não teria sido possível sem o impulso de uma forma peculiar de jurisdição que nasceu com a missão de realizar a sentinela dos textos constitucionais, a jurisdição constitucional. Os serviços dessa nova forma de jurisdição passam a fazer uso dos princípios como ponto de contato entre direito e outras instâncias da vida, filtrando a validade da ordem jurídica abstrata tendo como referência a Constituição. Essa filtragem nada mais é do que uma reflexão metacrítica, voltada a pensar sobre o significado de normas a partir de outras normas, de escalão superior. Viabiliza-se assim um atento escrutínio sobre os produtos do processo político majoritário. Mais do que isso, a jurisdição constitucional passa a complementar os consensos políticos obtidos na forma da lei por consensos argumentativos a respeito da compatibilidade dessas medidas com o texto constitucional.

Pode-se identificar, nesse ofício, um novo conteúdo da função jurisdicional: a justificação da racionalidade dos processos de positivação do direito, mediante o espessamento argumentativo das razões consideradas. Por meio de corpos jurisdicionais especializados, estabelecidos na forma de Supremas Cortes, o Judiciário passa a exercer uma função diferenciada, de características antimajoritárias. As normas asseguradoras de direitos fundamentais ganham a

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 27

¹² SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros. 2008

função de trunfo normativo contra as maiorias. Seus conteúdos não podem ser contornados nem mesmo mediante reformas constitucionais (vinculatividade suprageneracional). Além de promover o controle de validade de leis, o Judiciário também recebe mandato para sanar omissões do Legislativo, implementando ele mesmo promessas do texto constitucional.

Outros ingredientes da jurisdição constitucional agudizaram ainda mais a influência criativa do Judiciário sobre o direito. Como virtualmente toda controvérsia de lastro constitucional pode ser reconduzida a uma colisão entre diferentes normas constitucionais, disseminou-se o emprego de dois métodos de decisão de amplitude cognitiva ampla: a ponderação e a proporcionalidade.

A ponderação é uma proposta interpretativa (baseada em princípios como o da unidade, o da concordância prática ou da conformação funcional da Constituição) que busca superar antagonismos normativos mediante a aplicação das regras incidentes da melhor maneira possível, segundo um mandato de otimização. Difere, nisso, da subsunção, operação silogística mediante a qual as regras de conteúdo fechado são geralmente aplicadas.

A proporcionalidade, por sua vez, é entendida como critério de decisão, protonorma ou princípio jurídico decorrente do Estado de direito¹³. Sua racionalidade não destoa de padrões clássicos do pensamento jurídico, tais como desvio de finalidade, abuso de poder e custo/benefício. Ela viabiliza uma análise trifásica das intervenções do Estado no campo dos direitos fundamentais, levando em consideração a licitude dos fins perseguidos e meios empregados, de modo a apurar se a medida é pragmaticamente viável aos fins a que se propõe (teste de adequação); se ela implementa a restrição menos onerosa possível ao direito intervindo dentre aquelas de mesma eficácia (teste de necessidade); e se o sacrifício que ela impõe resulta em um proveito satisfatoriamente correspondente (teste da proporcionalidade em sentido estrito).

¹³ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 191.

A partir da aplicação dessas máximas, Tribunais Constitucionais ganharam outra escala para influir no processo de positivação do direito, a ponto de haver crítica segundo a qual esses Tribunais abandonaram a linguagem dos direitos para substituí-la livremente pela linguagem da política. Esse é hoje o epicentro das críticas sobre a legitimidade da jurisdição constitucional. Não são poucos os trabalhos acadêmicos dedicados a demonstrar como a aplicação sem critério desses dois paradigmas interpretativos tendem a fragilizar o grau de objetividade do direito¹⁴, possibilitando a substituição de escolhas razoáveis realizadas pelo legislador em meio às expectativas, interesses e valores dispersos pela sociedade por outras nem de longe enunciadas como imperativas pela Constituição, mas eleitas como preferenciais pelo Judiciário.

Em suma, a abertura semântica das normas constituídas sob a forma de princípios; a aquisição, por parte desses enunciados, de uma força não apenas normativa (de ser levada a sério como fator de correção da ordem jurídica) mas acima de tudo metanormativa (de incidir sobre outras normas podendo provocar alterações relevantes em seus conteúdos); a afirmação do caráter (supra) vinculante dos direitos fundamentais; e a generalização dos critérios interpretativos da proporcionalidade e da ponderação dilataram ainda mais as raias da interpretação judicial do direito, multiplicando as decisões com carga construtiva.

A construção de conteúdo na jurisdição constitucional tem implicações normativas especialmente relevantes para o sistema de direito. Em primeiro lugar, porque ela atua diretamente no direito objetivo, mesmo quando suscitada em caso concreto. Em segundo, porque a proeminência hierárquica da Suprema Corte confere autoridade especial aos seus precedentes. Além disso, há uma expectativa de que as decisões do Supremo Tribunal Federal constituam a última palavra sobre os temas a respeito dos quais venha a se pronunciar. Ainda que não se exista uniformidade dogmática em torno desse ponto, há consenso relativo no sentido de que pelo menos algumas decisões reivindicam carga de definitividade. Em

¹⁴ SILVA, Virgílio Afonso. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: MACEDO JR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Orgs.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 363-380.

decorrência disso, as decisões criativas interferem decisivamente no intercâmbio entre as instituições democráticas.

A imperiosidade de viabilizar uma melhor assimilação do conteúdo decisório pela sociedade como um todo; de fomentar, de modo especial, o aprendizado entre as instituições democráticas; e de propiciar condições para um debate crítico exige que o processo de tomada de decisões criativas pela jurisdição constitucional seja o mais transparente possível.

Em trabalho acadêmico inovador no direito brasileiro, Gabriel Accioly Gonçalves examina esse contexto sob o ângulo da sinceridade judicial:

Ausente essa postura, os motivos pelos quais a autoridade judiciária é exercida tornam-se encobertos, desvirtuando-se o debate e a crítica pública às decisões, o que abre margem a abusos e inviabiliza a necessária limitação ao exercício do poder por parte dos juízes. Como instrui Karl Larenz, o uso de ficções jurídicas – o que pode ser ampliado para expedientes insinceros em geral destinados a enganar aquele a quem a decisão se dirige – na motivação das decisões judiciais torna a fundamentação apenas aparente, o que constitui uma burla a esse parâmetro de exercício da atividade jurisdicional.

De outra parte, a maior controlabilidade da atividade jurisdicional, especialmente quando criativa, não é o único ganho decorrente da sinceridade. Por meio desta, cai por terra a visão de que cabe exclusivamente a juízes especializados na intrincada e inacessível ciência jurídica apresentar respostas às questões constitucionais difíceis, como se a solução dessas decorresse de um esforço de desvelar uma norma jurídica oculta pré-existente. A compreensão de que as manifestações criativas da Corte espelham escolhas substantivas e passíveis de revisão representa um convite a que a sociedade civil atue como participe na interpretação constitucional. O senso de que questões constitucionais difíceis não têm respostas prontas e de que não há palavra final em caráter definitivo sobre o sentido da Constituição dignificam as interpretações não oficiais da Lei Maior, promovendo uma maior consciência epistêmica das credenciais do constitucionalismo democrático. Adotando-se a concepção de Jack Balkin de que a Constituição é uma moldura para o funcionamento da política, a insinceridade quanto à criação judicial do direito favorece, quer conscientemente, ou não, um esmorecimento popular da reflexão crítica e defesa pública de visões próprias sobre

questões constitucionais, como se essas não lhes dissessem respeito¹⁵.

O que se sustenta no presente trabalho é que sempre que houver possibilidade de incorporação de novo conteúdo à Constituição (ainda que seja ele um conteúdo mínimo, como é mais comum – limite dos limites), o Judiciário deve cumprir um ônus decisório mais elevado, que se desdobra na observância de pelo menos três parâmetros: (i) deve discernir claramente qual o conteúdo normativo em destaque, deliberando em separado sobre ele e, caso aprovado, enunciando-o de forma específica na tese de julgamento; (ii) deve evitar soluções inconsistentes, passíveis de suscitar consequências imprevistas, preferindo enunciados universais (pretensão de universalidade) à cumulação de exceções e condicionalismos¹⁶; e (iii) sobretudo quando estiver em jogo definição de direito fundamental, cujas repercussões para o processo democrático são mais sérias, deve se limitar a construir conteúdos mínimos, demarcando os espaços franqueados a posteriores conformações legislativas.

Se prestigiadas essas condicionantes, a jurisdição constitucional terá melhores condições de cumprir a função de justificar a racionalidade do processo de positivação do direito, atuando de forma mais transparente e clara, eximindo-se da propensão de monopolizar a dicção do conteúdo constitucional.

5 UMA ILUSTRAÇÃO À LUZ DO TEMA DA CRIMINALIZAÇÃO DA POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO: É POSSÍVEL ADJUDICAR UM CONTEÚDO NOVO PARA O DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE DE MODO UNIVERSAL?

Dissídio interessante para ilustrar a aplicabilidade das ponderações aqui ensaiadas, cujo exame no Plenário do Supremo Tribunal Federal se encontra presentemente suspenso, tem por objeto recurso extraordinário em que se examina a constitucionalidade de tipo penal declinado pelo artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, que

¹⁵ GONÇALVES, Gabriel Accioly. *O desenvolvimento judicial do direito: construções, interpretação criativa e técnicas manipulativas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016. p. 57-58.

¹⁶ Diretriz semelhante é endossada pela professora Ana Paula de Barcellos para fins de aplicação da técnica da ponderação. BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 131.

considera como crime a conduta de posse de drogas para consumo pessoal (o caso, RE 635.659, está registrado como Tema 506 no módulo de repercussão geral do Tribunal).

Na demanda em questão, um detento do sistema criminal flagrado na posse de um invólucro contendo maconha sustenta que a imputação do referido crime seria atentatória ao direito fundamental à intimidade e à vida privada, consagrado no artigo 5º, inciso X, da Constituição. Embora este seja o único parâmetro normativo esgrimido pelo recorrente, ele também acrescenta raciocínio segundo o qual o consumo de drogas não poderia ser considerado ato criminoso em nome da satisfação de um suposto interesse na proteção da saúde pública, pois seria uma conduta destituída de lesividade para terceiros. Essa segunda alegação poderia ser deduzida implicitamente do princípio do Estado de Direito ou até mesmo da legalidade em matéria penal.

A escolha por essa controvérsia para servir de corroboração aos argumentos defendidos na abordagem deste artigo justifica-se principalmente pela circunstância de que, para acolher a pretensão manifestada no recurso, o Tribunal muito provavelmente teria que emitir uma decisão de pronunciada carga criativa quanto ao direito fundamental de privacidade. Embora a maior parte das críticas dirigidas ao construtivismo judiciário tenha por objeto as decisões proferidas sob as técnicas de “sentenças intermediárias”, o exemplo em questão enfoca uma hipótese em que a construção de conteúdo se apresenta de maneira mais sutil.

Conquanto o uso de drogas não seja um comportamento exatamente distante daquilo que ordinariamente se compreende por vida privada, fato é que a extensão da garantia constitucional de inviolabilidade inerente a esse âmbito para o alcance dessa prática constituiria uma mudança relevante no sistema jurídico brasileiro, que historicamente tem buscado reprimir esse comportamento, inclusive mediante a aplicação de censuras penais. Isso reforça a importância de distinguir as propostas de implicação normativa na jurisdição constitucional, como se verá. Considera-se, por isso, que o afastamento da tipificação penal pelo consumo de entorpecentes sob o influxo da privacidade seria uma decisão de alto valor construtivo, que implicaria a

adjudicação de um novo conteúdo mínimo à norma do artigo 5º, inciso X, da Constituição.

Até o momento, três Ministros já declararam voto na matéria. À parte de algumas variações nos termos conclusivos de cada voto, que adotaram técnicas de decisão mais discrepantes, é possível dizer que se formou efetivo consenso entre os três votantes no que toca à identificação de um excesso da legislação tipificadora do consumo de drogas. Em linhas gerais, todos consideraram que a lesividade a direitos fundamentais de terceiros seria um pressuposto da atividade legislativa de tipificação, que não estaria presente no tocante ao consumo de drogas, porque eventuais consequências adversas para a esfera jurídica de outros estaria muito distante do uso da substância vedada. Além disso, também se considerou que a decisão de uso de substâncias nocivas seria uma escolha inerente à autonomia dos indivíduos, que não deveria ser influenciada por regulações estatais de cunho paternalista, caso da intervenção de natureza penal.

Diversos outros argumentos foram suscitados durante os debates, muitos deles relativos a aspectos pragmáticos da tipificação do consumo, tais como a superlotação carcerária, o poder do tráfico, o altíssimo custo do sistema punitivo, a incompatibilidade entre incriminação e tratamento da saúde, a sujeição de dependentes a arbitrariedades policiais e judiciais, entre outros. O que se deseja destacar, porém, não é isso, mas a forma elusiva mediante a qual o Tribunal está gestando novo conteúdo normativo de direito fundamental.

É que, não obstante o fundamento dos votos, dois julgadores afirmaram que a tipificação deveria ser relativizada apenas quanto à maconha, por ser o entorpecente que deu causa ao processo. E mais, manifestou-se uma compreensão hesitante quanto à possibilidade de se legitimar a tipificação de posse de drogas de efeito avassalador sobre a autonomia, como o crack. Embora o Relator, de modo por enquanto isolado, tenha estendido seu voto a todas as drogas, ressaltou expressamente a inexistência de um direito ao entorpecimento.

Essas condicionalidades criam apreensão. Diante da possibilidade de fixação de um precedente adjudicatório de conteúdo novo a direito fundamental, que, por

essa circunstância, poderá provocar consequências irreversíveis (até mesmo legislativamente) no sistema de direitos brasileiro, o ideal seria que o Supremo Tribunal Federal produzisse uma decisão final de conteúdo linear, ou melhor, que contenha alguma pretensão de universalidade. Isso nada mais é do que uma exigência típica da interpretação judicial em casos difíceis¹⁷. Se o que deve ser levado a sério pelo direito, sem a interferência da esfera penal, é a dimensão existencial envolvida na escolha pelo uso de substâncias proibidas, ela deve ser assegurada em relação a qualquer droga, ainda que administrada em quantidades significativas. Afinal, é o tratamento vigente para as drogas lícitas.

Legitimar, pela via judiciária, a indiferença penal de utilização de apenas algumas espécies de droga ou de apenas algumas quantidades seria algo plausível tão somente se o que estivesse sob avaliação fosse o grau de dependência do entorpecente. No dissídio apontado, todavia, jamais houve deliberação a respeito disso. A limitação do veredicto de descriminalização à maconha, no particular, parece deve-se mais a uma atitude estratégica voltada a angariar o convencimento da maioria dos julgadores e a colher uma reação mais “suave” da sociedade opinião pública, em um jogo de certa forma dissimulativo. Se há reticências sobre a possibilidade de emprego do direito penal para o controle de drogas mais pesadas, com dúvidas relevantes sobre a possibilidade de que ela venha a gerar pejorativos sociais significativos para terceiros, então a conformação legislativa pela tipificação deve ser mantida para todas as substâncias proibidas.

6 CONCLUSÃO: UM RÉQUIEM PARA A PRESTIDIGITAÇÃO NA ATIVIDADE JURISDICIONAL CRIATIVA

¹⁷ “Para assegurar a legitimidade e a racionalidade de sua interpretação nessas situações, o intérprete deverá, em meio a outras considerações: (i) reconduzi-las sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento – a legitimidade de uma decisão judicial decorre de sua vinculação a uma deliberação majoritária, seja do constituinte ou do legislador –; (ii) utilizar-se de um fundamento jurídico que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas; (iii) levar em conta as consequências práticas que sua decisão produzirá no mundo dos fatos” BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes; SOUZA NETO, Claudio Pereira (Orgs.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 203-249.

O desiderato do presente artigo foi apontar que o exercício da jurisdição em geral envolve implicações normativas. Na jurisdição constitucional essa função, além de mais saliente, inspira um discernimento especial. Para que exerça o espessamento argumentativo do processo de positivação do direito, a justiça constitucional tem de observar requisitos decisórios mais transparentes.

Prestidigitação é uma palavra que designa o ofício daquele que tem a capacidade de iludir os espectadores mediante a aplicação de movimentos gestuais executados com as mãos, induzindo-os à falsa compreensão visual de uma narrativa cênica. Trata-se de um truque de mágica. O amadurecimento das democracias passa pelo abandono de jogos de linguagem, de mistificações e de sortilégios. À jurisdição, instância decisória que acumula as máximas expectativas deliberativas no Estado Democrático de Direito, não cai bem o cacoete de optar pela dissimulação do conteúdo de suas deliberações.

Ao exercer interpretações de conteúdo normativo evidente, Cortes Supremas devem atuar não mediante uma prerrogativa de errar por último, mas pelo menos de errar melhor, oferecendo às demais instituições de poder espaços para o aperfeiçoamento democrático possível. Se de um lado, com a consolidação de princípios, dos critérios da proporcionalidade e da ponderação a jurisdição constitucional enfeixa hoje um poder que pode ser considerado, sem exageros, como metanormativo, de outro, as suas decisões devem ser formuladas, enunciadas e compreendidas de maneira a permitir uma investigação metacrítica das razões afirmadas pelos Tribunais Constitucionais.

No debate sobre criminalização do uso de entorpecentes, deve ser buscado consenso majoritário a respeito do uso de drogas como uma decisão afeta exclusivamente à personalidade do indivíduo, independentemente da droga utilizada. Caso não existam condições deliberativas para tanto, o ideal é testar outras soluções – tal como a de considerar inconstitucional, por violação ao princípio da legalidade em matéria penal, a tipificação do consumo sem o estabelecimento de um patamar mínimo de quantidade – evitando a construção hesitante de um conteúdo de direito fundamental.

REFERÊNCIA

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

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SARMENTO, Daniel Anotnio de Moraes; SOUZA NETO, Claudio Pereira (Orgs.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CAPPELETTI, Mauro. *O controle de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Poder Judiciário: autonomia e justiça. *Revista de Informações Legislativas*, Brasília, v. 30, n. 117, p. 301-305, jan./mar. 1993.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonadro. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GONÇALVES, Gabriel Accioly. *O desenvolvimento judicial do direito: construções, interpretação criativa e técnicas manipulativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2000.

HART, H. L. *O positivismo e a separação entre o direito e a moral: ensaios sobre a teoria do direito e filosofia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: MACEDO JR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Orgs.), *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 1, n. 1, p. 65-77, jan./jun. 2009.

A PRUDÊNCIA NA UTILIZAÇÃO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Gabriel Henrique Lessa Richard¹

Resumo

O presente artigo analisa a mutação constitucional. Apresenta também alguns parâmetros e precauções para sua utilização em regimes democráticos. Por fim, comentários sobre o caso das uniões homoafetivas julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Direito constitucional. Interpretação Constitucional. Mutação Constitucional.

Abstract

This paper analyzes the constitutional change. It also presents parameters and precautions to manager this method in democratic regimes. Finally, comments on the case of homosexual unions judged by the Supreme Court of Brazil.

Keywords: Constitutional law. Constitutional Interpretation. Constitutional Change.

1 INTRODUÇÃO

Com a popularização do acesso à internet², e o conseqüente desenvolvimento das redes sociais de massa³, as mudanças sociais têm ocorrido de forma cada vez

¹ Aluno da graduação em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

² Segundo dados divulgados pelo IBGE, entre 2005 e 2015 houve crescimento de cerca de 446% no número de casas conectadas à internet. Até 2015, mais de 57,8% dos domicílios brasileiros possuem acesso à rede mundial de computadores. Todos esses números não levam em consideração o acesso à rede por via móvel. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Apesar de expansão acesso à internet no Brasil ainda é baixo*. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/apesar-de-expansao-acesso-a-internet-no-brasil-ainda-e-baixo/>>. Acesso em: 20 out. 2017.

³ Segundo a Revista Forbes, o Brasil é país com maior número de usuários de redes sociais na América Latina. FORBES. Brasil é o maior usuário de redes sociais da América Latina. Disponível em:

mais acentuada. O dinamismo das relações é outro fenômeno muito frequente decorrente deste fato social. Grupos organizados e influentes no cenário têm se tornado cada vez mais comuns. Pequenos grupos que antes não tinha voz e importância se unem através da internet e se fazem ouvir. As pessoas se organizam mais e melhor, acessam com mais facilidade informações. Tudo isso são provas das mudanças proporcionadas pelo acesso à grande rede, são fatores, que sem sombra de dúvidas, tem gerado grandes transformações sociais, as sociedades estão cada vez mais complexas e com menos consensos⁴.

É nesse cenário de incertezas, diversidade, complexidade, pluralismo, ausência de consensos e de grave crise nos poderes representativos, é que se desenvolve a jurisdição constitucional atualmente. Nesse quadro fático é fundamental que a cautela prevaleça quando se trata da mutação constitucional, sobretudo, quando ocorrer pela via judicial. A seguir serão desenvolvidos alguns comentários conceituais sobre esse fenômeno constitucional com o objetivo de fixar balizas para sua utilização.

2 CONCEITO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Há um certo consenso na doutrina brasileira sobre o que seria mutação constitucional, o dissenso parcial ocorre quanto alguns parâmetros para sua utilização. Desta forma, poder-se-ia definir mutação constitucional como um meio de alteração informal da Constituição, ou seja, o texto é o mesmo, mas o sentido que lhe é atribuído é diverso daquele que vinha sendo dado até então. Tal fenômeno ocorre quando se modificam o prisma histórico-social ou fático em que se aplica o texto constitucional⁵. Não deve e não pode ser utilizado indistintamente, não pode

<<http://forbes.uol.com.br/fotos/2016/06/brasil-e-o-maior-usuario-de-redes-sociais-da-america-latina/>>. Acesso em: 20 out. 2017.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e método de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

ser tido como um *poder constituinte difuso*⁶, conforme prega Burdeau, sob pena de violar frontalmente o princípio democrático e a própria rigidez inerente a Constituição brasileira. A ideia de que o Supremo Tribunal Federal possui essa competência⁷ seria “inverter a lógica segundo a qual a legitimidade da sua atuação contra as deliberações majoritárias de outros poderes resulta, antes de tudo, da sua fidelidade à Constituição, e não da crença na superioridade intelectual ou moral dos juízes”⁸.

A mutação constitucional é um forte instrumento de modificação das normas constitucionais, em regimes cujo procedimento de emenda constitucional é excessivamente arduo, torna-se um dos principais instrumentos para alteração da Constituição, mesmo que de maneira informal⁹, dessa forma deve ser utilizado de maneira cuidadosa, meticulosa e atenta aos seus impactos sistêmicos. Não se pode admitir, por exemplo, que seja utilizado tal mecanismo para dar uma nova interpretação quando o legislador haja a rejeitado de maneira expressa em tempos recentes.

As mudanças sociais, a mudança em como se vê o direito e alterações no contexto em que se aplica o direito são requisitos essenciais para possibilitar a utilização desse mecanismo, mas não são os únicos, devem se alinhar, principalmente e em equilíbrio, com a rigidez, com os mecanismos formais de alteração constitucional e com sua força normativa, sem deixar o dinamismo inerente à sociedade moderna. Cabe ao intérprete demonstrar argumentativamente e com base realística o porquê da necessidade de alteração do paradigma interpretativo anterior, bem como as mudanças em que se baseia para dar aquele texto uma nova interpretação.

⁶ BURDEAU, Georges. *Traité de Science politique*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 90450/MG. Segunda Turma. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 06 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2890450%2EENUME%2E+OU+90450%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zamqz85>>. Acesso em: 25 out. 2017.

⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e método de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2016, p. 349.

⁹ ACKERMAN, Bruce. The living Constitution. *Havard Law Review*, v. 120, n. 7, p. 1737-1812, 2007.

Importante ressaltar que a idade da Constituição, sua textura aberta e o dinamismo nas relações sociais, são fatores que ensejam em maior ou em menor grau o fenômeno jurídico da mutação constitucional. Tais assertivas podem ser assim reduzidas: quanto mais antiga for uma Constituição, mais aberto for o seu texto e maior o dinamismo das relações sociais, mais legítima será a utilização desse mecanismo de alteração constitucional. Alinhados todos esses fatores, ter-se-á uma equação concreta para sua realização.

3 LIMITES DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Como todo mecanismo constitucional, a mutação deve possuir limites, sobretudo, para preservar a própria Constituição e a vontade popular. O seu principal limitador é o texto, não é aceitável uma nova interpretação que não caiba nas possibilidades daquele texto¹⁰. Outro limitador seria a impossibilidade de uma mutação constitucional que violasse o núcleo essencial dos princípios basilares daquela Constituição¹¹. Além, é claro, dos próprios mecanismos formais de alteração constitucional.

3.1 A limitação pelo texto

Há uma diferença entre texto e norma, enquanto o primeiro seria um conjunto de possibilidades interpretativas, o segundo seria a interpretação que se extrai do primeiro, ou seja, a norma é produzida pelos seus intérpretes no momento de sua concretização¹². Essa simples explicação nos bastaria para justificar tanto a existência da mutação constitucional, quanto a sua limitação de acordo com o texto. É a partir dessa compreensão que se pode aduzir a possibilidade do fenômeno da mutação constitucional, se a norma não é efetivamente o texto e sim a interpretação concretizadora, é evidente a possibilidade de alteração constitucional sem mudança formal em seu texto.

¹⁰ SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e método de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

¹² GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

Também, a partir da distinção entre texto e norma, extrai-se o limite para hipóteses de mutação constitucional. Esse é o seu limite mais claro – o próprio texto. Não admissível que se dê ao texto uma interpretação que este não comporta¹³, é, portanto, necessário que a mutação constitucional ocorra dentro do âmbito de possibilidades interpretativas por ele toleradas¹⁴. Assim, caso se pretenda dar um novo sentido não comportável pelo texto, há de se convocar o poder constituinte reformador para que, pela via legislativa, dê nova textura ao preceito constitucional que se pretende interpretar¹⁵.

A ideia de mutações constitucionais que violem o texto da Constituição soa absurda desde o começo, mas, ainda assim, é necessário refutá-la. Admiti-la seria o mesmo que negar a força cogente, a rigidez da Constituição¹⁶, seria dar espaço ao subjetivismo interpretacionista e mais, seria o mesmo que garantir um amplo espaço de insegurança jurídica, tendo em vista, que cada intérprete faria a concretização do texto da forma que bem entendesse levando em consideração seus valores morais, sociais e seu próprio senso de justiça sem qualquer limite. Ademais, a mera legitimação dessa violação nos levaria a um retrocesso de déspotas esclarecidos, a um absolutismo pelo Poder Judiciário¹⁷, o que não pode ser admitido em um estado democrático de direito, pois dentro um de seus princípios basilares está o fiel cumprimento do ordenamento jurídico construído através da vontade popular aplicável a todos de maneira isonômica.

3.2 Respeito aos princípios fundamentais da Constituição

Esse limite é mais uma decorrência lógica do sistema constitucional rígido como um todo, no caso brasileiro, é uma interpretação do art. 60, §4º, da

¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

¹⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e método de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

¹⁶ HESSE, Konrad. La interpretación de la Constitución. In: HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

¹⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e método de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

Constituição Federal. Se nem por mecanismo formais de alteração é possível realizar determinadas mudanças no quadro constitucional, não existem razões plausíveis para excluir desses mesmos limites os métodos informais. Esses limites fixados pelo texto constitucional objetivam preservar o núcleo duro constitucional, portanto, possibilitar uma permanência e estabilidade, e, especialmente, a parte fundamental desenvolvida pelo constituinte originário, ou seja, manter uma certa identidade constitucional¹⁸.

Não submeter os mecanismos informais de alteração constitucional a esses limites materiais seria o mesmo que ignorar esse desejo do constituinte originário de preservação, estabilidade e permanência de um núcleo essencial da Constituição. Ademais, não submeter a mutação constitucional a essas limitações materiais ocasionaria privilegiar essa em detrimento dos meios formais de alteração constitucional.

Como há muito frisado, quando se lida com a mutação constitucional cuida-se de um processo que envolve vários princípios, em especial, o democrático, e, portanto, deve ser tratada com precaução, de modo que quanto mais limitações e quanto mais raro forem a sua utilização, melhor será para o sistema constitucional. Com isso não se pretende acabar ou mesmo inviabilizar a sua utilização, mas tão somente alertar para a sua excepcionalidade e necessidade de cumprimento de requisitos claros, objetivos e analíticos para sua aplicação.

Não se pode subverter a lógica do princípio da separação de poderes e dar ao intérprete a primazia sobre alterações normativas, não por outro motivo que é dado ao legislador a competência para reforma constitucional.

3.3 Os limites formais de reforma constitucional como limite para mutação constitucional no caso brasileiro

Pode-se afirmar que, no Brasil, o próprio sistema de reforma constitucional, com as suas limitações formais, é um fator limitador de mutações constitucionais.

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; BRANDÃO, Rodrigo. Comentário ao artigo 60. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et. al. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

Isso ocorre pela, aparente, facilidade com que o Congresso Nacional aprova emendas à Constituição. Ao longo de pouco mais de 29 anos desde a promulgação da Constituição já foram realizadas 97 emendas¹⁹, sem contar as 6 emendas de revisão²⁰. O Poder Constituinte derivado tem sido utilizado e de forma frequente. Contando as emendas revisionais, dá uma média de 3,65 emendas constitucionais por ano.

Em um sistema cujo Congresso Nacional não hesita em alterar a Constituição conforme os seus interesses momentâneos, não pairam dúvidas de que a utilização da mutação constitucional deve ser minimizada ao máximo, devendo ser utilizado somente em matérias que não tenham sido objeto de expressa deliberação pelo Poder competente. Desconsiderar esse ponto seria desconsiderar a existência de um Poder competente para promoção de mudanças de acordo com a vontade popular. Assim, quanto mais difícil for o meio formal de alteração constitucional, mais frequente e legítimo será a utilização da mutação constitucional, *a contrario sensu*, quanto mais fácil e frequente forem as alterações formais no texto constitucional, menos frequente e legítimo será a mutação constitucional.

Combinados todos esses fatores e alinhados ao decurso do tempo, ou seja, quanto mais longeva for a Constituição mais adequada e legítima será a mutação constitucional, e com o dinamismo social inerente a sociedade moderna, é que se poderá utilizar de forma legítima e congruente da mutação constitucional.

4 O CASO DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS

No julgamento da ADPF 132²¹, de relatoria do Min. Carlos Ayres Britto, o Supremo Tribunal Federal promoveu verdadeira mutação constitucional quando permitiu que pessoas do mesmo sexo pudessem constituir união estável. Até aquele

¹⁹ BRASIL. *Emendas Constitucionais*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/quadro_emc.htm>. Acesso em: 25 out. 2017.

²⁰ BRASIL. *Emendas Constitucionais de Revisão*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/ECR/quadro_ecr.htm>. Acesso em: 25 out. 2017.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 132/RJ*. Plenário. Relator: Min. Carlos Britto. Brasília, 14 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28132%2E%2E%2E%2E%2E%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/gwu5lgj>>. Acesso em: 25 out. 2017.

momento a interpretação vigente do art. 226, §3º, da Constituição da República, não admitia aos homossexuais tal possibilidade.

Atento aos movimentos sociais que há época ganhavam muita força na defesa e proteção dos direitos dos homossexuais, alinhado ao apoio que esses movimentos vinham recebendo da sociedade civil, o Supremo Tribunal Federal interpretou o texto constitucional, de modo a conferir-lhe uma nova exegese passando, assim a permitir as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo.

Esse é um caso emblemático e de fácil percepção do cumprimento de todos aqueles requisitos acima referido. Não houve desrespeito a princípios essenciais da Constituição, muito pelo contrário, com essa decisão houve a efetiva concretização de alguns dos preceitos mais importantes. Não fere nenhuma das cláusulas pétreas, porquanto, em verdade, realiza direitos fundamentais dos cidadãos, porquanto decorre o direito de terem sua união reconhecida formalmente pelo Estado. Houve o transcurso de um tempo razoável entre a promulgação da Constituição e a decisão, período esse em que ocorrera diversas transformações sociais e movimentos sociais pelos direitos dos homossexuais passaram a ter apoio de grande parte da população. O legislador mantinha-se inerte mesmo diante das explícitas mudanças sociais. O único requisito que poderia ter havido uma certa controvérsia é quanto a possibilidade interpretativa dentro daquele texto, mas tal controvérsia somente ocorreria se considerada apenas a interpretação literal do texto, não subsistindo quando feita uma interpretação sistemática.

5 CONCLUSÃO

Como demonstrado ao longo do presente artigo, a mutação constitucional é um mecanismo de alteração informal da Constituição, portanto, um mecanismo muito forte que deve ser utilizado com prudência. Para tanto, devem ser seguidos de maneira analítica e objetiva todos os requisitos, de modo a diminuir a sua discricionariedade. Através desse fenômeno confere-se dinamismo necessário a Constituição e tendo em vista os princípios basilares do constitucionalismo

democrático, deve sempre ser utilizada com bastante equilíbrio, de forma a compatibilizar-se com eles.

A grande dificuldade da utilização da mutação constitucional é justamente em equacionar o conflito existente entre dinamismo constitucional *versus* a rigidez constitucional, normatividade da Constituição e os mecanismos formais para sua alteração. Seguindo os todos esses requisitos dá um caminho para essa compatibilização, cabendo ao fim a aplicação do princípio da proporcionalidade para solucionar tal conflito. Frise-se que antes de chegar à proporcionalidade deve-se percorrer todos os demais requisitos, a fim de se evitar arbítrios.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. The living Constitution. *Havard Law Review*, v. 120, n. 7, p. 1737-1812, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o Governo da Maioria. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. *Emendas Constitucionais de Revisão*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/ECR/quadro_ecr.htm>. Acesso em: 25 out. 2017.

BRASIL. *Emendas Constitucionais*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/quadro_emc.htm>. Acesso em: 25 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 132/RJ*. Plenário. Relator: Min. Carlos Britto. Brasília, 14 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28132%2E%2E%2E+OU+132%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/gw5lgj>>. Acesso em: 25 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 90450/MG*. Segunda Turma. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 06 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2890450%2E%2E+OU+90450%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zamqz85>>. Acesso em: 25 out. 2017.

BURDEAU, Georges. *Traité de Science politique*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedida, 2003.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

HESSE, Konrad. La interpretación de la Constitución. In: HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; BRANDÃO, Rodrigo. Comentário ao artigo 60. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et. al. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e método de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

A JUDICIALIZAÇÃO DA VIDA

Marcelo Athayde Azambuja¹

Resumo

O protagonismo do Poder Judiciário, que teve sua elevação com o Estado Constitucional de Direito pós Segunda Guerra Mundial, acarretou diversos novos paradigmas, fomentando, também, fortes críticas. Desses novos paradigmas, tem-se 1) a *judicialização* de questões da vida como centro e; 2) em razão disso, o aumento de decisões que são consideradas *ativistas*. Logo, é necessário inicialmente diferenciar um termo do outro, tendo em vista que aparentam ser sinônimos, mas possuem significativa diferença. Posteriormente, é necessário explanar os motivos históricos da evolução entre os três Poderes que, durante a história, tiveram diferentes protagonismos. Além disso, deve-se mostrar, no sistema brasileiro, quais os motivos que justificam e fomentam essa força do Judiciário. Analisar-se-á também o entendimento de alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal acerca do que se entende por ativismo judicial. Essa análise individualizada de alguns Ministros terá o fim de ponderar qual é o entendimento do Tribunal, que é o Tribunal de maior hierarquia no modelo brasileiro e que possui a última palavra no que se refere às matérias constitucionais. Em um segundo momento, então, verificar-se-á o que realmente seria considerado ativismo no entendimento deles ou apenas uma forma de interpretação da norma. Por último, diferenciar-se-á certas situações de casos que são considerados mais complexos, chamados doutrinariamente de *casos difíceis*, e de casos que não se tem muito espaço para interpretações muito expansivas, chamados de *casos fáceis*. Com isso, tentar-se-á, ao final, concluir até que ponto pode-se considerar o caso uma verdadeira forma de ativismo e se é passível de legitimação nesse contexto fático.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Judicialização. Supremo Tribunal Federal.

Abstract

The leading role of the Judiciary Power which rose with the post second world war constitutional rule of law resulted in way new paradigms as well as promoted a great deal of criticism. From those new paradigms there is the court

¹ Aluno da graduação em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

protection of issues of ordinary life and, these, the increase of decisions that are considered activist. Therefore it is necessary to distinguish one word from the other, taking in consideration that they seem to be synonyms but are not. Subsequently it is necessary to explain the historical reasons of the evolution is the three Powers that throughout history have had different leading roles. However, the reasons the reasons that justify and promote the strength of the Judiciary Power in the Brazilian system. The understanding of some members is the Brazilian Supreme Court will also be analyzed specially on what is understood as Judicial activism. The understanding of STF, the highest hierarchy court in the Brazilian model and that has the last day in constitutional matters. And, then, analyze whether or not it could be considered activism their understanding or just a way of interpreting the law. At last, situations of certain cases that are considered complex will be differentiated, cases that are doctrinally considered difficult and cases that leave very little room for various interpretations, the so called easy cases. With that, an attempt will be made to find out to which point cases can be considered a way of activism or if it is possible to be made legitimate in this context.

Keywords: Judicial Activism. Judicialization. Supreme Federal Court.

1 INTRODUÇÃO

No decorrer do tempo, o status da atuação do Poder Judiciário se alterou deixando de ser um mero ato “mecânico” do magistrado para se tornar o produto de um verdadeiro intérprete da norma jurídica. Essa nova função veio em decorrência de alguns fatores, que são: 1) o poder vinculante que a Constituição passou a ter em relação as outras normas; 2) a criação de uma Corte Constitucional; 3) e a edição de normas abertas.

Todavia, por conta dessas novas funções delegadas a esse Poder, há diversas críticas em relação à forma que o Judiciário está atuando, com o fundamento de que estaria extrapolando as suas funções. Essa usurpação de poder é o que se chama de ativismo judicial, que veio em decorrência da grande judicialização de assuntos cotidianos da vida em sociedade.

Por outro lado, quando os Ministros do Supremo Tribunal Federal tratam de tal assunto, o entendimento comum é que o que se denomina ativismo não seria uma forma de extrapolação funções. Entende-se que o Judiciário estaria agindo legitimado pela Constituição Federal e que, com isso, tem a obrigação de garantir e proteger Direitos Fundamentais da Pessoa, logo estaria apenas cumprido a sua função.

Deve-se, porém, separar em dois tipos diferentes os casos processuais e verificar qual deles é mais comum essa prática ativista. O primeiro, composto pelos chamados casos fáceis, é aquele no qual que o interprete consegue solucionar apenas por uma forma interpretativa simples, ou seja, por subsunção da norma jurídica com o caso concreto. Já o segundo, formado por casos difíceis, refere-se a casos nos quais não é possível a interpretação da forma anterior explanada. Para este ser solucionado é necessário a ponderação de dois direitos evidentes no caso em discussão e escolher qual direito é o mais evidente.

2 JUDICIALIZAÇÃO X ATIVISMO JUDICIAL

Deve-se distinguir, inicialmente, dois termos que aparentam ser sinônimos, porém possuem uma significativa diferenciação. Quando se utiliza o termo *judicialização* se quer dizer que se trata de uma realidade fática. "A judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Judiciário"². Já o termo *ativismo judicial* é uma atitude expansiva da Constituição, ou seja, uma forma mais proativa de interpretar a Constituição. Em outras palavras "o fato de não ser apenas a interpretação, mas também a intervenção na esfera dos demais poderes do Estado, caracterizam aquilo que a filosofia constitucional contemporânea designa como ativismo judicial."³

Antes de adentrar nas novas características do Poder Judiciário deve-se analisar que as funções delegadas a esse Poder vieram de forma legítima, visto que foram promulgadas pelo Poder Legislativo e ratificadas pelo Executivo quando da elaboração da Constituição Federal de 1988. "Na mesma toada, os políticos passam a estimular, via legislação, os canais de representação funcional. Por meio de iniciativas legislativas, a Justiça se torna capilar, aproximando-se da população

² BARROSO, Luís Roberto. *Jurisdição constitucional: a tênue fronteira entre o direito e a política*. 2014. p. 4. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2017.

³ LEAL, Mônica Clarissa Hennig; ALVES, Felipe Dalenogare. *Judicialização e ativismo judicial*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015, p. 1.

notadamente por meio de criação de juizados, mais ágeis e desburocratizados [...].O juiz se torna protagonista direto de questões sociais"⁴.

E, por conta dessa atuação, o Poder Judiciário adquiriu, ao longo de sua história, um certo protagonismo em detrimento dos outros dois Poderes. O motivo para tal ascensão é baseado em três principais aspectos, que são: 1) o advento da força da Constituição nos Estados modernos; 2) a criação de Tribunais Constitucionais, possuindo a última palavra no que diz respeito a matéria constitucional; e 3) o regramento jurídico devendo seguir as diretrizes dos Direitos Fundamentais.

O primeiro motivo foi a mudança político-ideológica da visão que o modelo Constitucional passou a ter. Uma das principais alterações foi a efetivação da norma constitucional, que, com o Estado Constitucional de Direito, passou a ser dotada de superioridade hierárquica em relação as outras normas e, com isso, tornando-se o centro jurídico. Alguns exemplos que demonstram esse quadro é a previsão de normas de ordem pública, que são normas que não podem ser afastadas pela vontade das partes, que têm como finalidade garantir as preocupações sociais, principalmente com a proteção do polo mais fraco das relações jurídicas.

Este primeiro motivo tem direta conexão com o segundo, que é a criação de Tribunais Constitucionais. Houve a necessidade da criação de um Tribunal que possuísse a "última palavra" no que verse matéria Constitucional, ou seja, um legítimo protetor da Constituição. "A maior atenção dispensada à Jurisdição Constitucional no Constitucionalismo democrático se deve, em grande parte, à criação de Tribunais Constitucionais, os quais, embora instituídos na década de 1920, incubem novo fôlego, com a atribuição do controle de Constitucionalidade das leis produzidas pelo Legislativo [...]"⁵.

Essa nova atribuição do Poder Judiciário, de ser o legítimo intérprete da norma jurídica, atribuiu a ele casos que necessitasse uma interpretação mais ampla.

⁴ VICTOR, Rodrigo de Albuquerque de. *Judicialização de Políticas Públicas para a educação infantil*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 19.

⁵ LEAL, Mônica Clarissa Hennig; ALVES, Felipe Dalenogare. *Judicialização e ativismo judicial*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015. p. 44.

O juiz “possui, neste contexto, papel que ultrapassa uma função meramente negativa de controle, adquirindo status construtivista e criativo, assentado na necessidade de concretização dos princípios e direitos fundamentais”.⁶ Um fator a favor desse modelo Constitucional que acarretou no grande número de judicializações de casos é tratado por Victor:

Um elemento a favor do perfil democrático do Judiciário advém da necessidade de os juízes externarem as razões que embasam suas decisões" [...]. O togado não está livre para agir tão somente com base em suas convicções pessoais. Além de fiel aos mandamentos legais e constitucionais, ele precisa também ter consciência da realidade e estar atento aos anseios sociais e impactos econômicos que subjazem de suas decisões.⁷

Além disso, o Constitucionalismo Democrático caracterizou-se “por textos constitucionais dotados de normas-princípios que estabelecem fundamentos e objetivos à Sociedade e ao Estado”⁸. A criação dessas normas abstratas tem como finalidade a concretização dos Direitos Fundamentais do indivíduo, como, por exemplo, a isonomia, dignidade da pessoa humana, dentre outros. Essa força constitucional superou a ideia de que o direito é apenas o que está positivado para um patamar de ser interpretado em cada caso concreto.

3 O QUE SERIA CONSIDERADO ATIVISMO PARA OS MINISTROS DA SUPREMA CORTE?

Uma das primeiras declarações sobre o tema do ativismo judicial foi feita no dia 23 de abril de 2008 pelo Ministro Celso de Mello. O Ministro realçou que “a prática da jurisdição, quando provocada por aqueles atingidos pelo arbítrio, pela violência e pelo abuso, não pode ser considerada – ao contrário que muitos afirmam

⁶ LEAL, Mônica Clarissa Hennig; ALVES, Felipe Dalenogare. *Judicialização e ativismo judicial*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015. p. 60.

⁷ VICTOR, Rodrigo de Albuquerque de. *Judicialização de Políticas Públicas para a educação infantil*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 23.

⁸ LEAL, Mônica Clarissa Hennig; ALVES, Felipe Dalenogare. *Judicialização e ativismo judicial*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015. p. 44.

– um gesto de indevida interferência desta Suprema Corte na esfera orgânica dos demais Poderes da República”⁹.

Na mesma linha de pensamento, o Ministro Gilmar Mendes em 26 de novembro 2008, destacou que o ativismo judicial do STF “não é uma manifestação de despreço com o Congresso Nacional, mas uma tentativa de concretizar a Constituição Federal”, acrescentando que “um pouco desse ativismo decorre do próprio modelo constitucional brasileiro”¹⁰.

Já a Ministra Cármen Lúcia, atual presidente da Suprema Corte, no dia 26 de novembro 2010, afirmou que o que se chama de ativismo judicial na verdade é “a preocupação dos juízes em garantir a efetividade dos direitos fundamentais dos cidadãos” o que, para a eminente Ministra, tornou-se “o novo papel do Poder Judiciário.”¹¹

O Ministro Teori Zawaski, no dia 14 de março de 2014, dividiu a discussão do ativismo judicial no contexto brasileiro em três pontos. Primeiro: “o princípio da separação dos poderes, cada qual com seu espaço próprio, mas trabalhando harmonicamente”; segundo: “o princípio democrático, na base do artigo da constituição que diz que todo poder emana do povo e é exercido por seus representantes do povo e é exercido por seus representantes eleitos”; e terceiro: “o princípio da inafastabilidade da função jurisdicional. Ou seja, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça ao direito”¹².

Logo, é possível chegar numa conclusão que a visão dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, numa visão geral, é que o Poder Judiciário não estaria atuando de uma forma ativista. Os argumentos utilizados, quando se referem do termo ativismo, são na verdade uma forma de concretização dos direitos fundamentais da pessoa humana, a qual está prevista na própria Constituição

⁹ LEAL, Mônica Clarissa Hennig; ALVES, Felipe Dalenogare. *Judicialização e ativismo judicial*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015. p. 135.

¹⁰ LEAL, Mônica Clarissa Hennig; ALVES, Felipe Dalenogare. *Judicialização e ativismo judicial*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015. p. 136.

¹¹ LEAL, Mônica Clarissa Hennig; ALVES, Felipe Dalenogare. *Judicialização e ativismo judicial*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015. p. 137.

¹² LEAL, Mônica Clarissa Hennig; ALVES, Felipe Dalenogare. *Judicialização e ativismo judicial*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015. p. 143.

Federal. A concretização desses direitos fundamentais seria necessária tendo em vista que os outros dois Poderes agem de forma omissa, cabendo, então, como legítimo, o Poder Judiciário a dar a última palavra.

4 CASOS FÁCEIS X CASOS DIFÍCEIS

Há, num contexto processual, diversos tipos de casos, que podem ser considerados casos mais simples ou casos mais complexos. Esses casos mais simples, nomeados pela doutrina de casos fáceis, podem ser resolvidos mediante mera interpretação por subsunção, ou seja, já existe uma solução pré-pronta na norma jurídica, bastando o magistrado pegar o caso fático e adequá-lo na esfera jurídica.

Porém, há certos casos que o direito pretendido não possui uma formula pronta no ordenamento jurídico. Nesses casos, denominados de *hard cases*, mais complexos, a forma de interpretação será diferenciada. "Os casos difíceis envolvem situações para as quais não existe uma solução acabada no ordenamento jurídico. Ela precisa ser construída argumentativamente, por não resultar do mero enquadramento do fato à norma"¹³. Ou seja, o intérprete da lei deverá analisar no caso em concreto e analisar qual o direito que irá preponderar. Contudo, essa forma de hermenêutica pode gerar conflitos de interesse, tendo em vista que existem, no caso concreto, dois direitos evidentes só que apenas um irá prevalecer. Esses casos usualmente resultam em decisões de caráter mais ativista, uma vez que há grande margem para interpretação.

Dois exemplos demonstram de uma forma clara essa situação explicitada pelo Ministro Luis Roberto Barroso.

Pode um artista, em nome do direito de privacidade, impedir a divulgação de sua biografia, escrita por um pesquisador? Pode o autor de uma ação de investigação de paternidade exigir que o indigitado pai se submeta coativamente a exame de DNA? Em ambos os casos, que envolvem questões constitucionais – privacidade, liberdade de expressão, direitos da personalidade, liberdade individual – a solução para a disputa não é

¹³ BARROSO, Luís Roberto. *Jurisdição constitucional: a tênue fronteira entre o direito e a política*. 2014. p. 25. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2017.

encontrável pré-pronta no sistema jurídico: ela precisa ser desenvolvida justificadamente pelo intérprete.¹⁴

5 CONCLUSÃO

O Poder Judiciário tem, constitucionalmente, a função de aplicação e interpretação das leis. O Supremo Tribunal Federal, também o tem, com o acréscimo de ser também o guardião de nossa Constituição. Essa corte o faz por meios diversos, agindo conforme o que alguns consideram ativismo em razão da omissão dos demais Poderes da República. Trata-se, na verdade, de decisão em razão da judicialização de questões da alçada de nossa Suprema Corte, ou seja, questões importantes para as quais há repercussão geral e devem ser decididas. Na análise dessas questões, invariavelmente, os julgadores exercerão sua função de interpretadores da norma constitucional e isso, muitas das vezes, resultará em "inovações" que podem vir a ser interpretadas como ativismo. O fato é que o STF há de cumprir esse papel e, por vezes, inovar ou modificar seu entendimento da norma constitucional conforme o tempo.

Não há usurpação de Poderes da República nessa ação do Judiciário, uma vez que é obrigação do Judiciário solucionar questões para as quais não há fácil resolução, já que a lei pode vir a ser omissa ou pouco precisa para o caso concreto, tendo em vista que não é possível que o ordenamento jurídico preveja todas as situações fáticas da vida. Ademais, a omissão do Legislativo, em não editar leis adequadas, ou do Executivo, em não fazer as políticas públicas previstas, no que concerne a geração ou regulamentação de leis, obriga o Judiciário a atuar na solução de conflitos.

Dessa maneira, enquanto o Poder Legislativo e o Poder Executivo forem omissos ou morosos, sempre haverá a necessidade de judicialização de casos da vida cotidiana. A atuação do Judiciário da maneira que se vê atualmente, portanto, é fruto de uma conjuntura que poderá se modificar com o avanço da democracia em nosso país, pois quando novos e melhores membros dos Poderes Legislativo e

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Jurisdição constitucional: a tênue fronteira entre o direito e a política*. 2014. p. 25. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2017.

Executivo forem eleitos, melhores normas serão editadas e menos se exigirá do Judiciário.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Jurisdição constitucional: a tênue fronteira entre o direito e a política*. 2014. Disponível em:

<<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2017.

LEAL, Mônica Clarissa Hennig; ALVES, Felipe Dalenogare. *Judicialização e ativismo judicial*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015.

VICTOR, Rodrigo de Albuquerque. *Judicialização de políticas públicas para a educação infantil*. São Paulo: Saraiva, 2011.

LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: A SUPERAÇÃO DA DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA

Maria Clara de Souza Lopes Guimarães¹

Resumo

Neste artigo trataremos sobre a legitimidade da jurisdição constitucional, mais especificamente sobre a superação da dificuldade contramajoritária. Para melhor abordar o tema, o artigo foi dividido em quatro capítulos. No primeiro, será abordado o conceito moderno de constituição, fruto das revoluções liberais do século XVIII e de suas características. No segundo, será explorada a consequente necessidade da jurisdição constitucional, como mecanismo de controle de constitucionalidade. Posteriormente, no capítulo 3, será exposto o que é a dificuldade contramajoritária, ou seja, o fato de um tribunal não eleito realizar o controle de constitucionalidade sobre atos praticados por pessoas eleitas. No capítulo 4, finalmente, serão trabalhados dois argumentos pela superação da dificuldade contramajoritária.

Palavras-chave: Dificuldade Contramajoritária. Jurisdição Constitucional. Teoria Constitucional.

Abstract

In this article we will discuss the legitimacy of the judicial review of constitutionality, more specifically the overcoming of the so called countermajoritarian difficulty. To properly address the topic, the article has been divided into four chapters. In the first, the modern concept of constitution, as resulted from the liberal revolutions of the eighteenth century and its characteristics, will be approached. In the second, the consequent necessity of a judicial review will be explored, as a mechanism of controlling the constitutionality of laws. Subsequently, in chapter 3, it will be exposed what is the countermajoritarian difficulty, that is, the fact that an unelected court carries out the control of constitutionality over acts practiced by elected persons. In Chapter 4, finally, two arguments will be presented for the overcoming of the countermajoritarian difficulty.

¹ Aluno da graduação em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Keywords: Countermajoritarian Difficulty. Judicial Review. Constitutional Theory.

1 INTRODUÇÃO

As Revoluções liberais do século XVIII são um grande marco para o constitucionalismo ocidental. A partir delas o conceito moderno de constituição escrita foi elaborado e as bases do Estado Democrático de Direito, que se consolidou em meados do século XX, foram lançadas.

A Declaração da Independência dos Estados Unidos, gerou para o mundo a primeira constituição política, na qual eram garantidos os chamados direitos individuais, quais sejam, a liberdade, a vida e a felicidade. Na França, por sua vez, o Estado absolutista perdia força e a necessidade de um parlamento soberano que fizesse frente à vontade do monarca era crescente. Para conter o poder do rei várias teorias sobre a separação de poderes foram criadas.

A junção da produção intelectual e filosófica da Revolução Francesa e da Revolução Americana, rendeu para nós a concepção moderna que adotamos de constituição, como a norma suprema de todo ordenamento jurídico, a qual todas as outras normas precisam se conformar. A constituição passa a ser o documento que contém as bases de organização do Estado, a competência de cada órgão e os direitos fundamentais acolhidos naquele território. Surge desse conceito, a necessidade de um órgão fiscalizador que faça o controle de constitucionalidade, isto é a verificação se as normas infraconstitucionais estão em acordo e a norma superior.

Para este fim, instituiu-se que o controle de constitucionalidade seria realizado pelo poder judiciário. Mas, para alguns, essa não parece ser a melhor opção, pois esse não seria o órgão legítimo para fazê-lo. Há quem diga que esse controle deveria ser feito pelos órgãos em que os membros são eleitos por meio do voto popular, pois nestes órgãos o princípio democrático da soberania da vontade do povo manifesta-se de maneira mais evidência e, por essa razão o controle de constitucionalidade seria efetuado de maneira democrática e legítima.

Surgem desse debate críticas à tomada de decisão de maneira contramajoritária, isto é, que não estão em perfeita sintonia com a vontade política e

por isso vão contra o interesse do Parlamento ou do Chefe de Estado. No intuito de mostrar como superar essa dificuldade, apresentamos neste artigo dois argumentos. O primeiro diz respeito à legitimidade dos Tribunais efetuarem o controle de constitucionalidade. Por sua vez, o segundo expõe a necessidade de um órgão com características racionais realizar o controle de constitucionalidade.

2 O CONCEITO MODERNO DE CONSTITUIÇÃO

Os antigos pensadores da filosofia política não entendiam o termo constituição tal como entendemos hoje. Para eles não se tratava de um documento escrito que organizava o Estado, mas sim o resultado institucional de um processo histórico, orgânico e lento, sobre o qual influenciavam diversas causas de caráter econômico, biológico e social até a conformação institucional de uma cidade ou país. A concepção que se tinha era de uma constituição realista e não normativa.

Entretanto, nos séculos XVII e XVIII houve algumas transformações filosóficas que mudaram completamente o sentido de constituição. O advento das revoluções liberais garantiu para as gerações futuras as principais bases para o constitucionalismo moderno. Nesse período, houve a transição das considerações da sociabilidade do ser humano como *zoon politikon*² para a teoria do contrato social. Posteriormente, houve o deslocamento da fundamentação do poder político, que deixou de ser a busca pelo bem comum e passou a ser o consenso social expresso por meio de um pacto revogável, visto que resultado da manifestação de um ato voluntário e livre. Por fim, veio a afirmação da possibilidade de alteração das constituições por meio da promulgação de leis constitucionais que buscassem reorganizar as instituições estatais.

Essas e outras mudanças filosóficas ensinaram o sentido moderno de constituição vista como um documento escrito que se encontra no ápice do ordenamento jurídico e tem por fim instituir as bases do Estado. Nas palavras do Professor Manoel Gonçalves Ferreira:

² Termo encunhado por Aristóteles no livro *Política*. Diz respeito à característica inata do ser humano de se socializar, constituir a vida em sociedade. ARISTOTELES. *Política*. Bauru: Edipro, 2008.

A Constituição escrita apresenta como novidade fundamental essa crença na possibilidade de, pondo-se de parte a organização costumeira do Estado, dar-se ao mesmo uma estrutura racional inspirada num sistema preconcebido. Ora, essa crença, se pode ter apontado cá ou lá anteriormente, só se difundiu e ganhou o público na segunda metade do século XVIII, triunfando com a Revolução de 1789.³

Assim o conceito moderno e contemporâneo de constituição passou a ser o de uma lei suprema consubstanciada em um documento escrito que organiza fundamentalmente as instituições do Estado e garante os direitos fundamentais. Além disso, passou a ser a fonte e fundamento de validade de todas as normas jurídicas e atos estatais que passaram a ter, a partir de então, a sua validade dependente da adequação de sua forma e de seu conteúdo à letra da constituição.

3 A NECESSIDADE DE UMA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

O conceito moderno de constituição, tal como delineado no primeiro capítulo, tem por consequência necessária a existência necessária de um controle de constitucionalidade. Isso porque se a Constituição é o ápice do ordenamento jurídico, o documento que regula toda a produção de normas e toda a atuação dos entes estatais, é necessário para a validade de todos os demais atos que eles estejam em conformidade com a Constituição.

Coloca-se, assim, o problema acerca de qual órgão do Estado exercerá esse controle de constitucionalidade. Algumas opções são possíveis, dentre elas o controle pelo Parlamento, pelo governo ou pelo chefe de estado e, por fim, a opção propriamente de uma jurisdição constitucional feita por um órgão judiciário. Neste capítulo será demonstrada a insuficiência das duas primeiras são insuficientes e como a jurisdição de um órgão judiciário é a mais adequada. Durante muito tempo se acreditou que o controle de constitucionalidade das leis poderia ser feito pelo órgão parlamentar, ou seja, pelo mesmo órgão que faz as leis. Ocorre que há uma contradição fundamental na defesa dessa posição, porque se quem faz as leis é também quem há de controlá-las, isso significa que não há um controle de fato, pois

³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 31-32.

ninguém controla com eficácia os próprios atos. É parte constitutiva da noção de controle que ele seja feito por um ente externo, de modo que possa ter a imparcialidade e a neutralidade para poder julgar de fato a adequação das leis à Constituição.

Além dos que defendiam o controle de constitucionalidade pelo Parlamento, houve quem defendesse o controle pelo Chefe de Estado. Esse é o cerne da discussão entre Hans Kelsen e Carl Schmitt.⁴ Esse acreditava que o Chefe de Estado, como encarnação da vontade da nação, poderia exercer com mais legitimidade um controle de constitucionalidade das leis. Kelsen, que no final teve sua teoria vencedora no constitucionalismo ocidental, defendia o contrário, isto é, que o órgão mais adequado era um tribunal com as características todas de um órgão judiciário.

Isso porque conferir ao Chefe de Estado uma função de julgar a validade de todas as leis seria um resquício inadmissível do elemento monárquico-autoritário nas democracias constitucionais contemporâneas, já que faria depender a validade de todo o sistema jurídico da vontade arbitrária e pessoal de uma só pessoa, ainda que eleita. Assim, a única forma de se desenhar institucionalmente o controle de constitucionalidade de forma democrática e racional é conferi-lo a um tribunal constitucional. Isso porque a função de controlar a constitucionalidade das leis é uma função que exige as características de um órgão judiciário, quais sejam: a imparcialidade dos juízes, a neutralidade, a tecnicidade e o afastamento das pressões políticas características dos demais órgãos estatais. Entretanto, se é verdade que a melhor forma de se estruturar o controle de constitucionalidade é através de uma autêntica jurisdição, isso nos coloca de frente com a chamada “dificuldade contramajoritária”.

4 A DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA

A dificuldade contramajoritária acompanha incontornavelmente a jurisdição constitucional tal como consolidada no último século. Essa dificuldade pode ser definida nas seguintes palavras do Ministro Luís Roberto Barroso:

⁴ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

O Supremo Tribunal Federal, como as cortes constitucionais em geral, exerce o controle de constitucionalidade dos atos normativos, inclusive os emanados do Poder Legislativo e da chefia do Poder Executivo. No desempenho de tal atribuição, pode invalidar atos do Congresso Nacional – composto por representantes eleitos pelo povo brasileiro – e do Presidente da República, eleito com mais de meia centena de milhões de votos. Vale dizer: onze Ministros do STF (na verdade seis, pois basta a maioria absoluta), que jamais receberam um voto popular, podem sobrepor a sua interpretação da Constituição à que foi feita por agentes políticos investidos de mandato representativo e legitimidade democrática. A essa circunstância, que gera uma aparente incongruência no âmbito de um Estado democrático, a teoria constitucional deu o apelido de “dificuldade contramajoritária”.⁵

Em outras palavras, a dificuldade contramajoritária decorre do fato de que a legitimidade democrática é muito mais acentuada naqueles ocupantes de cargos públicos investidos por sufrágio universal. Os juízes, por sua vez, não têm responsabilização política por suas decisões e, portanto, não têm como realizar um efetivo controle democrático de constitucionalidade.

A dificuldade contramajoritária se mostra mais dramaticamente em decisões que tratam de temas eminentemente morais, que dividem ideologicamente a população. Um exemplo prático em que o Supremo Tribunal Federal tomou decisão contrária à vontade da maioria política é o caso da ADPF 54⁶, em que se permitiu o aborto no caso de fetos anencéfalos. A dificuldade contramajoritária não gira em torno do conteúdo da decisão, mas no fato de a decisão tomada pelo Poder Judiciário ter ido contra as produções legislativas sobre o mesmo tema. Isso supostamente geraria um descompasso na divisão funcional dos poderes.

Outro exemplo é o caso da ADI 4650, em que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil questionava a constitucionalidade da doação eleitoral feita por pessoas jurídicas. Nesse caso, o STF decidiu pela inconstitucionalidade desse tipo

⁵ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 19.

⁶ Ementa: FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 23 abr. 2017.

de doação sob a argumentação de que ela violaria, dentre outros princípios, o da igualdade política. A legislação eleitoral, entretanto, era clara na permissão às doações eleitorais de pessoas jurídicas.

Diante das decisões apresentadas, que de fato revelam um caráter contramajoritário, no qual o Poder Judiciário age contrariamente à vontade política legitimada por meio do voto, é necessário apresentar as razões de superação dessa dificuldade. Nesse intuito, no próximo item tentaremos assentar a jurisdição constitucional em bases realmente democráticas e sólidas mostrando como superar argumentativamente a dificuldade contramajoritária.

5 A SUPERAÇÃO DA DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA

A dificuldade contramajoritária apresentada no item anterior pode ser superada de diversas maneiras, mas neste artigo queremos trazer os dois argumentos que nos parecem os mais fortes e relevantes. O primeiro diz respeito a uma compreensão correta do papel do Parlamento. O segundo, por sua vez, é o caráter de representação racional e argumentativa que o tribunal exerce.

Conforme apresentado no capítulo I, é consequência do conceito moderno de constituição a conformidade de todas as normas jurídicas inferiores à norma superior que se encontra no ápice do ordenamento jurídico. Isso significa que toda a atuação estatal, seja executiva, legislativa, ou mesmo judiciária, funda a sua legitimidade e validade na conformidade à Constituição. O Parlamento não escapa a essa lógica; de fato, no Estado constitucional, a atividade legislativa não é somente criação de direito, mas também aplicação do direito de níveis superiores, mormente o constitucional.

Portanto, a concepção de que o parlamento é soberano em uma democracia constitucional, e por esse motivo seus atos não são passíveis de verificação, não estão de acordo com a ordem institucional estabelecida. O controle judicial de constitucionalidade, longe de ser uma ameaça à função legislativa, é antes a garantia última de sua legitimação, na medida em que assegura a sua adequação ao fundamento positivo último da ordem jurídica.

Além disso, os atos produzidos pelo Poder Legislativo estão intrinsecamente vinculados às características políticas do parlamento, seus compromissos ideológicos e interesses partidários. Portanto, a ideia de que o conteúdo produzido está em total conformidade com os limites estabelecidos constitucionalmente pode-se afirmar ingênua. Dessa forma, torna-se indispensável submeter as decisões majoritárias produzidas pelo ente político ao controle judicial de constitucionalidade.

O segundo argumento se relaciona com o tipo de representação que o tribunal constitucional exerce numa democracia contemporânea. Ao lado da representação propriamente política, que se baseia nas paixões e vontades ideológicas do eleitorado e dos partidos políticos, é necessário que haja uma que institucionalize um debate comprometido com a racionalidade do discurso. E é exatamente essa característica que legitima a função da jurisdição constitucional, superando a dificuldade contramajoritária.

Outra característica da jurisdição constitucional é o seu caráter técnico, preso a regras claras e racionais que guiam o debate. A tecnicidade da jurisdição tem como consequência a diminuição do arbítrio, pois limita a atuação do juiz àquilo que a norma permite ou não fazer. Ademais, o fato de as regras serem estabelecidas com certo rigor, garante um papel central para a razão e restringe a tomada subjetiva de decisões.

6 CONCLUSÃO

Conclui-se, então, que o controle de constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário sobre as normas infraconstitucionais não contraria o princípio democrático da soberania da vontade do povo ao decidir contrariamente aos interesses vontade política constituída por meio do voto. Consideramos, portanto, o poder judiciário órgão legítimo para efetuar esse controle em razão da centralidade da racionalidade nas decisões de controle de constitucionalidade. Fato que deriva de regras bem estabelecidas que limitam a tomada de decisões de maneira subjetiva e assim contribuem para a efetivação da democracia.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Política*. Bauru: Edipro, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2015.

COURA, Alexandre de Castro. *A falácia no direito das minorias: a faceta pragmatista a partir do perfil contramajoritário da corte*. Brasília: Senado Federal, 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2015.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

MONTESQUIEU, Baron de. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SALOMÃO, Kátia et. al. *Dificuldades Contramajoritárias: critérios legitimadores da Jurisdição Constitucional*. 2014. Disponível em: <revistas.unibh.br/index.php/dcjpg/article/download/1322/758>. Acesso em: 20 out. 2017.

A RESPONSABILIDADE DO PODER PÚBLICO NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SEGUNDO O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Marluce Fleury Flores¹

Resumo

O presente artigo tem por objetivo o estudo da responsabilidade do Poder Público na efetivação de direitos fundamentais, conforme o previsto na Constituição de 1988. Discorre-se que a natureza dos direitos fundamentais se destacam pela sua característica de vinculação dos poderes constituídos, seja impondo-lhes limites de atuação, seja constituindo obrigações que lhes demandam atuação positiva na concretização de tais direitos. O Estado assume, assim, em determinados casos, a condição de garante desses direitos fundamentais a prestação material e à prática dos atos necessários para a efetividade de tais direitos dá-se a denominação de políticas públicas. Analisa-se, por fim, as decisões emblemáticas do Supremo Tribunal Federal sobre o tema e a existência de limites à obrigação do Estado pela implementação de políticas públicas.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Responsabilidade do Estado. Políticas públicas. Direitos fundamentais.

Abstract

The purpose of this article is to study the responsibility of the Public authorities for the realization of fundamental rights, as provided for in the 1988 Constitution. It should be noted that one nature of fundamental rights is characterized by its characteristic of linking constituted powers, limits of updating, constitution of human rights. In certain cases, therefore, the State assumes the condition of guaranteeing fundamental rights, the provision of materials and the practice of acts necessary for the effectiveness of such rights and the designation of public policies. Finally, we analyze the emblematic decisions of the Federal Supreme Court on the subject and the existence of limits to the obligation of the State for the implementation of public policies.

¹ Assistente de Ministro do Supremo Tribunal Federal e pós-graduada pelo Centro Universitário de Brasília (UnICEUB) no curso *lato sensu* "Novas tendências do Direito Público.

Keywords: Administrative Law. Responsibility of the State. Public policy. Fundamental rights.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 destacou-se, entre outras mudanças emblemáticas, pela expansão dos direitos fundamentais sociais. As escolhas políticas feitas pela Assembleia Nacional Constituinte, influenciada pelos anseios da sociedade de universalização do acesso aos serviços indispensáveis à melhoria das condições de vida, estabeleceu uma nova agenda de políticas públicas.

O atual modelo constitucional brasileiro decorre de uma certa euforia constituinte – saudável e inevitável já que consolidado durante a travessia democrática – e resultou em um documento analítico, prolixo e corporativo, que expressa, nas palavras de Luís Roberto Barroso, “uma heterogênea mistura de interesses legítimos de trabalhadores, classes econômicas e categorias funcionais”².

Nesse novo contexto, impôs-se à Administração Pública uma maior carga de prestações positivas, uma vez que as normas constitucionalmente definidoras de direito investem seus beneficiários em situações jurídicas imediatamente desfrutáveis. Esses direitos subjetivos constitucionais passaram a ser exigidos cada vez mais por meio das ações previstas em normas constitucionais e infraconstitucionais, tais como mandado de segurança, ações civis públicas e ações de reparação civil.

A responsabilidade patrimonial do Estado como mecanismo de controle de políticas públicas ainda é controvertida, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, mas é admitida em certos casos, sobretudo quando violados direitos fundamentais.

Felipe de Melo Fonte afirma que se trata de “modalidade de controle forte, pois pressupõe a prática de um ato ilícito, determinando-se qual era a conduta devida pelo poder público na hipótese concreta”³.

² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 399.

³ FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 327.

Tem sido reconhecida a possibilidade de a Administração Pública ser responsabilizada civilmente pela omissão na implementação de políticas públicas, em especial as que são instrumento de proteção de direitos assegurados constitucionalmente. Daí a necessidade do estudo dos limites dessa responsabilidade.

2 EFICÁCIA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O reconhecimento da Constituição como norma jurídica, consolidado no século XX, representou uma quebra de paradigma, uma vez que foi superada a ideia de Constituição como documento eminentemente político. Nesse novo contexto, os direitos fundamentais passaram a ser tidos como normas jurídicas obrigatórias e assumiram uma posição de destaque nas Constituições modernas.

A definição de quais direitos são considerados fundamentais não se revela uma tarefa simples, tendo em conta que o caráter de fundamentalidade pode ser alterado de acordo com cada momento histórico. É o que se conclui, por exemplo, da conceituação dada por José Afonso da Silva, para quem “No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive”.⁴

Os direitos fundamentais destacam-se, ainda, pela sua característica de vinculação dos poderes constituídos, seja impondo-lhes limites de atuação, seja constituindo obrigações que lhes demandam atuação positiva na concretização de tais direitos.

No nosso ordenamento constitucional, consagrou-se que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são diretamente aplicáveis (artigo 5º, § 1º, da CF). Luís Roberto Barroso ensina que:

As normas constitucionalmente definidoras de direito – isto é, de direitos subjetivos constitucionais – investem os seus beneficiários em situações jurídicas imediatamente desfrutáveis, a serem efetivadas por prestações positivas ou

⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 164.

negativas, exigíveis do Estado ou de outro eventual destinatário da norma.⁵

Admitir-se o contrário, ou seja, que determinados direitos fundamentais, sobretudo os sociais, não possuem plena eficácia representa o reconhecimento, absolutamente equivocado, de que as formas de expressão do poder estatal dispõem da faculdade de, arbitrariamente, eleger os direitos fundamentais que farão parte do patrimônio jurídico do cidadão.⁶

Parte da doutrina defende a noção de que os direitos fundamentais são posições jurídicas a tal ponto relevantes que estão blindados contra uma supressão ou um esvaziamento arbitrário por parte dos órgãos estatais.⁷

Os direitos fundamentais, na sua dimensão subjetiva, podem corresponder tanto aos direitos prestacionais (positivos) quanto aos defensivos (negativos). Os direitos de defesa caracterizam-se por impor ao Estado um dever de abstenção, um dever de não interferência, de não intromissão no espaço de autodeterminação do indivíduo. Por outro lado, os direitos de prestação exigem que o Estado aja para atenuar desigualdades, ou seja, deve agir para libertar os indivíduos das suas necessidades.

3 OS DEVERES CONSTITUCIONAIS DO ESTADO FRENTE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O fenômeno da constitucionalização do Direito teve especial desdobramento sobre o Direito Administrativo, na medida em que os princípios constitucionais passaram a incidir diretamente sobre as situações regidas por esse ramo jurídico. Assim, passou-se a interpretar as normas de Direito Administrativo e a resolver os conflitos envolvendo a Administração Pública à luz dos princípios constitucionais

⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 245.

⁶ CANELA JÚNIOR, Osvaldo. *A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo poder judiciário*. 2009. 151 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 59. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-03062011-114104/pt-br.php>>. Acesso em: 23 abr. 2017.

⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2011.

específicos e também dos princípios gerais aplicáveis em todo o sistema jurídico, em especial: dignidade humana e preservação dos direitos fundamentais.

No Brasil, a consagração desse novo conceito de constitucionalismo se deu com o processo de redemocratização feito por meio da Constituição de 1988. Consolidou-se, assim, uma nova forma de organização política, a qual é denominada por muitos como Estado democrático de direito.

Nesse novo contexto do ordenamento jurídico brasileiro, houve uma significativa alteração nos paradigmas tradicionais da relação entre administrado e Administração Pública. Dentre eles, destacam-se: (i) a redefinição da ideia de supremacia do interesse público sobre o interesse privado; (ii) a vinculação do administrado à Constituição e não apenas à lei ordinária; (iii) a possibilidade de controle judicial do mérito do ato administrativo⁸. Superou-se a regra geral de supremacia do interesse público sobre o privado, a fim de prestigiar o interesse público primário, ou seja, aquele que representa o interesse da sociedade, que exprime os valores de justiça segurança e bem-estar social. Este sim deve ser sobreposto, regra geral, ao interesse privado. Por outro lado, o interesse público secundário não tem o condão, por si só, de suprimir o interesse público secundário. Sendo assim, na colisão de um interesse da pessoa jurídica de direito público (secundário) com o interesse particular, caberá ao intérprete a ponderação dos valores em conflito.

Como já exposto, os direitos fundamentais podem ensejar ao Poder Público obrigações negativas ou positivas. Nesse contexto, compete à Administração Pública efetivar os comandos gerais contidos na ordem jurídica de modo a promover os direitos fundamentais sociais. Para a consecução de tal fim será necessário implementar ações e programas, a que se denominam políticas públicas.

Essa característica dos direitos fundamentais, aliada à nova leitura constitucional do direito administrativo pode levar à conclusão de que as promessas constitucionais são capazes de resolver, ao menos juridicamente, todas as carências

⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 402.

sociais. Quanto a essa problemática, Hesse⁹ adverte para o perigo que corre a própria força normativa da Constituição, quando é tensionada com promessas excessivas, que resultam em inescapáveis frustrações de expectativas.

É verdade que a mera previsão de direitos subjetivos nos textos constitucionais, ainda que acompanhada de outras providências, como a criação de um sistema jurídico-constitucional de garantias institucionais,

Nunca foi o suficiente para, por si só, neutralizar as objeções da mais variada natureza ou mesmo impedir um maior ou menor déficit de efetividade dos direitos sociais, notadamente no que diz respeito aos padrões de bem-estar social e econômico vigentes.¹⁰

Por outro lado, a atuação do Poder Judiciário de modo a submeter os poderes públicos à Constituição não autoriza a invasão dos espaços próprios da deliberação majoritária, a ser levada a cabo pelas maiorias democraticamente eleitas em cada momento histórico. A função do texto constitucional é de tão-somente traçar limites e estabelecer vinculações mínimas aos agentes políticos, sobretudo no que diz respeito à promoção dos direitos fundamentais.¹¹

Na lição de Luís Roberto Barroso:

A efetividade da Constituição há assentar-se sobre alguns pressupostos indispensáveis. [...] é preciso que haja, da parte do constituinte senso de realidade, para que não pretenda normatizar o inalcançável, o que seja materialmente impossível em dado momento e lugar. Ademais, deverá ele atuar com boa técnica legislativa, para que seja possível vislumbrar adequadamente as posições em que se investem os indivíduos, assim como os bens jurídicos protegidos e as condutas exigíveis. Em terceiro lugar, impõe-se ao Poder Público vontade política, a concreta determinação de tornar realidade os comandos constitucionais. E, por fim, é indispensável o consciente exercício de cidadania, mediante a exigência, por via de articulação política e de medidas judiciais,

⁹ HESSE, apud MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 164.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, p. 163- 206, 2008.

¹¹ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 105.

da realização dos valores objetivos e dos direitos subjetivos constitucionais.¹²

Assim, torna-se indiscutível que a eficácia das normas constitucionais de direitos fundamentais prestacionais depende da disponibilização de recursos públicos e, nessa medida, está, em muitos casos, sujeita às condições, em cada momento, da reserva de recursos estatais. E, como não há recursos ilimitados, será necessário priorizar e escolher em que e como o dinheiro público será gasto.

Para Ana Paula de Barcellos, tais escolhas não são aleatórias e recebem influência direta das opções constitucionais acerca dos fins que devem ser perseguidos em caráter prioritário. Isto é, para a autora:

As escolhas em matéria de gastos públicos não constituem um tema integralmente reservado à deliberação política: ao contrário, o ponto recebe importante incidência de normas jurídicas de estatura constitucional.¹³

Na visão de Paulo Gustavo Gonet Branco, não seria factível que o constituinte dispusesse em minúcias, de uma só vez, sobre todos os aspectos dos direitos a prestação social, devendo o assunto ser entregue à conformação do legislador ordinário, confiando-se na sua sensibilidade às possibilidades de realização desses direitos em cada momento histórico. Defende que a satisfação desses direitos é, pois, deixada, no regime democrático, primacialmente, ao trabalho do legislador. E que, em princípio, o direito subjetivo pressupõe que as prestações materiais já hajam sido precisadas e delimitadas – tarefa própria de órgão político, e não do Poder Judiciário.¹⁴

Assim, é a Constituição quem aponta o caminho a ser seguido pela Administração Pública na efetivação e promoção das políticas públicas. Ao administrador atribui-se certo grau discricionariedade, de modo que possa atender os melhores interesses e necessidades da sociedade em dado momento histórico. No

¹² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 244.

¹³ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 106.

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 161-168.

entanto, isso não significa que tais escolhas podem ficar à mercê dos eventuais mandatários de cargos políticos. Portanto, o atendimento destas políticas públicas não está à disposição dos administradores públicos, uma vez que constituem imperativos fundamentais que devem ser perseguidos e cumpridos, na medida do possível.

4 A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUANTO À OBRIGAÇÃO DO ESTADO PELA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS A PRESTAÇÕES MATERIAIS

O Supremo Tribunal Federal já assentou a possibilidade, em determinados casos emergenciais, de implementação de políticas públicas pelo Judiciário, ante a inércia ou morosidade da Administração, como medida assecuratória de direitos fundamentais, sem que isso configure interferência na competência do Poder Executivo quanto à conveniência e oportunidade para a realização de políticas públicas – e a consequente disposição de recursos para tal fim.

O entendimento de que é dever do Poder Público o fornecimento de tratamentos e de medicamentos necessários à saúde de pessoas hipossuficiente, constituindo, ainda, obrigação solidária dos entes federativos, foi pacificado no julgamento do RE 855.178, sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, ao se reconhecer a repercussão geral da questão constitucional e reafirmar-se a jurisprudência da Corte. Veja-se a ementa do *leading case* (Tema 793):

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA.

O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente ou conjuntamente.¹⁵

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. *RE 855.178 RG*. Plenário. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 06 de março de 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=15319097113&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2017.

Também em relação ao direito à saúde, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 03/12/2007, no julgamento do RE 566.741, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio, reconheceu a repercussão geral da controvérsia relativa à existência de dever do Estado no fornecimento de medicamento de alto custo a portador de doença grave (Tema 6). O feito ainda está pendente de conclusão do julgamento de mérito.

Quanto ao direito à educação, o Supremo Tribunal Federal também já assentou a possibilidade de implementação de políticas públicas, ante a inércia ou morosidade da Administração, como medida para assegurar a proteção do direito fundamental à educação.¹⁶

Nota-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal, considerando a natureza das normas de direitos fundamentais, tem reconhecido que: (i) os direitos fundamentais sociais à saúde, à educação e os direitos fundamentais da criança e do adolescente, englobando as políticas constitucionais deles decorrentes, constituem direitos públicos subjetivos; (ii) tais direitos públicos subjetivos a prestações positivas do Estado são, em princípio, passíveis de garantia pela via judicial.

5 OS LIMITES DA OBRIGAÇÃO DO ESTADO PELA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Na lição de Ana Paula de Barcellos:

O chamado *mínimo existencial*, formado pelas condições materiais básicas para a existência, corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer a eficácia jurídica positiva ou simétrica.¹⁷

Define que:

[...] o mínimo existencial que ora se concebe é composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça. Repita-se, ainda uma vez,

¹⁶ Nessa linha, vejam-se os seguintes julgados: ARE 761.127 AgR, Relator(a): Min. LUIZ ROBERTO BARROSO, Julgamento: 07/10/2014; RE 410.715-AgR, Relator(a): Min. Celso de Mello, Julgado em 22/05/2005; e RE 440.028, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Julgado em 29/10/2013.

¹⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *Eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 258.

que esses quatro pontos correspondem ao núcleo da dignidade da pessoa humana a que se reconhece eficácia jurídica positiva e, *a fortiori*, o *status* de direito subjetivo exigível diante do Poder Judiciário.¹⁸

Esse grau mínimo de efetividade dos direitos a prestação material que deve ser garantido pelo Estado consiste, ainda, em restrição imposta à liberdade de conformação do legislador, e o seu desprezo configuraria caso de censurável omissão legislativa.¹⁹

Ana Paula de Barcellos entende que a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Para a mencionada autora, o objetivo da Constituição de 1988 pode ser resumido na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir quais os outros projetos a se investir.²⁰

Os direitos a prestação caracterizam-se pela sua dimensão econômica, uma vez que são satisfeitos segundo as conjunturas econômicas e de acordo com as disponibilidades do momento. Diz-se que esses direitos estão submetidos à reserva do possível, ou seja, são traduzidos em medidas práticas tanto quanto permitam as disponibilidades materiais do Estado.²¹

De acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, tendo em conta a efetivação de tais direitos está diretamente vinculada ao

¹⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *Eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 258.

¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 164.

²⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *Eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

²¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 162.

dispêndio de recursos públicos. No direito alemão, a “reserva do possível” (Der Vorbehalt des Möglichen) passou a traduzir (tanto para a doutrina majoritária, quanto para a jurisprudência constitucional na Alemanha) a ideia de que a disponibilidade de recursos públicos para efetivação dos direitos sociais estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público.²²

Ordinariamente, a reserva do possível é utilizada como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente os de cunho social. Assim, levar a sério a “reserva do possível” significa especialmente, em face do sentido do disposto no artigo 5º, § 1º, da CF, que cabe ao poder público o ônus da comprovação da falta efetiva dos recursos indispensáveis à satisfação dos direitos a prestações, assim como da eficiente aplicação dos mesmos.²³

Neste contexto, também destaca-se o princípio da proporcionalidade, que deverá balizar a atuação dos órgãos estatais na prestação de serviços públicos.

Segundo Alexy, o indivíduo tem um direito definitivo à prestação quando o princípio da liberdade fática tem um peso maior que os princípios formais e materiais colidentes, considerados em conjunto (direitos mínimos). Afirma que “Seria um equívoco considerar os deveres *prima facie*, na parte em que a eles não correspondam deveres definitivos, ou seja, no âmbito excedente, como juridicamente não-vinculantes ou meros enunciados programáticos”.²⁴

É necessário, portanto, o equacionamento sistemático e constitucionalmente adequado do que se denomina reserva do possível, para que, na perspectiva do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, possam servir

²² SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, p. 163- 206, 2008.

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, p. 163- 206, 2008.

²⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 518.

não como barreira intransponível, mas inclusive como ferramenta para a garantia também dos direitos sociais de cunho prestacional.²⁵

Para Ricardo Lobo Torres²⁶, há uma diferença significativa entre o mínimo existencial e os direitos econômicos e sociais. Isso porque a satisfação do primeiro pode prescindir de lei ordinária, uma vez que sua fruição não depende do orçamento nem de políticas públicas. Por outro lado, os direitos econômicos e sociais dependem integralmente da concessão do legislador, o que pode se dar por meio da legislação orçamentária. O tributarista defende que:

As normas constitucionais sobre os direitos econômicos e sociais são meramente programáticas: restringem-se a fornecer as diretrizes ou a orientação para o legislador e não têm eficácia vinculante. As prestações positivas para a proteção desses direitos implicam sempre despesa para o ente público, insuscetível de ser imputada à arrecadação dos impostos ou, sem lei específica, aos ingressos não contraprestacionais. Por isso mesmo carecem de status constitucional, eis que a Constituição não se envolve com autorizações de gastos públicos nem se imiscui com problemas econômicos conjunturais, assuntos reservados com exclusividade à lei ordinária de cada qual das três esferas de governo.²⁷

Segundo Eduardo Mendonça²⁸, inúmeras decisões políticas majoritárias materializadas na lei orçamentária anual relacionadas à promoção de direitos sociais deixam de ser concretizadas, ano após ano. Isso decorre do sistema orçamentário autorizativo - adotado pelo Brasil - no qual é conferida ao Executivo a faculdade de não gastar as verbas referentes à determinada dotação orçamentária, ou seja, as execuções das previsões de gastos no orçamento não são obrigatórias. Em razão disso, tornou-se normal, ao longo dos anos, a inexecução ampla e imotivada do orçamento.

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, p. 163- 206, 2008.

²⁶ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

²⁷ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 73.

²⁸ MENDONÇA, Eduardo. Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

Acentua que os cortes são corriqueiros e têm atingido programas relacionados a áreas em que a atuação do Estado tem sido insatisfatória ou insuficiente, como segurança pública, saúde, saneamento, dentre outros. Para o autor, o dever de motivar é fundamental em qualquer sistema orçamentário, mesmo naqueles em que a execução seja vinculada.

Conclui que a omissão das instâncias políticas parece funcionar como um fator a legitimar atuação judicial mais intensa. A inexecução de uma dotação orçamentária pode ser utilizada pelo juiz como argumento para maior interferência no domínio das políticas públicas. Nesse caso, o juiz ocupa um espaço deixado pela inércia do administrador na execução de uma decisão legislativa. O juiz não estaria interferindo na distribuição de recursos entre as diferentes opções de política pública, mas concretizando escolhas dentro de uma política já aprovada em caráter geral.

6 A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUANTO AOS LIMITES À OBRIGAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A proteção ao mínimo existencial já foi reconhecida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A Corte já assentou que, para se evitar que normas de cunho social, ainda que programáticas, convertam-se em promessa constitucional inconsequente, são reconhecidas obrigações mínimas que, com base nelas, o Estado deve satisfazer. Cita-se, por exemplo, o RE 271.286 AgR, acima transcrito, em que se proclamou o direito de pacientes de AIDS a receber medicamentos gratuitos dos Poderes Públicos. O mesmo entendimento foi assentado quanto ao direito à educação infantil, por meio do acesso de crianças a creches e unidades de pré-escola.²⁹

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 410.715-5 SP. Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 22 de novembro de 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354801>>. Acesso em: 23 abr. 2017.

Cumprir destacar, ainda, a emblemática decisão proferida pelo Ministro Celso de Melo, na ADPF nº 45/2004, na qual afirmou, quanto ao tema relativo à reserva do possível, que:

A realização dos direitos econômicos, sociais e culturais depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.³⁰

Assim, concluiu que o princípio da “reserva do possível”, regra geral, não pode ser invocado pelo Estado com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, em especial quando a omissão puder resultar risco grave à existência e efetividade de direitos constitucionais elencados como fundamentais.

Nesse mesmo sentido o Supremo Tribunal Federal já se posicionou em outros casos em que o Estado recorreu à tese da “reserva do possível” para justificar a omissão na efetivação de determinadas prestações. A Corte decidiu que a denominada “reserva do possível” não poderia justificar o descumprimento pelo Estado de seus deveres na área dos direitos sociais, especialmente nos casos em que o direito pleiteado integra o mínimo existencial. Nessa linha, veja-se: ARE 639.337 AgR, julgado pela Segunda Turma, sob a relatoria do Ministro Celso de Melo, no qual se discutia a obrigação de criação de vagas para atendimento de crianças em creches e em pré-escola.

Conclui-se também do julgado acima mencionado que a “insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária” não pode ser invocada “com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição”. Sobre essa questão, tem entendido o Supremo

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF n. 45/2004 DF. Relator: Ministro Celso de Melo. Brasília, 4 de maio de 2004. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2017.

Tribunal Federal que cumpre aos entes federativos o papel de destinar recursos orçamentários que garantam a implementação de políticas públicas.

Em caso que tratava especificamente sobre a responsabilidade civil da Administração Pública pela omissão na implementação de políticas públicas carcerárias, o STF, ao reconhecer a existência de repercussão geral em recurso extraordinário (RE 580.252), também fez referência à “cláusula da reserva financeira do possível”. Na manifestação, o então relator, Ministro Ayres Britto, ressaltou que:

A chamada cláusula da reserva financeira do possível se contrapõe à pretensão do recorrente de obter indenização moral [...] em razão de ser submetido a tratamento desumano e degradante em face da excessiva população carcerária verificada nos presídios estaduais.³¹

Quanto à tese da aplicação da teoria da reserva do possível em hipótese de responsabilidade civil da Administração pública, destaca-se o voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso que concluiu que a responsabilidade civil submete-se a uma lógica particular, que se afasta da lógica tradicional de aplicação da reserva do possível, qual seja a justiça comutativa ou corretiva, pela qual se busca o restabelecimento de um estado ou equilíbrio anterior rompido pela conduta danosa.

Assentou, ainda que a teoria da reserva do possível deve ter uma aplicação restrita no âmbito da responsabilidade civil do Estado, uma vez que, “Em regra, o reconhecimento da escassez de recursos não deve conduzir à improcedência do pedido, mas deve atuar como vetor interpretativo, a aconselhar os juízes a devida parcimônia na fixação do montante indenizatório a ser suportado pelo ente público”.

Assim, conquanto não se possa falar em fórmulas fixas para solução dos casos concretos, nota-se que o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a possibilidade limites da responsabilidade estatal pela implementação de políticas públicas segundo os seguintes parâmetros: (i) o princípio da “reserva do possível”, regra geral, não pode ser invocado pelo Estado com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 580.252. Plenário. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 12 de março de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=44&dataPublicacaoDj=12/03/2008&incidente=2600961&codCapitulo=1&numMateria=46&codMateria=8>>. Acesso em: 23 abr. 2017.

suas obrigações constitucionais, em especial quando a omissão puder resultar risco grave à existência e efetividade de direitos constitucionais elencados como fundamentais; (ii) a denominada “reserva do possível” não poderia justificar o descumprimento pelo Estado de seus deveres na área dos direitos sociais, especialmente nos casos em que o direito pleiteado integra o mínimo existencial; e (iii) cumpre aos entes federativos o papel de destinar recursos orçamentários que garantam a implementação de políticas públicas.

7 CONCLUSÃO

Consoante demonstrado, defende-se que a responsabilização judicial do Estado pela implementação de políticas públicas, de modo geral, pode sofrer atenuações tendo em conta a tese da “reserva do financeiramente possível”. Tal dimensionamento não nos parece desarrazoado, uma vez que o Direito não pode ser totalmente desvinculado da realidade. Nesse contexto, as determinações constitucionais, tal como defendido, por exemplo, por Ana Paula de Barcellos³² devem traçar limites e estabelecer vinculações mínimas aos agentes políticos, sobretudo no que diz respeito à promoção dos direitos fundamentais. Assim, é a Constituição quem aponta o caminho a ser seguido pela Administração Pública na efetivação e promoção das políticas públicas. Ao administrador atribui-se certo grau discricionariedade, de modo que possa atender os melhores interesses e necessidades da sociedade em dado momento histórico. No entanto, isso não significa que tais escolhas podem ficar à mercê dos eventuais mandatários de cargos políticos. Com efeito, não está, o atendimento destas políticas públicas, à disposição dos administradores públicos, uma vez que constituem imperativos fundamentais que devem ser perseguidos e cumpridos, na medida do possível.

Conquanto não se possa falar em fórmulas fixas para solução dos casos concretos, nota-se que o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a possibilidade limites da responsabilidade estatal pela implementação de políticas públicas segundo

³² BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

os seguintes parâmetros: (i) o princípio da “reserva do possível”, regra geral, não pode ser invocado pelo Estado com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, em especial quando a omissão puder resultar risco grave à existência e efetividade de direitos constitucionais elencados como fundamentais; (ii) a denominada “reserva do possível” não poderia justificar o descumprimento pelo Estado de seus deveres na área dos direitos sociais, especialmente nos casos em que o direito pleiteado integra o mínimo existencial; e (iii) cumpre aos entes federativos o papel de destinar recursos orçamentários que garantam a implementação de políticas públicas.

Quanto à tese da aplicação da teoria da reserva do possível, concordamos com o exposto pelo Ministro Luís Roberto Barroso, no voto-vista apresentado no julgamento do mérito do RE 580.252 RG (Tema 362), em que concluiu que a teoria da reserva do possível deve ter uma aplicação restrita no âmbito da responsabilidade civil do Estado, uma vez que:

Em regra, o reconhecimento da escassez de recursos não deve conduzir à improcedência do pedido, mas deve atuar como vetor interpretativo, a aconselhar os juízes a devida parcimônia na fixação do montante indenizatório a ser suportado pelo ente público.³³

Nesse contexto, desde não utilizada como tese genérica de defesa da Fazenda Pública, entendemos que a denominada *reserva do possível* poderia servir de argumento eficiente a afastar o elemento subjetivo da responsabilidade civil do Estado nas hipóteses de omissão genérica, ou atenuar a condenação do Estado nos casos de responsabilidade civil objetiva decorrente de omissão específica estatal.

Por fim, ressaltamos que não se tem a presunção de esgotar ou solucionar as teses controvertidas que apresentam correlação com a ora debatida, tendo em conta que o tema aqui tratado apresenta um alto grau de complexidade e inúmeras variantes quanto à aplicação das normas jurídicas ao caso concreto, ora pela extensa

³³ BARROSO, Luís Roberto. *Recurso Extraordinário 580.252/MS*: voto vista. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE580252LRB.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2017.

enumeração de direitos sociais constitucionalmente assegurados, ora pelos diversos pontos controvertidos que a questão apresenta.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 16 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.
- CASTRO, Guilherme Couto de. *A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito administrativo brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 1.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 7.
- FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- FREITAS, Juarez (org.). *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- JUSTEN FILHO, Marçal. A responsabilidade do Estado. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006.

- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 2.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MENDONÇA, Eduardo. Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.
- MUKAI, Toshio. *Responsabilidade civil objetiva por dano ambiental com base no risco criado*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46443/45188>>. Acesso em: 06 jul. 2015.
- PISCITELLI, Rui Magalhães. *A dignidade da pessoa e os limites a ela impostos pela reserva do possível*. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/export/poder.../Dignidade_da_pessoa.doc>. Acesso em: 10 jul. 2015.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, p. 163- 206, 2008.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 6 ed. São Paulo: RT, 2004.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

DESAFIANDO O TEMPO E O DIREITO: AS POSSIBILIDADES DE RENOVAÇÃO CONSTITUCIONAL SOB A PERCEPÇÃO DAS TEMPORALIDADES MINORITÁRIAS DO DIREITO E UM EXERCÍCIO DO TEMPO PARA ENTENDER O DIREITO

Victor Frank Corso Semple¹

Resumo

O artigo propõe-se a criticar a centralidade do tempo normativo, instituído pela maioria democrática. A partir da teoria de Reinhart Koselleck das múltiplas temporalidades, da dicotomia presença/ausência apontada por Barber Bevernage e da dialética entre tempo e direito de François Ost, propõe o protagonismo do elemento temporal para explicar o direito de nosso tempo. Sugere que a incerteza, bem como as respostas do direito, pode ser entendida a partir do paradoxo produtivo entre as temporalidades sociais minoritárias e a crononormatividade. Analisa, respectivamente: a temporalização do direito, as intersecções entre tempo e direito e a Constituição como marco dos tempos e dos direitos.

Palavras-chave: Tempo e direito. Crononormatividade. Temporalização do Direito. História do Direito. Temporalidades.

Abstract

The article proposes to criticise the centrality of normative time, instituted by democratic majorities. From Reinhart Koselleck's theory of multiple temporalities, Barber Bevernage's dichotomy between present/absent and François Ost's dialectics among time and law. Claims that the uncertainty as well as Law's answers can be understood as of a productive paradox between minor social temporalities and *crononormativity*. Assays, respectively, the temporalization of Law, the intersections among time and law and the Constitution as a mark of times and rights.

Keywords: Time and Law. *Crononormativity*. Temporalization of Law. History of Law. Temporalities.

1 INTRODUÇÃO: UM POUCO DE TEMPO

O debate que segue sobre o tempo será guiado pelo giro na historiografia, que contribuiu para a História buscar substancialmente a justiça.² O contexto de um

¹ Aluno da graduação em Direito da Universidade de Brasília - UnB.

mundo pós-guerras foi profundamente influenciado por uma humanização das áreas de conhecimento e das relações sociais. Não foi diferente com a História, o que será destacado agora; e com o Direito, do qual trataremos posteriormente.

Duas visões antagônicas ocidentais, que muito influenciaram nosso mundo, são encontradas em Friedrich Nietzsche e em Walter Benjamin. Nietzsche, o prenúncio do humanismo, apontava que a História tem de sempre servir à vida e ao futuro do homem, não deve se esforçar por alcançar alguma espécie de justiça histórica, pois a humanidade deveria abandonar a esperança por justiça e aprender a esquecer. Já Benjamin destaca-se por apresentar um discurso em favor das incontáveis vítimas da injustiça histórica. Segundo ele, a *solidariedade anamnésica* guiaria as gerações vivas a pensar a partir do passado, e não do futuro, em favor de uma reconstrução, uma memória ativa na busca por justiça.³

Fiquemos com Benjamin. Anamnésia é uma atividade cognitiva. Podemos considerá-la aqui como antônima de amnésia, ou seja, o exercício da memória que recorda, lembra, reescreve o passado e aponta para o futuro.

O que há de incongruente, então, na consideração do tempo e da justiça pela História?

Berber Bevernage oferece-nos o problema:

O conceito histórico de tempo desafia o conceito da justiça: a retribuição da justiça nunca pode adaptar-se completamente de maneira a reverter ou refazer o dano feito. Isto torna impossível, a partir da concepção de tempo para História, trazer justiça completa depois do tempo ter se esvaído. Quem confronta o conceito com noções mais morais da história (em nome das vítimas do passado) encontrará um erro, sem dúvida, no conceito de tempo utilizado pela História.⁴

E Jean Améry, ensaísta austríaco do pós-guerras, sobrevivente de *Auschwitz*, oferece-nos a resposta cognitiva à pergunta: a partir de uma posição totalmente

² BEVERNAGE, Barber. Time, presence, and historical Injustice. *History and Theory*. Wesleyan University, v. 47, p. 149-167, 2008.

³ BEVERNAGE, Barber. Time, presence, and historical Injustice. *History and Theory*. Wesleyan University, v. 47, p. 149-167, 2008.

⁴ BEVERNAGE, Barber. Time, presence, and historical Injustice. *History and Theory*. Wesleyan University, v. 47, p. 149-167, 2008. p. 152.

contrária a Nietzsche, e anunciando profeticamente a visão moderna sobre este debate,⁵ sugere uma *inversão moral do tempo*: uma anulação do tempo, em nome de outras perspectivas para o entender.

As visões da metade do século XX foram fundamentais para desnaturalizarem as características essencialistas do tempo. Retiraram a condição de invisibilidade do fluxo histórico-natural do tempo, materialmente rompendo com uma ideologia, um mascaramento da realidade.⁶

Jacques Derrida, em *Espectros de Marx*⁷, escreve propondo a inversão moral do tempo. Para o filósofo francês, toda História da filosofia ocidental tem sido influenciada pela concepção do tempo que atribui tanto ao presente e ao atual que acaba por olvidar-se do ausente e do que não é atual.⁸ É a noção de *tempo spectral*: “a persistência de um passado ou o retorno dos mortos, sob a qual um luto mundial não consegue se livrar”.⁹

Todo o contexto histórico-social do breve século XX, como diria Eric J. Hobsbawm, permeou a obra de Derrida. O espectro é uma desconstrução do tempo metafísico. Recorre a Shakespeare, em *Hamlet*, para dizer que não somente o tempo, mas o presente *is out of joint*, desnordeado.¹⁰

Para tentar desafiar a hegemonia do tempo, o direito entra em questão. O direito instituinte do tempo social – que ainda segue como *moldura*, nas palavras de Hans Kelsen, para lidar com supostamente todos os problemas da convivência social. Falaremos da temporalização do direito, a partir dos estudos de François Ost, como significativa epistemológica e interpretativa que supõe ser universalmente

⁵ BEVERNAGE, Barber. Time, presence, and historical Injustice. *History and Theory*. Wesleyan University, v. 47, p. 149-167, 2008.

⁶ BEVERNAGE, Barber. Time, presence, and historical Injustice. *History and Theory*. Wesleyan University, v. 47, p. 149-167, 2008.

⁷ DERRIDA, Jacques. *Specters of Marx: The State of the Debt, the Work of Mourning, and the New International*. New York: Routledge, 1994.

⁸ BEVERNAGE, Barber. Time, presence, and historical Injustice. *History and Theory*. Wesleyan University, v. 47, p. 149-167, 2008.

⁹ DERRIDA, Jacques. *Specters of Marx: The State of the Debt, the Work of Mourning, and the New International*. New York: Routledge, 1994.

¹⁰ BEVERNAGE, Barber. Time, presence, and historical Injustice. *History and Theory*. Wesleyan University, v. 47, p. 149-167, 2008.

compartilhada. Passaremos às intersecções marcantes entre tempo e de direito, partindo de uma percepção das *múltiplas temporalidades*, de Reinhart Koselleck. Imperfeito, assim como o tempo, o artigo termina com a ideia de Constituição como marco temporal e crononormativa, a fim de propor alternativas a este paradigma. O desafio é equacionar tempo e direito num só movimento que permita às minorias seu espaço nessa configuração.

2 TEMPORALIZAÇÃO DO DIREITO

Na sociedade democrática, nada mais marcante do que a instituição da ordem jurídica pela maioria. Ela quem decide como tratará o passado, o presente e o futuro e para isso institui marcos. Os marcos jurídicos são todos arbitrários de relevante solidariedade entre a sociedade.

Tomemos como ponto de partida para nosso estudo uma obra fundamental: O Tempo do Direito, do filósofo belga François Ost. Há uma característica intrínseca ao tempo e ao direito, que podemos discriminar durante toda a leitura da obra, ambos são integrantes, partes das instituições sociais – são construções da sociedade.¹¹ Sobre o tempo, o autor toma isto como corolário: antes de ser físico ou psíquico é social. A coletividade antepõe-se ao natural e ao individual e institui-se controladora do tempo. Já o direito é responsável pela temporalização, ou seja, a criação dos tempos

Tomemos como exemplo algo que se supõe ser controlado exclusivamente pelo tempo: a vida. O direito é pretencioso. Toma também para si a função de regular onde começa e onde termina nossas vidas. O sistema de justiça brasileiro é responsável pelo que Ost¹² chama de temporalização, a criação do tempo. A criação do tempo da vida constrói-se pluralmente na sociedade brasileira: o Código Civil põe a salvo as expectativas de direito do nascituro, nessa condição, desde sua concepção. Mas não é clara a interpretação que se faz do artigo: de um lado há uma teoria natalista, que explica que a personalidade jurídica somente é adquirida com a vida; e

¹¹ OST, François. *O tempo do direito*. Bauru: Universidade do Sagrado Coração, 2005.

¹² OST, François. *O tempo do direito*. Bauru: Universidade do Sagrado Coração, 2005.

de outro a teoria concepcionista, segundo a qual a personalidade civil já é característica do nascituro, ou seja, a personalidade jurídica desde a concepção, o que se aproxima da moral cristã. Apesar da pluralidade interpretativa, a jurisprudência do STJ considera majoritariamente a teoria concepcionista.¹³ Já a Biologia evoluiu para declarar que a *humanidade* do feto não é instituída quando da concepção, mas também não há consenso acerca do *quando*.

O que se tem é uma policronia, múltiplas temporalidades. Aqui cabe distinguir temporalização: a criação do tempo; de temporalidade: o estado fluido das concepções que guiam os múltiplos grupos sociais, sempre sujeito a mudanças. A temporalização é a afirmação de uma temporalidade como normativa. A temporalização como fruto do positivismo tem uma força descomunal em comparação com as formas concorrentes de instituições temporais, como as temporalidades. Conclui-se, com mero raciocínio jurídico, que o Código Civil prevalece como ditador da vida.

Como quebrar a temporalização? Deixando que os fatores social e temporal, que são particulares do direito permeiem o raciocínio interpretativo. Tomemos um caso particular: a possibilidade da interrupção da gravidez até o terceiro mês de gestação.

A Primeira Turma do STF julgou, em novembro de 2016, o Habeas Corpus n. 124.305 em favor de dois médicos denunciados pelo crime de aborto. O voto do ministro Luís Roberto Barroso, que formou a maioria, pode ser estudado sob a perspectiva do tempo.

A interrupção voluntária da gestação não deve ser criminalizada, pelo menos, durante **o primeiro trimestre da gestação. Durante esse período, o córtex cerebral – que permite que o feto desenvolva sentimentos e racionalidade** – ainda não foi formado, nem há qualquer potencialidade de vida fora do útero materno. Por tudo isso, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos Artigos 124 e 126 do Código Penal, para excluir do seu âmbito de incidência a

¹³ CAMARGO, Diego Guimarães. *A teoria adotada pelo Código Civil acerca do início da personalidade civil da pessoa natural*: uma análise à luz da doutrina e da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55191>>. Acesso em: 23 out. 2017.

interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. (grifo nosso).¹⁴

É marcante observar que a temporalização tanto do Código Civil quanto do Código Penal, ambas instituídas pelo processo democrático, foram subtraídas dando espaço a uma interpretação que exercitou a presença de outras temporalidades sociais que não as instituídas positivamente. Sem dúvida, características fundamentais do ser humano: “sentimentos e racionalidade” foram usadas para argumentar que o marco jurídico da vida deveria ser outro: a plena formação do córtex cerebral do feto, e não a concepção como entende o Código Civil.

A abertura às temporalidades é consequência de um fator temporal, um jurídico e um social. O fator temporal é a mudança na maneira de se articular passado, presente e futuro. O pensamento novo quanto ao tempo pode ser exemplificado pela criação das Comissões da Verdade, em países como África do Sul e Brasil, sobretudo um exercício de memória. Ost entende a memória como uma categoria normativa e temporal operada no presente e que porta o sentido do tempo.¹⁵

O fator jurídico é a constitucionalização moderna do direito, da metade do século XX em diante, que alçou a Constituição ao centro do Ordenamento. Com isso, todo e qualquer raciocínio jurídico deve ter por início, por meio e por fim o cumprimento dos princípios constitucionais. Dotados de textura aberta, subjetiva e incerta, de menor densidade jurídica, os princípios operam como norma¹⁶ e também portam o “sentido do tempo”, estão sujeitos às temporalidades e os significados que estas atribuem àqueles.

O fator social diz respeito aos novos sentidos que a multiplicidade de grupos sociais atribui à norma. “A maior complexidade da vida moderna, assinalada pela pluralidade de projetos existenciais e de visões de mundo, que comprometem as

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 124.306*: voto vista do ministro Luis Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2017.

¹⁵ OST, François. *O tempo do direito*. Bauru: Universidade do Sagrado Coração, 2005.

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 310.

sistematizações abrangentes e as soluções unívocas para os problemas”.¹⁷ Assim como a incerteza na identificação social do direito positivo como a única temporalização possível de aplicação jurídica.

A normatividade dos princípios constitucionais e sua relação com as temporalidades serão tratadas mais adiante.

A “relação enigmática entre o tempo e o justo”¹⁸ pressupõe um equilíbrio entre tempo e direito. O equilíbrio pode ser alcançado interpretativa e praticamente no exercício da prática jurídica. O que cabe ao intérprete é saber dosar a constância da interpretação restritiva-positivista e a inovação extensiva garantidora de direitos. Eis o exercício temporal fundamental da decisão judicial e um paradoxo do pós-positivismo, Neoconstitucionalismo, novo direito constitucional, como o leitor preferir entender o paradigma de nossos dias. Importante concluir também como se introduziu essa seção: o tempo e o direito são construções sociais que se provocam mutuamente para instituir uma temporalização, que deve ser contestada em consonância com a pertinência das demandas sociais nas decisões judiciais contemporâneas à escritura deste artigo. Voltemos a Ost para concluir esta ideia.

O tempo social é plural, é fundamental aceitar a necessidade de gestão da policronia para assegurar a coordenação dos ritmos temporais de uma sociedade, sob pena de desintegração social. [...] Solução: Contra as temporalidades manifestas de sociedades hiperindividualistas, é preciso imaginar mecanismos de concordância dos tempos.¹⁹

3 INTERSECÇÕES ENTRE TEMPO E DIREITO

Desafiar o tempo não é tarefa fácil. Talvez porque ele afirmou-se como elemento central de toda atividade ocidental ao longo da História. O século XX foi palco de um nem número de rupturas, entre as quais, destaco a ruptura do tempo. Reinhart Koselleck, historiador alemão do pós-guerra (imaginar o que decorre disso é exercício muito fértil) foi quem desafiou a periodização, substituindo a ideia de

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 309.

¹⁸ OST, François. *O tempo do direito*. Bauru: Universidade do Sagrado Coração, 2005. p. 12.

¹⁹ OST, François. *O tempo do direito*. Bauru: Universidade do Sagrado Coração, 2005.

tempo como linear e homogêneo por uma construção mais complexa, heterogênea e multicamada da temporalidade.²⁰

O advento dessa modernidade tardia, como assim a chama Habermas, corroborou a ideia de Koselleck sobre a história como indefinível e imparável movimento ou processo, a que todo objeto histórico, ação ou intenção são subjetivos.²¹ Até hoje, *Era das subjetividades* pode definir bem o contexto em que vivemos.

O que Koselleck propõe é uma teoria das múltiplas temporalidades, completamente diferente de uma sobreposição de estruturas temporais e camadas de sincronicidade, que desafia a periodização. O ponto central é que todas são igualmente válidas, ao mesmo *tempo*. “Incontáveis camadas de diferentes durações e origens diferenciáveis, que são, não obstante, presentes e eficazes, válidas ao mesmo tempo”.²²

A base metodológica de Koselleck é a sua teoria dos conceitos, nos termos de uma investigação do relacionamento entre mudanças históricas e mudanças linguísticas. O acordar do assim chamado giro linguístico, não se deu somente na História, mas também no Direito. Assim o fez Menelick de Carvalho Netto²³, para superar o direito como sistema de regras e entendê-lo, a partir do giro linguístico e interpretativo, principalmente a constituição, como comunidade de princípios, como anunciou Ronald Dworkin. O giro passa a dotar os princípios de valor normativo para operar no sentido de garantia dos direitos fundamentais às minorias, cada qual como uma temporalidade diferente, fluída, única e que concorre com a temporalidade da maioria. Há uma afinidade tamanha entre as teorias de Koselleck e o advento do constitucionalismo no meio do século passado, ambos fundados na

²⁰ JORDHEIM, Helge. Against periodization: Koselleck’s theory of multiple temporalities. *History and Theory*, v. 51, p. 151-171, 2012.

²¹ JORDHEIM, Helge. Against periodization: Koselleck’s theory of multiple temporalities. *History and Theory*, v. 51, p. 151-171, 2012.

²² JORDHEIM, Helge. Against periodization: Koselleck’s theory of multiple temporalities. *History and Theory*, v. 51, p. 151-171, 2012. p. 157.

²³ NETTO, Menelick de Carvalho; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

contemporaneidade do pós-guerra, que humanizou tanto a História quanto o Direito.

O tempo não é tempo, são tempos. E os tempos não são neutros. As construções de tempo serviram historicamente ao papel social que desempenharam. A pretensão de neutralidade das temporalidades construídas, principalmente a da temporalidade da maioria, pode ser desconstruída a partir da noção de crononormatividade. Ou seja, como os tempos regularam comportamentos sociais ao longo da história cronológica. É de se perguntar: quem fazem os tempos? Como trabalham os tempos no social?

Chama-se crononormatividade a atividade que o tempo, ou as temporalidades, desempenha no sentido de funcionar como norma. Recai sobre esta noção duas consequências: 1) a clausura de um ordenamento que ainda muito bebe do positivismo jurídico normativo e 2) o anacronismo e a negligência com as temporalidades concorrentes minoritárias. Sobre a noção do tempo como norma, Douglas Pinheiro²⁴ elenca reflexões sobre suas atuações: a primeira é a de seu fechamento para as presenças do espectro do passado e da incerteza do futuro, no presente; e a segunda a ideia de que o tempo elege uma temporalidade majoritária em desfavor de uma série de outras concorrentes àquela.

Hans Kelsen²⁵, em *Teoria Geral do Direito e do Estado*, inova no sentido de trazer o *tempo* como categoria fundamental ao Estado, entendido segundo ele mesmo como ordem jurídica. O que, sem dúvida acaba por contribuir a sua tentativa de purificação do direito como ciência normativa jurídica bem como ao engesso da ordem jurídica no tempo histórico, remarcado pelo poder constituinte que afirma a temporalidade da maioria. Ou seja, o positivismo do século XX bem como os movimentos jurídicos subsequentes e o giro hermenêutico da metade do século foram influenciados pelo tempo *uno*. Uma vez constituído, ele não se voltaria para o passado, para o futuro, ou mesmo para as temporalidades concorrentes à ordem.

²⁴ PINHEIRO, Douglas Antônio Rocha. As temporalidades queer e os limites de um constitucionalismo crononormativo. In: PAIXÃO, Cristiano (Org.). *Os tempos do direito: diacronias, crise, historicidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017.

²⁵ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

A noção de tempo tradicionalmente foi dominada pela ideia de que o passado é ausente, distante, irreversível²⁶ e a certidão de que o futuro nada mais será do que a continuidade das atividades do presente, irremediavelmente pensa-se em manutenção da ordem e de seu funcionamento pleno. No entanto, o tempo do direito caracteriza-se por uma certa *reversibilidade* ou *retroatividade* temporal, enquanto o tempo da História parece trabalhar com um tempo irreversível, o que nos força a reconhecer as ausências e a incapacidade de alteração do passado.²⁷ Esse tempo histórico tem permeado o direito de maneira a fixar no tempo passado o que se entende como texto, como as bases de um Estado que seria, a partir daí, imutável, linear – limitando as possibilidades interpretativas e argumentativas da Constituição, em nome de um originalismo, de um formalismo, de um positivismo normativo.

O direito positivado é criação de maiorias conjunturais e isso não exclui a Constituição: marco da temporalização do direito. Representou na sua criação a marcação histórica do que se supõe representar a comunidade brasileira: valores religiosos, morais, heteronormativos e masculinos e europeus. Valores facilmente identificados no texto. É justamente daí que vem a ideia de que a Constituição não pode ser vista como texto, como entrave à interpretações que neguem os valores constitutivos dela. Um olhar que entenda ela como comunidade de princípios.²⁸ Assim, vista de outra janela, ao mesmo tempo que a Constituição brasileira afirma a temporalidade da maioria, proporciona aberturas às minorias. Os direitos fundamentais, com o passar do tempo cronológico, reinventam-se e concretizam-se na vivência social. Considerando sempre a complexidade social da qual emanam múltiplos polos de influências, projetos de vida, interesses individuais e coletivos e sobretudo demandas das minorias.²⁹

²⁶ BEVERNAGE, Barber. Time, presence, and historical Injustice. *History and Theory*. Wesleyan University, v. 47, p. 149-167, 2008.

²⁷ BEVERNAGE, Barber. Time, presence, and historical Injustice. *History and Theory*. Wesleyan University, v. 47, p. 149-167, 2008.

²⁸ NETTO, Menelick de Carvalho; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

²⁹ NETTO, Menelick de Carvalho; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

Ler a constituição é trabalhar com um pequeno escopo de tempo, o tempo que se supõe ser o único interpretável.

Entender a Constituição como estática é um mito. O *texto* não morre no tempo da promulgação. Certamente, a partir de uma visão originalista/formalista, supõe-se que ela será capaz de apontar para o futuro de tal maneira a responder à todas as demandas dos múltiplos grupos sociais. Daí o direito como interpretação, especialmente a interpretação constitucional se corporifica para introduzir no texto sentidos diferentes daqueles positivados pela maioria.

Assim como o passado³⁰, a constituição como acumulação de interpretações, mutações, experiências e mudanças significativas de valores e de princípios não pode ser reduzida à simples função da memória humana de retomar interpretações da pontualidade histórica de momento e de intencionalidade do constituinte, de intencionalidade de uma maioria perdida no tempo cronológico. Como superar a ausência do passado? Barber Bevernage responde à pergunta a partir do paradigma da presença. A presença não pode ser vista como antagônica da ausência.³¹

É este paradigma que contribui para diferenciar as noções de tempo e de justiça. Uma análise da presença do passado deve ser combinada com uma crítica radical ao conceito dominante de tempo histórico. Também encontramos em Derrida que a presença supera a dicotomia presente/ausente.³²

Quem estava presente na Constituinte? E quem estava ausente? A totalidade do fenômeno da presença pode ser entendido por três fatores: 1) a predominância de um tempo geométrico na noção ocidental de tempo reinante – o tempo/espaço da Constituinte afastou as minorias da participação efetiva de construção do texto, falo de minorias sociais: mulheres, negros, indígenas, homossexuais, pessoas com deficiência... 2) a ideia de tempo como coletivo singular – a temporalidade majoritária tomou para si a pretensão de representatividade de toda comunidade

³⁰ BEVERNAGE, Barber. Time, presence, and historical Injustice. *History and Theory*. Wesleyan University, v. 47, p. 149-167, 2008.

³¹ BEVERNAGE, Barber. Time, presence, and historical Injustice. *History and Theory*. Wesleyan University, v. 47, p. 149-167, 2008.

³² BEVERNAGE, Barber. Time, presence, and historical Injustice. *History and Theory*. Wesleyan University, v. 47, p. 149-167, 2008.

brasileira. 3) a terceira ideia é relacionada às duas primeiras, ou seja, pensar o tempo como base para o presente contemporâneo absoluto – pensar a constituição como base para o absoluto exercício do direito no presente cronológico. O presente explica quem estava ausente no processo constituinte. Mas e a presença?³³

Vamos considerar, então, uma noção de tempos que não se explica pelo presente, pelo *agora*. Mas, ao contrário, a superação da dicotomia ausente/presente para dar luz à presença das minorias, ainda que não participantes do processo constituinte, as quais vivem sob o mesmo sistema. Desconstruir a maioria democrática para incluir as temporalidades minoritárias, que urgem uma alternativa ao tempo normativo positivado.

Cabe ao intérprete, ou aos intérpretes, reviverem os princípios para considerar suas presenças e exorcizar o fantasma do legislador, que recorrentemente cochicha nos ouvidos dos intérpretes que suas vontades devem prevalecer, ainda que o contexto social esteja em clara desconexão com aquela do legislador defunto. A constituição nunca foi viva o suficiente para morrer e nunca presente a ponto de tornar-se ausente. Esta acepção, além de conferir-lhe sua historicidade necessária, confirma a ideia aporética e metafísica de que ela nos ronda e de que temos de constantemente atualizar seus sentidos. Exercício de tempo, ou de tempos.

E onde fica o anacronismo? Voltemos a Helge Jordheim³⁴, quando explica os perigos de artificialmente usar o passado para legitimar o presente, a partir do congelamento daquele. “Essa inclinação no sentido de congelar a história, faz-la parar, é um dos riscos inevitáveis da representação histórica numa pintura, assim como num texto”.³⁵ *Alexanderschlacht*, traduzido para o português como *A Batalha de Alexandre em Isso*, foi pintado por Albrecht Altdorfer sob encomenda do Duque Guilherme IV da Baviera. O quadro traz uma série de anacronismos: além de representar a batalha de Alexandre, o Grande contra os Persas, o artista representa

³³ BEVERNAGE, Barber. Time, presence, and historical Injustice. *History and Theory*. Wesleyan University, v. 47, p. 149-167, 2008.

³⁴ JORDHEIM, Helge. Against periodization: Koselleck’s theory of multiple temporalities. *History and Theory*, v. 51, p. 151-171, 2012.

³⁵ JORDHEIM, Helge. Against periodization: Koselleck’s theory of multiple temporalities. *History and Theory*, v. 51, p. 151-171, 2012.

Otomanos e Cristãos, em vestimentas de sua época, e não a de Alexandre. O curioso é que o quadro foi finalizado no mesmo ano em que os Otomanos levantavam cerco sobre Viena. A partir destes anacronismos, das representações neste horizonte do tempo, o quadro acabou por significar, no imaginário ocidental, o bem contra o mal, o ocidente contra o oriente, o cristão contra o muçulmano.³⁶

Aí mora o perigo de se analisar texto (seja ele artístico ou não) sem considerar contexto em que se escreve e contexto em que se aplica. O passado que legitima o presente é aquele analisado da forma mais tradicional e conservadora possível. “As experiências estão relacionadas a estruturas temporais, dessa maneira o tempo penetra a linguagem e a torna dinâmica”.³⁷ A atividade de interpretar deve impreterivelmente considerar a dinamicidade dos conceitos e dos sentidos que se atribuíram e que se atribuem ao objeto.

É fruto das temporalidades que todo conceito político ou social compreenda ao mesmo tempo um caráter polêmico e um pragmático que intervém no presente, um prognóstico ou mesmo utopia que antecipa o futuro e um elemento de duração e de sobrevivência do passado.³⁸

Tanto a comunidade de princípios, ou a Constituição, e as múltiplas temporalidades, constituem-se como altamente flexíveis e dinâmicas de concorrência e conflito entre experiências temporais que operam em todas as ações e comunicações da comunidade. As diferenças de temporalidade criam as tensões principiológicas e conferem ao Direito o papel de resolver conflitos sociais sob a urgência de um atendimento à ordem positivada pela maioria, mas também às postas pelas minorias.

4 CONSTITUIÇÃO: O MARCO DOS TEMPOS E DOS DIREITOS

³⁶ JORDHEIM, Helge. Against periodization: Koselleck's theory of multiple temporalities. *History and Theory*, v. 51, p. 151-171, 2012.

³⁷ JORDHEIM, Helge. Against periodization: Koselleck's theory of multiple temporalities. *History and Theory*, v. 51, p. 151-171, 2012.

³⁸ JORDHEIM, Helge. Against periodization: Koselleck's theory of multiple temporalities. *History and Theory*, v. 51, p. 151-171, 2012.

A Constituição é fundamental e essencialmente um documento político, permeado por elementos jurídicos e fruto da soberania popular. Pelo menos assim podemos descrever a Constituição Brasileira de 1988. Nossa questão, porém, é outra: analisar como a Constituição temporaliza-se e institui uma comunidade jurídica baseada numa temporalidade democrática da maioria.

Nas palavras de Douglas Pinheiro³⁹, o constitucionalismo moderno nasceu, assim como a democracia moderna, como fruto da vontade da maioria burguesa do século XVIII. O que se deu ao longo do século XIX foi uma forma de identificação do direito que se dava facilmente: direito é lei, lei é vontade da maioria, ampla geral e irrestrita e o parlamento tem supremacia para criar o direito. O problema é que, assim como a comunidade moderna, o direito foi se tornando cada vez mais complexo, a ponto de, na metade do século XX, diante de todos os desdobramentos citados durante o artigo, ele não mais poder ser identificado como mera vontade da maioria.

O giro interpretativo que se deu na modernidade do século XX é fundamental para entendermos a complexificação da história e do direito, o que nos faz voltar também a Koselleck:

No alvorecer da Modernidade há uma alteração no conceito de história. Em páginas que se tornaram célebres, Reinhart Koselleck propôs uma descrição, hoje amplamente aceita, dos contornos da semântica da modernidade em relação à história. O conhecimento do passado deixaria de ter sua centralidade na ideia de aprendizado com as experiências dos antigos – a *história magistral vitae*, na expressão ciceroniana – e, por meio de sua própria reflexividade, passaria a significar também uma história construída a partir de um presente liberto das amarras da tradição. A história, além de ser um repositório de informações sobre o passado, assumia também a tarefa de ser um processo, um movimento, que se traduzia necessariamente numa escritura aberta, complexa e progressiva.⁴⁰

³⁹ PINHEIRO, Douglas Antônio Rocha. As temporalidades queer e os limites de um constitucionalismo crononormativo. In: PAIXÃO, Cristiano (Org.). *Os tempos do direito: diacronias, crise, historicidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017.

⁴⁰ PAIXÃO, Cristiano. Autonomia, democracia e poder constituinte: disputas conceituais na experiência constitucional brasileira (1964- 2014). *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, v. 43, p. 415-460, 2014. p. 417. Disponível em: <<http://www.centropgm.unifi.it/cache/quaderni/43/0421.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2017.

É nesse sentido que além da História, o Direito começa a se desprender de tradições diante da “necessidade de constante atualização da comunicação produzida pelo direito numa perspectiva interna, voltada à dinâmica das regras em casos concretos”.⁴¹ Ou seja, é a concretude do direito que supõe a temporalidade em que os casos se inserem, o elemento temporal novamente penetra o Direito.

O Direito, passada metade do século XX, sofre a inflexão temporal. Não há mais como vincular a existência e a efetividade das normas jurídicas a algum tipo de tradição ou de núcleo imanente. O direito se torna incerto, impreciso, aberto, heterogêneo.

Cabe tratarmos da heterogeneidade⁴² que permeava esses grupos instituintes das Constituições Modernas. Cedo ou tarde, essa tamanha diferenciação dentro da comunidade resultaria na divisão ainda mais específica, na sociedade ainda mais dividida, nos interesses mais diversos do século XXI. Conciliar a temporalidade da maioria com os demais grupos sociais, dotados cada um de uma temporalidade própria é um desafio (porque um paradoxo) dos nossos tempos.

Por mais inclusiva que nossa Constituição pareça ser, ela ainda é interpretada, entendida como, pretensiosamente, universal. Ela não é tomada como polifonia, mas uníssona. Como se pretende conferir uma unidade estruturante a ela se ela mesma não consegue ser unidade comunitária? Ora, não foi a comunidade que instituiu a nova vida jurídica no Brasil. Retomando o par presença/ausência podemos entender melhor o processo constituinte.⁴³

Juliano Zaiden Benvindo explica que o processo constituinte não foi ruptura com a Ditadura Militar, mas uma conciliação com o antigo regime buscando construir uma sociedade democrática. Os militares tiveram sucesso, entoando a

⁴¹ PAIXÃO, Cristiano. Autonomia, democracia e poder constituinte: disputas conceituais na experiência constitucional brasileira (1964- 2014). *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, v. 43, p. 415-460, 2014. p. 420. Disponível em: <<http://www.centropgm.unifi.it/cache/quaderni/43/0421.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2017.

⁴² PINHEIRO, Douglas Antônio Rocha. As temporalidades queer e os limites de um constitucionalismo crononormativo. In: PAIXÃO, Cristiano (Org.). *Os tempos do direito: diacronias, crise, historicidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017.

⁴³ BEVERNAGE, Barber. Time, presence, and historical Injustice. *History and Theory*. Wesleyan University, v. 47, p. 149-167, 2008.

velha máxima: *transição lenta, gradual e segura*. O tom conciliatório foi tomado ao pé da letra, foi notável com a aprovação e alteração da Lei da Anistia em 1979 e com a tamanha ênfase na estratégia das elites sociais e políticas, que tinham o *timing* perfeito para garantir que seu projeto de país fosse instituído.⁴⁴

Cabe aqui uma digressão sobre a constituição. Uma jogada de tempo foi marcante na Constituinte: ao abrir a sessão conjunta da Assembleia, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Min. Moreira Alves, afirmou que o fruto daquela Assembleia seria a institucionalização definitiva e duradoura da ‘Revolução de Março e seus ideais’.⁴⁵ O ministro uniu passado e futuro a partir de sua fala. Se pararmos para analisar materialmente, esta noção perdeu até a aposentadoria do Ministro em 2003. Qual noção? A de um constitucionalismo conservador e altamente preso às amarras do tempo e do passado autoritário. Foi somente em 2003, com a chegada de Ministros progressistas ao STF, que a Corte tomou outra perspectiva de interpretação constitucional, no tocante aos direitos fundamentais, uma interpretação muito mais expansiva no resguardo de sua atribuição Corte contra-majoritária democrática.

Voltemos a Benvindo e a dicotomia ausência/presença: presentes eram as elites, ausentes eram os *esquecidos (the forgotten)*.⁴⁶ Mas quebra com a dicotomia ausente/presente para destacar as minuciosas penetrações dos *esquecidos* no projeto constituinte – “os *esquecidos* se provaram como fonte fundamental para entender a potencialidade que o Brasil tinha de virar a página do passado e virar-se para o futuro tão esperado”. E ressalta que a exagerada ênfase nos projetos das elites subestimou esta potencialidade das minorias, dos *esquecidos*, que, nas trincheiras da

⁴⁴ BENVINDO, Juliano Zaiden. The forgotten people in Brazilian constitucionalismo: Revisiting behavior strategic analyses of regime transitions. *International Journal of Constitutional Law*, New York, v. 15, p. 332-357, 2017.

⁴⁵ PAIXÃO, Cristiano. Autonomia, democracia e poder constituinte: disputas conceituais na experiência constitucional brasileira (1964- 2014). *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, v. 43, p. 415-460, 2014. p. 440. Disponível em: <<http://www.centropgm.unifi.it/cache/quaderni/43/0421.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2017.

⁴⁶ BENVINDO, Juliano Zaiden. The forgotten people in Brazilian constitucionalismo: Revisiting behavior strategic analyses of regime transitions. *International Journal of Constitutional Law*, New York, v. 15, p. 332-357, 2017.

Constituinte foram permeando o projeto paulatinamente, apesar de que o *timing*, reitera e eu o faço, era controlado pelos grupos das elites.⁴⁷

Os militares e as elites tentaram de todas as maneiras controlar o tempo à sua moda. Mas a temporalização da ordem jurídica instituída não foi capaz de sustentar a força das temporalidades concorrentes que ainda urgem por espaço e por local de fala na comunidade jurídica. *Os esquecidos*, conclui Benvindo, devem sempre ser lembrados como a fonte do novo Brasil, e apesar de nunca terem efetivamente se afirmado, desde então as minorias representam a possibilidade de um futuro para o país.⁴⁸

Todo o processo deve ser compreendido pelo intérprete constitucional. As categorias interpretativas tradicionais do direito não são suficientes para ponderar e decidir diante da nossa Constituição – isto não é ideologia, é fato. Ela conferiu ao Poder Judiciário um protagonismo – o que condiz com o estado de coisas do direito à época. O que Luís Roberto Barroso chama o “o Neoconstitucionalismo ou o Novo Direito Constitucional”, quer seja:

No direito contemporâneo, a Constituição passou a ser compreendida como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. Rememore-se que o modelo jurídico tradicional fora concebido apenas para interpretação e aplicação de regras. Modernamente, no entanto, prevalece a concepção de que o sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à segurança jurídica – previsibilidade e objetividade das condutas – e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da justiça no caso concreto.⁴⁹

⁴⁷ BENVINDO, Juliano Zaiden. The forgotten people in Brazilian constitucionalismo: Revisiting behavior strategic analyses of regime transitions. *International Journal of Constitutional Law*, New York, v. 15, p. 332-357, 2017. p. 16.

⁴⁸ BENVINDO, Juliano Zaiden. The forgotten people in Brazilian constitucionalismo: Revisiting behavior strategic analyses of regime transitions. *International Journal of Constitutional Law*, New York, v. 15, p. 332-357, 2017. p. 26.

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 314.

Em que isso se relaciona com as temporalidades? No sentido de que o Direito tem o poder-dever de atualizar sua atividade comunicativa, como destaca Paixão,⁵⁰ adaptando-se aos padrões das minorias para compreendê-las como integrantes da comunidade jurídica. É aí que os princípios constitucionais operam no sentido de quebrar com a temporalização instituída pela maioria. A abertura do direito para os princípios significa a abertura para os tempos.

A Constituição também significa a marca do balizamento dos conflitos sociais na sociedade democrática do século XXI. Na consideração dos conflitos é que deve ser pesado o elemento temporal, pois ele também pode ser o responsável por garantir ou restringir direitos.

Mas a competência contra-majoritária do Judiciário não retira do parlamento a representatividade popular, e muito menos, retira os movimentos sociais e as minorias de sua principal arena: as ruas. É uma resposta do direito à complexificação da vida. É entender que as temporalidades sociais de determinados grupos sociais podem estar um passo à frente do direito positivado, cabendo ao próprio direito oferecer uma resposta justa, que seja condizente com a comunidade de princípios estabelecida pela Constituição.

Uma anamnésia constitucional é atividade fundamental para o intérprete. Ou seja, a atividade de memória diante das camadas interpretativas que se construíram a partir do *texto* original que compôs a Constituição. É retomar o passado, fazendo-o *presente no presente* e apontando para o futuro, sempre como possibilidade. Mas o passado não pode servir como legitimador do presente, como nos lembra o historiador e jurista português Antonio Manuel Hespanha, e ajuda-nos a concluir esta seção. Segundo ele:

[...] qualquer mudança no contexto do direito corta-o da tradição prévia [...] o sentido de cada instituto ou de cada princípio de ser avaliado pela sua integração com o contexto dos outros institutos e princípios que com ele convivem

⁵⁰ PAIXÃO, Cristiano. Autonomia, democracia e poder constituinte: disputas conceituais na experiência constitucional brasileira (1964- 2014). *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, v. 43, p. 415-460, 2014. Disponível em: <<http://www.centropgm.unifi.it/cache/quaderni/43/0421.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2017.

contemporaneamente; e não os institutos ou princípios que o antecederam (na sua genealogia histórica). Ou seja, o direito recompõe-se continuamente e, ao recompor-se, recompõe a leitura da sua própria história, da sua própria tradição, atualizando-as.⁵¹

5 BREVE CONCLUSÃO: MOLDANDO O TEMPO

São muitas as demandas por tempo. Para isso tomamos um pouco dele para tratar dele mesmo. É totalmente relevante para o debate filosófico, ou mesmo pragmático, instrumental do direito consideramos sua proximidade eterna com o tempo. Vimos que ao temporalizar-se, o direito faz escolhas: entre o passado e o presente, o que é presente e o que é ausente. Ele institui o seu tempo. E como sistema aberto dialoga com outros tempos, mas ainda pouco se dispõe a considera-los em detrimento de seu próprio.

Adiante, compreendemos que são muitas as possibilidades de entender o direito a partir da ótica dos tempos, como nos lembram que devemos usar o vocábulo no plural, Koselleck, Ost, Bevernage, Jordheim e Hespanha, entre muitos outros. Olhar para os tempos é despir-se da crononormatividade em nome de uma policronia, uma categoria muito mais condizente com nossa sociedade. E que, se estas temporalidades não permeiam de alguma forma a ordem positivada, o direito tradicional sempre será o *Senhor do Tempo*, controlador da vida e da morte, como vimos.

Culminamos na apresentação de outros olhares sobre o processo constituinte e a Constituição Brasileira de 1988, entendendo-a como documento vivo de ressignificações e que, como nós, está sujeita ao tempo cronológico, mas que diferente de nós, sempre parece se fechar aos novos tempos, às novas circunstâncias sociais.

Concluo propondo apenas uma reflexão sobre o tempo no âmbito pragmático do direito. É confortável apenas divagar sobre *tempos* sem considerar que ele corre lá fora. Havia parceiros homoafetivos na fila do cartório esperando que seu casamento

⁵¹ HESPANHA, Antonio Manuel. *A cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Mira-Sintra: Publicações Europa-América, 2003. p. 30.

fosse consumado, mas seu tempo se perdeu numa decisão discriminatória. Havia mulheres desesperadas pela interrupção de uma gestação que não era por elas desejada, mas seu tempo se perdeu. Havia tantos tempos que poderiam ter sido salvos se não fosse o direito. Quanto tempo perdido. Será que o intérprete consegue *salvar os tempos*, diante da tamanha incerteza? E que direito ele tem de ceifá-los.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BENVINDO, Juliano Zaiden. The forgotten people in Brazilian constitutionalism: Revisiting behavior strategic analyses of regime transitions. *International Journal of Constitutional Law*, New York, v. 15, p. 332-357, 2017.
- BEVERNAGE, Barber. Time, presence, and historical Injustice. *History and Theory*. Wesleyan University, v. 47, p. 149-167, 2008.
- BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 124.306: voto vista do ministro Luis Roberto Barroso*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2017.
- CAMARGO, Diego Guimarães. *A teoria adotada pelo Código Civil acerca do início da personalidade civil da pessoa natural: uma análise à luz da doutrina e da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55191>>. Acesso em: 23 out. 2017.
- DERRIDA, Jacques. *Specters of Marx: The State of the Debt, the Work of Mourning, and the New International*. New York: Routledge, 1994.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- HESPANHA, Antonio Manuel. *A cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Mira-Sintra: Publicações Europa-América, 2003.
- JORDHEIM, Helge. Against periodization: Koselleck's theory of multiple temporalities. *History and Theory*, v. 51, p. 151-171, 2012.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- NETTO, Menelick de Carvalho; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- OST, François. *O tempo do direito*. Bauru: Universidade do Sagrado Coração, 2005.

PAIXÃO, Cristiano. Autonomia, democracia e poder constituinte: disputas conceituais na experiência constitucional brasileira (1964- 2014). *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, v.43, p. 415-460, 2014. Disponível em: <<http://www.centropgm.unifi.it/cache/quaderni/43/0421.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2017.

PINHEIRO, Douglas Antônio Rocha. As temporalidades queer e os limites de um constitucionalismo crononormativo. In: PAIXÃO, Cristiano (Org.). *Os tempos do direito: diacronias, crise, historicidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; GUIMARÃES FILHO, Gilberto. Tempo e Direito: reflexões sobre a temporalização da constituição a partir de Paul Ricoeur e François Ost. *Revista Culturas Jurídicas*, Niterói, v. 1, n. 1, 2014.