

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

**ÁLVARO JOSÉ BETTANIN CARRASCO**

**A FUNÇÃO JURISDICIONAL ORDINÁRIA E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE  
DIREITO: UM ENFOQUE INSTITUCIONAL**

Porto Alegre

2012

**ÁLVARO JOSÉ BETTANIN CARRASCO**

**A FUNÇÃO JURISDICIONAL ORDINÁRIA E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE  
DIREITO: UM ENFOQUE INSTITUCIONAL**

Dissertação de Mestrado apresentada como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Programa de Pós-Graduação em Direito.

Orientador: Professor Doutor Cezar Saldanha Souza Junior

Porto Alegre

2012

# **A FUNÇÃO JURISDICIONAL ORDINÁRIA E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UM ENFOQUE INSTITUCIONAL**

Dissertação apresentada por Álvaro José Bettanin Carrasco como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Área de concentração: Fundamentos da Experiência Jurídica

Aprovado em 02 de março de 2012.

## Banca Examinadora

Prof. Dr. Cezar Saldanha Souza Junior

Instituição: Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Levi Mello do Amaral Junior

Instituição: Universidade de São Paulo

Prof. Dr. Rodrigo Valin de Oliveira

Instituição: Centro Universitário Ritter dos Reis

Prof. Dr. Sérgio Luís Wetzel de Matos

Instituição: Universidade Federal do Rio Grande do Sul

## RESUMO

O Estado Democrático de Direito pressupõe uma relação harmoniosa e contínua entre Ética, Política e Direito. É com base nessa premissa que devem ser identificadas as funções estatais, as quais estão relacionadas a determinados planos de fins específicos e convergentes: o nível dos fins últimos (consenso), o nível dos fins intermediários (deliberação) e nível dos fins imediatos (execução). A estrutura da ordem jurídica também observa esses níveis, que podem ser ligados, respectivamente, à função jurisdicional constitucional, à função legislativa e à função jurisdicional ordinária. Essa última função tem o objetivo de aplicar o Direito, de modo imparcial, mediando a generalidade das leis com as particularidades dos casos concretos. O alcance de tal objetivo depende da organização institucional do Estado, pois são as instituições que permitem a adequação de cada função à sua finalidade precípua. No Brasil, o arranjo institucional tem prejudicado a atuação da justiça ordinária, com prejuízo também para o Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito; funções estatais; função jurisdicional ordinária; organização institucional.

## **ABSTRACT**

The Rule of law assumes a harmonious and continuous relationship amongst the Ethics, the Politics and the Law. It is based on this premise that the state functions must be identified, functions which are related to certain levels of specific and convergent ends: the level of final ends (consensus), the level of intermediary ends (deliberation) and the level of immediate ends (execution). The structure of legal order also observes these levels, which may be connected, respectively, to the function of constitutional jurisdiction, to the legislative function and to the function of ordinary jurisdiction. This last function aims to apply the Law, impartially, mediating the generality of the statutes with the particularities of concrete cases. The reach of such objective depends on the institutional organization of the state, because it is the institutions that allow the adequacy of each function to its main purpose. In Brazil, the institutional arrangement has undermined the performance of the ordinary Courts, with loss also to the Rule of Law.

Keywords: Rule of Law; state functions; function of ordinary jurisdiction; institutional organization

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>6</b>
<b>1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO .....</b>	<b>8</b>
1.1 SEUS FUNDAMENTOS .....	8
1.2 SEUS FINS.....	10
1.3 SUAS FUNÇÕES .....	13
1.4 SEUS PODERES .....	16
<b>2 A ORDEM JURÍDICA DEMOCRÁTICA DE DIREITO .....</b>	<b>26</b>
2.1 A ESTRUTURA (FORMAL) DA ORDEM JURÍDICA .....	26
2.2 O DIREITO E O CONJUNTO DE NORMAS.....	28
2.3 OS NÍVEIS DO ORDENAMENTO E SUAS FUNÇÕES .....	29
<b>3 JUSTIÇA CONSTITUCIONAL, LEGISLAÇÃO E JUSTIÇA ORDINÁRIA.....</b>	<b>32</b>
3.1 A FUNÇÃO JURISDICIONAL CONSTITUCIONAL .....	32
3.1.1 Os métodos de controle jurisdicional de constitucionalidade .....	32
3.1.2 Distinção entre os métodos de controle .....	36
3.1.3 A função jurisdicional constitucional e o controle concentrado de constitucionalidade .....	38
3.2 A FUNÇÃO LEGISLATIVA .....	40
3.3 A FUNÇÃO JURISDICIONAL ORDINÁRIA .....	43
3.3.1 A neutralidade da função .....	43
3.3.2 A aplicação da lei.....	45
3.3.3 As limitações institucionais dos órgãos de jurisdição ordinária .....	52
<b>4 A FUNÇÃO JURISDICIONAL ORDINÁRIA NUM QUADRO INSTITUCIONAL INADEQUADO .....</b>	<b>56</b>
4.1 A DESCARACTERIZAÇÃO DA FUNÇÃO.....	56
4.2 ALGUNS EXEMPLOS PRÁTICOS .....	65
4.2.1 Conversão dos benefícios previdenciários em URV.....	65
4.2.2 Juros de mora contra a Fazenda Pública.....	71
4.2.3 Isenção da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) .....	72
4.2.4 Liberação de depósitos do FGTS .....	75
4.2.5 Passagens gratuitas nos transportes públicos.....	80
4.2.6 Responsabilidade subsidiária da administração pública em reclamações trabalhistas .....	81
4.2.7 Limitação dos juros bancários .....	84
4.3 CONSIDERAÇÕES FINAIS SOBRE OS EXEMPLOS ANALISADOS.....	89
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>92</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>95</b>

## INTRODUÇÃO

A judicialização da política, entendida aqui como uma expansão da atuação judicial sobre assuntos que notadamente dizem respeito à atividade governamental e legislativa, é um fenômeno que pode gerar crises importantes e até mesmo insolúveis no que tange às relações entre os poderes estatais. Esse problema é o ponto de partida para o estudo que a ser desenvolvido neste trabalho.

O objeto de análise será a atividade judicial realizada no Brasil, especialmente aquela desempenhada pelos juízes ora chamados de *juízes ordinários*: juízes que não compõem a Corte responsável pela última palavra em questões constitucionais – no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal (STF). Realizar-se-á essa análise sob uma perspectiva institucional, ou seja, a partir de uma crítica à (des)organização das instituições jurídico-políticas do Estado, questão que potencialmente gera reflexos negativos no desempenho das suas funções.

Para tanto, serão abordadas algumas questões relativas à Teoria Geral do Estado, a saber, os fundamentos do Estado, os seus fins e as suas funções. Parte-se da premissa de que a configuração de um Estado Democrático de Direito implica na adoção de certa concepção acerca das aludidas questões. Permeiam tal abordagem, mesmo que de forma breve, o estudo das relações entre Ética, Direito e Política, bem como o exame das peculiaridades inerentes ao uso da razão prática. Além disso, também a teoria da separação de poderes está ligada à matéria sob apreciação.

Num segundo momento, procurar-se-á relacionar a teoria do ordenamento jurídico (observadas as premissas adotadas no primeiro capítulo) com as funções estatais diretamente ligadas ao problema em estudo: a função jurisdicional (constitucional e ordinária) e a função legislativa. A compreensão da função jurisdicional ordinária – e da sua eventual distorção – passa pelo cotejo com as duas outras funções citadas, pois uma atividade judicial mais expansiva normalmente decorre de uma fusão entre esses campos do agir estatal.<sup>1</sup>

Por fim, serão descritos e analisados alguns casos tidos como relevantes para os objetivos do trabalho, tudo com o propósito de se examinar o grau de racionalidade do arranjo institucional vigente, bem como as eventuais perdas que a comunidade política pode ter em razão desse arranjo.

---

<sup>1</sup> Essa delimitação da investigação, tida como suficiente para a argumentação proposta, não importa na desconsideração das relações entre a função jurisdicional e as outras funções estatais (a função administrativa, por exemplo).

A crítica à ordem institucional também passa pela constatação de que não são os juízes, advogados ou outros operadores os causadores do problema constatado. Ao contrário, a pesquisa pretende revelar que o comportamento desses agentes é que fica condicionado pelo modelo institucional deficiente, o que evidenciará a necessidade de uma modificação desse modelo.

Cumprido esclarecer que a investigação a ser realizada levará em conta o Estado moderno e a tradição romano-germânica (adotada no Brasil), segundo a qual cabe precipuamente ao Poder Legislativo a criação de normas jurídicas primárias.

## 1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Neste capítulo pretende-se expor certas premissas indispensáveis ao entendimento aqui adotado acerca do Estado Democrático de Direito.

### 1.1 SEUS FUNDAMENTOS<sup>2</sup>

A natureza humana é complexa. A pessoa humana possui uma pluralidade de dimensões, áreas distintas e autônomas de realização. Na base dessas dimensões reside uma combinação de necessidade e potencialidade, própria do gênero humano, que foi se desenvolvendo ao longo da história. Tudo a partir de um diálogo entre o avanço material da civilização e o avanço do pensamento, ou seja, um diálogo entre o agir e o pensar.

Destarte, o ser humano tem uma dimensão econômica, pois é responsável pela criação de riquezas e depende delas para suprir suas necessidades; é um ser científico, na medida em que busca o saber, indispensável à sua própria evolução e conservação; tem uma vocação artística, porquanto a beleza é uma fonte de bem-estar, satisfação e emoção dos seres racionais,<sup>3</sup> sentimentos que permitem o equilíbrio da personalidade; é um ser religioso, uma vez que busca incansavelmente um sentido para a sua vida, ainda que esse sentido não seja baseado na fé e na espiritualidade; é um ser ético, enquanto possui um talento natural para buscar o bem, qual seja, a sua felicidade; e, por fim, é um ser político, tendo em vista que depende de uma convivência com outros seres humanos para a sua própria realização pessoal (SOUZA JUNIOR, 2002-a, p. 24).

É certo que essas dimensões podem entrar em conflito, pois cada uma delas tem suas exigências específicas. Há necessidade, portanto, de um ajustamento de tais dimensões, preservando-se as suas autonomias. No plano pessoal, a Ética é a responsável por esse ajustamento, procurando conciliar as outras dimensões para o bem do indivíduo. No plano social, o ajustamento se dá através da Política, aperfeiçoando o convívio entre as pessoas na busca do bem comum (SOUZA JUNIOR, 2002-a, p. 27-9). O bem comum corresponde ao conjunto de todas as condições de convívio da vida social, que permitem criar um ambiente de paz e harmonia dentro do qual cada um pode buscar a felicidade.

---

<sup>2</sup> As ideias desenvolvidas neste capítulo foram extraídas de diversas aulas do Professor Cezar Saldanha Souza Junior ministradas na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Programa de Pós-Graduação em Direito – período entre 2005-10).

<sup>3</sup> Veja-se, a propósito, o ensinamento de Régis Jolivet (1961, p. 362-5).

Faz-se necessária, ainda, uma harmonização entre o campo da Ética e o campo da Política. Em outras palavras: é preciso de alguma forma compatibilizar as necessidades individuais (dimensões da pessoa humana ajustadas considerando-se ela própria – perspectiva vertical) com o bem comum (dimensões da pessoa humana ajustadas considerando-se a sociedade – perspectiva horizontal).<sup>4</sup> Essa é a tarefa do Direito, que possibilita alguma força política à Ética e também estabelece certos valores à Política. O Direito, enfim, é o elo entre a Política e a Ética (SOUZA JUNIOR, 2002-a, p. 32-35).

É com base nessas premissas que Elías de Tejada (apud SOUZA JUNIOR, 2002-a, p. 30-1) sustenta haver uma relação entre justiça e segurança, a primeira operada pela Moral (projeção vertical), e a segunda operada pela Política (projeção horizontal). A justiça é um valor que articula a liberdade e a igualdade; a segurança, de sua parte, é um valor que possibilita a manutenção da justiça no tempo, através do diálogo entre a ordem e o progresso. São valores centrais para o desenvolvimento e manutenção de uma comunidade.

É importante notar que o respeito às autonomias das dimensões humanas é fundamental para a existência de uma democracia. A realização do indivíduo começa a partir dele próprio, com a possibilidade de desenvolver e articular as diversas atividades inerentes à sua natureza. O que não é possível alcançar individualmente passa a ser buscado através de pequenas organizações sociais, as quais, quando se revelam insuficientes, são subsidiadas por organizações maiores, e assim por diante.<sup>5</sup>

Considerada uma determinada comunidade política, a democracia pressupõe um campo de consenso, que une essa comunidade, e um campo de conflito, relativo ao pluralismo da sociedade. As pessoas têm diferentes pontos de vista, mas se unem em torno de valores comuns.

Assim, a Política não pode substituir a Ética, pois isso acabaria com o consenso sobre valores comuns e enfraqueceria a unidade da sociedade. Da mesma forma, a Ética não se substitui à Política, pois sem a área de conflito própria da Política não há abertura para o debate em torno de diferentes concepções de bem comum. É nesse sentido que se verifica a

---

<sup>4</sup> A rigor, o bem individual não destoa do bem da comunidade (ARISTÓTELES, 1893, p. 3), e somente pode ser alcançado no interior dela, motivo pelo qual existe uma relação de dependência entre a Ética e a Política, embora tais disciplinas não se confundam: “[...] há condições à ação ética desenvolvidas na política (a cidadania e a conservação do regime) e condições à ação política na ética (a amizade e a justiça), assim como a forma de pensar uma está na outra (através da prudência e da lei). Que são espécies do mesmo gênero ficou provado desde o início, são parte da filosofia moral” (ALVAREZ, 2008, p.122).

<sup>5</sup> Acerca do princípio da subsidiariedade, recomenda-se a leitura da Carta Encíclica *Quadragesimo Anno* (1931), escrita pelo Papa Pio XI, que trata da restauração e do aperfeiçoamento da ordem social em conformidade com a Lei Evangélica (XL aniversário da Encíclica *Rerum Novarum*, a qual foi escrita pelo Papa Leão XIII).

supremacia do Direito, enquanto responsável pela ligação entre a Ética e a Política, harmonizando-as e mantendo as suas autonomias.

O próprio Direito, entretanto, não pode sobrepor-se aos outros campos, sob pena de criar-se um imperialismo jurídico (SOUZA JUNIOR, 2002-a, p. 38). O Direito tenderia a enfraquecer a Ética ou a perder o seu respaldo democrático, tornando-se excessivamente ideologizado.

Imagine-se, por exemplo, se fossem necessárias regras jurídicas para regular qualquer dever do indivíduo. Os atos humanos seriam pautados exclusivamente pela lei ou pelas decisões judiciais, perdendo-se qualquer outra referência quanto à correção daqueles atos. Aliás, até mesmo a obediência à lei poderia ser questionada, circunstância que tornaria impossível – ou muito difícil – a vida em sociedade. Por outro lado, se ações motivadas pela caridade, compaixão e amor ao próximo se tornassem obrigatórias, as pessoas, por receio de serem compelidas a tanto, não se arriscariam mais a voluntariamente auxiliar os seus semelhantes.

Imagine-se, ainda, a atividade jurisdicional tomando o lugar da atividade Política. Não haveria imparcialidade para a solução dos conflitos de interesses e a legitimidade dos julgadores acabaria sendo posta em dúvida (SOUZA JUNIOR, 2002-a, p. 40).

Pode-se concluir, então, que a essência de um Estado Democrático de Direito é uma relação harmoniosa e contínua entre Ética, Direito e Política. Trata-se de uma relação viva, que se desenvolve conforme as experiências da humanidade.

## 1.2 SEUS FINS

O conhecimento prático diz respeito à ação humana voltada para um fim. Todos os atos humanos<sup>6</sup> têm um fim último, que é o bem em geral, buscado conscientemente pela inteligência (JOLIVET, 1961, p. 380). O objeto do conhecimento prático é particular e contingente, de modo que a vocação natural para um fim não predetermina de maneira universal e necessária a ação correspondente.

A concepção teleológica da natureza humana também implica numa concepção teleológica de Estado, em especial o Estado Democrático de Direito. Com efeito, Ética, Direito e Política, cuja relação é tida aqui como fundamento do Estado, são campos do conhecimento essencialmente relacionados à razão prática, ao agir humano.

---

<sup>6</sup> Atos humanos aqui considerados como aqueles “que pertencem ao homem enquanto ser racional e, por conseguinte, que procedem de sua inteligência e vontade livre” (JOLIVET, 1961, p. 379).

Aristóteles (1959, p. 3), a propósito, ensina:

Todo Estado é, como podemos ver, uma espécie de associação, e toda associação é formada em vista de um bem (uma vez que as ações dos homens são feitas tendo por fim o que eles consideram ser o bem). É, portanto, evidente que, embora todas as associações objetivem um determinado bem, aquela que tem mais importância e inclui as outras o faça de modo especial, e busque o bem mais supremo; essa associação é chamada de Estado, a associação política.<sup>7</sup>

Na verdade, a própria noção de bem somente pode ser compreendida a partir de um contexto social necessário, pois não há como ser exercida a racionalidade fora desse contexto. A comunidade pressupõe uma ordenação para o bem, ambiente em que se pode utilizar o saber prático para questionamentos acerca do melhor modo de vida dos seres humanos (MACINTYRE, 2008, p. 148-9).

Tratando dos fins do Estado, Georg Jellinek (2000, p. 237) assevera que o Estado é “uma unidade de fim”.<sup>8</sup> Há fins que unem a diversidade naturalmente reunida no Estado, sendo a atividade deste uma série ininterrupta de ações humanas direcionadas àqueles fins. A eliminação dessa concepção teleológica transformaria o Estado em uma força cega e natural, com prejuízo à sua unidade e continuidade.

Ainda segundo o citado autor (2000, p. 237-8), por mais diferentes que possam ser as ações humanas, e mesmo levando-se em conta uma variedade de fins imediatos relativos a essas ações, tal variedade sempre pode ser fundida em algumas poucas finalidades que valem como superiores e últimas: a conservação da existência individual (segurança) e a felicidade dos indivíduos. Os objetivos imediatos se constituem, nesse contexto, em meio para se alcançar os fins últimos. Embora cada Estado tenha em determinado momento histórico fins particulares próprios, já que a escolha dos meios é variada, não se pode negar o reconhecimento de um fim geral e último.

Aristóteles (1959, p. 541), por sua vez, refere que “o sábio ordena a conduta em direção ao melhor fim – e isso se aplica tanto à coletividade do Estado quanto ao ser humano em particular”.<sup>9</sup> Trata-se da orientação dada pela razão prática ao bem comum (contexto político) e à vida boa (ponto de vista individual) (BARZOTTO, 2005, p.83).

---

<sup>7</sup> Tradução livre. Texto original: “Every state is as we see a sort of partnership, and every partnership is formed with a view to some good (since all the actions of all mankind are done with a view to what they think to be good). It is therefore evident that, while all partnerships aim at some good, the partnership that is the most supreme of all and includes all the others does so most of all, and aims at the most supreme of all goods ; and this is the partnership entitled the state, the political association”.

<sup>8</sup> Tradução livre. Texto original: “una unidad de fin”.

<sup>9</sup> Tradução livre. Texto original: “the wise are bound to arrange their affairs in the direction of the better goal – and this applies to the state collectively as well as to the individual human being”.

Da doutrina acima exposta pode-se depreender que as condutas são dirigidas a um fim supremo, mas isso ocorre por meio de fins particulares. Há, portanto, níveis diferentes de fins atuando de forma convergente.

Deve-se alertar, entretanto, que uma determinada atividade estatal não pode simplesmente ser deduzida com base na natureza teleológica do Estado. Como bem adverte Jellinek (2000, p. 240-1), “o conteúdo concreto da atividade do Estado somente pode ser determinado empiricamente e para um Estado particular em uma situação igualmente concreta de sua vida”.<sup>10</sup> Apesar disso, “a observação dos fins supremos do Estado continua sendo sempre, para cada um, um regulador de sua atividade política. Não afirmam tanto o que haverá de acontecer, quanto o que não se há de fazer”.<sup>11</sup>

Assim, embora a ação do Estado seja limitada pelos seus fins, ela não é determinada por eles. Revela-se aí a grande importância da atividade política.

Sobre o tema em exame, merece destaque o aprimoramento realizado por Cezar Saldanha Souza Junior (2002-a, p. 55-57) quanto aos distintos planos em que se colocam os fins do Estado:

(1º) **Os fins últimos do Estado, no plano mais elevado de abstração e generalidade.** Trata-se do reino dos *valores supremos* e consensuais da convivência social pacífica, regrada e civilizada (ou seja, a liberdade, a igualdade, a justiça, a segurança, a ordem e o desenvolvimento). Esses valores, inspiradores de concórdia política, podem ser acolhidos generosamente – como o confirma a experiência recente de muitos Estados ocidentais – por todas as forças válidas da sociedade, incluídos aí os partidos, independentemente de credo ideológico [...].

(2º) **Os fins imediatos ou próximos do Estado, no plano mais concreto e urgente.** Cabe aí uma imensa variedade das necessidades mais prementes e existenciais da convivência social, a exigir do poder público providências e decisões determinadas no espaço e no tempo, em vista dos setores da sociedade diretamente interessados [...].

(3º) **Os fins intermediários, no plano da articulação das necessidades concretas e urgentes com os fins últimos da convivência.** Este é o domínio dos governos e das maiorias parlamentares que os apóiem, com seus programas partidário-ideológicos, a articular, conjugar e compatibilizar as necessidades próximas e urgentes da sociedade, com os valores supremos da ordem constitucional no Estado democrático [...] [grifos do autor].

Destarte, a comunidade (Estado) se funda numa amizade política, ou seja, na concordância acerca de seus fins últimos. A natural solidariedade do ser humano ilumina a inteligência para o consenso acerca de determinados valores.

<sup>10</sup> Tradução livre. Texto no original: “el contenido concreto de la actividad del Estado sólo puede ser determinado empíricamente y para un Estado particular en una situación igualmente concreta de su vida”.

<sup>11</sup> Tradução livre. Texto no original: “la observación de los fines supremos del Estado continúa siendo siempre para cada uno un regulador de su actividad política. No afirman tanto lo que habrá de suceder, cuanto lo que no ha de hacerse”.

Não há consenso, entretanto, quanto às estratégias que podem ser traçadas para se tentar alcançar o bem supremo. Cada um ocupa uma posição na sociedade, tem atividades próprias, interesses e experiências particulares, o que invariavelmente acaba formando uma convicção peculiar acerca da determinação do bem. É por isso que essa determinação é realizada através do confronto de opiniões, no âmbito da deliberação política, onde são discutidas as diferentes perspectivas concretas acerca do bem abstratamente considerado. Quanto mais opiniões forem confrontadas, maior será o número de posições sociais consideradas, de modo que o resultado da deliberação fica mais próximo da realidade sem descuidar dos valores comuns.

As escolhas realizadas por meio da deliberação irão representar uma determinada opinião em detrimento de outras. Trata-se de uma ideologia que acabou prevalecendo, na medida em que as opiniões são construídas pelas ideologias. É de se notar que a possibilidade de escolha pressupõe a existência de várias opções igualmente válidas, o que se coaduna com o pluralismo que caracteriza a sociedade.

Definida certa compreensão acerca do bem particularmente considerado, tem lugar a concretização desse bem. Não se renova, aqui, o confronto de opiniões que naturalmente marca a deliberação política, sob pena de restar prejudicado o processo de efetivação dos fins estatais. É por isso que a execução do produto da deliberação é desenvolvida de maneira a minimizar o debate de cunho ideológico.

Dessa forma, os três fins acima citados correspondem, como se viu, a níveis que não podem ser confundidos: o nível do consenso e da unidade (fins últimos); o nível do pluralismo, da deliberação e da determinação (fins intermediários); e o nível da execução, concretização e gestão (fins imediatos).<sup>12</sup>

### 1.3 SUAS FUNÇÕES

As funções do Estado, considerada a sua natureza teleológica, existem para cumprir os seus fins. A simples existência do Estado não é suficiente para alcançá-los, sendo necessárias atividades contínuas, desenvolvidas por tempo indefinido, que constituem as suas funções (CAETANO, 1977, p. 187).

---

<sup>12</sup> A digressão sobre os níveis de consenso, deliberação e execução já foi realizada pelo autor deste trabalho em outros lugares, especialmente na monografia intitulada **O problema do controle de constitucionalidade no processo administrativo tributário**, apresentada ao Curso de Especialização em Direito, Economia e Democracia Constitucional, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, para a obtenção do título de especialista (2007).

Diversas são as classificações acerca das funções estatais, não necessariamente ligadas à concepção acima adotada, já que são diferentes as teorias sobre o assunto. De um modo geral, três critérios têm sido utilizados para orientar essas classificações: o critério material, que diz respeito ao tipo de atividade realizada ou ao resultado que ela produz; o critério formal, que se refere ao modo como o ato se exterioriza; e o critério orgânico, que se relaciona com o órgão que desempenha a função (CAETANO, 1977, p. 188). Serão descritas, a seguir, algumas classificações realizadas pela doutrina (considerando-se o Estado moderno), enfatizando-se nessa descrição o critério material.

Georg Jellinek (2000, p. 539-51), entendendo que as funções materiais do Estado nascem a partir da relação entre os seus fins e a atividade desenvolvida, enumera as funções levando em conta, de um lado, fins jurídicos e, de outro, fins de afirmação do poder e favorecimento da cultura. Chega, assim, à função legislativa (realização de ambos os fins por meio de regras gerais e abstratas), à função jurisdicional (realização dos fins jurídicos através de atos concretos), e à função administrativa (realização do fim cultural também por meio de atos concretos). Os atos legislativos e os atos jurisdicionais são considerados, ainda, atos de império. Por fim, o jurista alemão também faz referência a funções extraordinárias, que não se enquadram nas outras funções, como, por exemplo, a guerra (MIRANDA, 1992, p. 89; CAETANO; 1977, p. 188-9).

Para León Duguit (1926, p. 153-90), por sua vez, o critério material não é ligado a fins. Diz respeito às espécies de atos jurídicos produzidos, divididas em: atos-regra, que modificam regras gerais abstratas; atos-condição, dos quais depende a aplicação de determinadas regras gerais; e atos subjetivos, os quais dão origem a situações de ordem subjetiva não impostas por regras abstratas. A partir daí, tem-se a função legislativa (prática de atos-regra), a função administrativa (prática de atos-condição, atos subjetivos e atos não jurídicos, relativos serviços públicos em geral), e a função jurisdicional (prática de atos-condição ou atos subjetivos de natureza jurisdicional, que resolvem questões de direito) (MIRANDA, 1992, p. 89; CAETANO, 1977, p. 190-1).

De outra parte, pode-se extrair do pensamento de Hans Kelsen (2003-a), que identifica o Estado com o Direito, a existência de apenas duas funções estatais, enquanto funções jurídicas em sentido estrito:<sup>13</sup> a criação e a aplicação do Direito. Toda a atividade do

---

<sup>13</sup> De acordo com Kelsen (2003-a, p. 263), a observância do Direito pode ser considerada uma função jurídica em sentido amplo: "Criação e aplicação do Direito devem ser distinguidas da observância do Direito. Observância do Direito é a conduta a que corresponde, como conduta oposta, aquela a que é ligado o ato coercitivo da sanção. É antes de tudo a conduta que evita a sanção, o cumprimento do dever jurídico constituído através da sanção. Criação do Direito, aplicação do Direito e observância do Direito são funções jurídicas no

Estado implica na realização dessas duas funções, o que, aliás, ocorre simultaneamente, exceto no que diz respeito a casos-limite (pressuposição da norma fundamental e execução do ato de coerção). Essas funções são exercidas em cada um dos diferentes graus da ordem jurídica, já que as normas são criadas observando-se uma hierarquia (compatibilidade com normas superiores), formando-se então uma pirâmide normativa (MIRANDA, 1992, p. 89-90; CAETANO, 1977, p. 191-3).

Marcello Caetano (1977, p. 196-217), procurando aprimorar o entendimento de Jellinek, divide as funções estatais em funções jurídicas e não jurídicas. Dentro das funções jurídicas enquadra-se a função legislativa (criação do Direito positivo) e também a função executiva (execução das leis), esta última subdividida na atividade jurisdicional (resolução de conflitos de interesses, de maneira imparcial e por iniciativa das partes em conflito) e na atividade administrativa (execução das leis caracterizada pela parcialidade e pela iniciativa do próprio poder público). Quanto às funções não jurídicas, elas envolvem a função política (conservação da sociedade política, definição e persecução do interesse geral) e a função técnica (atividades estatais de produção de bens ou prestação de serviços que, embora possam ser objeto de alguma regulamentação, não são suscetíveis de estimativa jurídica).

De maneira distinta, Jorge Miranda (1992, p. 92-3) propõe a sua classificação separando a função política, a função administrativa e a função jurisdicional. A primeira compreende a atividade legislativa e governativa, e consiste na definição primária do interesse público, na interpretação dos fins do Estado e na escolha dos meios para atingir esses fins; a segunda consiste na satisfação das necessidades coletivas e nas prestações estatais; e, a terceira, tem por objeto a declaração do Direito em casos concretos e também em abstrato (controle de constitucionalidade e de legalidade).

Não se adotará, aqui, nenhuma das classificações acima referidas, ao menos não na sua integralidade. Isso porque elas não identificam as funções estatais com base nos diferentes planos de fins (fins últimos, fins intermediários e fins próximos). De qualquer forma, os diferentes enfoques sobre a questão das atividades estatais são úteis para a caracterização e o enquadramento dessas atividades dentro do esquema formulado a seguir.

No nível dos fins últimos, a função correspondente é a de manutenção da unidade estatal, ou seja, de preservação dos valores sobre os quais há consenso. Isso ocorre por meio

---

sentido mais amplo. Também o uso de uma permissão positiva pode ser designado como observância do Direito. Porém, só a criação e aplicação do Direito são designadas como funções jurídicas num sentido estrito específico”.

de atividades específicas de correção ou ratificação dos rumos adotados do Estado, envolvendo também a representação perante a comunidade internacional.

No nível dos fins intermediários, a função exercida é a de determinação do interesse público geral, ou seja, de realização do bem comum a partir das ideologias existentes e da realidade vivida em determinado momento histórico. Nesse plano tem lugar a atividade legislativa e a atividade de governo.

No nível dos fins concretos, a função é a de aplicação, construção e consolidação do que restou determinado pela ação legislativa e governamental, tendo em vista as situações reais e particulares que se verificam na vida social. Aqui se desenvolve a atividade jurisdicional (ordinária) e a atividade administrativa.

É de se ressaltar que a identificação de funções distintas não significa que elas sejam totalmente independentes e não exerçam influência umas sobre as outras. Como há convergência para o bem em geral, é certo que essas funções são articuladas e estão em constante diálogo.

Marcello Cateano (1997, p. 216), a partir da classificação que fez acerca das funções, adota posição semelhante:

Quanto às influências das funções do Estado umas sobre as outras, é evidente que nem todas se encontram no mesmo plano. A função política, antes de mais, e a função legislativa, são funções *dominantes*. A função executiva, sobretudo, mas também a função técnica serão funções *dependentes*.

Todavia, esta distinção não pode entender-se em termos absolutos. A atividade política e legislativa são entre si interdependentes: à legislação cabe em larga medida cristalizar opções políticas, mas as próprias leis podem condicionar, se bem que sempre em termos limitados, outras escolhas políticas de nível menos elevado. A execução das leis e a atividade técnica, por seu turno, embora mais a segunda do que a primeira, não deixam de exigir liberdade de ação. E não deixam também de influir na legislação e na política.

A interdependência e mesmo interpenetração entre as várias funções, e especialmente entre as funções jurídicas e não jurídicas, acentuou-se e tornou-se particularmente nítida nos nossos dias. [grifos do autor].

Em resumo, cada função, além das promover certas atividades que lhe são próprias, também acaba tendo o papel de ajustar as demais funções, influenciando as suas configurações. Daí porque a atuação estatal deve ser harmônica em todos os níveis, evitando-se assim o crescimento exacerbado de determinada função em detrimento da mitigação de outra.

#### 1.4 SEUS PODERES

O entendimento de que o poder estatal não é ilimitado parece ter origem na Antiguidade. Desde aquela época já se pensava haver um Direito que não era objeto de criação humana, o qual seria insuperável validamente pelos governantes. Esse Direito era apenas descoberto ou declarado pelos homens (FERREIRA FILHO, 1987, p. 11-2).

A própria noção de constitucionalismo tem relação com esse entendimento:

Na lição de McIlwain, o cerne do constitucionalismo antigo está na limitação do Poder.

No plano das idéias, na Antiguidade greco-romana, jamais se admitiu o Poder absoluto e sem peias do governante. Esta visão perdurou na Idade Média e mesmo nos tempos ditos do absolutismo, embora com diferenças de Estado para Estado e momento para momento. Nunca, entretanto, deixou ela de existir no “Ocidente”, que, neste texto, é o “mundo” a considerar.

Tal limitação advinha essencialmente da idéia de que existiria um Direito, fruto da divindade, dos costumes, ou da razão e prudência do Legislador, o qual se imporia sobre o direito positivo e todas as autoridades. Mais. Um Direito que estes não poderiam, por mera deliberação, modificar ou revogar.

Por outro lado, o próprio sistema de freios e contrapesos – *checks and balances* – também está presente na Antigüidade. (FERREIRA FILHO, 2005, p. 643).

Na verdade, a limitação do poder pode ser justificada também a partir da natureza teleológica do Estado, de modo que a ação estatal é de alguma maneira conformada pelos seus fins. É evidente que isso não significa um determinismo absoluto, haja vista que a racionalidade prática não se coaduna com um saber universal e imutável, mas apenas o reconhecimento de que o Estado existe para a realização da pessoa humana.

Nesse contexto, a separação de poderes, que é tida como uma forma de limitar o poder estatal construída através da experiência histórica, pode ser encarada também como um aprimoramento dos meios para se perseguir as finalidades estatais. A complexidade crescente das relações sociais levou à divisão funcional do poder, ou seja, à atribuição das diversas funções do Estado a órgãos distintos.<sup>14</sup> Karl Loewenstein (1976, p. 55-6), a propósito, entende mais adequado falar-se em separação de funções e não em separação de poderes.

Aristóteles (1959, p. 345) já dizia que há três fatores a serem considerados pelo bom legislador que são essenciais a todo Estado: um diz respeito à definição do corpo que delibera sobre os interesses comuns, o outro está ligado à atuação das magistraturas e ao seu modo de eleição, e o terceiro refere-se ao judiciário. Há quem entenda residir aí a gênese da moderna separação de poderes, mas a questão é controversa. Segundo Loewenstein (1976, p. 57), a diferenciação realizada por Aristóteles restringiu-se à análise das diferentes funções de acordo

---

<sup>14</sup> Ao lado da divisão funcional do poder como fórmula de limitação também pode ser colocada a divisão territorial do poder (federalismo e descentralização) (FERREIRA FILHO, 2009, p. 245).

com a sua substância. O filósofo grego não teria pretendido atribuir os três poderes por ele identificados a órgãos ou pessoas diversas, apesar da distinção realizada quanto à natureza desses poderes.

Ademais, haveria uma diferença importante em relação à teoria da tripartição de poderes que posteriormente se formou e ganhou força. A função deliberativa de Aristóteles é mais ampla que a legislativa, pois àquela cabe, além da feitura das leis, a decisão sobre a paz e a guerra, a realização ou o rompimento de alianças, a decretação da pena de morte, banimento e confisco, bem como o exame das contas dos magistrados (ARISTÓTELES, 1959, p. 345-7; FERREIRA FILHO, 2009, p. 248).

Pode-se dizer que a doutrina da separação de poderes se consolida a partir de Montesquieu,<sup>15</sup> com a obra chamada **O Espírito das Leis**. No início desse livro, quando trata das leis positivas, o autor francês afirma que a vida em sociedade cria um estado de guerra, pois os homens perdem o sentimento de fraqueza característico de um estado de natureza, no qual há um instinto de preservação bastante forte. Com a convivência, que é uma vocação natural do ser humano, cada membro da sociedade sente-se mais forte e apto a procurar as vantagens dessa sociedade, o mesmo ocorrendo nas relações entre as nações.

É por isso que, de acordo o referido autor (2005, p. 13-5), são necessárias leis entre os homens, as quais ele divide em: leis que tratam da relação entre povos (Direito das gentes); leis relativas à relação entre governantes e governados (Direito político); e leis que dizem respeito à relação que todos os cidadãos possuem entre si (Direito civil).

Pode-se encontrar nessa divisão de Montesquieu alguma similitude com a ideia anteriormente exposta relativa aos níveis das funções estatais, voltados cada qual para fins específicos. As diferentes leis seriam compreendidas, nessa interpretação, como planos específicos das atividades do Estado.

Essas atividades ou funções foram explicitadas quando Montesquieu pretendeu descrever a Constituição da Inglaterra<sup>16</sup> (2005, p. 167-8):

---

<sup>15</sup> É verdade que Locke, antes de Montesquieu, havia feito alusão às funções de legislar, executar e julgar, bem como elaborado uma proposta de separação dos poderes. Entretanto, essa separação era diferente daquela que acabou ficando conhecida, pois o pensador inglês sugeriu uma divisão entre Poder Legislativo (edita leis e faz justiça nos litígios), Poder Executivo (cuida da execução das leis) e Poder Federativo (trata da paz e da guerra, da formação de ligas e alianças, e das negociações com comunidades estrangeiras). Assim, a função de julgar estava inserida dentro do Poder Legislativo, e a função executiva era bipartida entre o Poder Executivo e o Federativo. Esses dois últimos poderes, além disso, não deveriam ser separados (FERREIRA FILHO, 2009, p. 248-50).

<sup>16</sup> Montesquieu parece não ter sido fiel à realidade inglesa. “[...] *O Espírito das Leis* é um livro publicado em 1748, precedido de longas pesquisas, inclusive de uma viagem de estudos de 1728 a 1731. Nesta, Montesquieu visitou a Inglaterra, onde pôde conhecer diretamente as instituições inglesas e seu funcionamento. Ora, na época de sua estadia nesse país – muito antes da publicação do livro – já estava bem-definida a figura do Primeiro-Ministro, bem como a do gabinete e sua vinculação à maioria parlamentar. O Executivo não era mais, portanto, o

Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem dos direitos das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil.

Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado.

Mais adiante, o mestre francês destaca a importância da separação de tais poderes para a preservação da liberdade política (2005, p. 168):

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares.

Haveria, ainda, mecanismos de controle recíprocos. O Poder Executivo teria a faculdade de impedir, ou seja, de anular as iniciativas (faculdade de estatuir) do Poder Legislativo. Não sendo exercida essa faculdade de impedir, restaria caracterizada a aprovação do ato legislativo. Por outro lado, o Poder Legislativo teria o direito de examinar o modo pelo qual as leis foram executadas, mas não caberia a ele o julgamento da conduta do executor, sob pena de ocorrer a tirania do legislador. Destaque-se, ainda, que o Poder Legislativo era confiado a um corpo de nobres e a um corpo de representantes do povo, cada um com suas assembleias e deliberações próprias, podendo uma parte do Poder Legislativo exercer a faculdade de impedir em relação à outra.<sup>17</sup> O corpo dos nobres ainda desempenharia uma

---

rei. Entretanto, no texto do *O Espírito das Leis* não há uma palavra sobre isso, ao contrário, nele o Executivo é nitidamente o monarca. [...] Ou Montesquieu descreveu uma Constituição da Inglaterra desatualizada, e isso depõe contra a sua capacidade de observação, ou ele, tomando a Constituição inglesa como pretexto, procura ‘vender’ uma fórmula ou receita política, tendo em vista a renovação das instituições francesas, especialmente” (FERREIRA FILHO, 2009, p. 251) [grifos do autor].

<sup>17</sup> “O corpo de nobres deve ser hereditário. Ele o é em primeiro lugar por sua natureza; e, aliás, é preciso que possua um grande interesse em conservar suas prerrogativas, odiosas por si mesmas, e que, num Estado livre, devem sempre estar em perigo. Mas, como um poder hereditário poderia ser induzido a seguir seus interesses particulares e a se esquecer dos do povo, é preciso que nas coisas em que se tem muito interesse em corrompê-lo, como nas leis que concernem à arrecadação de dinheiro, ele só participe da legislação por sua faculdade de impedir, e não de estatuir” (MONTESQUIEU, 2005, p. 172). Assim, quando os interesses do povo podem ser

função moderadora entre o Poder Executivo e a parte do Poder Legislativo composta pelos representantes do povo. Quanto ao poder de julgar (Poder Judiciário), ele seria, de alguma forma, nulo (MONTESQUIEU, 2005, p. 172-6).

Essas relações entre os poderes demonstram que a ideia de separação não era absoluta, como bem adverte Rodrigo Valin de Oliveira (2003, p. 40-2). Aliás, existiriam três exceções à impossibilidade de o Poder Legislativo valer-se do poder de julgar: (i) quando se tratasse de acusação contra os nobres, para que o julgamento fosse realizado pelos seus pares e não pelos tribunais ordinários; (ii) quando se tratasse de moderação da lei, nos casos em que ela fosse rigorosa demais; e (iii) quando a vítima fosse o povo em geral, que então assumiria o papel de acusador. Nessas três hipóteses, o responsável pelo julgamento seria a parte do Poder Legislativo formada pelos nobres, sendo que, no último caso, a acusação ficaria a cargo dos representantes do povo (MONTESQUIEU, 2005, p. 174-5).

A essência do pensamento de Montesquieu pode ser resumida na seguinte assertiva: “Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder” (2005, p. 166). A ideia central do autor não estava voltada propriamente para a separação de poderes, embora a sua teoria tenha servido de suporte para a doutrina dessa separação. O mais importante, para Montesquieu, era o controle que um poder deveria exercer sobre o outro, formando um equilíbrio:

Esse capítulo [o capítulo VI do Livro Décimo Primeiro da obra **O Espírito das Leis**] não elabora uma teoria, como se costuma repetir, da “separação de poderes”, mas da “balança dos poderes”. Essa concepção cabe numa frase: “Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder”. Dito de outra forma, é indispensável que “as três espécies de poder: a potência legisladora, a potência executora das coisas que dependem do direito das gentes e a potência executora daquelas que dependem do direito civil não fiquem concentradas nas mãos de um mesmo homem ou de um mesmo corpo; para evitar a confusão dos poderes que resultaria dessa concentração, os três poderes devem ser distribuídos a instâncias organicamente distintas e aptas, por sua cooperação, portanto por sua complementaridade, a exercer nas formas a autoridade do governo. As competências de um “poder” não poderiam invadir as competências de outro. Portanto, o importante não é que esses poderes sejam separados, mas que suas atribuições, determinando suas respectivas tarefas, obedeçam a uma divisão e uma distribuição correspondentes a um princípio de equilíbrio. E, em sua dinâmica, esses poderes devem funcionar “concertadamente”. Tal “balança” das instâncias governamentais, estabelecida sob a Constituição e no respeito das formas legais, impede não apenas os desvios que ocasionariam as invasões de competência de um órgão institucional no outro, mas também os abusos e os descaminhos de poder: assim, os mecanismos representativos, o bicameralismo, a ponderação das prerrogativas, o controle recíproco dos diversos órgãos, a fixação da ordem do dia das assembleias etc. constituem outros tantos procedimentos favoráveis ao equilíbrio de um governo (GOYARD-FABRE, 2002, p. 240-1).

---

corrompidos pelos interesses particulares da nobreza, caberia ao corpo de nobres apenas a “faculdade de impedir”.

Montesquieu pretendia, com a sua doutrina, estabelecer meios de neutralização dos poderes. Conforme José Levi Mello do Amaral Júnior (2008, p. 56-7), o poder de julgar seria neutralizado nele mesmo, haja vista o modo de se formar os tribunais e a maneira de decidir dos juízes. O julgamento deveria ser feito por júris, pessoas do povo que formam um tribunal provisório<sup>18</sup>, e os juízes restringir-se-iam a aplicar a lei<sup>19</sup>:

Mas, se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo a tal ponto que nunca sejam mais do que um texto preciso da lei. Se fossem uma opinião particular o juiz, viveríamos em sociedade sem saber os compromissos que ali assumimos.

É até mesmo necessário que os juízes sejam da mesma condição do acusado, ou seus pares, para que não possa pensar que caiu nas mãos de pessoas inclinadas a lhe fazer violência (MONTESQUIEU, 2005, p. 170).

A afirmação de que o poder de julgar seria nulo, nesse contexto, pode ser compreendida no sentido de destacar a neutralidade desse poder na aplicação da lei, indispensável à realização da justiça. A observância da literalidade da lei restaria facilitada a partir do momento em que a decisão sobre a culpa do acusado é feita por um corpo de jurados, cabendo ao juiz, então, apenas a aplicação da pena prevista no preceito legal (MONTESQUIEU, 2005, p. 87).

Quanto ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo, a neutralização se daria através da coparticipação nas funções exercidas, com a utilização das faculdades de impedir e de estatuir. Somente com um consenso entre as duas câmaras (nobres e representantes do povo) é que um ato legislativo lograria aprovação. A legislação, contudo, poderia ser vetada pelo Executivo (faculdade de impedir). Esse poder de veto acaba acarretando também uma faculdade de estatuir ao Executivo, ainda que limitada aos casos de não uso da faculdade de impedir, embora Montesquieu tenha negado essa hipótese (AMARAL JUNIOR, 2008, p. 61-2).

Como se pode observar, a limitação desses poderes não decorre precipuamente de sua separação. Ela advém das faculdades que eles têm de impedir e de estatuir, ou seja, da comunhão dessas faculdades (AMARAL JUNIOR, 2008, p. 62).

Por trás dessa organização dos poderes há uma tentativa de harmonizar três importantes forças sociais:

---

<sup>18</sup> A duração dos tribunais se limita ao “tempo que a necessidade requer” (MONTESQUIEU, 2005, p. 169).

<sup>19</sup> Os juízes seriam “a boca que pronuncia as palavras da lei” (MONTESQUIEU, 2005, p. 175)

Subjacente à “separação de poderes”, pregada no plano político, está uma concepção da distribuição das forças sociais, bem como de seu peso específico. Via Montesquieu na realidade de seu tempo três forças políticas em tensão, da qual poderia resultar uma luta de morte mas em cuja conciliação, em cujo equilíbrio estava a fórmula infalível da liberdade de todos e de cada um. Rei nobreza e povo eram essas três forças, das quais a primeira, pelas instituições vigentes, açambarcava todo o poder, do qual abusava (FERREIRA FILHO, 2009, p. 110).

O autor de **O Espírito das Leis** seguiu a doutrina do governo misto. A melhor forma de governo é aquela que ajusta a monarquia, a aristocracia e a democracia (FERREIRA FILHO, 2009, p. 111-2). A liberdade, para o pensador francês, significava a possibilidade de se fazer aquilo que as leis permitiam. Tal liberdade somente era verificada nos governos moderados. A combinação dos princípios inspiradores das formas de governo (governo de um, de alguns ou de muitos – monarquia, aristocracia e democracia, respectivamente) permitiria uma política equilibrada, valorizando as virtudes de cada uma daquelas formas e mitigando os seus defeitos (SOUZA JUNIOR, 2002-b, p. 56-7).

São evidentes os vínculos entre a teoria das formas de governo e a separação de poderes (OLIVEIRA, 2003, p. 33-4). Simone Goyard-Fabre (2002, p. 239), a propósito assevera:

Por um lado ele [Montesquieu] se refere, como é devido, às estruturas jurídicas do político, ou seja, às relações dos governos com as leis e as Constituições; é preciso que essa relação seja embasada pelo princípio de equilíbrio ou de *balança dos poderes*. Por outro, remete aos princípios fundadores dos governos, ou seja, indica o sentido de que cada um deles é portador: o filósofo avalia neles o valor do espírito de “moderação”, o único que torna possível a liberdade política [grifos da autora].

Não é difícil perceber que Montesquieu pretendia combater o absolutismo e garantir a liberdade (FERREIRA FILHO, 2009, p. 61). As forças sociais limitar-se-iam reciprocamente, formando um repouso ou uma inação, mas acabariam avançando concertadamente pelo próprio movimento necessário das coisas (MONTESQUIEU, 2005, p. 176). Essa concepção é compreendida levando-se em conta o momento histórico vivido pelo doutrinador francês: não havia mal nenhum na inação, na medida em que, para o pensamento da época, o Estado tinha apenas o papel de criar condições para que cada um cuidasse de seus próprios interesses, sem maiores preocupações com prestações positivas (FERREIRA FILHO, 2009, p. 253). Assim, se não existisse acordo, não haveria decisão, por mais grave que fosse o

problema a ser resolvido. Na tentativa de prevenir o absolutismo, a limitação do poder estatal era algo desejável (AMARAL JUNIOR, 2008, p. 63)<sup>20</sup>.

Toda essa doutrina, em sua essência, pode e deve ser reinterpretada conforme as lições que são dadas à humanidade pela história. Nada impede, portanto, que o princípio da divisão de poderes esteja ligado, como já se disse, à realização dos fins estatais.

Elival da Silva Ramos (2010, p. 112-3) adota entendimento semelhante:

Portanto, o princípio da separação dos Poderes parte da identificação das principais funções a serem desempenhadas pelo Estado, para a consecução de seus fins, o que, à evidência, está sujeito a toda sorte de condicionamentos históricos, não se podendo, por exemplo, impugnar a cientificidade do modelo concebido por Montesquieu, no século XVIII, tendo em vista a implantação de um Estado democrático-liberal, com os olhos voltados para o *welfare state* de nossos dias. Esse elemento é o que mais profundamente mergulha no tempo, por estar relacionado à própria ideia de divisão de trabalho. Em segundo lugar, propõe-se que essas funções sejam atribuídas a estruturas orgânicas independentes entre si, o que exige dotar-se cada uma delas de determinadas prerrogativas institucionais e os seus titulares de garantias funcionais, estando a eles vedada, por outro lado, a participação em funções estranhas ao aparato orgânico a que se vinculam. É de se acrescentar, ainda, que a afetação das funções aos órgãos deve ser feita de modo a se obter uma relativa especialização funcional, ou seja, cada aparato orgânico deve, *predominantemente*, exercer uma delas, sendo estruturado com vista ao exercício adequado da atividade, admitindo-se, pois, um certo compartilhamento de funções, genérico ou individualizado. Esse ponto ótimo do rateio de funções entre os Poderes (estruturas orgânicas independentes) deve ser encontrado com o foco na finalidade do arranjo institucional, que é a limitação do poder estatal, no interesse da liberdade [grifos do autor].

Numa perspectiva teleológica, a separação de funções se justifica pela racionalidade própria de cada atividade estatal, especialmente levando-se em conta os diversos planos de fins do Estado – fins últimos, fins próximos e fins intermédios. De fato, a aludida separação permite que se desenvolvam de maneira mais adequada as prudências específicas que são necessárias para a realização de cada um daqueles fins.

Oportuna é a lição de Tomás de Aquino sobre os diferentes tipos de prudência (2005-a, p. 603-4):

[...] as diversas espécies de hábito são diversificadas segundo a diversidade dos objetos a qual se considera segundo a razão formal. Pois bem, a razão formal dos meios é considerada segundo o fim, como consta do que foi dito. Portanto, a relação com fins diversos diversifica necessariamente as espécies de hábitos. Ora, o bem próprio de um só, o bem da família, o bem da cidade e o bem da nação são fins diversos. Assim também, é necessário que as espécies de prudências difiram especificamente segundo a diferença desses fins, de modo que, há uma prudência

<sup>20</sup> O impasse governamental é algo considerado bom no liberalismo clássico, mas a solução desse impasse pode ser buscada através de regimes ditatoriais, justamente o que tal liberalismo procura evitar (ACKERMAN, 2000, p 722-3)

propriamente dita, ordenada ao bem próprio; outra é a prudência doméstica, ordenada ao bem comum da casa ou da família; uma terceira, a prudência política, ordenada ao bem comum da cidade ou da nação.

[...] mesmo os fins diversos, dos quais um está ordenado ao outro, diversificam a espécie de hábito: como a arte eqüestre, a arte militar e a administração civil diferem especificamente, ainda que o fim de uma esteja ordenado ao fim de outra. De modo semelhante, ainda que o bem de um só esteja ordenado ao bem da comunidade, isso não impede que essa diversidade faça os hábitos diferirem pela espécie. Disso, se infere que o hábito ordenado ao fim supremo é o principal e comanda os outros hábitos.

Eis, pois, o grande mérito da separação dos poderes: diante das exigências e das complexidades do mundo atual, essa separação se afigura indispensável como meio para a realização dos fins do Estado. Daí a importância, também, de um arranjo institucional que distribuía as funções de maneira adequada.

Cezar Saldanha Souza Junior (2002-b, p. 122-3), a propósito, considerando o constitucionalismo de valores adotado pelos Estados Democráticos Ocidentais contemporâneos, bem como a tradição romano-germânica, ensina que a hexapartição de poderes constitui o arranjo institucional mais evoluído nos dias de hoje. No plano dos fins últimos, encontram-se o Tribunal Constitucional e o Chefe de Estado; no domínio dos fins intermediários, estão o Parlamento e o Governo; e, na esfera dos fins próximos, atuam o Judiciário e a Administração.

O Estado brasileiro, por sua vez, tem sua atuação prejudicada em razão da deficiência institucional existente. A tripartição de poderes adotada no Brasil (Executivo, Legislativo e Judiciário) impede que os diferentes planos de atuação estatal demandados pela sociedade sejam exercidos de acordo com a racionalidade prática peculiar que deve caracterizar cada um desses planos.

Carlos Horbach (2007, p. 83-4), referindo-se especificamente à legislação, jurisdição e guarda da Constituição, bem identifica o problema:

Cada uma das funções acima enumeradas requer de seu titular habilidades próprias, forjadas a partir de uma forma peculiar de ver o interesse público. As operações mentais requeridas do legislador são distintas das que orientam o Juiz, que, por sua vez, são diferentes das premissas que devem ser levadas em consideração pela guarda da Constituição. Em outras palavras, os diversos níveis de produção jurídica demandam de seus agentes um *modus operandi* específico, que não se confunde com os demais.

O Brasil, portanto, para consolidar-se como um Estado Democrático de Direito, necessita de uma profunda reforma institucional. E isso passa pela compreensão de que a separação de poderes não é uma mera fórmula abstrata de controle e limitação do Poder, mas

principalmente um importante instrumento para que se possam efetivar os ideais positivados na Constituição.

## 2 A ORDEM JURÍDICA DEMOCRÁTICA DE DIREITO

Uma vez descrita a concepção teleológica de Estado, com a identificação de suas funções, cabe relacionar tal concepção com a teoria do ordenamento jurídico. A ideia de ordenamento jurídico, levando-se em conta os pressupostos adotados no capítulo anterior, tem intrínseca relação com as funções legislativa, jurisdicional ordinária e jurisdicional constitucional, as quais merecem um estudo mais aprofundado, haja vista o objetivo deste trabalho.

### 2.1 A ESTRUTURA (FORMAL) DA ORDEM JURÍDICA

A concepção do Direito como sendo um conjunto de normas é resultado do pensamento típico da modernidade, de cunho racionalista e sistemático (AMARAL, p. 608). O objeto de atenção do jurista é a norma que regula condutas, a qual faz parte de um todo maior, o ordenamento jurídico, caracterizado pela unidade, coerência, e completude (BOBBIO, 1960).<sup>21</sup>

O ordenamento jurídico, assim, é formado por um grupo de normas de diferente hierarquia. Ele poderia ser representado graficamente por uma pirâmide: uma regra é criada com base na forma e, conforme o caso, no conteúdo estabelecido por outra regra que lhe é superior, o que leva à conclusão de que a criação do Direito é regulada pelo próprio Direito (KELSEN, 2003-a, p. 246). Sendo a produção normativa fundamentada em regras que regulam tal produção, não é difícil perceber a existência de diferentes níveis na ordem jurídica.

A busca pelo fundamento de validade de uma norma leva a outra norma, a qual, por sua vez, tem apoio em norma diversa, até que se chegue finalmente à norma fundamental (KELSEN, 2003-a, p. 247). Esta não é posta (positivada), mas pressuposta, na medida em que a sua validade objetiva não pode ser questionada (KELSEN, 2003-a, p. 226).

A existência jurídica de uma norma, portanto, confunde-se com a sua validade. De fato, somente farão parte do sistema normativo as normas válidas, ou seja, aquelas criadas de acordo com as prescrições desse sistema. Há uma impropriedade lógica, portanto, na expressão “norma jurídica inválida”, pois, sendo inválida, ela não pode ser jurídica. Da mesma forma, é contraditória a afirmação de que uma lei é inconstitucional, pois uma lei

---

<sup>21</sup> Apesar de Norberto Bobbio ter desenvolvido uma teoria do ordenamento jurídico, é inegável a influência das idéias de Hans Kelsen. Aliás, o próprio autor italiano reconhece tal influência (1960, p. 39-40).

somente é lei enquanto for válida e, dada a sua validade, logicamente não pode ser contrária à Constituição (KELSEN, 2003-a, p. 300).

Uma regra jurídica apenas pode ser excluída do sistema através de outra regra, a ser produzida por uma autoridade competente. Uma lei, por exemplo, poderá ser revogada por outra lei ou então nulificada por uma decisão judicial (que também veicula uma norma jurídica), sob o fundamento da sua incompatibilidade com a Constituição.<sup>22</sup> Importante notar que, até o momento em que a norma é excluída do sistema, ela é válida, sob pena de não ter sentido a referida exclusão, pois somente pode ser retirado de um conjunto o elemento que a ele pertence (KELSEN, 2003-a, p. 296).<sup>23</sup>

O ordenamento, tal como concebido por Hans Kelsen, pode ser estruturado resumidamente em três níveis hierárquicos (SOUZA JUNIOR, 2005, p. 8-9):

a) um nível fundamental, referente ao topo da pirâmide normativa, no qual se encontram as normas constitucionais;

b) um nível primário, correspondente às normas gerais (leis, considerando-se a tradição romano-germânica);

c) um nível secundário, consubstanciado nas normas individuais criadas através das decisões judiciais e atos administrativos.

Cada nível representa um grau de concreção do Direito, tudo visando a sua efetivação na regulação de condutas. Em regra, essa concreção implica também na produção de normas mais específicas e numerosas (BOBBIO, 1960, p. 29).

A existência de normas que regulam a produção de outras normas permite que elas sejam classificadas em normas de conduta e de estrutura (ou competência). São de conduta aquelas que se destinam diretamente à regulação da conduta de seus destinatários. Já as normas de competência são as que estabelecem critérios e procedimentos para a produção de

---

<sup>22</sup> Sobre as distinções entre nulidade e nulificabilidade, além das lições do próprio Hans Kelsen (2003-a, p. 306-8), indispensável é o estudo de Luís Afonso Heck (2008).

<sup>23</sup> Marcelo Neves (1988) faz uma crítica à concepção de que a existência de uma norma jurídica confunde-se com a sua validade. Segundo esse autor, que se aproxima das noções de existência e validade desenvolvidas por Pontes de Miranda, a estrutura escalonada da ordem jurídica não impede que existam normas pertencentes ao sistema e, ao mesmo tempo, contrárias - formal ou materialmente - às normas superiores. Assim, existiriam normas jurídicas que, embora inválidas, seriam pertinentes ao sistema, cabendo ao órgão competente a aplicação das regras de exclusão dessas normas. Esse seria o caso das leis inconstitucionais. Hans Kelsen (2003-a, p. 295-306) não deixou de analisar essa questão, sustentando que uma norma em desconformidade com determinada norma superior (por exemplo, uma decisão judicial que não se vale da lei supostamente pertinente ao caso) tem sua validade fundamentada no próprio sistema normativo. Em outras palavras: se a ordem jurídica permite que uma lei ou decisão judicial seja invalidada em razão de sua incompatibilidade com regras de hierarquia superior, essa mesma ordem jurídica considera válidas aquela lei ou decisão judicial, ao menos até o advento de uma nova norma que as exclua do sistema. Herbert L. A. Hart (2007, p. 159-160) acrescenta que a validade de uma decisão judicial não significa necessariamente a sua correção.

outras normas (BOBBIO, 1960, p. 21-2).<sup>24</sup> Na verdade, todas as normas regulam condutas; a diferença básica reside no fato de que as regras de estrutura dispõem sobre as condutas que se destinam à criação de normas.

Como já se disse, o critério da validade é que acaba determinando a pertinência de uma norma ao sistema jurídico. Desse modo, haveria a possibilidade de se “purificar” o Direito, pois a categoria da validade não é estranha a ele – também é determinada pelo ordenamento (BARZOTTO, 2004, p. 140).

Essa visão estritamente formal do sistema jurídico gera uma série de implicações. O que se pretende demonstrar, ainda que de maneira não exaustiva, é que o formalismo – imprescindível para o Direito, como já disse Ihering (1943, p. 119)<sup>25</sup> – somente tem sentido quando a ele se vincula a um fim ou uma função, cabendo às instituições tornar possível esse vínculo entre forma e substância.<sup>26</sup>

## 2.2 O DIREITO E O CONJUNTO DE NORMAS

A ideia de que o Direito reduz-se a um complexo de normas, qualificadas de jurídicas, é demasiadamente simplista. Isso porque as normas jurídicas têm uma razão de ser, ou seja, não são criadas ao acaso. Elas têm um caráter instrumental, não podendo ser concebidas como um fim em si mesmo.

Na verdade, de acordo com a tradição clássica, a norma (ou lei) é causa e medida do Direito, na medida em que determina o “seu” de cada um. Direito é, portanto, a coisa devida, e não a própria lei (HERVADA, 2008, p. 217-27). Aliás, não poderia ser diferente, pois o papel do Direito é efetivamente a concretização da justiça.

Destarte, o que se entende por ordenamento jurídico é o simples reflexo de algo que é buscado por essa ordem: a realização dos valores fundamentais sobre os quais se apoia uma determinada comunidade.

O homem é inteligente e, em razão dessa inteligência, atua para um fim, que não pode ser outro que não o próprio bem. A ação humana, apesar de ser movida pela vontade, é guiada pelo saber, pelo conhecimento. A tentativa de se obter o fim desejado passa por uma ordenação com esse intuito, própria do planejamento inerente à razão (HERVADA, 2008, p.

---

<sup>24</sup> Herbert L. A. Hart (2007, p. 104), de maneira análoga, classifica as regras em primárias e secundárias. Para ele, as regras primárias dizem respeito às ações dos indivíduos, enquanto as regras secundárias referem-se às próprias regras primárias, especificando a sua forma de criação, eliminação e alteração.

<sup>25</sup> Essa questão é abordada de modo preciso por Luís Fernando Barzotto (2010, p. 140-1).

<sup>26</sup> Nesse sentido é o pensamento de Fernando Atria (2009), exposto na sua obra em fase de elaboração (sem publicação), intitulada **La forma del derecho**. As demais referências relativas a esse autor realizadas ao longo deste trabalho dizem respeito a essa obra.

233). O bem comum, nesse contexto, é o conjunto de bens que possibilita, a cada um dos membros da sociedade, a sua realização enquanto ser humano (BARZOTTO, 2005, p. 35).

A busca dos valores acima referidos, portanto, pressupõe uma ordem, uma regulação de condutas que oriente a sociedade nesse sentido. Abre-se, aqui, o espaço para a criação de normas gerais e abstratas, permeada por divergências de opinião decorrentes de ideologias e experiências distintas.

Como já se deixou transparecer no capítulo anterior, esse espaço é o da deliberação política, na medida em que o bem comum, justamente por ser *comum*, exige a participação de todos os membros da comunidade na sua determinação (BARZOTTO, 2005, p. 35-6). Quanto maior a diversidade de pontos de vista, mais legítimo é o resultado da deliberação, pois ela tende a se aproximar do seu objetivo.

Escolhidos os meios para se alcançar o bem comum, entra-se no campo da execução desses meios. A determinação política realizada é posta em prática, o que pressupõe uma tecnologia própria, não se questionando, nesse momento, o resultado da deliberação.<sup>27</sup> Não se trata, contudo, de simples adesão a normas positivadas, mas de uma “continuidade, em cada caso, à discussão democrática que se expressa nas leis e decretos dos poderes legitimados pelo voto popular” (BARZOTTO, 2005, p. 192).

Como se pode observar, a concepção do Direito como sendo um conjunto de normas ordenadas sistematicamente é insuficiente para a perfeita compreensão do fenômeno jurídico, pois deixa de considerar a dimensão teleológica do ordenamento (SOUZA JUNIOR, 2005, p. 10-11).

### **2.3 OS NÍVEIS DO ORDENAMENTO E SUAS FUNÇÕES**

O pensamento normativista permite que se conclua pela existência de níveis distintos no ordenamento jurídico. Com efeito, se determinadas regras fundamentam-se em outras, é uma questão de lógica a existência de uma relação hierárquica e escalonada, com normas superiores e normas inferiores.

Ocorre que esse entendimento pode levar a ilações equivocadas. Seria plausível entender-se, por exemplo, que as normas inferiores são menos importantes e até mesmo

---

<sup>27</sup> Vejam-se, sobre o assunto, os ensinamentos de Karl Loewenstein (1976, p. 63-68).

dispensáveis. A supressão de níveis, ainda que não total, poderia ser justificada pela supremacia das normas situadas no topo do ordenamento jurídico.<sup>28</sup>

A posição assumida neste trabalho, entretanto, sugere um enfoque diferente acerca da questão. Apesar da relação intrínseca entre os diversos níveis do ordenamento, cada um deles tem uma **função** precípua que lhes garante uma autonomia imprescindível, sob pena de descaracterizar-se a própria essência desse ordenamento.

O nível dos valores, assim, não é mais importante que o nível da produção normativa. Embora o primeiro sirva de norte para este último, é no âmbito da legislação ordinária que se tem a mediação entre a realidade e o ideal buscado. Sem essa mediação, não se tem a conexão entre o real e o ideal, cabendo salientar que essa conexão é uma via de mão dupla: os valores ajudam a conformar a realidade, assim como a própria realidade acaba informando os valores.

O nível mais concreto, de aplicação da legislação, que influencia de modo mais direto o agir das pessoas, deve desenvolver a orientação delas para o bem comum. Trata-se de uma nova mediação, entre a generalidade da lei e a especificidade do caso concreto, sem perder-se de vista os fins últimos da comunidade. É aqui também que se delimita de maneira mais clara a separação entre Direito e Política, identificando-se os casos em que há efetivamente um direito subjetivo em jogo.

A indispensabilidade de cada nível é evidente. Um depende do outro e, ao menos nesse sentido, sequer se pode falar em hierarquia. O ordenamento jurídico, destarte, é um ser uno e composto, sendo que cada uma de suas partes (níveis) forma a essência do próprio ser (JOLIVET, 1961, p. 281-2).

Um sistema jurídico reclama, dessa forma, a realização de determinadas funções a ele inerentes, cada qual correspondente a um de seus níveis.

Para uma teoria normativista, entretanto, não há distinção substancial na tarefa exercida em um nível e outro. Tanto o legislador quanto o juiz (e até mesmo o Tribunal Constitucional), acabam, ao fim e ao cabo, criando e aplicando o Direito. A criação de uma lei, por exemplo, importa na aplicação dos preceitos constitucionais que disciplinam a produção legislativa; a solução de um conflito de interesses através de uma sentença, por sua vez, representa a criação de uma norma individual que obriga as partes envolvidas no processo, significando, ao mesmo tempo, a aplicação de uma norma geral considerada pertinente ao caso analisado. Apenas com relação à norma fundamental e ao ato último de

---

<sup>28</sup> A expressão “constitucionalização do ordenamento”, no sentido de esse ordenamento seria “invadido” por normas constitucionais (GUASTINI, 2003, p. 49), ratifica o que aqui se alega.

execução (cumprimento da sentença, por exemplo) não se pode falar em aplicação e criação de normas simultaneamente, pois, no primeiro caso, há pressuposição da norma e, no último, apenas a aplicação.

Vejam-se, por oportuno, as palavras de Hans Kelsen (2003-a, p. 260-3):

A aplicação do Direito é simultaneamente produção do Direito. Estes dois conceitos não representam, como pensa a teoria tradicional, uma oposição absoluta. É desacertado distinguir entre atos de criação e atos de aplicação do Direito. Com efeito, se deixarmos de lado os casos-limite – a pressuposição da norma fundamental e a execução do ato coercivo – entre os quais se desenvolve o processo jurídico, todo ato jurídico é simultaneamente aplicação de uma norma superior e produção, regulada por esta norma, de uma norma inferior.

[...]

A jurisprudência tradicional vê a aplicação do Direito sobretudo, se não exclusivamente, nas decisões dos tribunais civis e penais que, de fato, quando decidem um litígio jurídico ou impõem uma pena a um criminoso, aplicam em regra uma norma geral de Direito que foi criada pela via legislativa ou consuetudinária. No entanto – como resulta do anteriormente exposto – a aplicação do Direito existe tanto na produção de normas jurídicas gerais por via legislativa e consuetudinária como nas resoluções administrativas e ainda – como veremos – nos atos jurídico-negociais; e os tribunais aplicam as normas jurídicas gerais ao estabelecerem normas individuais, determinadas, quanto ao seu conteúdo, pelas normas jurídicas gerais, e nas quais é estatuída uma sanção concreta: uma execução civil ou uma pena.

Do ponto de vista de uma consideração centrada sobre a dinâmica do Direito, o estabelecimento da norma individual pelo tribunal representa um estágio intermediário do processo que começa com a elaboração da Constituição e segue, através da legislação e do costume, até a decisão judicial e desta até a execução da sanção. Este processo, no qual o Direito como que se recria em cada momento, parte do geral (ou abstrato) para o individual (ou concreto). É um processo de individualização ou concretização sempre crescente.

Não é por outro motivo que o citado jurista (2003-b, p. 258), a propósito da histórica discussão com Carl Schmitt acerca de quem deveria ser o guarda da Constituição, afirmou não existir diferença qualitativa entre lei e sentença.<sup>29</sup> O que muda apenas é a fase de positivação do Direito.

Tal afirmação – embora irrefutável a partir de uma abordagem puramente lógica e estrutural – perde sentido (ainda que não deixe de ser correta) quando realizada sob a ótica funcional que ora se pretende desenvolver. É justamente da função jurisdicional constitucional (justiça constitucional), da função legislativa (legislação) e da função jurisdicional ordinária (justiça ordinária) – enquanto campos distintos da ação estatal pressupostos pela ordem jurídica – que se tratará a seguir.

---

<sup>29</sup> Essa afirmação foi feita para sustentar, em oposição ao pensamento de Schmitt, a possibilidade e a necessidade de haver um Tribunal Constitucional: um órgão colegiado que, apesar de controlar a compatibilidade das leis com a Constituição, ainda exerceria jurisdição (jurisdição constitucional). Não se pretende discutir aqui essa questão, e as críticas realizadas aos argumentos de Kelsen não significam uma crítica à ideia de um Tribunal Constitucional.

### 3 JUSTIÇA CONSTITUCIONAL, LEGISLAÇÃO E JUSTIÇA ORDINÁRIA

#### 3.1 A FUNÇÃO JURISDICIONAL CONSTITUCIONAL

Essa função diz respeito ao controle judicial de constitucionalidade das leis e atos normativos. Na concepção aqui adotada, não se trata apenas da análise da constitucionalidade dos preceitos, mas também da possibilidade de sua invalidação. É pertinente uma pequena digressão sobre os métodos utilizados para esse controle, fazendo-se uma relação com a função ora em exame.

##### 3.1.1 Os métodos de controle jurisdicional de constitucionalidade

Para a abordagem dos métodos de controle jurisdicional de constitucionalidade serão utilizados os critérios de classificação adotados por Mauro Cappelletti (1984). Do ponto de vista subjetivo (quem controla), o controle pode ser difuso ou concentrado. De acordo com o aspecto modal (como se controla), o controle pode ser incidental ou principal.

###### 3.1.1.1 O controle difuso

Nessa forma de controle, não há órgão específico para decretar a incompatibilidade da lei ou ato normativo com a Constituição. Vale dizer, qualquer membro do Poder Judiciário pode deixar de aplicar uma norma sob a alegação de que ela é inconstitucional. É o sistema adotado no Brasil.

A doutrina<sup>30</sup> refere que o controle difuso foi desenvolvido através da prática judicial dos Estados Unidos da América, destacando-se – na afirmação desse método de controle – o caso *Marbury versus Madison*. Nesse paradigmático precedente, o juiz Marshal motivou a sua sentença afirmando que a supremacia da Constituição impede a aplicação de uma lei que a contrarie. Para aquele magistrado, o ato legislativo inconciliável com a Constituição é nulo, ou seja, não é lei, de modo que não pode subsistir como preceito operativo e não devem os tribunais executá-lo (BITTENCOURT, 1968, p. 13).

---

<sup>30</sup> É o caso, por exemplo, de Lúcio Bittencourt (1968, p. 12-3), Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2009, p. 136) e de Mauro Cappelletti (1984, p. 67), embora esse último autor faça algumas ressalvas quanto à origem da tese relativa à supremacia da Constituição.

Tal entendimento teve apoio na doutrina de Alexander Hamilton, manifestada nos *Federalist Papers*, que sustentava não haver superioridade do Poder Judiciário sobre o Poder Legislativo quando era declarada a nulidade da uma lei em desacordo com a Constituição. Na verdade, tratava-se apenas de obediência à vontade do povo, traduzida na Lei Maior, que se sobrepõe a ambos os Poderes<sup>31</sup> (FERREIRA FILHO, 2009, p. 134).

Como se pode observar, a justificativa para a inobservância da lei tida como contrária à Constituição é, em linhas gerais, o simples fato de que a Constituição se trata de norma superior. O juiz, quando pretende utilizar-se de uma determinada regra para a solução de um caso, deve interpretá-la à luz de todo o ordenamento, rejeitando-a, por conseguinte, se houver incompatibilidade com uma norma constitucional. O controle de constitucionalidade eventualmente exercido é, portanto, uma atividade intrínseca à função do magistrado.

O raciocínio desenvolvido pelo juiz Marshal, no precedente acima citado, procurou evitar discussões referentes à separação dos poderes ou funções estatais. A questão seria despolitizada, pois o controle de constitucionalidade ficaria reduzido “a uma vulgar verificação da adequação de uma norma de hierarquia inferior a uma norma superior” (FERREIRA FILHO, 2009, p. 136). Apesar disso, o viés político do controle é reconhecido pelos analistas do modelo americano, o que resta confirmado pelas discussões inerentes às indicações dos membros da Suprema Corte (FERREIRA FILHO, 2009, p. 140).

### **3.1.1.2 O controle concentrado**

O controle concentrado, como o próprio nome indica, pressupõe que apenas um determinado órgão (normalmente um Tribunal Constitucional) possa rejeitar uma lei ou ato normativo com base na sua contrariedade à Constituição. Enquanto não ocorre tal rejeição, a norma deve ser observada pelos demais tribunais. O Tribunal Constitucional, apesar de ter forma de tribunal e atuar, via de regra, da mesma maneira de que uma corte judicial, não faz parte do Poder Judiciário (FERREIRA FILHO, 2009, p. 139).

Este tipo de controle foi arquitetado por Kans Kelsen e previsto na Constituição austríaca de 1920 (CAPPELLETTI, 1984, p. 68), sendo posteriormente adotado em outros países (Alemanha e Espanha, por exemplo).

---

<sup>31</sup> No mesmo sentido é a lição de Pedro Lessa (2003, p. 141). Para esse jurista, contudo, a declaração de inconstitucionalidade somente poderia ocorrer – conforme a doutrina desenvolvida pelos constitucionalistas norte-americanos – quando não houvesse dúvida razoável acerca da questão (2003, p. 142-3).

Ao contrário da concepção estabelecida no controle difuso, é possível vislumbrar-se, na própria idéia de um órgão especial de controle, a existência de um aspecto político na atuação desse órgão, embora ele não deixe de exercer jurisdição. Trata-se, assim, de uma jurisdição distinta daquela exercida pelo Poder Judiciário, justificando-se a autonomia da jurisdição constitucional em relação à jurisdição ordinária.

O modelo concentrado, segundo Kelsen (2003-b, p. 144-5), promove a unidade das soluções e a segurança do direito daí resultante. De fato, como se verá adiante, nesse modelo a invalidação da lei não se restringe ao caso concreto.

### **3.1.1.3 O controle incidental**

O controle incidental é aquele que se dá no âmbito de um caso concreto, ou seja, a análise da constitucionalidade de uma norma é mera condição para a solução de uma determinada controvérsia existente entre duas ou mais partes litigantes. O processo judicial, portanto, não tem por objeto principal a questão constitucional. Na verdade, o que se busca é a resolução de um conflito de interesses.

Como se pode notar, a via incidental de controle tem estreita relação com o método difuso, uma vez que é da essência desse método a verificação, a partir de um litígio qualquer, da compatibilidade de uma lei com a Constituição. Saliente-se, ainda, que a questão constitucional somente é suscitada quando indispensável para uma composição adequada daquele litígio.

Restringindo-se ao um caso específico, a inaplicabilidade da norma – em razão de sua invalidade – também fica adstrita às partes litigantes. A decisão proferida, portanto, não surte efeitos para todos.<sup>32</sup>

### **3.1.1.4 O controle principal**

Nesse tipo de controle há um processo especial destinado exclusivamente à aferição da inconstitucionalidade da lei. Tal processo não depende de um conflito de interesses prévio

---

<sup>32</sup> Essa característica do controle difuso é mitigada no caso norte-americano, tendo em vista a doutrina do *stare decisis*: “a doutrina segundo a qual as cortes aderem ao precedente nas questões de direito, com o intuito de garantir certeza, consistência e estabilidade na administração da justiça, com o desvio do precedente quando há razões de peso (como para evitar a perpetuação da injustiça)” [tradução livre. Texto original: “the doctrine under which courts adhere to precedent on questions of law in order to insure certainty, consistency, and stability in the administration of justice with departure from precedent permitted for compelling reasons (as to prevent the perpetuation of injustice)”] (MERRIAM-WEBSTER’S..., p. 467-8). De qualquer forma, considerando-se a tradição romano-germânica, tem bastante pertinência a afirmação de que a decisão não surte efeitos para todos.

entre duas ou mais partes litigantes, pois a própria finalidade da demanda é a resolução da questão constitucional. Veja-se, portanto, que há uma publicização dos interesses em jogo, vale dizer, a constitucionalidade da lei é um tema de interesse público, o qual nem sempre corresponde com as aspirações das partes envolvidas numa controvérsia comum (KELSEN, 2003-b, p. 311-2).

Evidentemente, é o método concentrado que se coaduna com um processo especial dessa natureza, com rito peculiar e órgão competente para o seu processamento (Tribunal Constitucional).<sup>33</sup> Entretanto, a centralização da competência para rejeitar uma lei tida como inconstitucional não inviabiliza que essa questão seja levada ao Tribunal Constitucional também a partir de um caso concreto, através de um recurso ou da apresentação da controvérsia pelo próprio julgador ordinário, como ocorre, por exemplo, na Alemanha, nos termos do que dispõem o art. 93 e o art. 100 da Lei Fundamental (JURISDIÇÃO..., 2006, p. 135-140).<sup>34</sup>

Na Alemanha, os tribunais têm competência para analisar a constitucionalidade da lei, mas apenas o Tribunal Constitucional pode rejeitá-la. Há, portanto, uma distinção entre o exame da constitucionalidade, que deve ser feito pelos juízes quando julgarem um determinado litígio, e a rejeição da lei tida como inconstitucional, que é monopolizada pelo órgão que exerce o controle de constitucionalidade. Verificado pelo julgador ordinário que é incompatível com a Constituição a regra a ser aplicada para a solução do caso concreto, o processo deve ser suspenso, apresentando-se, então, a questão da suposta inconstitucionalidade ao Tribunal Constitucional. A decisão do julgador constitucional acerca do tema terá efeitos gerais (*erga omnes*), não se restringindo ao caso concreto que motivou aquela decisão, pois o conflito de interesses não é o objeto do controle normativo, mas apenas a justificativa para tal (MAURER, 2007, p. 258).

No controle principal, portanto, a decisão do Tribunal Constitucional deverá vincular todos os demais tribunais (ao menos nas declarações de inconstitucionalidade),<sup>35</sup> pois a norma é examinada abstratamente, ou seja, a sua compatibilidade com a Constituição não é aferida apenas para dar solução a um determinado conflito.

---

<sup>33</sup> Apesar disso, o controle principal pode ser combinado com o método difuso, o que, aliás, ocorre no Brasil.

<sup>34</sup> Procedimento semelhante também se verifica na Espanha, o qual representaria a introdução de elementos próprios do controle difuso e concreto, apesar de não afetar o fundamento da jurisdição constitucional concentrada (OTTO, 1997, p. 145-6). Sobre as formas de acesso ao Tribunal Constitucional em diferentes países da Europa, válida é a consulta à obra de Víctor Ferreres Comella (2011, p. 32-5).

<sup>35</sup> Uma norma considerada compatível com a Constituição pelo Tribunal Constitucional pode, em princípio, ser questionada novamente no futuro. O grau de vinculação das decisões da Corte Constitucional varia conforme o entendimento adotado em cada país (COMELLA, 2011, p. 36-7).

### 3.1.2 Distinção entre os métodos de controle

Da sucinta exposição acerca dos métodos de controle jurisdicional de constitucionalidade é possível extrair a compreensão que permeia o controle difuso, ao menos na sua origem: uma lei inconstitucional é nula, não pode produzir efeitos, não pode sequer ser tida como lei (é juridicamente inexistente). Logo, seria ilógico exigir-se de quem quer que seja – especialmente dos órgãos responsáveis pela aplicação da norma – o seu cumprimento.<sup>36</sup>

O ato legislativo inconstitucional, de acordo com esse entendimento, é nulo *ab initio*, sendo que a decisão judicial no sentido da inconstitucionalidade é mera declaração dessa nulidade, com efeitos *ex tunc*. Trata-se, portanto, de uma sentença com eficácia declaratória.

Dessa forma, até mesmo a administração pública e o próprio particular poderiam deixar de cumprir uma lei na hipótese de considerá-la inconstitucional, tudo em nome da supremacia da Constituição. O Supremo Tribunal Federal, a propósito, já se manifestou nessa linha, no julgamento da Representação n. 980/SP. Extraí-se, por oportuno, o seguinte trecho do voto proferido pelo Ministro Moreira Alves:

Não tenho dúvida em filiar-me à corrente que sustenta que pode o Chefe do Poder Executivo deixar de cumprir – assumindo os riscos daí decorrentes – lei que se lhe afigure inconstitucional. A opção entre cumprir a Constituição ou desrespeitá-la para dar cumprimento a lei inconstitucional é concedido ao particular para dar a defesa do seu interesse privado. Não o será ao Chefe de um dos Poderes do Estado para a defesa, não do seu interesse particular, mas da supremacia da Constituição que estrutura o próprio Estado? Acolho, pois, a fundamentação – que, em traços largos, expus – dos que têm entendimento igual (BRASIL, STF, Representação n. 980/SP, Relator: Min. Moreira Alves, 1979).<sup>37</sup>

O argumento favorável à recusa na execução de uma lei tida por inconstitucional - inclusive pelo Poder Executivo - também é desenvolvido por Luiz Roberto Barroso, sendo pertinente a citação de sua doutrina:

<sup>36</sup> Registre-se que, na Alemanha, onde o controle de constitucionalidade é concentrado, também há a concepção de que a lei é de antemão nula, embora exista alguma divergência doutrinária a respeito. Apesar disso, a lei inconstitucional pode ter aplicação em determinadas hipóteses, não se negando totalmente os seus efeitos (MAURER, 2007, 250-1; MENDES, 2007, p. 254-7). No próprio controle difuso a tese da nulidade *ab initio* sofreu atenuação, tanto no Direito norte-americano como no Direito brasileiro (FERREIRA FILHO, 2009, p. 126-7). De qualquer forma, a gênese do método difuso está relacionada com a idéia de que a nulidade da norma impede que ela produza qualquer efeito (seria o mesmo que inexistência jurídica). No sistema alemão, diferentemente, parece haver um entendimento que em alguns pontos se coaduna com o pensamento de Pontes de Miranda (o ato inconstitucional existe, mas é inválido, podendo ser desconstituído retroativamente). Essa doutrina, segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2009, p. 128-9), não teve repercussão prática no Brasil.

<sup>37</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2009, p. 127-8), após afirmar que o entendimento do juiz Marshal, no sentido de que a lei inconstitucional é nula e de nenhum efeito, foi adotado também pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, aponta uma incoerência dessa jurisprudência com a Súmula n. 5, editada pela própria Corte. Dispõe essa Súmula que a falta de iniciativa do Executivo é suprida pela sanção do projeto de lei, o que, segundo o citado autor, sugeriria a convalidação de um vício de iniciativa, incompatível com a tese da nulidade.

Todos os Poderes da República interpretam a Constituição e têm o dever de assegurar o seu cumprimento. O Judiciário, é certo, detém a primazia da interpretação final, mas não o monopólio da aplicação da Constituição (2004, p. 64).

Mais adiante, afirma o citado jurista:

Aplicar a lei inconstitucional é negar aplicação à Constituição. A tese é reforçada por um outro elemento: é que até mesmo o particular pode recusar cumprimento à lei que considere inconstitucional, sujeitando-se a defender sua convicção caso venha a ser demandado. Com mais razão, deverá poder fazê-lo o chefe de um Poder.

Essa linha de entendimento foi corroborada pela Emenda Constitucional n. 3, de 17 de março de 1993, ao acrescentar o § 2º ao art. 102 da Constituição, prevendo que a decisão proferida na ação declaratória de constitucionalidade é vinculante em relação aos demais órgãos do Poder judiciário “e ao Poder Executivo”. Ao estabelecer que a declaração de constitucionalidade vincula o Executivo, o dispositivo pressupõe que até que ela ocorra poderia ele considerar a norma inconstitucional. Na mesma trilha, a Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, prevê que tanto a declaração de inconstitucionalidade como a de constitucionalidade têm efeito vinculante em relação “à Administração Pública federal, estadual e municipal” (2004, p. 66).

Essa concepção, a toda evidência, não se coaduna com a estrutura do ordenamento abordada linhas acima, a qual, aliás, serviu de base para a idealização do controle concentrado de constitucionalidade. Se qualquer destinatário de uma lei pudesse descumpri-la sob o argumento de que ela é inconstitucional, a noção de ordem jurídica restaria sobremaneira enfraquecida, pois cada um poderia se conduzir de acordo com a sua interpretação da Constituição, em detrimento dos preceitos legais. Ainda mais no caso brasileiro, em que a Constituição regula quase tudo e os princípios constitucionais permitem as mais diversas interpretações.

Se a teoria de Hans Kelsen sobre a jurisdição constitucional está correta, então a questão do método de controle (difuso ou concentrado) – levando-se em conta a lógica do sistema jurídico desenvolvido pelo citado jurista – diz respeito à competência para extirpar o ato legislativo incompatível com a Constituição, e não propriamente à nulidade *a priori* desse ato. Assim, no controle difuso o ordenamento prevê que qualquer juiz é competente para considerar inválida uma lei que não se amolda aos ditames constitucionais, enquanto no controle concentrado há a previsão de que apenas um órgão possui tal competência.

Isso explica de maneira satisfatória a razão pela qual uma norma tem de ser cumprida, ainda que o seu destinatário a considere inválida. Também não há qualquer incongruência quanto à centralização do controle de constitucionalidade, na medida em que – tratando-se de delimitação de competência – não há ofensa à supremacia da Constituição. Ao

contrário, o respeito à Lei Maior também implica na observância das funções estatais por ela delineadas e distribuídas.

A autoridade competente, ao decretar a invalidade de uma determinada lei, não reconhece a sua nulidade *ab initio*. Uma norma nula – inexistente juridicamente – não pertence ao ordenamento e, portanto, não demanda outra norma para excluí-la do sistema (produzida por uma sentença, por exemplo).

A partir do momento em que o próprio sistema prevê regras para a expulsão da norma, é inegável que não se pode mais admitir a aludida inexistência, ainda que se trate de um ato viciado ou inconstitucional. O ato é válido até o momento em que decretada a sua invalidade.<sup>38</sup> A decisão que a decreta, portanto, tem um caráter constitutivo e não meramente declaratório.

Não sendo nula uma lei contrária à Constituição, ela é apenas nulificável (HECK, 2008). A decisão que a invalida, portanto, pode ter efeitos retroativos ou prospectivos, ao contrário de uma declaração de nulidade, que tem efeitos *ex tunc*. A exclusão da norma impugnada, desfazendo-se todas as conseqüências por ela produzidas, nem sempre é a solução que melhor se coaduna com os preceitos constitucionais, mesmo que essa norma seja tida como inconstitucional.

### **3.1.3 A função jurisdicional constitucional e o controle concentrado de constitucionalidade**

A escolha entre o controle difuso ou o controle concentrado de constitucionalidade, apesar do que foi dito linhas acima, não se resume a uma questão de competência.

A função estatal situada na base da pirâmide normativa diz respeito à concretização (cumprimento, execução) de normas gerais e abstratas, ou seja, tanto a sentença judicial quanto o ato administrativo destinam-se à criação de normas individuais e concretas

---

<sup>38</sup> É certo que a existência jurídica (validade) é aplicável aos casos onde o documento normativo tem um mínimo de forma para ser reconhecido como tal. Assim, por exemplo, uma sentença escrita por um aluno de faculdade, mesmo que se referindo ao estudo de um processo judicial real, não é reconhecida pela comunidade como uma norma concreta. O mesmo ocorre se um Ministro do STF, numa palestra, diz que determinada lei é inconstitucional. No primeiro caso, é flagrante a incompetência da autoridade e, no segundo, a inobservância do rito adequado. Em ambas as hipóteses não há, nem aparentemente, a produção normativa. Sequer se verifica a pretensão de introduzir normas no sistema. Diferente é o caso de um juiz incompetente prolatar uma sentença ou do Congresso Nacional aprovar uma lei sem o *quorum* necessário para a matéria específica dessa lei. Os documentos produzidos preenchem requisitos mínimos para que sejam considerados como portadores de normas jurídicas. Sempre que isso ocorrer, somente através de mecanismos oferecidos pelo sistema jurídico é que essas normas poderão ser tidas como inválidas. No momento em que a questão da validade ou não de uma norma tiver de ser solucionada por uma autoridade judicial, já não há mais como se falar em nulidade *a priori* dessa norma (KELSEN, 2003-b, p. 140-3).

(aplicáveis às partes envolvidas e de acordo com o conflito de interesses apresentado). O exercício de uma jurisdição constitucional, nessas circunstâncias, afigura-se um tanto quanto inapropriado, pois a nulificação de uma lei, que tem caráter geral, naturalmente extrapola os limites de um caso concreto. Tanto isso é verdade que o exercício do controle difuso normalmente tem um efeito multiplicador: todos aqueles interessados em não sofrer os efeitos da lei acabam tendo que mover demandas judiciais com esse objetivo.

O controle de constitucionalidade de normas gerais, portanto, tem conseqüências similares às de elaboração de uma lei, assemelhando-se a uma atividade legislativa (KELSEN, 2003-b, p. 151-2). É nítido, assim, um aspecto político inerente ao exercício da jurisdição constitucional, o qual de certa forma se tentou desconsiderar quando da construção do método difuso.

A multiplicação de órgãos aptos a realizar tal controle de constitucionalidade, dessa forma, seria como uma pulverização de parlamentos, o que evidencia a insegurança que se cria com essa situação. A conclusão é inarredável: há diferenças substanciais entre a jurisdição ordinária e a jurisdição constitucional, justificando-se a sua separação.

A situação se agrava mais em países de tradição jurídica romano-germânica, como o Brasil, onde a lei é o principal instrumento de ordenação do convívio entre os membros da comunidade. Além disso, as políticas públicas são implantadas através da lei, fato de extrema relevância, na medida em que são cada vez mais exigidas prestações positivas do Estado (Estado Social).

Nesse contexto, a invalidação da lei apenas para um determinado caso, e a sua aplicação para outros casos análogos, não parece ser muito coerente.

Mas não é só. A par das questões técnicas até aqui expostas, é importante que se atente para a finalidade da jurisdição constitucional. Não se trata de apenas verificar a compatibilidade das leis com a Constituição, mas também de preservar os valores nos quais se apoia uma determinada comunidade política. Vale dizer: evitar que o conflito ideológico inerente à atividade política ultrapasse os limites ditados pelos citados valores.

Veja-se, por oportuno, a lição de Víctor Ferreres Comella (2011, p. 150):

A independência judicial é importante como condição sem a qual os juízes constitucionais não podem realizar a contribuição crítica que esperamos deles. Por outro lado, os valores que queremos que os juízes interpretem e elaborem são os valores que formam parte do consenso político no qual descansa a Constituição. São os valores que exibem este *pedigree* democrático aqueles que queremos

salvaguardar através do controle judicial. É necessário, portanto, que se criem vínculos entre os juízes constitucionais e os órgãos político democráticos.<sup>39</sup>

Destarte, a função jurisdicional constitucional é responsável pela manutenção da unidade do ente estatal, o que não significa negar o pluralismo. Trata-se de um plano específico da atividade do Estado, o plano do consenso acerca dos valores, acima de qualquer ideologia ou partido político. Tal especificidade requer uma prudência peculiar, uma tecnologia própria, hábil a trabalhar, ao mesmo tempo, com questões políticas e jurídicas relevantes. Ainda que atento às peculiaridades do sistema adotado nos Estados Unidos, Christopher F. Zurn (2007, p. 298), não deixou de constatar essa circunstância:

Ao se conferir à função de controle de constitucionalidade uma posição institucional explícita no sistema político, a corte não precisa fazer crer que busca uma doutrina formal e específica para suas decisões, nem precisa esperar por um caso concreto para o encaminhamento de violações constitucionais evidentes. As cortes constitucionais são instituições híbridas, jurídico-políticas, e, na medida em que o sistema difuso tenta absorvê-las inteiramente num modelo formal de julgamento jurídico, as cortes podem ser relutantes em intervir precisamente onde elas são mais necessárias: no controle dos limites das diversas atividades políticas, e especialmente assegurando a constitucionalidade do processo democrático cuidadosamente construído.<sup>40</sup>

Justifica-se plenamente, portanto, a centralização do controle jurisdicional de constitucionalidade em um único órgão, o Tribunal Constitucional.

### 3.2 A FUNÇÃO LEGISLATIVA

A legislação é produto da ação política, ou seja, do uso da razão prática com o intuito de alcançar o bem comum. Se há fundamento na razão, então há uma vinculação com a verdade (BARZOTTO, 2005, p. 39).

---

<sup>39</sup> Tradução livre. Texto original: “La independencia judicial es importante como condición sin la cual los jueces constitucionales no pueden realizar la contribución crítica que esperamos de ellos. Por otro lado, los valores que queremos que los jueces interpreten y elaboren son los valores que forman parte del consenso político en el que descansa la Constitución. Son los valores que exhiben este pedigrí democrático los que queremos salvaguardar a través del control judicial. Es necesario, pues, crear vínculos entre los jueces constitucionales y los órganos políticos democráticos”.

<sup>40</sup> Tradução livre. Texto original: “By giving the function of constitutional review an explicit institutional place in the political system, the court need not pretend to find a formalistic and specifically doctrine for its decisions, nor need it await a concrete case presenting the issue in just the right way to address evident constitutional violations. Constitutional courts are hybrid legal-political institutions and, to the extent that the diffuse system attempts to assimilate them entirely to a formalistic model of legal adjudication, courts may be unwilling to intervene precisely where they are most needed: in policing the boundaries between the various political agencies, and especially in ensuring the constitutionality of democratic processes narrowly construed”.

Sobre essa questão (a verdade na política), há três posições: (i) a verdade está separada das opiniões, pois as opiniões representam um conhecimento deficiente do mundo. O conhecimento verdadeiro advém do mundo das ideias e não do mundo fenomênico, de modo que somente o filósofo, através de contemplação, tem acesso à verdade. A ação política deve ser orientada, portanto, pelo saber teórico do filósofo; (ii) a verdade é inacessível ao homem, que deve contentar-se com a opinião. Por isso, a ação política é guiada pela retórica, a arte do convencimento e da persuasão. As palavras não têm dimensão semântica (relação com o ser), mas apenas uma dimensão pragmática; (iii) a verdade coloca-se no interior da opinião. Ela é obtida a partir de raciocínios que se apoiam em opiniões prováveis e não em premissas necessárias e evidentes. As opiniões devem ser confrontadas com outras opiniões, de onde se extrairá uma verdade contingente, ou seja, uma verdade que diz respeito a um determinado momento e considerada certa realidade. A ação política, portanto, decorre da deliberação – a discussão, a partir de opiniões prováveis, da ação correta (BARZOTTO, 2005, p. 39-44).

Considerando-se a primeira posição acima citada, a democracia não teria sentido. As leis, com tendência à perenidade (pois a verdade no que tange ao saber prático seria imutável), poderiam ser produzidas por um governante que tivesse conhecimento filosófico suficiente para descobrir a verdade.

A segunda posição, por sua vez, concebe a política como um espaço para a dominação. As leis são vistas com ceticismo, pois decorrem de alguma manobra persuasiva. Para se discordar do ato legislativo (leia-se: das escolhas feitas pelo legislador), basta que se tenha uma opinião diversa e argumentos bons. As pessoas se guiam pelas regras gerais de conduta na medida dos interesses de cada um (ou porque se concorda com as regras ou porque se é obrigado a tanto) e não porque se trata de um dever perante a comunidade.

A terceira posição, por fim, entende a política como o campo de discussão dos membros da comunidade ou de seus representantes acerca do que é comum a todos. Implica reconhecimento recíproco, pois um cidadão não é visto como empecilho para a realização dos interesses do outro, como uma barreira que, de alguma forma, deve ser ultrapassada. Ao contrário, o oferecimento recíproco de razões para sustentar opiniões divergentes respeita a dignidade de cada um na busca uma solução que corresponda à ação correta diante de determinada situação (ATRIA, 2009, p. 519-20).

Numa democracia, portanto, é somente através da deliberação que se pode obter uma orientação racional – por meio da lei – para o bem comum. Com a deliberação se obtém uma

verdade, ainda que contingente,<sup>41</sup> que legitima a função legislativa.<sup>42</sup> Veja-se, a propósito, o entendimento de Fernando Atria (2009, p. 521):

Então, somente na medida em que, quando deliberamos, somos aptos a nos perceber como sujeitos que deliberam sobre razões que são comuns a todos, podemos entender que nossas práticas deliberativas são práticas nas quais há reconhecimento recíproco. Porém, o argumento opera também na direção inversa. Se as práticas deliberativas somente têm sentido pelo fato de que elas estão constituídas pela ideia de verdade, ou de objetividade, a ideia de objetividade ou de verdade somente tem razão de ser no interior das práticas deliberativas. A pergunta pela verdade ou pela objetividade, então, é uma pergunta política.<sup>43</sup>

Da transcrição acima realizada se extrai que a concretização dos valores, a determinação do que é devido a cada um (genericamente considerado), somente pode ser feita através da lei. E por isso que “A dignidade da pessoa humana que está na Constituição não é um conceito ético, que diz respeito ao meu comportamento individual, mas é um conceito político que diz respeito ao bem comum [...]” (BARZOTTO, 2009, p. 40).

A expressão “governo das leis” deve ser entendida nesse contexto: é a própria comunidade se governando, pois as decisões políticas são as *suas* decisões. Nesse sentido, aliás, o art. 1º, parágrafo único, da Constituição:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

<sup>41</sup> Essa contingência explica porque as orientações políticas variam com o tempo e com as circunstâncias. Por isso, é inaceitável o dirigismo constitucional ou uma leitura ideológica da Constituição. Tratando da concepção de uma Constituição dirigente, Manoel Gonçalves Ferreira Filho assevera (2009, p. 32): “Contra essa doutrina levantaram-se, todavia, muitas objeções, das quais a principal reside no fato de fazer com que uma geração, ou melhor, a maioria ocasional numa Constituinte, possa prefixar, para todo o sempre, o destino da comunidade. Isto certamente não se coaduna com o espírito da democracia, nem com a experiência histórica”.

<sup>42</sup> “Na democracia não se trata apenas de assegurar a supremacia da vontade popular majoritária, mas de manter aberto o pluralismo mediante o reconhecimento das liberdades individuais e coletivas. O relativismo próprio da democracia não supõe o reconhecimento da que é a maioria quem define a verdade, senão o reconhecimento de que não há verdade maior do que aquela resultante do livre jogo de opiniões, que precisamente por essa razão deve encontrar-se garantido” [tradução livre. Texto original: “En la democracia no se trata tan sólo de asegurar la supremacía de la voluntad popular mayoritaria, sino de mantener abierto el pluralismo mediante el reconocimiento de las libertades individuales y colectivas. El relativismo propio de la democracia no supone el reconocimiento de que es la mayoría quien define la verdad, sino el de que no hay más verdad que la que resulta del libre juego de opiniones, que precisamente por esa razón debe encontrarse garantizado”] (OTTO, 1997, p. 143).

<sup>43</sup> Tradução livre. Texto original: “Solamente en la medida en que cuando deliberemos, entonces, nos podemos entender como sujetos que deliberan sobre razones que son comunes a todos, podemos entender que nuestras prácticas deliberativas son prácticas en las cuales hay reconocimiento recíproco. Pero el argumento opera también en la dirección inversa. Si las prácticas deliberativas sólo tienen sentido en la medida en que ellas están constituidas por la idea de verdad, o de objetividad, la idea de objetividad o de verdad sólo tiene sentido al interior de nuestras prácticas deliberativas. La pregunta por la verdad o la objetividad, entonces, es una pregunta política”.

[...]

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

A função legislativa, portanto, corresponde à criação de preceitos que sirvam como critério geral e objetivo de correção da ação (lei como medida), ordenem a comunidade (lei como ordem) e explicitem as condições de coexistência (lei como aliança). Em outras palavras: a lei deve estabelecer o que se deve fazer, o tipo de comunidade que se quer ter e, o que é mais importante, instituir uma identidade recíproca entre os membros dessa comunidade (BARZOTTO, 2010, 119-56). No sistema romano-germânico, uma assembleia de representantes do povo, visando ao bem de todos, é que tem condições de cumprir essa função, uma vez que a racionalidade aqui empregada é essencialmente política.

### **3.3 A FUNÇÃO JURIDICIONAL ORDINÁRIA**

#### **3.3.1 A neutralidade da função**

Como já foi visto, a organização de poderes idealizada por Montesquieu buscava a neutralização desses poderes, de modo que somente pudessem atuar concertadamente. Era uma forma de controlar as forças sociais existentes na sua época (rei, nobreza e povo), tudo com o intuito de garantir a liberdade dos indivíduos.

No esquema do pensador francês, o poder de julgar neutralizar-se-ia em si mesmo, seja pela existência de júris (Tribunais formados pelo próprio povo, que não deveriam ser fixos), seja pela necessidade dos magistrados de observar a literalidade da lei (AMARAL JUNIOR, 2008, p. 56-7). A lei tem um papel fundamental na preservação da liberdade: “A supremacia da lei deveria ser, de acordo com o esquema clássico, a supremacia da Razão sobre o arbítrio dos governantes” (FERREIRA FILHO, 2009, p. 81).

As faculdades de estatuir e de impedir, por sua vez, propiciariam a neutralização do Poder Executivo e das duas Câmaras do Poder Legislativo (nobreza hereditária e representantes do povo) (AMARAL JUNIOR, 2008, p. 61-3).

Se a função judicial não estivesse adstrita à lei, o mecanismo de harmonização das forças sociais restaria prejudicado. De nada adiantaria o cuidadoso arranjo arquitetado para haver consenso (ou inação) na produção legislativa se pudesse prevalecer a opinião do juiz em sentido diverso daquele estabelecido no comando legal.

O Poder Judiciário, contudo, pode deixar de ser neutro e, mesmo assim, colaborar para a concretização do propósito liberal clássico:

Diferentemente do modelo de Montesquieu, nos Estados Unidos o poder judiciário não é um poder neutro. Exerce um poder de veto absoluto: a declaração de inconstitucionalidade. Esta mecânica não está em Montesquieu, mas o resultado vai ao encontro da essência de *O Espírito das Leis*. Isso porque, ao criar mais um elemento de trancamento do poder, radicaliza o modelo de Montesquieu e, com isso, ajuda a realizar o objetivo liberal clássico (AMARAL JUNIOR, 2008, p. 66) [grifos do autor].

A exceção à neutralidade da função judicial funciona num país que prescinde de governo (AMARAL JUNIOR, 2008, p. 66-7). Com efeito, não há problema na inércia do poder público quando se considera a intervenção estatal uma ameaça à liberdade individual.

Entretanto, essa mesma lógica não funciona quando o Estado é responsável pela realização do bem-estar das pessoas (*Welfare State*), como é o caso do Brasil.<sup>44</sup> Um Estado encarregado de prestações positivas faz da lei e demais atos normativos uma ferramenta indispensável à efetivação de políticas públicas, em consonância com os programas governamentais:

Enquanto o Estado liberal se atinha à manutenção da ordem como condição para que a iniciativa individual, em busca de seus interesses, realizasse sem o perceber o interesse geral, o Estado-Providência pretende suscitar o interesse geral, comandando a atividade dos indivíduos e dos grupos. Sua atitude, longe de ser passiva em face do desenvolvimento econômico e social que, para o liberalismo puro, decorreria naturalmente do livre jogo da iniciativa individual, é ativa. Mais que ativa, é a atitude do impulsionador, do foco de irradiação do desenvolvimento.

Nessas condições, não se contenta com prevenir e solucionar os conflitos decorrentes da competição entre os grupos e os indivíduos em busca de seus interesses. Vai mais adiante e se dispõe a fornecer escola aos jovens, pensão aos velhos, trabalho aos sãos, tratamento aos doentes, para assegurar a cada um o bem estar (FERREIRA FILHO, 2009, p. 268-9).

Nesse contexto, permanece atual o pensamento de Montesquieu quanto à neutralidade do poder de julgar, especialmente no que concerne à função jurisdicional ordinária. A observância da lei, é verdade, não tem a função de simplesmente assegurar a liberdade, mas se faz necessária para que as políticas governamentais se concretizem, para que as escolhas da comunidade política sejam respeitadas. Ainda que a lei seja contrária ao entendimento do julgador acerca da melhor maneira de se buscar o bem comum, o cumprimento do ato legislativo respeita o pluralismo e o processo democrático. O magistrado

---

<sup>44</sup> Apesar disso, “o Judiciário tem, hoje, nitidamente uma faculdade de impedir” (FERREIRA FILHO, 2011, p. 228).

procura manter-se, assim, numa posição neutra em relação às decisões políticas, evitando a confusão do poder de julgar com outras funções estatais.

Por outro lado, a aplicação da lei não é uma tarefa simples. Trata-se de conformar uma regra geral com a realidade, tarefa fundamental – e talvez a mais importante – para a concretização do Direito.

### 3.3.2 A aplicação da lei

Cabe ao juiz ordinário, de modo geral, aplicar a lei no caso concreto (jurisdição ordinária). Vale dizer, ele tem a função precípua de executar a lei e resolver os conflitos decorrentes da sua aplicação. Essa afirmação gera normalmente certo desconforto, pois parece que a atividade do magistrado fica reduzida à de um burocrata subserviente ao legislador. Isso, no entanto, não é verdadeiro, e decorre de uma concepção equivocada do que significa aplicar a lei.

A estrutura de um Estado Democrático de Direito descansa sobre a premissa de que o Poder Legislativo é que está numa posição institucional mais adequada para analisar as razões que justificam a criação de uma norma geral e abstrata, motivo pelo qual essas considerações substantivas não devem ser levadas em conta pelo aplicador da norma. A própria forma de organização do órgão judicial (comparativamente à configuração do órgão legislativo) demonstra que o juiz, diante de um caso concreto, não está em melhores condições que o legislador para decidir se uma determinada lei vai ou não ao interesse de todos (ATRIA, 2009, p. 201).

Por outro lado, o aplicador da lei é o que está mais aparelhado para analisar as circunstâncias de cada caso e verificar se os fatos por ele conhecidos realmente se encaixam no comando legal. Por isso, o juiz aplica a lei<sup>45</sup> e não somente a expressão da lei (ATRIA, 2009, p. 203).<sup>46</sup>

---

<sup>45</sup> “A aplicação do Direito consiste em enquadrar um caso concreto em a norma jurídica adequada. Submete às prescrições da lei uma relação da vida real; procura e indica o dispositivo adaptável a um fato determinado. Por outras palavras: tem por objeto descobrir o modo e os meios de amparar juridicamente um interesse humano” (MAXIMILIANO, 1997, p. 6).

<sup>46</sup> O formalismo jurídico, entendido como apego à literalidade de uma regra, é muitas vezes objeto de crítica. Nem sempre, contudo, a observância estrita do preceito deve ser tida como uma solução inadequada. A exigência de um requisito etário para o alcance da maioria, por exemplo, independentemente da maturidade da pessoa (que poderia ser analisada caso a caso), é condição necessária para que se tenha um mínimo de ordem e segurança. Nesse sentido é a lição de Frederick Schauer (2009, p. 29-35).

Isso significa que o magistrado não é um autômato. Ele, na verdade, é o responsável pela construção do Direito a partir da lei, dando a ela o sentido adequado ao caso concreto e à realidade. Daí a relevância dessa função (JELLINEK, 2000, p. 547).

O que se quer dizer, em outras palavras, é que a justiça ordinária, enquanto órgão que aplica as leis, não é como um computador que faz da concreção do Direito um processo mecânico e infalível. Tal concreção, ao contrário, requer a construção de uma norma com base na lei, bem como a interpretação do fato que supostamente se enquadra nessa norma.

É possível, inclusive, que o caso específico exija uma solução diversa daquela determinada pela lei, o que não importa na sua negação. Tomás de Aquino trata do assunto (2005-b, p. 594):

Dado que o legislador não pode intuir todos os casos particulares, propõe uma lei segundo aquelas coisas que acontecem o mais das vezes, levando sua intenção à utilidade comum. Por isso, se surge um caso no qual a observância de tal lei é danosa à salvação comum, não deve ela ser observada. Assim se, na cidade sitiada, se estabelece a lei de que as portas da cidade permaneçam fechadas, isso é útil à salvação comum o mais das vezes; se, porém, acontecer o caso de que os inimigos persigam alguns cidadãos, pelos quais a cidade é defendida, seria danosíssimo à cidade que as portas não lhe fossem abertas; e assim, em tal caso, as portas deveriam ser abertas, contra as palavras da lei, para que se preservasse a utilidade comum, que o legislador intenciona.

Pode-se citar, aliás, um exemplo referente ao ordenamento brasileiro, relacionado ao Direito Previdenciário.

Os artigos 42 e 59 da Lei de Benefícios Previdenciários (Lei 8.213, de 24 de julho de 1991), assim dispõem:

Art. 42. A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

[...]

Art. 59. O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

Desses dispositivos extrai-se que, podendo o segurado da Previdência Social ainda realizar alguma atividade laboral que lhe garanta a subsistência, a aposentadoria por invalidez não é devida. Assim, se a sua incapacidade é meramente temporária, ou se, ainda que permanente, restringe-se apenas às atividades habituais (e não a toda e qualquer atividade), o benefício que pode ser concedido é o auxílio-doença.

A vida real, entretanto, demonstra que a aplicação da lei não é tão simples assim. Os casos com os quais se depara o julgador são os mais diversos. Circunstâncias como idade do beneficiário, tipo de incapacidade, qualificação profissional e grau de instrução têm influenciado as decisões judiciais, que acabam determinando a concessão de aposentadoria por invalidez apesar de não haver incapacidade total e permanente, como previsto na lei. A ementa abaixo transcrita, relativa a julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4), é ilustrativa:

APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. INCAPACIDADE DEFINITIVA PARA O TRABALHO HABITUAL. PERÍCIA JUDICIAL. REABILITAÇÃO IMPRATICÁVEL PARA OUTRA ATIVIDADE. LIMITAÇÕES PESSOAIS OU SOCIAIS. É devida a aposentadoria por invalidez, quando a perícia judicial conclui que há incapacidade total e definitiva para o trabalho habitual, e se mostra impraticável a reabilitação do segurado para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, em razão da idade avançada, baixo nível de instrução e desempenho de atividade braçal durante toda a vida laboral. (BRASIL, TRF4, Apelação Cível n. 2006.70.99.001964-4, Relator: Rômulo Pizzolatti, 2008).

É de se notar que o legislador não poderia – e nem deveria – prever todas as circunstâncias que são levadas em conta pelo magistrado, pois essas circunstâncias são individuais e concretas e não gerais e abstratas. Dizem respeito às especificidades de cada caso.

A aplicação de dispositivos legais de modo adequado a cada caso não significa contrariedade à lei; ao contrário, evidencia a fidelidade aos seus fins, ao mesmo tempo em que afasta a ideia de automatismo na tarefa exercida pelo julgador. É por isso que o juiz é independente em relação ao legislador, ao governante e a outros juízes. Essa independência, contudo, somente tem sentido quando ele está atrelado à lei como padrão universal (BARZOTTO, 2010, p. 130).

O âmbito de atuação da jurisdição ordinária deve situar-se no nível funcional jurídico mais concreto. É, portanto, técnico e apartidário, o que importa numa lógica peculiar de operacionalização, diferente da verificada no exercício de outras funções jurídico-políticas do Estado. Os juízes têm amplo conhecimento sobre a lei, técnicas de interpretação e argumentação, produção de provas, etc. Normalmente gozam de proeminência entre os bacharéis em Direito, tudo em razão da função que exercem – aplicação da lei.

Sobre a interpretação dos dispositivos legais, algumas breves considerações são importantes. Não se pode, sob o pretexto de dar um sentido constitucional à lei, construir-se uma lei própria, completamente dissociada nos enunciados prescritivos. Isso significaria

ultrapassar os limites da aplicação, com a concretização de dispositivos constitucionais segundo as convicções ideológicas de quem executa as leis e a usurpação da função legislativa.<sup>47</sup>

Carlos Bastide Horbach (informação verbal),<sup>48</sup> a propósito, faz uma crítica à chamada “nova hermenêutica”, entendendo ser ela uma mera formulação retórica que procura justificar a extrapolação – principalmente por aqueles que interpretam as leis e a Constituição – das funções estatais. Com base nessa retórica, o intérprete parte da premissa de que não existe um sentido verdadeiro na lei, podendo ser dado ao texto qualquer significação, sendo a interpretação um ato de vontade e não de conhecimento.

O citado jurista sustenta, ainda, que a situação se agrava com a extensão do texto constitucional e a indeterminação de seus dispositivos. Assim, se a Constituição dispõe praticamente sobre todas as coisas, com a “nova hermenêutica” poder-se-ia chegar a qualquer resultado sobre qualquer assunto, segundo o critério e as convicções de cada um.

É por isso que a interpretação dos dispositivos constitucionais estabelecida pelo Tribunal Constitucional, a quem compete a guarda da Constituição, deve nortear o trabalho do juiz ordinário na aplicação da lei.<sup>49</sup> Em contrapartida, o sentido dado à lei pela jurisdição ordinária deve ser considerado por aquele Tribunal no controle de constitucionalidade.<sup>50</sup> Esse

---

<sup>47</sup> Para mitigar os riscos da interpretação conforme à Constituição, a Espanha tem dispositivo legal que determina a observância da jurisprudência do Tribunal Constitucional para a definição do conteúdo das normas constitucionais (OTTO, 1997, p. 82). De acordo com Gilmar Mendes (2007, p. 349), a interpretação conforme à Constituição tem limites, não podendo “alterar o significado do texto normativo”.

<sup>48</sup> Palestra proferida no 4º Encontro Regional de Direito Constitucional, em Porto Alegre/RS, no dia 4 de agosto de 2006. Tema: Guarda da Constituição, Legislação e Jurisdição.

<sup>49</sup> Essa afirmação não pretende, em hipótese alguma, ferir a garantia de independência dos juízes. Embora o magistrado (pessoa física) não deva sofrer qualquer tipo de pressão no desenvolvimento de sua atividade, não há como negar que a sua função é exercida dentro de uma estrutura, uma ordem jurídica. Tanto isso é verdade que uma decisão pode ser reformada ou anulada por uma instância superior. Cada juiz é titular do poder judicial, mas o corpo da magistratura forma um poder único, reforçando a ideia de que a independência não é incompatível com uma homogeneidade mínima na tomada de decisões. Aliás, os juízes norte-americanos são independentes, apesar da vinculação a precedentes judiciais (OTTO, 1997, p. 300-2).

<sup>50</sup> Em nota de rodapé, Víctor Comella (2011, p. 173) assevera que, quando os tribunais ordinários (especialmente aqueles de última instância) aplicam a lei durante muito tempo, e se forma uma interpretação em torno da mesma, o Tribunal Constitucional deve naturalmente aceitar essa interpretação. Isso porque o legislador, ao deixar de modificar a lei, concordou com a exegese adotada judicialmente. A lei do Tribunal Constitucional alemão, por sua vez, assim dispõe no seu § 82, (4): “O tribunal constitucional federal pode solicitar aos tribunais supremos da federação ou aos tribunais estaduais supremos a comunicação, como e com base em quais considerações eles interpretaram a lei fundamental até agora na questão litigiosa, se e como eles aplicaram a prescrição jurídica litigiosa em sua validade em sua jurisprudência e quais questões jurídicas, conexas com isso, pendem em questão. Ele pode solicitar a eles, ademais, apresentar suas considerações para com uma questão jurídica relevante para a decisão. O tribunal constitucional federal participa aos autorizados a manifestação da tomada de decisão” (JURISDIÇÃO..., 2006, p. 104-5).

diálogo institucional<sup>51</sup> incentiva a formação de uma jurisprudência coerente e sem rupturas constantes.

É com base nessa relação que Víctor Comella (2011, p. 179-82) propõe, inclusive, uma flexibilização do modelo centralizado de controle de constitucionalidade (a qual, segundo ele, não se verifica na maioria dos países europeus que adotam tal modelo). Os juízes ordinários, deparando-se com uma lei idêntica ou muito similar a outra já considerada incompatível com a Constituição pelo Tribunal Constitucional, poderiam deixar de aplicar desde logo a aludida lei, sem necessidade de antes submetê-la ao exame do referido Tribunal. Os juízes estariam, assim, apenas antecipando os efeitos de uma decisão praticamente certa a respeito da inconstitucionalidade. Uma exceção a tal procedimento ocorreria quando o legislador aprova uma lei contrária ao entendimento do Tribunal Constitucional justamente com o intuito de promover um novo debate, de apresentar uma resposta das instituições democráticas àquele entendimento. Para esses casos, Comella sugere a colocação de uma “cláusula jurisdicional” na lei, para que os juízes ordinários não deixem simplesmente de aplicá-la, submetendo a questão acerca de sua validade ao Tribunal Constitucional.

Essa proposta não afeta a essência do modelo concentrado de controle, pois pressupõe a estrita observância da jurisprudência do Tribunal Constitucional. De qualquer modo, o bom funcionamento da sistemática sugerida depende da maturidade do diálogo institucional antes referido, bem como das peculiaridades de cada país (sobrecarga do Tribunal Constitucional, por exemplo). Parece prudente que, mesmo não havendo a aplicação da lei, com o processo judicial tramitando normalmente, o Tribunal Constitucional tenha em algum momento a oportunidade de apreciar a questão.

Ainda acerca do problema da interpretação, a contribuição de Ignácio de Otto (1997, p. 289), ao discorrer sobre as decisões judiciais e as decisões políticas, é bastante relevante:

A moderna doutrina da aplicação, se bem desvela a liberdade do ato jurisdicional acerca da norma que se aplica, adverte ao mesmo tempo para a diferença entre os

---

<sup>51</sup> Na Itália, segundo Loris Iannuccilli (2009), esse diálogo é marcado por três ideias-guia extraídas da jurisprudência constitucional, maturadas em períodos distintos e empregadas em maior ou menor grau pela Corte: (i) a lei submetida pelo juiz ordinário ao exame da Corte Constitucional pode ser reinterpretada por essa Corte em detrimento da interpretação realizada pelo magistrado; (ii) a interpretação da lei, quando consolidada no âmbito dos tribunais ordinários, deve ser aceita pela Corte Constitucional no exame de constitucionalidade; e (iii) o juiz ordinário, antes ou ao invés de remeter a questão constitucional à Corte, deve buscar interpretar a lei de acordo com os preceitos constitucionais. Para Víctor Comella (2011, p. 179), se o Tribunal Constitucional ainda não interpretou a Constituição para solucionar determinada questão, ou a sua jurisprudência sobre o tema ainda desperta dúvidas, não é prudente que o juiz ordinário aplique a lei conforme ele entende ser exigido pela Constituição, afastando-se do significado relativamente claro do texto legal. Até mesmo o sentido literal da lei pode ser tido como constitucional, hipótese em que não se justificaria um desvio desse sentido.

atos em que se aplicam as normas e aqueles nos quais se cria o direito, porque a diferença entre política e direito não corresponde à distinção entre decisão e dedução metódica, senão à que existe entre os diferentes modos de argumentação e *fundamentação* dos atos de uma e outra classe. O que caracteriza a decisão política é que se argumenta e se pode discutir racionalmente a partir dos *finis* buscados e, por conta disso, a escolha por uma ou outra opção se baseia nas consequências que previsivelmente vão ter os atos: se faz isso e não aquilo para produzir certas consequências e evitar outras, alcançando-se assim o fim que se invoca como fundamento do ato. A decisão por meio da qual se aplica o direito, e em concreto a decisão jurisdiccional, se baseia num modelo de argumentação distinto. A decisão apenas pode alcançar aceitação geral, isto é, legitimidade, se fundada em *premissas* que gozem dessa aceitação, e isso significa que é preciso colocar de lado tanto as opiniões puramente pessoais do julgador como as particularidades extrajurídicas do caso e as consequências particularizadas da decisão do mesmo [grifos do autor].<sup>52</sup>

A dedução de direitos (especialmente as prestações positivas) apenas a partir de princípios constitucionais abstratos é difícil de ser devidamente fundamentada sem caracterizar, ao fim e ao cabo, uma escolha (opinião) do julgador. Por isso, é importante ressaltar a impossibilidade de se aplicar diretamente a Constituição para a criação de novos direitos não previstos pelo legislador, influenciando a concretização de políticas governamentais e representando importante interferência na distribuição de verbas públicas. Isso significa, afinal, a supressão da função legislativa, com o desrespeito à autonomia dos níveis do ordenamento.

Cabe registrar, ainda, que a eventual insuficiência da lei para a solução de casos concretos é solucionada especialmente pela equidade.<sup>53</sup> Pontes de Miranda (1970, p. 406), aliás, ressalta que a equidade não pode servir de fundamento para a apreciação de constitucionalidade, evidenciando uma diferença de metodologia (ainda que relativa) da jurisdição constitucional em relação à resolução de conflitos característica da jurisdição ordinária.

---

<sup>52</sup> Tradução livre. Texto original: “La moderna doctrina de la aplicación, se bien desvela la libertad del acto jurisdiccional respecto de la norma que se aplica, advierte al mismo tiempo de la importante diferencia que media entre los actos en que se aplican las normas y aquellos en los que se crea el derecho, porque la diferencia entre política y derecho no es la que media entre decisión y deducción metódica, sino la que hay entre los diferentes modos de argumentación y *fundamentación* de los actos de una y otra clase. Lo que caracteriza a la decisión política es que se argumenta y es argumentable racionalmente a partir de los *finis* que persigue y, en consecuencia, la opción por una u otra alternativa se basa en las consecuencias que previsiblemente van a tener los actos: se hace esto y no lo otro para producir unas consecuencias y evitar otras y alcanzar así el fin que se invoca como fundamento del acto. La decisión en la que se aplica derecho, y en concreto la decisión jurisdiccional, se basa en un modelo argumental distinto. La decisión sólo puede alcanzar aceptación general, esto es, legitimidad, si basa en *premisas* que a su vez gocen de esa aceptación, y eso significa que es preciso poner a un lado tanto las opiniones puramente personales del juzgador como las particularidades extrajurídicas del caso y las consecuencias particularizadas de la decisión del mismo”.

<sup>53</sup> “[ A equidade] É, segundo Aristóteles, ‘a mitigação da lei escrita por circunstâncias que ocorrem em relação às pessoas, às coisas, ao lugar ou aos tempos’ [...]” (MAXIMILANO, 1997, p. 172).

Ressalte-se, também, que há distinções notáveis entre a função jurisdicional ordinária e a função legislativa, mas aquela não é menos importante que esta. Oportuna é a lição de Fernando Atria (2009, p. 205-7):

O juiz é um aplicador, não um “mero” aplicador, de leis. Aplicar as leis significa determinar se o caso é coberto pela expressão de uma regra geral, e se o é, decidir que o caso deve ser solucionado pela aplicação da regra geral ou se a regra geral está formulada de modo impróprio para a situação concreta, razão pela qual deve ser adequada a esta.

O que isso significa é que o fundamento da distinção entre legislação e jurisdição, e a sua necessária complementaridade, podem apoiar-se na rocha dura das condições necessárias para fazer possível a vida política sem opressão, a fim de que possamos viver juntos sem tratarmos uns aos outros como instrumentos para fazer possível essa convivência.

[...]

É precisamente por isso que o Estado de Direito, fundado no reconhecimento da dignidade dos cidadãos, exige que a vida, a liberdade ou a propriedade de um indivíduo não possam ser afetadas sem dar-se a esse indivíduo a possibilidade de que um juiz considere o seu caso. Este é o conteúdo do que se costuma denominar a garantia da tutela judicial efetiva, o devido processo: que os indivíduos não hão de ser utilizados como meios para fazer possível a legislação democrática: que entre a universalidade da lei e a particularidade do caso exista a possibilidade da intervenção mediadora do juiz.

Essa distribuição do trabalho entre legisladores e juízes atribui a cada um a função de decidir coisas distintas: o legislador deve dizer o que é que, nos casos normais, vai ao interesse de todos; o juiz deve decidir esses casos conforme a decisão legislativa, porém, antes disso, há que ter a possibilidade de analisar a questão que lhe é submetida para determinar se é um daqueles casos ou não. Isso, que pode parecer uma formulação abstrata ou “teórica”, é imprescindível para compreender o modo como as instituições legislativas ou jurisdicionais estão configuradas e, mais urgentemente hoje em dia, quais aspectos dessas configurações são disfuncionais e devem ser corrigidos. Pretender reformar as instituições legislativas ou jurisdicionais sem saber claramente qual é a função que essas instituições devem realizar não é particularmente racional [grifo do autor].<sup>54</sup>

---

<sup>54</sup> Tradução livre. Texto original: “El juez es un aplicador, no un ‘mero’ aplicador, de leyes. Aplicar las leyes significa determinar si el caso es cubierto por la expresión de una regla general, i si lo es, decidir que el caso debe ser resuelto por la aplicación de la regla general o si la regla general está formulada de modo impropio para el caso por lo que debe ser adecuada a éste. Lo que esto significa es que el fundamento de la distinción entre legislación y jurisdicción, y su necesaria complementariedad, pueden fundar-se en la roca dura de las condiciones necesarias para hacer posible la vida política sin opresión, para que podamos vivir juntos sin tratarnos unos a otros como instrumentos para hacer posible esa convivencia.[...] Es precisamente por eso que el Estado de Derecho, fundado en el reconocimiento de la dignidad de los ciudadanos, exige que la vida, la libertad o la propiedad de un individuo no puedan ser afectadas sin dar a ese individuo la posibilidad de que un juez considere su caso. Éste es el contenido de lo que suele denominarse la garantía de la tutela judicial efectiva, o debido proceso: que los individuos no han de ser utilizados como medios para hacer posible la legislación democrática: que entre la universalidad de la ley y la particularidad del caso exista la posibilidad de la intervención mediadora del juez. Esta distribución del trabajo entre legisladores e jueces asigna a cada uno la función de decidir cosas distintas: el legislador debe decir qué es lo que, en los casos normales, va en el interés de todos; el juez debe decidir esos casos conforme a la decisión legislativa, pero antes de eso tiene que tener la posibilidad de mirar el caso del que conoce para determinar se es uno de ellos o no. Esto, que puede parecer una formulación abstracta o ‘teórica’, es imprescindible para comprender el modo en que las instituciones legislativas o jurisdiccionales están configuradas y, más urgentemente hoy en día, que aspectos de esas configuraciones son disfuncionales y deben ser corregidas. Pretender reformar las instituciones legislativas o jurisdiccionales sin tener claridad respecto de cuál es la función que esas instituciones deben realizar no es particularmente racional”.

Costuma-se dizer que o juiz deve colocar-se ao lado do cidadão e não em favor do Estado. Pois bem, ao aplicar a lei ele está justamente fazendo isso, pois a lei é o produto da vontade dos cidadãos.

### **3.3.3 As limitações institucionais dos órgãos de jurisdição ordinária**

O assunto aqui tratado já foi, de algum modo, abordado ao longo do texto, ainda que de forma implícita. Mesmo assim, é pertinente o aprofundamento da questão em tópico específico, haja vista a sua importância e a relação com o tema proposto.

A forma de organização e constituição dos órgãos responsáveis pela função jurisdicional ordinária, assim como o seu modo de funcionamento, constituem restrições ao exercício, por esses mesmos órgãos, da função jurisdicional constitucional e da função legislativa.

Cass R. Sunstein, ao analisar os limites institucionais das cortes, contribui substancialmente para o assunto em exame, mesmo que ele tenha se referido ao Poder Judiciário dos Estados Unidos, incluindo aí, evidentemente, a Suprema Corte daquele País. A sua análise, portanto, se restringe ao cotejo entre a função judicial (jurisdição ordinária ou constitucional) e a função legislativa.

Segundo o referido autor, a utilização dos tribunais para a concretização de direitos pode inibir a utilização de canais políticos para promover mudanças sociais, enfraquecendo a cidadania e o compromisso com a comunidade, tudo com prejuízo para o processo democrático (SUNSTEIN, 1993, p. 145).

Além disso, as decisões judiciais são menos eficazes para promover mudanças sociais, existindo estudos que documentam essa conclusão. Um exemplo disso é a decisão acerca do caso *Brown v. Board of Education*, tida frequentemente como a responsável pelo fim do *apartheid* nos Estados Unidos. Contudo, mesmo 10 anos após a citada decisão, apenas 1,2% das crianças negras no Sul se fazia presente nas escolas abertas a quaisquer etnias. Esse panorama apenas foi modificado com o envolvimento do Congresso e do Poder Executivo (SUNSTEIN, 1993, p. 146-7).

Parece que a necessidade de mobilização de diversos setores da sociedade, indispensável para uma ação junto ao governo e ao parlamento, acaba promovendo um engajamento maior com relação às decisões políticas em prol dessa mesma sociedade, o que não se verifica com a mesma intensidade quando se trata de demandas judiciais ajuizadas por particulares na defesa de seus interesses. Isso sem falar que o Judiciário não tem iniciativa,

somente agindo quando é provocado (LESSA, 2003, p. 1) e nos limites das demandas submetidas ao seu conhecimento. Não há como, de ofício, intervir na criação de políticas públicas, ou alterar as já existentes.

Como se não bastasse, o foco no caso sob julgamento impossibilita o juiz de avaliar os efeitos de suas decisões, especialmente quando se trata de uma reforma social em larga escala, com repercussão em outros programas sociais que não estão relacionados diretamente com aquele caso (SUNSTEIN, 1993, p. 147-8). É nítida, aqui, a diferença não só em relação à função legislativa, mas também quanto à jurisdição constitucional exercida de modo concentrado e abstrato. O Tribunal Constitucional pode avaliar melhor os aspectos considerados pelo legislador que nem sempre são suscetíveis de análise na solução de um caso específico.<sup>55</sup>

A lógica do processo judicial na jurisdição ordinária, de natureza bipolar (tem direito ou não tem direito), raramente se ajusta à eleição de prioridades ou à conciliação dos diversos interesses dispersos na sociedade. O processo é configurado para resolver conflitos, e não para estabelecer normas gerais (FERREIRA FILHO, 2011, p. 292-3).

Por outro lado, os juízes ordinários, nos países de *civil law*, são em regra juízes de carreira, normalmente selecionados através de concurso público quando ainda jovens (ou por meio de outro modelo “burocrático” de recrutamento), e que muitas vezes não têm experiência em outras atividades profissionais. Em contrapartida, num Tribunal

---

<sup>55</sup> Esse argumento resta enfraquecido pelo fato de que, mesmo no controle difuso e concreto, a lei ou o ato normativo ainda podem ser examinados em tese, sem maior vinculação com o caso que deu origem a tal exame. Explica José Levi do Amaral Junior (2002) que os Tribunais ordinários brasileiros declaram a inconstitucionalidade de uma lei mediante um incidente de arguição de inconstitucionalidade. O órgão fracionário de um Tribunal, deparando-se com um caso concreto em que entende haver incompatibilidade da lei com a Constituição, remete a questão ao pleno ou ao órgão especial dessa Corte, em observância ao disposto no art. 97 da Constituição (“Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”). Segundo o citado jurista (2002, p. 46-7), trata-se de “incidente processual ‘quase’ autônomo em relação o feito que o originou”, de modo que “a procedência do incidente implica, na prática, a declaração de inconstitucionalidade *em tese* da lei ou do ato normativo questionado. A *uma*, porque a decisão não é tomada à luz do caso concreto: o pleno do tribunal aprecia somente a questão de direito relativa à norma inquinada. A *duas*, porque a decisão plenária não se circunscreve aos autos do caso concreto em que foi suscitada, mas repercute, a teor do parágrafo único do art. 481 do CPC, sobre todos os demais feitos que envolvam a mesma *questio iuris* constitucional” [grifos do autor]. Não há dúvidas da aproximação com o método abstrato de controle de constitucionalidade, mas ainda assim se podem notar diferenças significativas. Nada impede que as peculiaridades do caso concreto sejam de alguma forma consideradas, mesmo que de modo não expresso, no julgamento do aludido incidente (até porque a tese da inconstitucionalidade advém da interpretação da lei realizada a partir de um conflito de interesses específico). Além disso, a decisão relativa a esse julgamento não tem efeito geral, podendo vincular apenas os órgãos fracionários do tribunal no qual foi proferida. Por outro lado, o juízes de primeira instância e outros órgãos julgadores que não compõem um tribunal (notadamente as turmas recursais dos juizados especiais) não necessitam promover o incidente de inconstitucionalidade para deixar de aplicar uma lei ou ato normativo tidos como contrários à Constituição, ficando a apreciação da questão diretamente vinculada ao litígio das partes. Dessa forma, o incidente processual em exame seria mais profícuo se fosse submetido diretamente a um Tribunal Constitucional.

Constitucional podem ser nomeados<sup>56</sup> juízes de carreira, professores, pessoas com experiência administrativa e governamental, além de políticos, enriquecendo o debate acerca do conteúdo das normas constitucionais, especialmente aquelas que exigem reflexões não puramente jurídicas, mas também de ordem filosófica, política e moral. (COMELLA, 2011, p. 79-86). É questionável, portanto, a legitimidade dos juízes ordinários para invalidar ou desconsiderar as leis aprovadas pelos representantes do povo. Até porque a atuação desses juízes não se confunde com a atividade política.

Os magistrados, pela formação setorizada que têm ou que acabam desenvolvendo com o seu trabalho, são inexperientes na arte de governar (a idoneidade dos juízes, a toda evidência, não é suficiente para tanto), não conhecem as contingências do campo político, dificultando a identificação das possibilidades e limitações nas esferas administrativa, econômica e governamental (FERREIRA FILHO, 2011, p. 292). Não há nenhum demérito nisso; ao contrário, essa talvez seja até uma condição para o bom exercício da função jurisdicional ordinária, vale dizer, para o desenvolvimento das virtudes próprias desse tipo de atividade, incompatíveis com ideologias e debates políticos.

Aqui se verifica uma distinção importante. O discurso dos órgãos de jurisdição ordinária, nos países de *civil law*, é estritamente jurídico. A própria natureza da jurisdição exige essa concepção mais legalista, que difere do discurso constitucional, o qual envolve princípios morais e políticas públicas. A relativa autonomia desses discursos fica preservada com a separação das jurisdições ordinária e constitucional, valorizando as qualidades específicas de ambas. Assim, o juiz ordinário pode manter uma cultura jurídica mais formalista, apropriada à interpretação da legislação, e o juiz constitucional não precisa centrar seus argumentos em questões técnico-jurídicas, omitindo o debate moral subjacente e promovendo a “legalização” da Constituição (COMELLA, 2022, p.86-96). O problema jurídico não se torna um problema ético ou político, e estes não ficam reduzidos àquele.

Cabe destacar, ainda, que a defesa da validade da lei em face da Constituição fica dificultada perante os juízes ordinários. Nem sempre a maioria governamental é ouvida nos

---

<sup>56</sup> A forma de nomeação dos juízes constitucionais pode variar de um país para outro. Bruce Ackerman (2000, p. 669), destacando as virtudes do sistema alemão, assevera que o *quorum* qualificado exigido no Parlamento para a nomeação dos juízes da Corte Constitucional significa um importante poder de veto para os partidos minoritários. A coalizão partidária que dá suporte ao Chanceler não consegue, isoladamente, compor o Tribunal, de modo que acaba ocorrendo um incentivo institucional para a existência de consenso quanto à nomeação de juízes imparciais e moderados. Ainda de acordo com o aludido autor, a forte independência dos juízes é garantida por uma estabilidade de doze anos sem possibilidade de nova designação. Nesse contexto, não é surpresa que a Corte Constitucional tenha contribuído sensivelmente para a evolução da democracia alemã.

processos judiciais, até porque em muitos desses casos o governo sequer é parte.<sup>57</sup> Assim, as decisões de juízes e tribunais que afastam a aplicação da lei são tomadas sem a oportunidade de se conhecer os argumentos da maioria governamental, e sem a visibilidade pública inerente à atuação de um Tribunal Constitucional (COMELLA, 2011, p. 112-4). Isso sem falar no prejuízo à segurança jurídica, com decisões conflitantes acerca do mesmo assunto.

---

<sup>57</sup> Nos incidentes de arguição de inconstitucionalidade promovidos no âmbito dos tribunais brasileiros há a possibilidade de que as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pelo ato questionado participem do processo, além do Ministério Público, conforme dispõe o art. 482, § 1º, do Código de Processo Civil (CPC). De qualquer modo, a descentralização do controle de constitucionalidade ainda teria inconvenientes para a defesa do ato impugnado. Víctor Comella (2011, p. 113-4), a propósito, refere que nos países de *civil law* é frequente a discussão de inúmeros temas nos tribunais de apelação e nos tribunais supremos, fazendo com que o governo tenha a necessidade de se dedicar a muitos casos em diversas esferas. Com a centralização do controle de constitucionalidade apenas num tribunal, o governo pode concentrar os seus esforços na defesa das leis diante das alegações de sua inconstitucionalidade. Ademais, conforme o jurista espanhol, a possibilidade de se anular a leis com efeitos gerais aumenta naturalmente o incentivo para que o governo qualifique a argumentação em prol da constitucionalidade do ato normativo. O controle centralizado, além de permitir a seleção dos melhores juristas para compor o Tribunal Constitucional, possibilita a atuação dos melhores advogados na proteção das teses governamentais.

## 4 A FUNÇÃO JURISDICIONAL ORDINÁRIA NUM QUADRO INSTITUCIONAL INADEQUADO

### 4.1 A DESCARACTERIZAÇÃO DA FUNÇÃO

Uma objeção seria cabível quanto à descrição das funções realizada no capítulo anterior. Poder-se-ia dizer que tal descrição não corresponde à realidade, seria meramente uma situação ideal. Com efeito, é difícil pensar-se um sistema político-jurídico no qual as decisões judiciais (jurisdição ordinária), por exemplo, sejam totalmente desprovidas de conteúdo político, ou a produção legislativa seja exclusivamente orientada pelo bem comum.

Entretanto, ainda que isso seja verdadeiro, não é menos certo que os diversos sistemas podem aproximar-se da aludida situação ideal, circunstância que já revela a pertinência de seu estudo.

É comum ouvir-se discursos e pessoas afirmando que os políticos são desonestos, apenas defendem os interesses de determinados grupos, desconsideram as necessidades do povo, pensam somente nas eleições, etc. A ação política e, via de consequência, a produção legislativa estaria totalmente distorcida. Esse tipo de pensamento, ao que tudo indica, se fazia presente no Brasil quando da elaboração da Constituição de 1988:

Há motivos para supor que a judicialização do político tenha sido desejada pela Constituinte.

A razão disso não é difícil de identificar.

Embora não haja – que se saiba – qualquer doutrina por detrás disso, o Judiciário gozava de uma confiabilidade que os Poderes “políticos” Legislativo e Executivo perderam. Estes eram – e são – olhados com desconfiança pela opinião pública, alimentada pelos meios de comunicação em massa.

A presunção de que os atos destes dois Poderes sejam legítimos e visam ao interesse geral mantém-se no plano jurídico-formal. Do ângulo da opinião pública, não. São eles compostos de “políticos” e estes são objeto de escárnio, pois todos duvidam que trabalhem para o interesse geral.

Na opinião pública, ao tempo da elaboração da Carta ora em vigor, enquanto se desejava um “rei” quase onipotente – o Presidente da República, “monarca” eleito diretamente pelo povo todo – que como demiurgo resolvesse os problemas nacionais, o Legislativo era visto como sede dos representantes dos grupos parciais, dos interesses particulares e privatísticos; o Judiciário, este aparecia como uma elite instruída e não corrompida, portanto, confiável (FERREIRA FILHO, 2011, p. 229)

As leis, desse modo, não seriam as leis da comunidade, mas as leis daqueles que têm mais poder. A questão é: se isso acontece, por que acontece?

Sem dúvida, diversos fatores contribuem para a deturpação do poder político, mas um deles merece destaque: o arranjo institucional. São as instituições que compatibilizam a

estrutura com a função, isto é, permitem que determinada atividade estatal formalmente constituída realmente cumpra (ou tenda a cumprir) a sua finalidade. Instituições inapropriadas provocam um desvio dessa finalidade, independentemente da intenção ou da honestidade das pessoas.

Essa ideia é, de certa forma, desenvolvida por Fernando Atria (2009, p. 166-7), embora com concepções e abordagem um pouco distintas:

Por “teoria” da jurisdição ou da legislação entendo uma explicação (a) da função de cada uma delas e (b) do modo como essa função se reduz a uma estrutura. A forma geral dessa última questão é, como já se anunciou, que as instituições fazem provável o improvável. Assim, as instituições cumprem a sua função mediadora. A instituição legislativa é um conjunto de estruturas cuja finalidade é fazer provável a identificação daquilo que vai ao interesse de todos; a instituição judicial é um conjunto de estruturas cuja finalidade é a de que os casos a ela submetidos sejam decididos dando a cada um ou seu, etc. Ao dizer mais acima que o segundo passo de uma teoria é mostrar o modo em que a estrutura se reduz à função queria dizer precisamente isso: havendo identificado a função (o primeiro passo), trata-se agora de identificar as razões pelas quais o desempenho dessa função é improvável, e portanto o modo como a estrutura neutraliza ou contribui para neutralizar essas razões, fazendo assim provável o desempenho adequado de uma função que num contexto não institucionalizado seria improvável.<sup>58</sup>

Diversos aspectos institucionais contribuem para a deturpação da função legislativa, tais como: um sistema eleitoral deficiente, que não possibilite uma representação verdadeira de todos; a fusão em um só poder das atividades de Estado, Governo e Administração (SOUZA JUNIOR, 2005, p. 13), as quais exigem virtudes distintas incompatíveis com tal unificação; e a centralização espacial do poder político, em detrimento dos entes estatais mais próximos do cidadão.

Assim, a lei acaba perdendo a sua legitimidade e o próprio cumprimento da lei passa a ser questionado. A identidade do povo resta enfraquecida, cada um vendo o outro como um competidor na busca de direitos. O poder judicial é que passa a decidir o que é devido para a comunidade, normalmente a partir de anseios individuais e em detrimento daqueles que se quedam inertes.

---

<sup>58</sup> Tradução livre. Texto original: “Por ‘teoría’ de la jurisdicción o de la legislación entiendo una explicación de (a) la función de cada una de ellas y (b) el modo en que esa función se reduce a una estructura. La forma general de esta última cuestión es, como ya se ha anunciado, que las instituciones hacen probable lo improbable. Así las instituciones cumplen su función mediadora. La institución legislativa es un conjunto de estructuras cuya finalidad es hacer probable la identificación de lo que va en interés de todos; la institución judicial es un conjunto de estructuras cuya finalidad es que los casos que les son sometidos sean decididos dando a cada uno lo suyo, etc. Al decir más arriba que el segundo paso de una teoría es mostrar el modo en que la estructura se reduce a la función quería decir precisamente esto: habiendo identificado la función (en el primer paso) se trata ahora de identificar las razones por las cuales el desempeño de esa función es improbable, y luego el modo en que la estructura neutraliza o contribuye a neutralizar esas razones, haciendo así probable el desempeño adecuado de una función que en un contexto desinstitucionalizado sería improbable”.

A deformação da função judicial, por sua vez, tem um fator institucional determinante: a fusão da jurisdição constitucional com a jurisdição ordinária, isto é, a possibilidade de que órgãos responsáveis pela função jurisdicional ordinária também possam exercer o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. Cada juiz faz o papel de um Tribunal Constitucional, as leis são meros conselhos dados ao julgador e os casos são decididos com base no ideal político do magistrado. O governo das leis passa a ser o “governo dos juízes”. Os destinos da comunidade não são ditados, portanto, pelas regras aprovadas por essa mesma comunidade.

A solução para o déficit institucional acaba sendo buscada a partir de uma concepção meramente lógica e hierárquica do ordenamento, sem atenção às funções de cada um de seus níveis e ao papel das instituições. A noção de supremacia da Constituição abre o caminho, então, para a utilização de doutrinas que desconsideram ou minimizam a importância da deliberação política na criação da ordem jurídica, como o chamado “neoconstitucionalismo”:

É certo que não há apenas um conceito de "neoconstitucionalismo". A diversidade de autores, concepções, elementos e perspectivas é tanta, que torna inviável esboçar uma teoria única do "neoconstitucionalismo". Não por outro motivo, costuma-se utilizar, no seu lugar, a expressão plural "neoconstitucionalismo(s)". Mesmo assim, podem ser apontadas algumas supostas mudanças fundamentais - ocorridas ou meramente desejadas, em maior ou em menor intensidade - desse movimento de teorização e aplicação do Direito Constitucional denominado de "neoconstitucionalismo": princípios em vez de regras (ou mais princípios do que regras); ponderação no lugar de subsunção (ou mais ponderação do que subsunção); justiça particular em vez de justiça geral (ou mais análise individual e concreta do que geral e abstrata); Poder Judiciário em vez dos Poderes Legislativo ou Executivo (ou mais Poder Judiciário e menos Poderes Legislativo e Executivo); Constituição em substituição à lei (ou maior, ou direta aplicação da Constituição em vez da lei) (ÁVILA, 2009, p. 1-2).

Muitas vezes, inclusive, a própria doutrina passa a ter uma aplicação distorcida da sua proposta originária, tudo como alternativa ao enfrentamento do problema institucional. Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2011, p. 377), a propósito, afirma que o “neoconstitucionalismo à brasileira” constitui “uma ideologia, uma roupagem pretensamente científica, para coonestar um ativismo dos operadores do direito”. Essa versão brasileira do neoconstitucionalismo “serve para implantar o politicamente correto, ‘reformular’ o mundo, e de passagem o país, num arremedo de socialismo utópico (para lembrar a lição de Marx)”.<sup>59</sup>

---

<sup>59</sup> Simone Goyard-Fabre (2002, p. 337-8) ressalta a impropriedade de se esperar do Estado e do Direito o remédio para todos os males: “Como não ver que o intervencionismo do Estado-providência em todos os campos aniquila a autonomia das vontades, ou seja, a responsabilidade dos sujeitos de direito? Não será um sofisma reclamar tudo do Estado, quando se pretende promover o respeito à dignidade própria da pessoa humana? Ademais, a proliferação dos ‘direitos’ provoca sua desvalorização, de sorte que, se tudo é direito, nada mais é

Não se duvida da capacidade dos juízes de tomarem boas decisões. Não se questiona, igualmente, a boa intenção do julgador ao se deparar, muitas vezes, com a inércia do governante e do legislador. O problema é que não é através do exercício do poder judicial que se determinam, de forma democrática, os rumos da comunidade. Para tanto, como se viu, é necessária a deliberação política.

O próprio poder político, diante das dificuldades institucionais para o cumprimento de suas finalidades, acaba delegando aos juízes ordinários a tarefa árdua de assumir uma responsabilidade que não é deles. Por isso, a posição dos juízes parece ser a mais difícil nessa situação de crise.

A judicialização da política, nesse contexto, é inevitável:

Uma autêntica, “original” judicialização, é mais provável de ocorrer quando as instituições judiciais são vistas pelos movimentos sociais, grupos de interesses e ativistas políticos como órgãos de decisão mais conceituados, imparciais e efetivos em relação a outras instituições governamentais fortemente burocráticas, ou arenas tendenciosas de decisão majoritária. Uma ampla judicialização da política é, *certis paribus*, menos provável de ocorrer numa organização estatal que se destaque por um firme e coeso sistema político hábil a conter o judiciário. Em tais organizações, o campo político pode representar uma ameaça convincente a um judiciário ativista, exercendo um efeito desencorajador nas cortes. Inversamente, quanto mais disfuncional ou caracterizado por impasses for o sistema político e as suas instâncias de decisão em um dado Estado de Direito, maior é a probabilidade de um poder judicial expansivo nesse Estado. Uma grande fragmentação do poder entre as esferas políticas reduz a sua habilidade de refrear as cortes, e ao mesmo tempo incrementa a probabilidade destas se imporem.

Do ponto de vista dos políticos, delegar questões políticas controvertidas para as cortes pode ser um efetivo meio de transferência de responsabilidade, reduzindo assim os riscos para eles próprios e para o aparato institucional dentro do qual eles operam. A operação de “desvio de culpa” é absolutamente intuitiva. Se a delegação de poderes pode aumentar o crédito e/ou reduzir a responsabilidade atribuída ao agente político, haja vista a decisão política do órgão que recebe tais poderes, então essa delegação pode beneficiar tal agente. No mínimo, a transferência de “batatas quentes” politicamente polêmicas para as cortes oferece um conveniente refúgio para os políticos sem disposição ou habilidade para resolver controvertidas disputas públicas no campo político. Permite também oferecer um refúgio para os políticos que procuram evitar decisões difíceis ou “sem ganho”, e/ou evitar o colapso de governos de coalizão frágeis ou com impasses. Por outro lado, a oposição pode

---

direito. Assim como Hegel denunciava a vertigem do nada que ameaçava a absolutização da liberdade, assim também é preciso denunciar o vazio criado pelo exagero dos direitos do homem. Esse pluralismo sem limites gera um desamparo trágico: desamparo jurídico, já que o conceito de direito se dissolve no movimento descontrolado de infundáveis reivindicações; desamparo ontológico pois o fato de o ser humano declinar de sua responsabilidade pessoal em proveito de uma responsabilidade dita coletiva gera a irresponsabilidade: como o que é fundamental no homem já não é reconhecido como valendo a pena ser proibido ou protegido, é uma demissão; desamparo axiológico pois a permissividade total que está no horizonte da superprodução delirante dos direitos contém o germe de uma passagem aos extremos em que o descomedimento e o excesso acarretam pesos que se apresentam como uma torrente niilista. Avalia-se a gravidade do risco corrido: ou só há direito pela autoridade do Estado devedor e então a ameaça do totalitarismo, ainda que ‘flexível’, surge inevitavelmente no horizonte; ou a liberdade fica exposta a uma distorção que, sob os ímpetus orquestrados pelos protestos dos grupos sociais, conduz da liberdade liberal à liberdade libertária. A ameaça é dupla: ou o *gulg* ou a anarquia” [grifo da autora].

tentar judicializar a política (por exemplo, através de medidas judiciais contra as diretrizes governamentais) com o intuito de hostilizar e obstruir os governos. Às vezes, os políticos de oposição podem recorrer ao litígio judicial como uma tentativa de aumentar a sua exposição na mídia, sem levar em conta a real consequência desse litígio (HIRSCHL, 2006, p. 745-6).<sup>60</sup>

A racionalidade política é substancialmente distinta da racionalidade jurídica, de modo que lei e sentença não podem ser consideradas a mesma coisa. Para uma solução adequada ao caso não há como se pensar prioritariamente no bem comum, pois o que está em jogo é o bem da parte. Se todos (sem exceção) entrassem com ações judiciais postulando medicamentos não fornecidos ordinariamente pelo Estado, por serem *credores* (no sentido do direito privado mesmo) de tais medicamentos, e todos os pedidos fossem julgados procedentes, essas decisões acabariam sendo inexecutáveis ou executadas umas contra as outras.

A natureza da função jurisdicional ordinária impede que ela solucione de modo satisfatório os problemas de ordem política e governamental. As limitações inerentes a essa função acabam frustrando a expectativa de quem espera substituir as instituições democráticas por ações judiciais. O que acaba ocorrendo, então, é um perigoso descrédito do poder judicial (justiça ordinária),<sup>61</sup> como se ele fosse o responsável pelas questões mal resolvidas.

---

<sup>60</sup> Tradução livre. Texto original: “An authentic, ‘bottom up’ judicialization is more likely to occur when judicial institutions are perceived by social movements, interest groups, and political activists as more reputable, impartial, and effective decision-making bodies than other bureaucracy-heavy government institutions or biased majoritarian decisionmaking arenas. An all-encompassing judicialization of politics is, *ceteris paribus*, less likely to occur in a polity featuring a unified, assertive political system that is capable of restraining the judiciary. In such polities, the political sphere may signal credible threats to an overactive judiciary that exert a chilling effect on courts. Conversely, the more dysfunctional or deadlocked the political system and its decision-making institutions are in a given rule-of-law polity, the greater the likelihood of expansive judicial power in that polity. Greater fragmentation of power among political branches reduces their ability to rein in courts, and correspondingly increases the likelihood of courts asserting themselves. From the politicians’ point of view, delegating contentious political questions to the courts may be an effective means of shifting responsibility, and thereby reducing the risks to themselves and to the institutional apparatus within which they operate. The calculus of the ‘blame deflection’ strategy is quite intuitive. If delegation of powers can increase credit and/or reduce blame attributed to the politician as a result of the policy decision of the delegated body, then such delegation can benefit the politician. At the very least, the transfer of contested political ‘hot potatoes’ to the courts offers a convenient retreat for politicians who have been unwilling or unable to settle contentious public disputes in the political sphere. It may also offer refuge for politicians seeking to avoid difficult or ‘no win’ decisions and/or avoid the collapse of deadlocked or fragile governing coalitions. Conversely, political oppositions may seek to judicialize politics (for example, through petitions and injunctions against government policies) in order to harass and obstruct governments. At times, opposition politicians may resort to litigation in an attempt to enhance their media exposure, regardless of the actual outcome of litigation”.

<sup>61</sup> Bruce Ackerman (2000, 724-5) chama a atenção para a questão orçamentária, sustentando que até mesmo uma Corte Constitucional estaria sujeita ao insucesso se quisesse assumir a responsabilidade pela concretização de direitos sociais. Essa falha poderia enfraquecer inclusive a proteção judicial das liberdades negativas, as quais, seguindo o mesmo caminho dos direitos a prestações estatais (positive rights), correriam o risco de se tornar meras aspirações constitucionais. Por isso, ao invés de se esperar das cortes essas prestações, o autor sugere a criação de um poder específico para tratar do assunto (distributive justice branch).

Ainda que tenha considerado o problema da judicialização da política sob outra ótica (relacionando esse fenômeno com o próprio teor da Constituição brasileira), Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2011, p. 231) também chegou a conclusão semelhante:

No quadro apontado, o Judiciário, se se considerar sua esfera de intervenção, estaria mais forte. Disto, porém, não lhe resultou nenhum aumento de prestígio, ao contrário.

Em primeiro lugar, porque sua carga muito cresceu e com ela um retardamento na prestação judicial. Daí o descontentamento dos que recorrem a ela, ou dela esperam providências, como a punição exemplar dos “corruptos”.

Em segundo lugar, seu poder de interferência na órbita político-administrativa o tornou corresponsável dos insucessos ou frustrações que para a opinião pública decorrem da má atuação do Poder. Mais, veio ele a ser visto como um colaborador do Governo.

Ou, quando decide contra as medidas deste, é por ele apontado como responsável – a serviço da oposição – por decisões contrárias ao interesse popular...

Em ambos os casos assume uma feição de órgão político, no pior sentido do termo.

A autoridade dos juízes ordinários advém da sua neutralidade, da sua capacidade extraordinária de resolver conflitos de interesses de modo imparcial. As decisões políticas devem ser tomadas por quem tem responsabilidade política, ou seja, por aqueles que têm o dever de prestar contas ao cidadão. Essas decisões não transitam em julgado e são passíveis de sofrer as pressões da opinião pública. Isso não se coaduna com as prerrogativas dos juízes (independência, estabilidade, etc.) justamente porque a função judicial é distinta:

Sem dúvida, ao magistrado, em princípio e certamente no Brasil, falta legitimidade democrática porque jamais é eleito. Não se coaduna o seu papel com a *responsiveness*, já que não lhe cabe fazer a vontade do povo e sim julgar de acordo com o direito. Não tem contas a prestar ao povo soberano, ou seja, não tem *accountability*.

Na verdade, a investidura do magistrado advém de uma capacidade específica, fruto de uma formação específica também. Isto o inscreve num quadro aristocrático, no sentido etimológico do termo, ou seja, no quadro dos “melhores”, os mais bem preparados – do que o vulgo em geral. Integram a *intelligentsia*. Constituem uma “aristocracia togada” (FERREIRA FILHO, 2011, p. 290-1) [grifos do autor].

Quando se quer a mudança ou a instauração de uma política pública, é o Parlamento que deve ser procurado, e não o Judiciário. As deformações aqui constatadas não são corrigidas, portanto, com a sobreposição dos níveis do ordenamento, na medida em que há uma diferença essencial em cada atividade. Somente um ajuste institucional pode dar início a essa correção, ainda que outros fatores contribuam para tanto (consciência política, por exemplo).

Essa é a questão que o neoconstitucionalismo não leva em conta:

O problema é que o neoconstitucionalista não tem paciência para se voltar aos procedimentos legislativos e formular a pergunta propriamente institucional: o que há neles que não faz (suficientemente) provável [a identificação do que vai ao interesse de todos] o improvável? Ao ignorar essa questão, o neoconstitucionalista não nos oferece razão alguma para que as patologias antiliberais, antissociais e antidemocráticas que detecta nos procedimentos legislativos não sejam reproduzidas nos procedimentos que em substituição nos convida a adotar, com o agravante adicional de que, acima de tudo, fez plausível seu programa oferecendo uma forma não formal de democracia (...) que não só é estritamente impossível, mas também desvaloriza todas as instituições, na medida em que supõe que a substância [sem a mediação institucional] não é improvável (ATRIA, 2009, p. 182).<sup>62</sup>

No Brasil, as deficiências institucionais têm autorizado uma justiça ordinária que se movimenta sobre a legislação e até mesmo contra ela, fazendo com que cada um concretize conforme a sua opinião os valores supremos do ordenamento, tudo a permitir o uso ideológico dos instrumentos jurídicos (SOUZA JUNIOR, 2002, p. 140). Esse problema parece já ter sido identificado, tanto que foram criados institutos jurídicos supostamente inovadores (alguns mais recentes, outros nem tanto), tais como a ação direta de constitucionalidade, a chamada coisa julgada inconstitucional, a repercussão geral e a súmula vinculante.

Há visivelmente uma tentativa de se proporcionar uma padronização mínima de condutas, mas as soluções adotadas, além de não enfrentarem o âmago da questão, podem acabar piorando a situação: o legislador continua “delegando”<sup>63</sup> ao julgador a tarefa que deveria ser sua e a independência do magistrado (no sentido explicitado alhures) resta diminuída, pois a sua decisão acerca do caso concreto (sempre com múltiplas peculiaridades), de certa forma, fica predeterminada pelos tribunais superiores. Isso sem falar que o exercício da verdadeira jurisdição ordinária fica praticamente impossível, uma vez que o número de demandas judiciais tende naturalmente a aumentar, com cada parte buscando o seu direito conforme a sua visão de mundo e argumentando com base em princípios constitucionais. O resultado não poderia ser outro: o volume de trabalho é tanto que o ato de julgar transforma-se numa linha de produção e, aí sim, o juiz transforma-se num autômato.

<sup>62</sup> Tradução livre. Texto original: ““El problema es que el neo-constitucionalista no tiene paciencia para volver sobre los procedimientos legislativos y formular la pregunta propiamente institucional: ¿qué hay en ellos que no hacen (suficientemente) probable lo improbable? Al ignorar esta cuestión, el neo-constitucionalista no nos ofrece razón alguna en virtud de la cuales las patologías anti-liberales, anti-sociales y anti-democráticas que detecta en los procedimientos legislativos no vayan a reproducirse en los procedimientos que en su reemplazo nos invita a adoptar, con el agravante adicional de que ha hecho en primer lugar plausible su programa ofreciendo una forma no formal de democracia (...) que no sólo es estrictamente imposible, sino que además devalúa todas las instituciones, en la medida en que supone que la substancia no es improbable”.

<sup>63</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2011, p. 276-7), a propósito, chama a atenção para a abundância dos instrumentos judiciais que permitem a interferência nas políticas públicas. Dentre eles, destacam-se a ação popular, a ação civil pública e o mandado de injunção, passíveis de ajuizamento perante juízes ordinários.

Não há dúvida de que o sistema jurídico, justamente por ser um sistema, exige a consideração do ordenamento como um todo. A interpretação da lei, portanto, deve ser realizada também com a observância de dispositivos constitucionais, promovendo-se um diálogo saudável entre níveis do ordenamento, apesar da sua autonomia.

Destarte, é certo que a aplicação da lei dá ampla margem de atuação ao julgador, tanto pelas peculiaridades do caso concreto quanto pela interpretação de acordo com os preceitos da Constituição (observada, nesse particular, a exegese dada pela Corte Constitucional a esses preceitos, como já se viu). A dificuldade de definir limites é notória, o que poderia até mesmo tornar inócuo o argumento desenvolvido neste trabalho.

Entretanto, aqui novamente as instituições têm um papel importante. No caso brasileiro atual, por exemplo, é difícil imaginar-se que o poder judicial não vá preencher o espaço político que é insuficientemente ocupado. É como se os níveis da ordem jurídica se amoldassem ao quadro institucional: a atrofia de uma função é compensada pela hipertrofia de outra, não há espaço em branco.

É por isso que, num contexto institucional mais racional, os limites de cada função tendem a não ser extrapolados, por mostrar-se suficiente, em regra, a atuação dentro de tais limites. Isso também ocorre com relação à interpretação das leis de acordo com a Constituição.

Ademais, a existência de um Tribunal de Constitucional pode ajudar a preservar o campo da política. Esse Poder do Estado não seria apenas um censor do legislador, mas também o seu protetor:

Gustavo Zagrebelsky, por exemplo, traz à colação a experiência italiana dos anos setenta, em que alguns juízes de esquerda começaram a utilizar o princípio constitucional da igualdade de modo muito beligerante, sob a inspiração do movimento do *uso alternativo del diritto*. O Tribunal Constitucional italiano teve que intervir e atuar como contrapeso, a fim de proteger o legislador frente às estratégias potencialmente perturbadoras de tais juízes ordinários. Os juízes conservadores, naturalmente, também podem erodir as leis das quais divergem por motivos ideológicos, através do reajuste de seu conteúdo por vias supostamente <<interpretativas>>. Como explica Zagrebelsky, a incumbência do Tribunal Constitucional não é só a de controlar o legislador, senão também a de resguardá-lo frente a um excesso de ativismo por parte de alguns juízes ordinários. O Tribunal se converteu, assim, tanto em um *censore* como em um *difensore* do legislador (COMELLA, 2011, p. 173-4) [grifos do autor].<sup>64</sup>

---

<sup>64</sup> Tradução livre. Texto original: “Gustavo Zagrebelsky, por ejemplo, trae a colación la experiencia italiana de los años setenta, en que algunos jueces de izquierdas empezaron a utilizar el principio constitucional de igualdad de modo muy beligerante, bajo la inspiración del movimiento del *uso alternativo del diritto*. El Tribunal Constitucional italiano tuvo que intervenir y actuar como contrapeso, a fin de proteger al legislador frente a las estrategias potencialmente perturbadoras de tales jueces ordinarios. Los jueces conservadores, naturalmente, también pueden erosionar las leyes de las que discrepan por motivos ideológicos, a base de reajustar su contenido por vías supuestamente <<interpretativas>>. Como explica Zagrebelsky, el cometido del Tribunal

O controle judicial de constitucionalidade permite um aprimoramento da deliberação pública, promovendo o aumento da qualidade dessa deliberação. Ajuda a garantir que sejam considerados com seriedade, no debate político, os valores constitucionais, mantendo viva uma cultura de respeito à Constituição, a partir de uma conversação entre o legislador e os juízes (COMELLA, 1997, p. 179-82). Essa relação institucional pressupõe a existência de contrapesos democráticos, ou seja, a possibilidade de que governo e parlamento apresentem respostas políticas ao exercício da jurisdição constitucional, através, por exemplo, de reformas da Constituição.<sup>65</sup> Se o controle de constitucionalidade é exercido de modo difuso e concreto, o canal de comunicação com as instituições políticas fica enfraquecido, haja vista as conclusões muitas vezes discrepantes acerca da validade da lei e a dificuldade que os órgãos governamentais têm para acompanhar atuação dos inúmeros juízes ordinários (COMELLA, 2011, p. 161).<sup>66</sup>

---

Constitucional no es sólo controlar al legislador, sino también resguardarle frente a un exceso de activismo por parte de algunos jueces ordinarios. El Tribunal se ha convertido así tanto en un *censore* como en un *difensore* del legislador”.

<sup>65</sup> Outro exemplo dessa resposta das instituições democráticas seria a edição de uma nova lei que cumpra a mesma finalidade daquela tida como inválida perante a Constituição, superando-se os vícios constatados na lei anterior.

<sup>66</sup> Víctor Comella (2004, 2011, p. 119-138) defende a tese de que uma Corte Constitucional (controle de constitucionalidade centralizado) acaba sendo mais ativista se comparada com a Suprema Corte dos Estados Unidos (verificados, por hipótese, ambientes idênticos de atuação). Segundo ele, o Tribunal Constitucional teria mais dificuldades para, de modo discricionário, deixar de analisar uma alegação de inconstitucionalidade (especialmente quando a alegação não se origina de um caso concreto), pois somente aquele Tribunal teria competência para eventualmente declarar inconstitucional o ato impugnado (ao contrário do que ocorre no sistema dos Estados Unidos). Além disso, a Suprema Corte norte-americana poderia contornar a questão constitucional valendo-se de argumentos de legalidade ordinária, o que não seria tão simples de ser feito quando há separação entre a justiça constitucional e a justiça ordinária. Uma atuação minimalista, restrita a casos concretos, por sua vez, também seria mais aplicável ao método difuso. A Corte Constitucional, por outro lado, não poderia ser tão deferente para com o legislador, sob pena de perder o seu espaço institucional. O próprio autor, contudo, ressalta alguns fatores que podem moderar esse ativismo, tais como o sistema político do país, o grau de “pureza” do Tribunal Constitucional (sem tem outras atribuições além do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos), e o contexto histórico. A tese, passível de ser discutida, é utilizada por Comella para demonstrar que o Tribunal Constitucional promove uma proteção maior dos direitos fundamentais e contribui com mais intensidade para os debates públicos. Como se pode observar, o vocábulo “ativismo” é empregado pelo jurista espanhol num sentido positivo. Ademais, o próprio Comella (2011, p. 149-50) trata de demarcar o alcance do aludido vocábulo, quando afirma que a atuação dos juízes constitucionais, mesmo os ativistas, é bastante limitada: “[...] convém indicar que o papel dos juízes constitucionais é inevitavelmente limitado, inclusive se exercem o controle da lei de modo ativista, pois a sua tarefa é de caráter especializado. Os juízes, em concreto, normalmente garantem os direitos fundamentais como meros limites às políticas públicas, sem assumir a responsabilidade de adotar as políticas básicas nos diversos âmbitos da vida social. Existe assim um amplo espaço para que as instituições políticas democráticas tomem decisões em matérias de grande relevância, e que ocupam um lugar muito alto na agenda pública da nação, como observou Frederick Schauer no contexto

Além disso, o método difuso de controle, exercido a partir de um conflito de interesses particular e limitado à solução desse conflito, atrai menos a atenção da opinião pública e dos representantes políticos. A visibilidade de um Tribunal Constitucional enriquece mais o debate, até pelo impacto maior de suas decisões, ao mesmo tempo em que valoriza a dignidade da legislação. O privilégio jurisdicional do Parlamento é compatível com o processo democrático que permeia a aprovação das leis (COMELLA, 2011, p. 99-118).

Destarte, o exercício da jurisdição constitucional por juízes ordinários, como se verifica no Brasil, não constitui a melhor maneira de aumentar a qualidade da deliberação política, talvez a maior contribuição trazida pelo controle judicial de constitucionalidade das leis e atos normativos. Ao contrário, pode acabar até mesmo prejudicando o debate político indispensável para o tratamento adequado de questões importantes para a sociedade, que passam a ser abordadas no processo judicial de maneira individualizada e, não raro, contraditória.

A função jurisdicional ordinária, nesse contexto, perde a sua neutralidade, imprescindível para que possa cumprir de modo satisfatório o seu fim específico. É nítida a influência do arranjo institucional na descaracterização dessa função.

## **4.2 ALGUNS EXEMPLOS PRÁTICOS**

Serão analisados, a seguir, alguns exemplos da atuação dos órgãos de jurisdição ordinária no contexto institucional brasileiro, para realizar-se o cotejo com as reflexões até aqui realizadas. Foram escolhidos casos de órgãos distintos, referentes a diversos campos do direito ordinário, a fim de que a abordagem do sistema judicial do País seja ampla.

### **4.2.1 Conversão dos benefícios previdenciários em URV**

Os critérios de reajuste dos benefícios de prestação continuada da Previdência Social, assim como os respectivos índices, sempre foram objeto de muita controvérsia, especialmente em períodos anteriores ao Plano Real, em que a inflação no País era galopante.

---

americano” [tradução livre. Texto original: “conviene indicar que el papel de los jueces constitucionales es inevitablemente limitado, incluso se ejercen el control de la ley de modo activista, pues su tarea es de carácter especializado. Los jueces, en concreto, normalmente garantizan los derechos fundamentales como meros límites a las políticas públicas, sin asumir la responsabilidad de adoptar las políticas básicas en los diversos ámbitos de la vida social. Existe así un amplio espacio para que las instituciones políticas democráticas tomen decisiones en materias de gran relevancia, y que ocupan un lugar muy alto en la agenda pública de la nación, como ha observado Frederick Schauer en el contexto americano”].

Regulando a matéria, assim dispôs a Lei 8.542, de 23 de dezembro de 1992:

Art. 9º A partir de maio de 1993, inclusive, os benefícios de prestação continuada da Previdência Social terão reajuste quadrimestral pela variação acumulada do IRSM, sempre nos meses de janeiro, maio e setembro.

§ 1º Os benefícios com data de início posterior a 31 de janeiro de 1993 terão seu primeiro reajuste calculado pela variação acumulada do IRSM entre o mês de início, inclusive, e o mês imediatamente anterior ao do referido reajuste.

§ 2º A partir da referência janeiro de 1993, o IRSM substitui o INPC para todos os fins previstos nas Leis nºs 8.212, e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991.

Art. 10. A partir de 1º de março de 1993, inclusive, serão concedidas aos benefícios de prestação continuada da Previdência Social, nos meses de março, julho e novembro, antecipações a serem compensadas por ocasião do reajuste de que trata o artigo anterior.

§ 1º As antecipações de que trata este artigo serão fixadas em portaria conjunta pelos Ministros de Estado da Fazenda, da Previdência Social, e da Secretaria de Planejamento e Coordenação da Presidência da República, em percentual não inferior a sessenta por cento da variação acumulada do IRSM no bimestre anterior.

§ 2º O percentual fixado nos termos do parágrafo anterior aplica-se a todos os valores expressos em cruzeiros nas Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e suas modificações posteriores.

Em resumo, foram estabelecidas – para o ano de 1993 – as seguintes regras de reajuste dos benefícios mantidos pela Previdência Social:

- a) o índice a ser aplicado era o índice de reajuste do salário mínimo (IRSM);
- b) a periodicidade dos reajustes era quadrimestral, sendo que a atualização do valor do benefício deveria ser realizada nos meses de janeiro, maio e setembro;
- c) apesar da periodicidade quadrimestral, eram devidas antecipações de reajuste a cada bimestre, em percentual não inferior a sessenta por cento da variação acumulada do IRSM no bimestre anterior, compensando-se tais antecipações quando do reajuste quadrimestral.

Posteriormente, a Lei 8.700, de 27 de agosto de 1993, alterou os dispositivos legais acima transcritos, estabelecendo o seguinte:

Art. 1º Os arts. 5º, 7º e 9º da Lei nº 8.542, de 23 de dezembro de 1992, passam a vigorar com as seguintes alterações:

[...]

"Art. 9º Os benefícios de prestação continuada da Previdência Social serão reajustados nos seguintes termos:

I - no mês de setembro de 1993, pela variação acumulada do IRSM do quadrimestre anterior, deduzidas as antecipações concedidas nos termos desta Lei;

II - nos meses de janeiro, maio e setembro, pela aplicação do FAS, a partir de janeiro de 1994, deduzidas as antecipações concedidas nos termos desta Lei.

§ 1º São asseguradas ainda aos benefícios de prestação continuada da Previdência Social, a partir de agosto de 1993, inclusive, antecipações em percentual correspondente à parte da variação do IRSM que exceder a 10% (dez por cento) no mês anterior ao de sua concessão, nos meses de fevereiro, março, abril, junho, julho, agosto, outubro, novembro e dezembro.

§ 2º Para os benefícios com data de início nos meses de fevereiro, março, abril, junho, julho, agosto, outubro, novembro e dezembro, o primeiro reajuste subsequente à data de início corresponderá à variação acumulada do IRSM entre o mês de início e o mês anterior ao do reajuste, deduzidas as antecipações de que trata o parágrafo anterior.

§ 3º A partir da referência janeiro de 1993, o IRSM substitui o INPC para todos os fins previstos nas Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991."

[...]

Art. 5º Ficam revogadas o art. 10 da Lei nº 8.542, de 23 de dezembro de 1992, e demais disposições em contrário.

Como se pode observar, a nova regra manteve o reajuste quadrimestral, que deveria ser realizado nos meses de janeiro, maio e setembro de 1994, mediante a aplicação do Fator de Atualização Salarial (FAS),<sup>67</sup> e não mais pela variação acumulada do IRSM. Manteve, ainda, as antecipações de reajuste, só que – a partir de agosto de 1993, inclusive – em percentual correspondente à parte da variação do IRSM, ocorrida no mês anterior àquele em que concedida a antecipação, que excedesse dez por cento. Além disso, as antecipações seriam realizadas não mais bimestralmente, mas em periodicidade mensal (excluídos os meses do reajuste quadrimestral – janeiro, maio e setembro).

Como o advento do Plano Real, implantado pela Medida Provisória 434, de 27 de fevereiro de 1994, a qual foi convertida na Lei 8.880, de 27 de maio de 1994, novas modificações foram introduzidas. Veja-se o que dispôs a Lei 8.880 no tocante à matéria ora tratada:

Art. 20. Os benefícios mantidos pela Previdência Social são convertidos em URV em 1º de março de 1994, observado o seguinte:

I - dividindo-se o valor nominal, vigente nos meses de novembro e dezembro de 1993 e janeiro e fevereiro de 1994, pelo valor em cruzeiros reais do equivalente em URV do último dia desses meses, respectivamente, de acordo com o Anexo I desta lei; e

II - extraindo-se a média aritmética dos valores resultantes do inciso anterior.

O Instituto Nacional do Seguro Social cumpriu os dispositivos legais, mas isso não evitou o ajuizamento de demandas judiciais questionando a forma de conversão para a URV, sob o argumento que o critério legal não preservava o valor real dos benefícios e o direito adquirido dos segurados e pensionistas da Previdência Social.

<sup>67</sup> Sobre o Fator de Atualização Salarial, assim dispunha a Lei 8.542, de 23 de dezembro de 1992: "Art. 3º Para os fins desta Lei, define-se o Fator de Atualização Salarial - FAS como o resultado da multiplicação dos seguintes índices unitários: I - índice da variação acumulada do IRSM no quadrimestre imediatamente anterior ao mês de referência do FAS; II - índice da variação mensal do IRSM no mês imediatamente anterior ao mês de referência do FAS, dividido pela média geométrica dos índices das variações mensais do IRSM no quadrimestre mencionado no inciso anterior. Parágrafo único. Para fins deste artigo, o índice unitário é a soma da unidade um mais a variação percentual do índice considerado, dividida por cem".

A tese restou acatada pelo Plenário do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que decretou a inconstitucionalidade do expressão “nominal” presente no art. 20, I, da Lei 8.880, por contrariedade ao artigo 201, § 2º (reajustamento dos benefícios de modo a preservar-lhes o valor real), e ao artigo 5º XXXVI (direito adquirido), ambos da Constituição da República.<sup>68</sup>

O acórdão restou assim ementado:

CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA PALAVRA "NOMINAL" CONTIDA NO INCISO 1 DO ART. 20 DA LEI Nº 8.880/94. É inconstitucional a palavra "nominal" contida no inciso 1 do art. 20 da Lei nº 8.880/94, por violação aos princípios da preservação do valor real dos benefícios, insculpidos no art. 201, § 2º, da Constituição Federal e do direito adquirido, consagrado no art. 5º, XXXVI, da Carta Magna, devendo o benefício ser calculado incluindo-se o reajuste integral nas parcelas consideradas para o cálculo da média aritmética. Hipótese em que a conversão da URV, realizada nos termos do referido artigo, considerando o valor nominal vigente nos meses de novembro e dezembro de 1993 e janeiro e fevereiro de 1994, ofendeu o princípio previsto no § 2º do art. 201 da Constituição Federal, pois considerou proventos defasados em 10% (dez por cento) em relação ao índice legal que lhe preservaria o valor real. (BRASIL, TRF4, Incidente de Argüição de Inconstitucionalidade na Apelação Cível n. 97.04.32540-1, Relatora: Maria de Fátima Freitas Labarrère, 1998).

O entendimento do Tribunal Regional da 4ª Região foi, em linhas gerais, o de que as antecipações de reajuste realizadas nos meses de outubro, novembro e dezembro de 1993, bem como no mês de fevereiro de 1994, foram defasadas em dez por cento, uma vez que, como eram somente antecipações, havia limitações ao percentual de reajuste antecipado (IRSM com a dedução de dez por cento, conforme visto na análise dos dispositivos legais acima colacionados). Logo, a utilização do valor nominal do benefício nos meses de novembro/93, dezembro/93 e janeiro/94, para fins de sua conversão em URV, geraria perdas, pois não retrataria o índice de correção monetária aplicável (IRSM) na sua integralidade.

Esse raciocínio também afetaria o cálculo do valor do benefício no mês de janeiro de 1994. Nesse mês houve o reajuste quadrimestral com a aplicação do FAS, sendo descontadas do percentual de reajuste as antecipações realizadas. Com o afastamento da limitação dessas antecipações, ou seja, com a incidência do IRSM integral para a apuração do valor do benefício nos meses anteriores, a base de cálculo do reajuste em janeiro de 1994 seria maior.

<sup>68</sup> Assim dispõe o art. 5º, XXXVI, da Constituição da República: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. O seu art. 201, § 2º, por sua vez, sofreu modificações. A redação original era a seguinte: “Art. 201. Os planos de previdência social, mediante contribuição, atenderão, nos termos da lei, a: [...] § 2º É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei”. Essa norma hoje está presente do no § 4º do mesmo artigo.

Em contrapartida, o índice desse reajuste teria de ser menor, pois, tratando-se de índice referente ao quadrimestre, impunha-se a amortização das antecipações com a aplicação do IRSM integral (e não o desconto das antecipações originariamente realizadas em percentual menor).

Aplicando-se tais critérios de cálculo, seriam obtidos, segundo a decisão, valores reais dos benefícios nos meses considerados para a conversão em URV, de modo que essa conversão seria realizada de forma a harmonizar-se com o art. 201, § 2º, da Constituição da República.

Ademais, a manutenção de valores nominais violaria o direito adquirido, pois a Medida Provisória que estabeleceu a conversão em URV foi editada em 27 de fevereiro de 1994, havendo direito à variação integral do IRSM nos meses de novembro e dezembro de 1993, porquanto o reajuste quadrimestral, que garantiria essa integralidade, ocorreu antes da citada Medida Provisória. Por outro lado, também quanto ao reajuste de fevereiro de 1994 haveria direito à aplicação integral do IRSM, uma vez que a Lei 8.880 não alterou os critérios de correção monetária dos benefícios antes de 1º de março de 1994, limitando-se a determinar a sua conversão em URV.

Não é difícil imaginar-se a repercussão desse julgado, o qual evidentemente motivou o ajuizamento de ainda mais ações judiciais questionando a constitucionalidade do art. 20, I, da Lei 8.880. A natureza da questão, por si só, é suficiente para que se possa visualizar a proliferação de demandas.<sup>69</sup>

Assim, é certo que inúmeras decisões foram proferidas afastando a aplicação da legislação que disciplinava os critérios de conversão para a URV dos benefícios de prestação continuada da Previdência Social. É de se notar, aliás, que as decisões proferidas nos incidentes de inconstitucionalidade são vinculantes para os demais órgãos do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, nos termos do que dispõe o art. 151 do seu Regimento Interno.

Em 2002, após muitos benefícios já terem sido revisados por força de decisões judiciais provisórias ou definitivas,<sup>70</sup> tudo com inegáveis repercussões orçamentárias, o

---

<sup>69</sup> De acordo com o suplemento histórico do anuário estatístico da Previdência Social, no ano de 1993 estavam em manutenção 13.684.741 benefícios do RGPS (Regime Geral da Previdência Social).

<sup>70</sup> O sistema recursal, além de não evitar a proliferação de demandas de massa, parece ser insuficiente para a impugnação de todas as decisões judiciais proferidas, seja porque o número de ações inviabiliza essa conduta, seja em razão de peculiaridades processuais, notadamente quanto aos recursos destinados aos tribunais superiores (os requisitos de admissibilidade exigem uma análise mais minuciosa de cada caso, extremamente dificultada quando o volume de processos é grande). “O juízo de inconstitucionalidade proferido em primeira instância, antes de alcançar o Supremo Tribunal Federal, é submetido a um tribunal de apelação (Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, por exemplo). Após a manifestação da segunda instância, o feito poderá subir ao Excelso Pretório em razão de um ou mais dos permissivos do inciso III do art. 102 da Constituição de 1988 (recurso extraordinário). Não raro, interposto e admitido o recurso extraordinário, ele ainda fica em

Supremo Tribunal Federal decidiu, pacificando a questão, que não há inconstitucionalidade alguma no dispositivo legal impugnado. Eis a ementa da decisão:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. LEIS 8542/92 E 8700/93. CONVERSÃO DO BENEFÍCIO PARA URV. CONSTITUCIONALIDADE DA PALAVRA "NOMINAL" CONTIDA NO INCISO I DO ARTIGO 20 DA LEI 8880/94. ALEGAÇÃO PROCEDENTE. 1. O legislador ordinário, considerando que em janeiro de 1994 os benefícios previdenciários teriam os seus valores reajustados, e que no mês subsequente se daria a antecipação correspondente à parcela que excedesse a 10% (dez por cento) da variação da inflação do mês anterior, houve por bem determinar que na época da conversão da moeda para Unidade Real de Valor fosse observada a média aritmética das rendas nominais referentes às competências de novembro e dezembro de 1993 e janeiro e fevereiro de 1994, período que antecedeu a implantação do Plano Real, dado que a URV traduzia a inflação diária. 2. Conversão do benefício para URV. Observância das Leis 8542/92, 8700/93 e 8880/94. Inconstitucionalidade da palavra nominal contida no inciso I do artigo 20 da Lei 8880/94, por ofensa à garantia constitucional do direito adquirido (CF, artigo 5º, XXXVI). Improcedência. O referido vocábulo apenas traduz a vontade do legislador de que no cálculo da média aritmética do valor a ser convertido para a nova moeda fossem considerados os reajustes e antecipações efetivamente concedidos nos meses de novembro e dezembro de 1993 e janeiro e fevereiro de 1994. Recurso extraordinário conhecido e provido (BRASIL, STF, Recurso Extraordinário n. 313.382, Relator: Maurício Corrêa, 2002).

Conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, tanto o direito adquirido quanto o valor real do benefício restaram preservados pelo legislador ordinário. Havia direito apenas a reajustes quadrimestrais, com a antecipação mês a mês desses reajustes, o que restou observado quando da conversão para a URV. Por outro lado, o valor nominal em cada mês não desconsiderou o reajuste ou a antecipação realizada naquele mês, não havendo que se falar em ofensa à norma constitucional de preservação do valor real dos benefícios.

Não se pretende adentrar no mérito acerca da correção ou não desse entendimento. O fato é que, se houvesse um controle concentrado de constitucionalidade, poderiam ter sido evitados (ou, ao menos, sensivelmente diminuídos) os inúmeros recursos, o enorme volume de processos judiciais, as revisões procedidas em diversos benefícios (em detrimento de outros segurados e pensionistas na mesma situação jurídica), os pagamentos realizados, bem como toda a insegurança criada. Afinal, um dos objetivos de uma ordem jurídica é justamente o de estabilização das relações jurídicas por ela determinadas.

Pode-se observar, também, que o caso examinado teve repercussão em importante política econômica (plano de reajuste de benefícios), razão pela qual seria mais apropriada

---

compasso de espera no Superior Tribunal de Justiça, aguardando o julgamento de recurso especial concomitantemente interposto na origem. Com a decisão final do Supremo Tribunal Federal, completa-se o caminho – não raro verdadeiro calvário para as partes –, que pode durar vários anos (AMARAL JUNIOR, 2002, p. 110).

uma análise geral da questão (com efeitos para todos). O próprio debate com os órgãos de representação política tenderia a ser seria mais profícuo.

#### 4.2.2 Juros de mora contra a Fazenda Pública

O art. 1º - F, da Lei 9.494, de 10 de setembro de 1997, introduzido pela Medida Provisória 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, tinha o teor abaixo transcrito:<sup>71</sup>

Art. 1º-F. Os juros de mora, nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos, não poderão ultrapassar o percentual de seis por cento ao ano.

A constitucionalidade desse artigo passou a ser questionada em diversas demandas judiciais, tanto que as Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais do Rio de Janeiro e de Santa Catarina chegaram a editar súmulas no sentido de afastar a aplicação do referido dispositivo legal:

O disposto no art. 1º F da Lei nº 9.494/97 fere o princípio constitucional da isonomia (art. 5º, caput, da CF) ao prever a fixação diferenciada de percentual a título de juros de mora nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos federais (BRASIL, Turmas Recursais da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, Enunciado n. 32, 2004).<sup>72</sup>

Incidem juros de mora de 1% ao mês, a contar da citação, na cobrança de verbas remuneratórias de servidores e empregados públicos federais, mesmo após o advento do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, em respeito ao princípio da isonomia (BRASIL, Turmas Recursais da Seção Judiciária de Santa Catarina, Súmula n. 10, 2005).<sup>73</sup>

O teor dos enunciados é suficiente para explicar a razão principal (senão a única) da inconstitucionalidade: a violação do princípio da igualdade (não haveria razão para que servidores e empregados públicos fossem desfavorecidos com uma taxa de juros limitada a seis por cento ao ano).

---

<sup>71</sup> Esse dispositivo foi alterado pelo art. 5º da Lei 11.960, de 29 de junho de 2009, passando a vigorar com a seguinte redação: “Art. 1º-F. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança”. Essa alteração poderá suscitar novos questionamentos relativos à constitucionalidade do dispositivo, como ocorreu no tocante à sua redação anterior.

<sup>72</sup> Essa Súmula foi cancelada em 02 de março de 2007.

<sup>73</sup> Essa Súmula foi cancelada pela Súmula n. 21: “Nas ações contra a Fazenda Pública, que versem sobre verbas remuneratórias devidas a servidores públicos civis e militares, ajuizadas após 24/08/2001, os juros de mora devem ser fixados em 6% (seis por cento) ao ano (art. 1º-F da Lei 9.494/97)” (BRASIL, Turmas Recursais da Seção Judiciária de Santa Catarina, Súmula n. 21, 2008).

Embora a questão dissesse respeito apenas aos assessórios da condenação imposta à Fazenda Pública (juros), não há como se negar a sua repercussão. De fato, o tema era de interesse não só da União Federal, mas também de Estados e Municípios, o que demonstrava a amplitude da discussão.

Ademais, a diferença na taxa de juros implica em importante redução ou aumento do montante condenatório, especialmente se considerado o valor global das condenações judiciais e não os valores devidos para cada parte. Essa circunstância, a propósito, evidencia a tese de que a recusa à aplicação de uma norma geral, sob o fundamento de sua invalidade, transcende os limites do caso concreto.

O Supremo Tribunal Federal, analisando a questão no Recurso Extraordinário n. 453.740, adotou o entendimento de que não haveria violação ao princípio da isonomia, na medida em que essa violação se verificaria somente se houvesse injustificável tratamento diferenciado entre os credores da Fazenda Pública, o que não ocorreu na espécie. De acordo com o voto do relator do recurso, Ministro Gilmar Mendes, não haveria como se estabelecer relação de igualdade entre o credor tributário e os servidores e empregados públicos, pois a taxa de juros aplicável ao indébito tributário se compatibiliza com a remuneração exigida na cobrança dos tributos. Ainda segundo o relator, existiriam outros casos em que os juros contra a Fazenda Pública seriam fixados em seis por cento ao ano (nas indenizações em dinheiro referentes à desapropriação para reforma agrária por interesse social, por exemplo).

A ementa do acórdão tem a seguinte redação:

Recurso Extraordinário. Conhecimento. Provimento. 2. Juros de Mora. 3. Art. 1º-F da Lei nº 9.494, de 1997. 4. Constitucionalidade (BRASIL, STF, Recurso Extraordinário n. 453740, Relator: Gilmar Ferreira Mendes, 2007).

O exercício do controle difuso, também nesse caso, acabou gerando incertezas, recursos e condenações excessivas, afigurando-se clara a impropriedade desse método de controle. O próprio fundamento empregado para deixar de aplicar a lei – a isonomia – gerou tratamentos desiguais para casos idênticos (tudo a depender do entendimento do julgador acerca da constitucionalidade da norma), desprestigiando a justiça ordinária. Evidentemente, a racionalidade empregada para a solução do caso impede uma consideração dessa natureza.

#### **4.2.3 Isenção da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS)**

Esse talvez é um dos casos onde mais se podem visualizar os problemas relacionados ao controle difuso de constitucionalidade.

A Lei complementar 70, de 30 de dezembro de 1991, que instituiu a COFINS, estabeleceu a isenção desse tributo para as sociedades civis de prestação de serviços profissionais relativos ao exercício de profissão legalmente regulamentada. Tal isenção estava prevista no art. 6º, II, da referida Lei Complementar:

Art. 6º São isentas da contribuição:

[...]

II - as sociedades civis de que trata o art. 1º do Decreto-Lei nº 2.397, de 21 de dezembro de 1987;

O art. 1º do Decreto-Lei 2.397, por sua vez, assim dispunha:

Art. 1º A partir do exercício financeiro de 1989, não incidirá o Imposto de Renda das pessoas jurídicas sobre o lucro apurado, no encerramento de cada período-base, pelas sociedades civis de prestação de serviços profissionais relativos ao exercício de profissão legalmente regulamentada, registradas no Registro Civil das Pessoas Jurídicas e constituídas exclusivamente por pessoas físicas domiciliadas no País.

Com o advento da Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, aparentemente pretendeu o legislador ordinário revogar a referida isenção. Veja-se, por oportuno, o disposto no art. 56 do citado diploma:

Art. 56. As sociedades civis de prestação de serviços de profissão legalmente regulamentada passam a contribuir para a seguridade social com base na receita bruta da prestação de serviços, observadas as normas da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991.

Parágrafo único. Para efeito da incidência da contribuição de que trata este artigo, serão consideradas as receitas auferidas a partir do mês de abril de 1997.

A tese principal levantada pelos contribuintes era a de que a isenção não poderia ser revogada por lei ordinária, pois a benesse havia sido instituída por lei complementar, sendo esta hierarquicamente superior àquela. Logo, para uma revogação válida, era necessária outra lei complementar.

Como a matéria faz presumir, muitas ações judiciais foram ajuizadas, tendo o Superior Tribunal de Justiça (STJ) praticamente pacificado o entendimento em favor dos contribuintes. Tanto isso é verdade que aquela Corte chegou a editar súmula sobre o assunto:

As sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas da Cofins, irrelevante o regime tributário adotado (BRASIL, STJ, Súmula n. 276, 2003).<sup>74</sup>

Evidentemente, a posição do Superior Tribunal de Justiça, responsável por unificar o entendimento acerca da legislação infraconstitucional, motivou ainda mais o ingresso de demandas pleiteando a manutenção da isenção outrora deferida, até porque a questão parecia ser definitiva. Com efeito, a recusa na aplicação do art. 56 da Lei 9.430, embora representasse nítido controle difuso de constitucionalidade (ao menos enquanto aquela recusa fundamentava-se no princípio da hierarquia),<sup>75</sup> não era tratada como um tema constitucional, o que dificultava o conhecimento da discussão pelo Supremo Tribunal Federal.

Além de haver um controle de constitucionalidade “tácito”, a controvérsia a respeito do processo legislativo previsto na Constituição (matérias reservadas à lei complementar e à lei ordinária, hierarquia entre essas leis, etc.) tinha certamente índole constitucional, tudo a demandar a manifestação da Suprema Corte. E foi isso que acabou ocorrendo, sendo paradigmático o julgamento do Recurso Extraordinário n. 377.457:

Contribuição social sobre o faturamento - COFINS (CF, art. 195, I). 2. Revogação pelo art. 56 da Lei 9.430/96 da isenção concedida às sociedades civis de profissão regulamentada pelo art. 6º, II, da Lei Complementar 70/91. Legitimidade. 3. Inexistência de relação hierárquica entre lei ordinária e lei complementar. Questão exclusivamente constitucional, relacionada à distribuição material entre as espécies legais. Precedentes. 4. A LC 70/91 é apenas formalmente complementar, mas materialmente ordinária, com relação aos dispositivos concernentes à contribuição social por ela instituída. ADC 1, Rel. Moreira Alves, RTJ 156/721. 5. Recurso extraordinário conhecido mas negado provimento (BRASIL, STF, Recurso Extraordinário n. 377.457, Relator: Gilmar Ferreira Mendes, 2008).

Decidiu o Supremo Tribunal Federal, portanto, que não há motivos para negar-se validade à norma prevista no art. 56 da Lei 9.430, que revogou a isenção prevista no art. 6º, II, da Lei Complementar 70.

As normas constitucionais de produção normativa determinam que certas matérias devem ser veiculadas através de lei complementar. Por outro lado, nada impede que a lei complementar introduza normas que a Constituição prevê (explícita ou implicitamente) como sendo próprias de lei ordinária. Nessas circunstâncias, a lei complementar que trata de matéria

---

<sup>74</sup> Essa Súmula foi cancelada em 12 de novembro de 2008.

<sup>75</sup> Nesse sentido, aliás, a Súmula Vinculante n. 10 do Supremo Tribunal Federal: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte” (BRASIL, STF, Súmula Vinculante n. 10, 2008). Parece que a prática do controle difuso tem levado, muitas vezes, à simples desconsideração da lei pelo julgador ordinário, sem a imprescindível fundamentação acerca de sua incompatibilidade com a Constituição. Essa pode ser mais uma desvantagem do mencionado método de controle.

relativa à lei ordinária não tem influência na validade desta. Em outras palavras: a lei ordinária poderia disciplinar o mesmo assunto regulado pela lei complementar, eis que as normas de produção normativa assim permitem. É o que se verificou no caso em tela, segundo a exegese manifestada no aludido Recurso Extraordinário, não se vislumbrando relação de hierarquia ou qualquer outro óbice constitucional à revogação realizada.

O impacto da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Constitucional foi tão grande que, quando do julgamento realizado, cogitou-se a modulação dos efeitos daquela decisão. A idéia era proteger os contribuintes que confiaram no posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e deixaram de pagar a COFINS, uma vez que eles teriam agido de boa-fé.

A modulação acabou não prevalecendo, porém essa preocupação revela a insegurança gerada pelo exercício, ainda que não declarado, do controle difuso. Mas não é só. Se houvesse tal modulação, como seriam tratados aqueles contribuintes que cumpriram a lei e pagaram o tributo? A validade da lei para uns e invalidade para outros que estão na mesma situação jurídica é, certamente, um dos maiores inconvenientes do controle difuso de constitucionalidade.

A dimensão do problema, no caso aqui tratado, pode ser traduzida em números. De acordo com levantamento realizado, em agosto de 2006, pelo Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário, tramitavam 22.944 ações em todo o País discutindo a questão, o que representava um montante de R\$ 4,62 bilhões (o valor médio de cada ação foi estimado em R\$ 201 mil).<sup>76</sup>

São notáveis, portanto, os prejuízos que podem ocorrer a todos com o exercício da jurisdição constitucional pelos julgadores ordinários. Essa maior facilidade na recusa judicial à aplicação das leis (em relação ao modelo centralizado de controle de constitucionalidade), aliada à desconfiança quanto à qualidade da deliberação política, motiva a resistência da própria sociedade no tocante à observância da ordem legal. As leis passam a ser cumpridas apenas após a chancela definitiva do Judiciário, o que pode ocorrer somente após longos anos.

#### **4.2.4 Liberação de depósitos do FGTS<sup>77</sup>**

A Lei 8.036, de 11 de maio de 1990, assim dispõe (considerada a redação atual):

---

<sup>76</sup> Esses dados foram noticiados em matéria publicada na Revista Consultor Jurídico (ERDELYI, 2007).

<sup>77</sup> Esse caso foi citado por Roger Stiefelmann Leal (2009, p. 20-1).

Art. 1º O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), instituído pela Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966, passa a reger-se por esta lei.

Art. 2º O FGTS é constituído pelos saldos das contas vinculadas a que se refere esta lei e outros recursos a ele incorporados, devendo ser aplicados com atualização monetária e juros, de modo a assegurar a cobertura de suas obrigações.

§ 1º Constituem recursos incorporados ao FGTS, nos termos do *caput* deste artigo:

- a) eventuais saldos apurados nos termos do art. 12, § 4º;
- b) dotações orçamentárias específicas;
- c) resultados das aplicações dos recursos do FGTS;
- d) multas, correção monetária e juros moratórios devidos;
- e) demais receitas patrimoniais e financeiras.

§ 2º As contas vinculadas em nome dos trabalhadores são absolutamente impenhoráveis.

[...]

Art. 9º As aplicações com recursos do FGTS poderão ser realizadas diretamente pela Caixa Econômica Federal e pelos demais órgãos integrantes do Sistema Financeiro da Habitação - SFH, exclusivamente segundo critérios fixados pelo Conselho Curador do FGTS, em operações que preencham os seguintes requisitos:

[...]

§ 1º A rentabilidade média das aplicações deverá ser suficiente à cobertura de todos os custos incorridos pelo Fundo e ainda à formação de reserva técnica para o atendimento de gastos eventuais não previstos, sendo da Caixa Econômica Federal o risco de crédito.

§ 2º Os recursos do FGTS deverão ser aplicados em habitação, saneamento básico e infra-estrutura urbana. As disponibilidades financeiras devem ser mantidas em volume que satisfaça as condições de liquidez e remuneração mínima necessária à preservação do poder aquisitivo da moeda.

§ 3º O programa de aplicações deverá destinar, no mínimo, 60 (sessenta) por cento para investimentos em habitação popular.

§ 4º Os projetos de saneamento básico e infra-estrutura urbana, financiados com recursos do FGTS, deverão ser complementares aos programas habitacionais.

§ 5º As garantias, nas diversas modalidades discriminadas no inciso I do *caput* deste artigo, serão admitidas singular ou supletivamente, considerada a suficiência de cobertura para os empréstimos e financiamentos concedidos.

§ 6º Mantida a rentabilidade média de que trata o § 1º, as aplicações em habitação popular poderão contemplar sistemática de desconto, direcionada em função da renda familiar do beneficiário, onde o valor do benefício seja concedido mediante redução no valor das prestações a serem pagas pelo mutuário ou pagamento de parte da aquisição ou construção de imóvel, dentre outras, a critério do Conselho Curador do FGTS.

§ 7º Os recursos necessários para a consecução da sistemática de desconto serão destacados, anualmente, do orçamento de aplicação de recursos do FGTS, constituindo reserva específica, com contabilização própria.

[...]

Art. 20. A conta vinculada do trabalhador no FGTS poderá ser movimentada nas seguintes situações:

I - despedida sem justa causa, inclusive a indireta, de culpa recíproca e de força maior;

II - extinção total da empresa, fechamento de quaisquer de seus estabelecimentos, filiais ou agências, supressão de parte de suas atividades, declaração de nulidade do contrato de trabalho nas condições do art. 19-A, ou ainda falecimento do empregador individual sempre que qualquer dessas ocorrências implique rescisão de contrato de trabalho, comprovada por declaração escrita da empresa, suprida, quando for o caso, por decisão judicial transitada em julgado;

III - aposentadoria concedida pela Previdência Social;

IV - falecimento do trabalhador, sendo o saldo pago a seus dependentes, para esse fim habilitados perante a Previdência Social, segundo o critério adotado para a concessão de pensões por morte. Na falta de dependentes, farão jus ao recebimento do saldo da conta vinculada os seus sucessores previstos na lei civil, indicados em

alvará judicial, expedido a requerimento do interessado, independente de inventário ou arrolamento;

V - pagamento de parte das prestações decorrentes de financiamento habitacional concedido no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação (SFH), desde que:

- a) o mutuário conte com o mínimo de 3 (três) anos de trabalho sob o regime do FGTS, na mesma empresa ou em empresas diferentes;
- b) o valor bloqueado seja utilizado, no mínimo, durante o prazo de 12 (doze) meses;
- c) o valor do abatimento atinja, no máximo, 80 (oitenta) por cento do montante da prestação;

VI - liquidação ou amortização extraordinária do saldo devedor de financiamento imobiliário, observadas as condições estabelecidas pelo Conselho Curador, dentre elas a de que o financiamento seja concedido no âmbito do SFH e haja interstício mínimo de 2 (dois) anos para cada movimentação;

VII - pagamento total ou parcial do preço de aquisição de moradia própria, ou lote urbanizado de interesse social não construído, observadas as seguintes condições:

- a) o mutuário deverá contar com o mínimo de 3 (três) anos de trabalho sob o regime do FGTS, na mesma empresa ou empresas diferentes;
- b) seja a operação financiável nas condições vigentes para o SFH;

VIII - quando o trabalhador permanecer três anos ininterruptos, a partir de 1º de junho de 1990, fora do regime do FGTS, podendo o saque, neste caso, ser efetuado a partir do mês de aniversário do titular da conta.

IX - extinção normal do contrato a termo, inclusive o dos trabalhadores temporários regidos pela Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974;

X - suspensão total do trabalho avulso por período igual ou superior a 90 (noventa) dias, comprovada por declaração do sindicato representativo da categoria profissional.

XI - quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes for acometido de neoplasia maligna.

XII - aplicação em quotas de Fundos Mútuos de Privatização, regidos pela Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, permitida a utilização máxima de 50 % (cinquenta por cento) do saldo existente e disponível em sua conta vinculada do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, na data em que exercer a opção.

XIII - quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes for portador do vírus HIV;

XIV - quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes estiver em estágio terminal, em razão de doença grave, nos termos do regulamento;

XV - quando o trabalhador tiver idade igual ou superior a setenta anos.

XVI - necessidade pessoal, cuja urgência e gravidade decorra de desastre natural, conforme disposto em regulamento, observadas as seguintes condições:

- a) o trabalhador deverá ser residente em áreas comprovadamente atingidas de Município ou do Distrito Federal em situação de emergência ou em estado de calamidade pública, formalmente reconhecidos pelo Governo Federal;
- b) a solicitação de movimentação da conta vinculada será admitida até 90 (noventa) dias após a publicação do ato de reconhecimento, pelo Governo Federal, da situação de emergência ou de estado de calamidade pública; e
- c) o valor máximo do saque da conta vinculada será definido na forma do regulamento.

XVII - integralização de cotas do FI-FGTS, respeitado o disposto na alínea *i* do inciso XIII do art. 5º desta Lei, permitida a utilização máxima de 30% (trinta por cento) do saldo existente e disponível na data em que exercer a opção.

A leitura dos dispositivos acima transcritos dá conta de que os recursos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço devem ser aplicados em habitação, obras de saneamento básico e de infraestrutura. Por outro lado, a lei em comento relacionou as hipóteses em que poderiam ser liberados aos trabalhadores os valores depositados na sua conta vinculada. Não

se pode perder de vista que, quanto maior o número de depósitos, maior a possibilidade de investimento nas referidas obras sociais.

Ocorre que, muitas pessoas, inconformadas com a restrição legal relativa aos casos em que seria possível a movimentação do FGTS, buscaram o Judiciário para obter a liberação dos valores. No Recurso Especial n. 796.879,<sup>78</sup> por exemplo, se discutiu a utilização desses valores para quitar dívida contraída pelo cônjuge antes do casamento – dívida decorrente de contrato para aquisição de moradia própria, sendo que o financiamento havia sido realizado fora do âmbito do Sistema Financeiro Habitacional.

Trata-se, a toda evidência, de hipótese não prevista no art. 20 da Lei 8.036, mas o Superior Tribunal de Justiça, apreciando a questão, entendeu que o rol de situações elencadas na lei não é taxativo, devendo abarcar situações excepcionais, como a quitação de financiamento fora do SFH, a quitação da construção de moradia própria ou a reconstrução de casa destruída por enchente.

Essa excepcionalidade, contudo, não foi extraída de uma interpretação dos dispositivos legais, eventual atenuação ou abrandamento de seus termos, ou uma exegese talvez mais generosa das suas expressões, tendo em vista as peculiaridades do caso concreto (LEAL, 2009, p. 55). Na verdade, o fundamento para ampliar as escolhas do legislador – e aqui o detalhe é importante: trata-se de ampliar o rol de direitos subjetivos do trabalhador, afetando substancialmente o destino de recursos em prol da coletividade – foi buscado principalmente na Constituição. Veja-se o corpo do acórdão:

O principal fundamento jurídico que autoriza a liberação dos depósitos, além do fato de as importâncias depositadas na conta vinculada serem de propriedade do próprio titular e da finalidade social do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, é a necessidade de se dar aplicação a um princípio constitucional fundamental previsto na Constituição de 1988, o da dignidade da pessoa humana.

De fato, dentre outros, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana é considerado pela própria norma do art. 1º, III, da CF/88 como fundamento do próprio Estado Democrático de Direito que constitui a República Federativa do Brasil.

---

<sup>78</sup> EMENTA: FGTS – LEVANTAMENTO DO SALDO DA CONTA VINCULADA AO FGTS – LIBERAÇÃO DO SALDO PARA QUITAÇÃO DE FINANCIAMENTO DE IMÓVEL – POSSIBILIDADE.

1. É tranqüila a jurisprudência do STJ no sentido de permitir o saque do FGTS, mesmo em situações não contempladas pelo art. 20 da Lei 8.036/90, tendo em vista a finalidade social da norma.

2. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, com assento no art. 1º, III, da CF/88, é fundamento do próprio Estado Democrático de Direito, que constitui a República Federativa do Brasil, e deve se materializar em todos os documentos legislativos voltados para fins sociais, como a lei que instituiu o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

3. Precedentes da Corte.

4. Recurso especial improvido.(BRASIL, STJ, Recurso Especial n. 796879, Relatora: Ministra Eliana Calmon, 2006).

A respeito da sua importância, não só para a Constituição de 1988, mas sobre a sua irradiação em todo o ordenamento jurídico, digno de nota o seguinte trecho da obra de Daniel Sarmiento, "A Ponderação de Interesses na Constituição Federal", Ed. Lumens Juris, RJ, 2003, pág. 59/60, *ipsis litteris* :

Na verdade, o princípio da dignidade da pessoa humana exprime, em termos jurídicos, a máxima kantiana, segundo a qual o Homem deve sempre ser tratado como um fim em si mesmo e nunca como um meio. O ser humano precede o Direito e o Estado, que apenas se justificam em razão dele. Nesse sentido, a pessoa humana deve ser concebida e tratada como valor-fonte do ordenamento jurídico, como assevera Miguel Reale, sendo a defesa e promoção da sua dignidade, em todas as suas dimensões, a tarefa primordial do Estado Democrático de Direito. Como afirma José Castan Tobeña, *el postulado primario del Derecho es el valor próprio del hombre como valor superior e absoluto, o lo que es igual, el imperativo de respecto a la persona humana*.

Nessa linha, o princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e do mercado. A despeito do caráter compromissório da Constituição, pode ser dito que o princípio em questão é o que confere unidade de sentido e valor ao sistema constitucional, que repousa na idéia de respeito irrestrito ao ser humano - razão última do Direito e do Estado.

Ademais, a Constituição de 1988, em diversas passagens, traz objetivos e princípios, explícitos ou implícitos, em seu espírito, que visam à proteção dos direitos humanos, como, por exemplo, ao enunciar que constituem objetivos fundamentais da República, previstos no art. 3º, da Carta Magna, construir uma sociedade livre, justa e solidária, bem como promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação.

E ao assim dispor, quis a Constituição criar condições humanas mínimas ou fundamentais para que o cidadão pudesse bem se desenvolver, física e mentalmente.

Ora, é no apanágio da Constituição que todo o ordenamento jurídico encontra sua base de formação. Por isso se diz que uma lei não pode contra ela dispor, devendo com ela se compatibilizar, formal e materialmente.

Com a lei que instituiu o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, de nítido conteúdo social, não poderia ser diferente. Assim é que a materialização dos princípios e normas constitucionais devem, de forma explícita ou implícita, adentrar a sua substância.

O respeitável entendimento adotado tem inegáveis desdobramentos. Um conceito ético (e não político) do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como a necessidade de se concretizar os princípios constitucionais independentemente da lei, permite que os depósitos do FGTS acabem sendo liberados praticamente em qualquer situação. De fato, quando alguém vai buscar recursos da conta vinculada do FGTS, provavelmente o faz porque está passando por necessidades, de modo que – para se proteger a dignidade do interessado – fica difícil evitar-se a movimentação dos mencionados recursos<sup>79</sup>.

---

<sup>79</sup> Sobre a dignidade da pessoa humana, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2011, p. 375) afirma: “Esta dignidade é o fundamento dos direitos humanos, como tenho apontado em outros estudos. O problema é que essa dignidade é concebida de modo diferente pelas filosofias, religiões e culturas, o que põe em risco a objetividade da

Poder-se-ia alegar que, ao menos, faz-se justiça às pessoas que estão realmente precisando de ajuda. Porém, como fica a situação daqueles cidadãos que se limitam a observar os dispositivos da lei do FGTS e, por isso, não recebem o mesmo tratamento em situações idênticas? Uma resposta para essa questão seria a de que o julgador trata do caso que é trazido pela parte, não podendo agir de ofício em favor de todos. Isso efetivamente é verdadeiro, mas acaba ratificando o entendimento esposado neste trabalho, no sentido de que a racionalidade da função legislativa é distinta da racionalidade da função judicial ordinária.

Não há como se negar, por outro lado, que muitas soluções adotadas nas decisões judiciais acabam sendo incorporadas pela legislação. É provável, inclusive, que algumas hipóteses não previstas originalmente no art. 20 da Lei 8.036 tenham sido acrescentadas em razão da jurisprudência que acabou se formando sobre o assunto.

Essa relação entre as funções legislativa e judicial ordinária até certo ponto é aceitável, inevitável e indispensável, mas o Judiciário não pode simplesmente tornar-se o responsável pela criação de direitos. É o legislador que deve assumir essa responsabilidade, agindo em favor de toda a coletividade e respondendo às suas pressões, evitando-se assim que apenas alguns – os que movem ações judiciais – tenham sucesso nas suas legítimas aspirações. O juiz não pode – porque essa não é sua função institucional – representar politicamente o cidadão (LEAL, 2009, p. 84).

#### **4.2.5 Passagens gratuitas nos transportes públicos<sup>80</sup>**

No Município do Rio de Janeiro, foi editada uma lei que concedeu passe livre nos transportes públicos em certos casos específicos, entre eles na hipótese de portadores de doenças crônicas. Essa lei foi julgada inconstitucional pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), tendo em vista a inexistência de fonte de custeio para o benefício concedido. Apesar disso, aquela mesma Corte tem deferido o transporte gratuito em ações individuais, como demonstra a seguinte decisão monocrática:

ACÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. TRANSPORTE GRATUITO. AUTORA PORTADORA DE DOENÇA CRÔNICA NECESSITANDO DE TRANSPORTE PARA TRATAMENTO.

---

interpretação. Muitas vezes já tem servido abusivamente de “chave falsa” (perdoe-me a imagem) para que o intérprete arbitrariamente faça prevalecer a sua concepção ideológica *contra legem* ou *praeter legem*. Isso ‘sem uma justificação política substantiva’ como reclama Sunstein” [grifos do autor].

<sup>80</sup> Esse caso, a exemplo do anterior, também foi citado por Roger Stiefelmann Leal (2009, p. 50).

A Autora é portadora de Doença Crônica necessitando de tratamento fisioterápico contínuo e deslocamento de sua residência para o Hospital dos Servidores, não tendo condições de arcar com sua locomoção.

A declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal que previa a gratuidade sem determinar a fonte de custeio não afasta a incidência no caso do direito da apelante, uma vez que assentado na Constituição da República, devendo lhe ser conferida máxima eficácia.

Atendimento aos preceitos constitucionais da dignidade da pessoa humana e garantia à saúde. Precedentes. Recurso provido. (RIO DE JANEIRO, TJRJ, Apelação Cível n. 2009.001.03978, Relatora: Des. Elisabete Filizzola, 2009).

Como se pode observar, a Constituição serviu para fundamentar a criação judicial de direitos subjetivos (direitos a prestações), independentemente da função legislativa. O interessante é que a lei existia, beneficiando a sociedade como um todo, mas foi julgada inconstitucional.

Ora, se todos os destinatários da lei invalidada tiverem de ajuizar ações judiciais para obter o passe livre, o efeito prático será o mesmo da norma geral, com os inconvenientes e os custos decorrentes da judicialização dessa questão. Por outro lado, se apenas alguns demandarem judicialmente nesse sentido, haverá tratamento desigual em relação aos demais que seriam beneficiados com a lei.

Assim, restam evidenciados os problemas que surgem com o desprestígio da lei e a constitucionalização do ordenamento, apesar das boas intenções do julgador.

#### **4.2.6 Responsabilidade subsidiária da administração pública em reclamações trabalhistas**

O art. 71, § 1º da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, tem o seguinte teor:

Art.71.O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º-A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

§ 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991.

De acordo com a lei, portanto, a administração pública não seria responsável pelos encargos trabalhistas devidos pelas empresas contratadas mediante licitação. Apesar disso, a Súmula 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho (TST), estabelecia o seguinte:

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993) (BRASIL, TST, Súmula n. 331, 2000).<sup>81</sup>

Os principais fundamentos para esse entendimento eram: (i) o empregado (hipossuficiente) não poderia ser prejudicado nas hipóteses de inadimplemento do empregador; (ii) haveria responsabilidade objetiva da administração (risco administrativo), tendo em vista o disposto no art. 37, § 6º da Constituição; (iii) haveria culpa *in vigilando* do ente público contratante, uma vez que se omitiu na fiscalização referente ao cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa contratada, o que viola, sobretudo, a moralidade pública.

Não se pretende, aqui, analisar tais fundamentos. Não há dúvidas, por outro lado, de que o juiz do trabalho não precisa ficar preso à literalidade da lei, podendo dar a ela a interpretação adequada à realidade com a qual se depara.

Entretanto, o que se notava, na prática, era o esvaziamento do conteúdo da disposição legal em comento. Com efeito, sempre que houvesse inadimplemento de encargos trabalhistas, restaria caracterizada a culpa *in vigilando*, a responsabilidade objetiva, etc. Dessa forma, ou a empresa contratada cumpria as suas obrigações trabalhistas – e aí o art. 71, § 1º, da Lei 8.666, não teria sentido – ou restava caracterizada a responsabilidade subsidiária da Fazenda Pública. Era difícil imaginar-se uma hipótese factível em que, apesar do descumprimento daquelas obrigações, restasse afastada a referida responsabilidade.

Destarte, o entendimento jurisprudencial consolidado no âmbito da Justiça do Trabalho acabava tornando inócua o art. 71, § 1º, da Lei 8.666, ou seja, não era considerada a deliberação política ocorrida com relação ao assunto.

Esse entendimento, de ampla repercussão nas contratações administrativas realizadas em todo o País, foi impugnado junto ao STF através da Ação Direta de Constitucionalidade n. 16. É verdade que, quando do julgamento de tal ação, houve dúvida entre os julgadores quanto ao alcance da Súmula editada pelo TST e, por conseguinte, quanto à sua incompatibilidade com a Lei 8.666.

A ação, apesar disso, acabou sendo julgada procedente, com a declaração da constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666. Eis a ementa do acórdão:

---

<sup>81</sup> Essa Súmula foi alterada em maio de 2011, conforme será visto adiante.

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995 (BRASIL, STF, ADC 16, Relator: Min. Cezar Peluso, 2010).

Em face desse julgamento, o Tribunal Superior do Trabalho alterou o teor do inciso IV da Súmula 331, acrescentando, ainda, os incisos V e VI.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Como se pode notar, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal acabou alterando sensivelmente a posição da Corte Superior Trabalhista no que tange à responsabilização da administração pública pelos encargos trabalhistas devidos pelas empresas que ela contrata através de licitação. Com efeito, agora está expresso na Súmula 331 que, para haver tal responsabilização, deve restar comprovado o descumprimento – de parte do contratante – das obrigações previstas na Lei de Licitações, sendo certo que a inadimplência da empresa regularmente contratada, por si só, não acarreta a aludida responsabilidade.

A referida alteração, ocorrida em face da decretação da constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666, acaba corroborando a tese de que o entendimento jurisprudencial anterior afastava – ainda que de modo implícito – a aplicação do citado dispositivo legal.

A fusão entre as jurisdições ordinária e constitucional, além da deformação das instituições políticas (o que leva ao entendimento de que a lei não traduz os interesses da sociedade, em especial os interesses do trabalhador), facilita uma solução como aquela antes adotada pelo Tribunal Superior do Trabalho.

#### 4.2.7 Limitação dos juros bancários

Esse tema é bastante polêmico e pode gerar diversos desdobramentos. O assunto será aprofundado no que for necessário para os objetivos deste trabalho.

O artigo 192, § 3º, da Constituição da República, na sua redação original, tinha o seguinte teor:

Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre:  
[...]

§ 3º - As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar.

Interpretando o aludido dispositivo, o Consultor-Geral da República, Saulo Ramos, elaborou parecer cuja conclusão é abaixo transcrita (Parecer SR n. 70, de 06 de outubro de 1988).<sup>82</sup>

#### CONCLUSÃO

89. A Constituição, ontem promulgada, propõe-se a criar um Estado de Direito voltado à causa social e à Justiça. No idealismo jurídico desses propósitos, o legislador constituinte entendeu ser necessária a estruturação, nova estruturação, do sistema financeiro nacional, submetendo-o à mais alta forma de legislação infraconstitucional, a lei complementar, que, pelo “**quorum**” qualificado, reúne maior consenso dos representantes da sociedade no Congresso Nacional.

90. A importância dada pelo constituinte a esta matéria, de alta relevância, não pode ser frustrada pelo intérprete afoito em aplicá-la através da fragmentação da organicidade do sistema concebida pela nova constituição.

91. Deixou o constituinte bem clara, ao tratar da matéria em um único artigo, sua vontade de reformar o sistema financeiro como um todo e, nessa reforma, incluir as diretrizes dispostas nos incisos e parágrafos do comando principal.

92. Nem poderia ser de outra maneira. Em reforma de tal profundidade, o legislador constituinte agiu prudentemente, pois não desejou desestabilizar “**ex-abrupto**” as finanças nacionais e seu mercado, pois o atual sistema é extremamente complexo e sofisticado, conforme o demonstra a impressionante análise do Banco Central, transcrita neste Parecer.

93. É, pois, o artigo 192, por inteiro, norma de eficácia limitada e condicionada, dependente de intervenção legislativa infraconstitucional para entrar em vigência. Cumpre, portanto, respeitar a vontade do constituinte e, através dos dois Poderes que compõem o processo legislativo brasileiro, agilizar o previsto projeto de lei complementar, em que dará efetiva concreção ao novo mandamento constitucional [grifos do autor].

<sup>82</sup> Esse parecer foi citado no acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4 (BRASIL, STF, Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 4, Relator: Sydney Sanches, 1991).

O referido parecer foi aprovado pelo então Presidente da República e motivou expedição, pelo Banco Central do Brasil, da Circular n. 1365, publicada em 06 de outubro de 1988. Nesse documento foi informado às instituições financeiras que o dispositivo constitucional referente à limitação dos juros reais em 12% ao ano não teria aplicabilidade imediata, dependendo de lei complementar futura. Por conseguinte, deveria ser observada a legislação do Sistema Financeiro Nacional anterior à Constituição de 1988, destacando-se aqui a Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964.<sup>83</sup>

Esses atos normativos foram impugnados perante o Supremo Tribunal Federal, através de Ação Direta de Inconstitucionalidade, por supostamente ferirem o preceito constitucional acima citado. Após intenso debate, a maioria dos Ministros decidiu julgar improcedente o pedido formulado na ação, acolhendo o entendimento manifestado no parecer do Consultor-Geral da República.

O acórdão restou assim ementado:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Taxa de juros reais até doze por cento ao ano (parágrafo 3º do art. 192 da Constituição Federal). [...] Mérito: eficácia imediata, ou não, da norma do parágrafo 3º do art. 192 da Constituição Federal, sobre a taxa de juros reais (12 por cento ao ano). Demais preliminares rejeitadas, por unanimidade. Mérito: ação julgada improcedente, por maioria de votos (declarada a constitucionalidade do ato normativo impugnado). [...] 6. Tendo a Constituição Federal, no único artigo em que trata do Sistema Financeiro Nacional (art. 192), estabelecido que este será regulado por lei complementar, com observância do que determinou no "caput", nos seus incisos e parágrafos, não é de se admitir a eficácia imediata e isolada do disposto em seu parágrafo 3º, sobre taxa de juros reais (12 por cento ao ano), até porque estes não foram conceituados. Só o tratamento global do sistema financeiro nacional, na futura lei complementar, com a observância de todas as normas do "caput", dos incisos e parágrafos do art. 192, é que permitirá a incidência da referida norma sobre juros reais e desde que estes também sejam conceituados em tal diploma. 7. Em consequência, não são inconstitucionais os atos normativos em questão (parecer da Consultoria-Geral da República, aprovado pela Presidência da República e Circular do Banco Central), o primeiro considerando não auto-aplicável a norma do parágrafo 3º sobre juros reais de 12 por cento ao ano, e a segunda determinando a observância da legislação anterior à Constituição de 1988, até o advento da lei complementar reguladora do Sistema Financeiro Nacional. 8. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade julgada improcedente, por maioria de votos (BRASIL, STF, Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 4, Relator: Sydney Sanchez, 1991).

Destarte, até que fosse editada lei complementar regulando o Sistema Financeiro Nacional, a limitação dos juros prevista na Constituição não poderia ser observada.

---

<sup>83</sup> O art. 4º, IX, da referida Lei assim dispõe: Art. 4º Compete ao Conselho Monetário Nacional, segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República: [...] IX - Limitar, sempre que necessário, as taxas de juros, descontos comissões e qualquer outra forma de remuneração de operações e serviços bancários ou financeiros, inclusive os prestados pelo Banco Central da República do Brasil [...].

Apesar de a decisão ter sido tomada pela mais alta Corte do País, a matéria não foi pacificada nas instâncias ordinárias. Com efeito, é natural que a situação das pessoas com dívidas bancárias sensibilize os julgadores, especialmente aqueles que se deparam com casos concretos. Além disso, a questão dos juros bancários é bastante controvertida, envolve políticas monetárias, lucratividade dos bancos, capacidade econômica dos tomadores de recursos, etc. É difícil não se ter uma posição firme sobre o assunto, contra ou a favor das instituições financeiras.

Veja-se, por oportuno, a manifestação de Pio Giovani Dresch (2005, p. 68), a propósito da ADI n. 4:

Na ocasião, não só o parecer de Saulo Ramos havia trazido um diagnóstico do Banco Central sobre os efeitos da limitação dos juros e as suas conseqüências nefastas para a economia, como igualmente uma série de pareceres encomendados pela Federação Brasileira dos Bancos a juristas ilustres, e que fundamentaram o voto condutor da tese vencedora, deram grande ênfase aos resultados negativos da norma para a condução da política econômica e para a sobrevivência do sistema financeiro.

O que restou patente em toda a discussão que se deu em torno da ADIN – e, mesmo depois de julgada, ao longo de muitos milhares de ações judiciais envolvendo a matéria – é que em grande medida o exercício hermenêutico obedeceu ao posicionamento ideológico dos intérpretes ou eventualmente às suas convicções em matéria de ciência econômica, o que em alguns momentos deixou mesmo em segundo plano a apreciação jurídica da matéria.

Marcelo Guerra Martins (2009, p. 136) aponta o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) como uma das Cortes ordinárias que se destacou por discordar do entendimento exarado na ADI n. 4, embora esse entendimento tenha sido confirmado em julgados posteriores do STF. O precedente abaixo especificado é um exemplo dessa discordância:

ACÇÃO REVISIONAL. CONTRATO DE MÚTUO. IMPROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO. ACOLHIMENTO. POSSIBILIDADE DE REVISÃO. Por força da ação intentada, pretende a parte devedora que sejam aferidas as possíveis ilegalidades da avença, o que é cabível que perquiria, inclusive, a partir das diretrizes do artigo 51 da Lei 8.078/90. APLICAÇÃO DO CDC. O Código de Defesa do Consumidor se aplica à espécie, considerando-se o contrato firmado entre as partes como sendo de adesão, configurando-se, ainda, o disposto no artigo 3º, §2º, do mesmo diploma legal. JUROS REMUNERATÓRIOS. Os juros estão limitados em 12% ao ano ante o disciplinar do artigo 192, §3º, da Constituição Federal, que, como Lei Maior, não pode ser afrontada por qualquer outra norma. Além disso, há a legislação infraconstitucional sobre o assunto, estabelecendo igual patamar, como o Decreto 22.626/33, não derogado pela Lei 4.595/64. APLICAÇÃO DO IGP-M. Trata-se de avença pré-fixada, configurando-se, em consequente, a necessidade de incidência do IGP-M para evitar o enriquecimento sem causa da parte devedora, considerada a limitação dos juros em até 12% ao ano. AFASTAMENTO DA CAPITALIZAÇÃO. A capitalização dos juros, no caso sob exame, é inviável, invocando-se a Súmula 121 do STF. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA.

AFASTAMENTO. Descabe a comissão de permanência por ser a expressão de uma taxa variável, incumbindo afastá-la, mesmo quando não cumulada com a correção monetária, adotando-se como referencial a Súmula 30 do STJ. APELAÇÃO PROVIDA. (RIO GRANDE DO SUL, TJRS, Apelação Cível n. 70004744538, Relatora: Laís Rogéria Alves Barbosa, 2002).

É verdade que o STF poderia modificar a sua posição, mas a proliferação de decisões divergentes constitui o caminho mais custoso para que isso ocorra. Por outro lado, a invocação de legislação ordinária para limitar os juros em 12% ao ano (como ocorreu no julgado acima transcrito) acabou retirando, na visão do próprio STF, o debate da esfera constitucional:

Recurso extraordinário. Limitação de juros. - Tendo sido negado seguimento ao recurso especial que visava a afastar o fundamento infraconstitucional do acórdão recorrido sobre a questão da limitação dos juros, esse fundamento, que persiste, é suficiente "per se" para manter o acórdão recorrido, não sendo ele atacável pelo disposto no artigo 192, § 3º, da Constituição. Recurso extraordinário não conhecido. (BRASIL, STF, Recurso Extraordinário n. 273144, Relator: Moreira Alves, 2000).

É de se notar que essa legislação ordinária não supria a ausência da lei complementar referida no art. 192 da Constituição. Conforme a interpretação estabelecida na ADI n. 4, a Constituição exigia uma lei complementar futura para regular a limitação dos juros em 12% ao ano, sendo razoável concluir que – não havendo essa regulamentação – não existia tal limitação. De qualquer forma, o fato é que o resultado da ADI n. 4 poderia ser contornado com a utilização de fundamentos infraconstitucionais nas decisões que limitavam as taxas de juros.

Posteriormente, a Emenda Constitucional n. 40, de 29 de maio de 2003, deu nova redação ao art. 192 da Constituição, ao mesmo tempo em que revogou os seus parágrafos:

Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.

A questão da limitação dos juros, assim, foi definitivamente retirada da esfera constitucional, embora ainda seja necessária a edição de leis complementares (e não apenas uma lei complementar, como outrora) para regular o Sistema Financeiro Nacional.

A Súmula 382 do STJ retrata o entendimento que restou pacificado quanto à aplicação de legislação ordinária para limitar os juros, estabelecendo que a superação do patamar de 12% ano, por si só, não representa abusividade.<sup>84</sup> A jurisprudência do STF, por sua vez, ficou consolidada na Súmula n. 648, que reiterou a conclusão exarada na ADI n. 4.<sup>85</sup>

O assunto foi abordado aqui de maneira simplificada. Outros argumentos foram lançados nas ações judiciais referentes à questão dos juros, mas entende-se desnecessário fazer referência a todos eles, considerando-se, como já se disse, o objetivo da exposição.

O sistema financeiro é complexo e, por isso mesmo, o seu funcionamento envolve uma série de variáveis que somente podem ser consideradas de modo global. Os juízes certamente não desconhecem isso, mas a análise de casos concretos dispensa investigações dessa natureza.

A revisão de contratos bancários efetivada de modo descentralizado, caso a caso, é menos eficaz para promover uma mudança significativa nessas contratações, ao menos no que tange à fixação de um limite dos juros remuneratórios. Não há um canal único de debate com o poder público e com as instituições bancárias. Isso, aliás, até pode ser interessante para quem está satisfeito com a política financeira.

A limitação dos juros, nesse contexto, é passível de gerar efeitos contrários àqueles esperados pelo julgador que determina tal limitação. As pessoas que não são beneficiadas com decisões dessa natureza acabam tendo um custo maior nas negociações com os bancos, tendo em conta o risco decorrente da instabilidade jurídica. Por outro lado, a possibilidade de rever contratos bancários com alguma expectativa de êxito fomenta o ajuizamento de mais demandas judiciais, aumentando o risco antes assinalado e, por conseguinte, a taxa de juros. Forma-se, então, um círculo vicioso (MARTINS, 2009, p. 139).

A justiça ordinária tem limitações institucionais para intervir nas políticas de governo. Por outro lado, os órgãos de representação política nem sempre conseguem dar

---

<sup>84</sup> “A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Súmula 382, 2009). Pertinente é a transcrição de trecho da ementa do Recurso Especial n 1061530: “[...] a) As instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios estipulada na Lei de Usura (Decreto 22.626/33), Súmula 596/STF; b) A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade; c) São inaplicáveis aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancário as disposições do art. 591 c/c o art. 406 do CC/02; d) É admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada – art. 51, §1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante às peculiaridades do julgamento em concreto [...]” (BRASIL, STJ, Recurso Especial n 1061530, Relatora: Nancy Andriahi, 2008).

<sup>85</sup> “A norma do § 3º do art. 192 da Constituição, revogada pela emenda constitucional 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicabilidade condicionada à edição de lei complementar” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Súmula n 648, 2003). Essa Súmula foi posteriormente substituída pela Súmula Vinculante n. 7, que tem o mesmo teor.

vazão às aspirações sociais, eis que não estão estruturados adequadamente para cumprir essa função (tripartição de poderes que dificulta a atuação estatal, sistema eleitoral deficiente, etc.). Eventual decisão de não legislar, nessas circunstâncias, é vista como simples omissão, ensejando a intervenção judicial para tentar – com pouco êxito – resolver o problema.

É possível que um controle de constitucionalidade centralizado, por si só, não tivesse o condão de resolver o impasse ocorrido. Com efeito, uma Corte Constitucional não poderia manifestar-se, em princípio, sobre a forma de aplicação da legislação ordinária, através da qual – apesar da interpretação dada à Constituição – a limitação dos juros foi mantida insistentemente.

Contudo, o Tribunal Constitucional, enquanto poder político autônomo, distinto do restante do poder judicial, poderia exercer uma função de verdadeiro árbitro entre a justiça ordinária e as instâncias políticas. Um Corte Constitucional com essa condição talvez tivesse adotado uma postura menos tímida no trato do tema.

De qualquer modo, ainda que possa ter havido um debate ideológico na controvérsia acerca dos juros bancários, o que é compreensível, o problema institucional ajudou a aumentar os custos desse debate para a sociedade como um todo.

#### **4.3 CONSIDERAÇÕES FINAIS SOBRE OS EXEMPLOS ANALISADOS**

Chama a atenção o fato de que, em alguns dos casos analisados, a questão se resolveu pelo controle incidental realizado pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de Recurso Extraordinário. A rigor, considerando-se a essência do método difuso de controle de constitucionalidade, bem como o fato de que na tradição romano-germânica as normas gerais e abstratas advêm primariamente de lei formal, poderiam continuar sendo prolatadas sentenças em desacordo com o entendimento manifestado pela mais alta Corte do País. Isso não caracterizaria violação da ordem normativa ou descumprimento da decisão prolatada no julgamento do Recurso Extraordinário, porquanto esse recurso seria vinculante somente entre as partes envolvidas no processo que foi julgado.

Destarte, quando uma lei é considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso, ainda assim pode continuar havendo a aplicação da mesma lei pelos juízes e pela administração pública, bastando que os destinatários dessa norma a ser aplicada não sejam aqueles que foram partes na demanda analisada pelo citado Tribunal. Não fosse assim, não teria razão de ser o disposto no art. 52, X, da Constituição de República, que estabelece a competência privativa do Senado Federal para “suspender a

execução, no todo ou em parte, da lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

Logo, tratando-se de controle difuso, a decisão do Supremo Tribunal Federal no sentido de uma norma ser constitucional ou inconstitucional não impediria a continuidade da controvérsia sobre o tema nas instâncias ordinárias.<sup>86</sup> No caso da inconstitucionalidade, como visto, somente uma resolução do Senado Federal, suspendendo a execução da lei inconstitucional, poderia eliminar essa controvérsia.

Entretanto, o que tem acontecido, pelo menos na maioria dos casos, é uma ampliação dos efeitos pertinentes ao reconhecimento incidental da constitucionalidade ou inconstitucionalidade das normas. Vale dizer: quando o Supremo Tribunal Federal pacifica um entendimento acerca da validade ou não de uma lei em sede de Recurso Extraordinário, esse entendimento passa a ser observado pelos demais Tribunais e pela Administração Pública.<sup>87</sup>

Destarte, tem ocorrido, na prática, um efeito *erga omnes* da decisão proferida por conta do controle difuso.<sup>88</sup> Tanto isso é verdade que, em alguns exemplos acima analisados, foram canceladas ou alteradas as súmulas que estavam em desacordo com a palavra final dada pelo STF. Essa tendência de concentração do método difuso evidencia a impropriedade desse método de controle de constitucionalidade, ao menos no caso brasileiro.

Uma possível objeção deve ainda ser enfrentada. É amissível que outros precedentes judiciais retratem uma realidade distinta daquela verificada nos casos analisados, contrariando a argumentação exposta ao longo do trabalho. Efetivamente, não há como se negar essa possibilidade, motivo pelo qual um esclarecimento adicional deve ser realizado.

Quando se faz a crítica ao desenho institucional brasileiro, não se está negando a possibilidade de funcionamento das instituições. O que se quer destacar é o custo de tudo isso,

---

<sup>86</sup> Cabe aqui lembrar uma observação já realizada anteriormente: também no método concentrado a decisão da Corte Constitucional que considera válida uma lei ou ato normativo não afasta, em princípio, a possibilidade de impugnações futuras. A diferença em relação ao controle difuso reside no fato de que a norma tida como constitucional não pode, em regra, deixar de ser aplicada nas instâncias ordinárias, pois eventuais alegações de inconstitucionalidade devem ser submetidas novamente à Corte Constitucional.

<sup>87</sup> Como visto, isso não ocorreu no caso da limitação dos juros bancários, mesmo que esse caso tenha sido apreciado em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade.

<sup>88</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2009, p. 147) refere haver uma “tendência em prol do controle concentrado”, salientando, inclusive, a existência de proposta no Congresso Nacional de criação de um incidente de inconstitucionalidade, o qual, suscitado no controle difuso, permitiria a avocação da questão constitucional pelo o Supremo Tribunal Federal, que resolveria tal questão com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. O mesmo autor (2011, p. 285) noticia que existe a possibilidade do próprio STF decidir favoravelmente à extensão *erga omnes* das declarações de inconstitucionalidade realizadas em sede de controle difuso, com base em uma mutação constitucional que afastaria a norma do art. 52, X, da Constituição (Reclamação 4.335, pendente de julgamento).

a dificuldade existente para que isso ocorra. O arranjo institucional deve ser aprimorado constantemente, acompanhando a própria evolução da sociedade e os seus anseios.

## CONCLUSÃO

O Estado Democrático de Direito sustenta-se numa conciliação entre Ética, Direito e Política, tudo para a realização do ser humano, seja sob o enfoque individual, seja considerando-se a sociedade em que ele vive. Isso tem exigido a especialização de funções estatais, além da distribuição dessas funções a órgãos distintos, compreensão que foi se desenvolvendo com a experiência histórica.

Nesse contexto, a organização institucional do Estado se afigura de extrema relevância para ele cumpra o seu papel. Sem uma correta ordenação das instituições, observada as particularidades de cada caso, a atividade estatal tende a ser insuficiente e deficiente.

Procurou-se demonstrar neste trabalho que o sistema jurídico não se resume a uma simples estrutura lógica. Para tanto, fez-se a relação de cada nível do ordenamento com funções estatais específicas e autônomas, quais sejam, a função jurisdicional constitucional, a função legislativa, e a função jurisdicional ordinária. O respeito à autonomia das referidas funções, especialmente considerando-se a tradição romano-germânica, é fundamental para que haja um diálogo contínuo entre o Direito e a Política, sem sobreposições e sem prejuízo para o Estado Democrático de Direito.

A função jurisdicional constitucional refere-se ao plano dos valores, à guarda da Constituição, objetiva preservar o consenso sobre o qual se apoia a comunidade. A função legislativa, por sua vez, diz respeito ao nível da deliberação política e da determinação dos rumos da comunidade a partir da compreensão – em dado momento histórico – dos mencionados valores. A função jurisdicional ordinária, por fim, compreende a execução do produto da deliberação política.

Um arranjo institucional adequado é indispensável para que haja um aprimoramento dessas funções, com o desenvolvimento das prudências inerentes a cada uma delas. Se isso não se verifica, a tendência é ocorrer a constitucionalização do Direito e a judicialização da Política.

A função jurisdicional ordinária deve ser exercida com neutralidade, de modo técnico e apartidário, no plano mais concreto da ordem jurídica. O desempenho dessa função, isto é, a atividade judicial de aplicar o Direito e as leis, não é de pouca importância. A mediação entre a lei e o caso concreto, realizada pelo magistrado, contribui de forma decisiva para a conformação da lei à realidade, ocupando espaços que não podem ser identificados

pelo legislador, na medida em que este tem (ou deve ter) uma visão geral e não particular do objeto a ser regulado pela norma.

Tal mediação, assim, acaba sendo de extrema relevância para a efetiva realização do Direito. Também é relevante para o exercício da função legislativa e do controle de constitucionalidade, uma vez que a conformação da lei à realidade tem também um papel informador importantíssimo para a atuação do legislador e do juiz constitucional

É de se reconhecer, porém, que a atividade de interpretação do magistrado acerca da norma geral tem limites, não se podendo atribuir qualquer conteúdo à lei. Com efeito, embora a unidade do ordenamento exija uma interpretação conforme a Constituição, isso não pode servir de pretexto para que a ideologia do julgador se sobreponha às escolhas democraticamente realizadas pelo legislador.

Os órgãos de jurisdição ordinária, em face da natureza da atividade que deve ser por eles realizada, não estão em posição institucional adequada para exercer a função legislativa e a função jurisdicional constitucional. É preciso, portanto, uma organização estatal que ajude a evitar a mistura ou a sobreposição dessas atividades.

Infelizmente, parece que essa questão não tem sido tratada com a devida atenção no Brasil. Costuma-se entender que a politização excessiva do Judiciário, a inércia do Legislativo, o inchaço do Executivo, a ineficiência da Administração Pública, a corrupção, além de outros problemas congêneres, estão ligados à índole e à falta de educação do povo brasileiro, ou às elites que procuram manter seus privilégios. Assim, a modificação desse panorama dependeria apenas da vontade das pessoas, de suas boas intenções.

É verdade que as ações humanas são imprescindíveis, mas isso não retira a importância das instituições. Ao contrário, são instituições apropriadas que possibilitam o desenvolvimento, dentro do espaço público, de ações orientadas para o bem em geral.

Um ajuste institucional, isoladamente, não irá resolver todos os problemas inerentes à atuação estatal. Esse ajuste, contudo, é condição necessária para que qualquer tentativa de solução possa ser implantada com sucesso.

Legislador, juiz constitucional e juiz ordinário cumprem papéis específicos e inconfundíveis dentro da ordem jurídica, cada qual com uma racionalidade própria. O mau funcionamento dos órgãos de representação política, bem como o sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, acabam gerando acúmulo de demandas judiciais, desigualdades no tocante à aplicação da lei, insegurança, politização excessiva do juiz ordinário, entre outros efeitos nocivos ao Estado Democrático de Direito.

Devem existir espaços próprios para a atividade política e para a atividade judicial. Os membros da comunidade não podem competir entre si na busca de direitos através de ações judiciais, obrigando os magistrados a decidir sobre questões governamentais, afastando-se das disposições legais. Ainda que haja um esforço no sentido de suprir a estagnação do poder político (paralisa provocada, diga-se de passagem, pela desorganização institucional), a justiça ordinária não tem condições de resolver adequadamente o problema, pois a sua estrutura não é compatível com essa tarefa. Isso pode acabar afetando a credibilidade e o prestígio dos órgãos judiciais responsáveis pela aplicação das leis, o que é indesejável, haja vista a sua importância na sociedade.

Os problemas ora enumerados puderam ser observados, em maior ou menor grau, nos exemplos analisados neste trabalho. Ainda que outros casos práticos eventualmente possam demonstrar um desempenho aceitável dos poderes estatais brasileiros, ficou evidenciada a necessidade de um aprimoramento do arranjo institucional do País, até porque esse aperfeiçoamento das instituições deve ser buscado constantemente, acompanhando as demandas da sociedade.

Cabe salientar, por fim, que a crítica quanto a uma atuação mais expansiva dos juízes ordinários, abarcando outras funções estatais, não se dirige ao comportamento do juiz em si, como se fosse o magistrado o causador desse problema. Espera-se ter demonstrado que a questão não diz respeito às pessoas e seus valores, mas ao contexto institucional em que estão inseridas. Os cidadãos efetivamente têm necessidades e alguém tem que resolver, muitas vezes com urgência, os problemas que surgem. Não se pode atribuir aos magistrados (e nem aos membros de quaisquer outros poderes) a responsabilidade pela judicialização da política.

## REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. **Harvard Law Review**, [S. l.], v. 113, n. 3, p. 633-729, jan. 2000. Disponível em < <http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Faculty/TheNewSeperationofPowers.pdf> > Acesso em 16 de outubro de 2011.

ALVAREZ, Alejandro Montiel. As relações entre ética, política e direito em Aristóteles. Porto Alegre: UFRGS, 2008. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2008.

AMARAL, Francisco. Normativismo. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. **Incidente de argüição de inconstitucionalidade: comentários ao art. 97 da Constituição e aos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao capítulo VI do livro XI de *O Espírito das Leis*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 868, p. 52-68, fev. 2008.

AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. São Paulo: Loyola, 2005. v. V.

AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. São Paulo: Loyola, 2005. v. IV.

ARISTOTLE. **The Nichomachean Ethics**. 5. Ed. London: Kegan Paul, Trench, Truebner & Co., 1893.

\_\_\_\_\_. **Politics**. London: Heinemann; Cambridge: Harvard Univ. Press, 1959.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”. Entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 17, jan/fev/mar 2009. Disponível em < <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp> > Acesso em 20 de abril de 2009.

ATRIA, Fernando. **La forma del derecho**. Santiago, 2009. Borrador, v. 3.5.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARZOTTO, Luís Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. São Leopoldo: Unisinos, 2004.

\_\_\_\_\_. **Filosofia do Direito: os conceitos fundamentais e a tradução jusnaturalista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. **A democracia na Constituição**. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

\_\_\_\_\_. [Debate]. Porto Alegre, UFRGS, 5 e 6 de dezembro de 2008. In: SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha; REVERBEL, Carlos Eduardo Didier (coord.). **Jurisdição constitucional, jurisdição ordinária e ordem legal**: reflexões e alternativas. Porto Alegre: Brejo bibliobureau, 2009.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. **O contrôlo jurisdicional da constitucionalidade das leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BOBBIO, Norberto. **Teoria dell'ordinamento giuridico**. Torino: G. Giappichelli, 1960.

BRASIL. Ministério da Previdência Social. **Anuário estatístico da Previdência Social**: suplemento histórico (1980 a 2008). Brasília: 2008. 168p. Disponível em: < <http://www.previdenciasocial.gov.br/conteudoDinamico.php?id=423> >. Acesso em: 16 de outubro de 2011.

CAETANO, Marcelo. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. I.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Fabris, 1984.

CARRASCO, Álvaro José Bettanin. **O problema do controle de constitucionalidade no processo administrativo tributário**. Porto Alegre: UFRGS, 2007. Monografia (Especialização em Direito, Economia e Democracia Constitucional), Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2007.

COMELLA, Víctor Ferreres. **Justicia constitucional y democracia**. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 1997.

\_\_\_\_\_. The consequences of centralizing constitutional review in a special court: some thoughts on judicial activism. **Texas Law Review**, Austin, v. 82, n. 7, p. 1705-36, jun. 2004. Disponível em: < [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/The\\_consequences\\_of\\_centralizing\\_constitutional\\_review.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/The_consequences_of_centralizing_constitutional_review.pdf) > Acesso em: 09 de janeiro de 2012.

\_\_\_\_\_. **Uma defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad**. Madrid: Marcial Pons, 2011.

DRESCH, Pio Giovanni. **Juros em doze pontos**. 2005. Disponível em: < [http://www.tj.rs.gov.br/institu/c\\_estudos/doutrina/juros\\_em\\_doze\\_pontos.doc](http://www.tj.rs.gov.br/institu/c_estudos/doutrina/juros_em_doze_pontos.doc) > Acesso em: 05 de fevereiro de 2012.

DUGUIT, León. **Leçons de droit public général**. Paris: E. de Boccard, 1926.

ERDELYI, Maria Fernanda. Supremo Sinaliza que escritórios devem pagar Cofins. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 14 de março de 2007. Disponível em: < [http://www.conjur.com.br/2007-mar-14/supremo\\_sinaliza\\_escritorios\\_pagar\\_cofins](http://www.conjur.com.br/2007-mar-14/supremo_sinaliza_escritorios_pagar_cofins) > Acesso em: 21 de julho de 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. As origens do Estado de Direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 168, p. 11-7, abr./jun. 1987.

\_\_\_\_\_. Constitucionalismo e direito natural: uma relação inelidível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 6, p 642-53, jul./dez. 2005.

\_\_\_\_\_. **Princípios fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GUASTINI, Ricardo. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003

HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HECK, Luís Afonso. **Jurisdição constitucional**: teoria da nulidade *versus* teoria da nulificabilidade das leis. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

HERVADA, Javier. **Lições propedêuticas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. **Fordham Law Review**, New York, v. 75, n. 2, p. 721-54, 2006. Disponível em < <http://ssrn.com/abstract=951610> > Acesso em: 17 de outubro de 2011.

HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do direito constitucional: neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 859, p. 81-91, maio 2007.

IANNUCILLI, Loris. L'interpretazione *scundum constitutionem* tra corte costituzionale e giudici comuni. Brevi note sul tema. In: Seminario del 6 novembre 2009, Roma. **Corte costituzionale, guici comuni e interpretazioni adeguatrici**. Roma: Corte Costituzionale, 2009. Disponível em < [http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/Interpretazione\\_quaderno\\_stu.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/Interpretazione_quaderno_stu.pdf) > Acesso em: 02 de fevereiro de 2012.

IHERING, Rudolf Von. **O Espírito do Direito Romano**. Rio de Janeiro: Alba. 1943. v. III.

JELLINEK, Georg. **Teoria general del Estado**. México: FCE, 2000.

JOLIVET, Régis. **Curso de filosofia**. 5. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1961.

**JURISDIÇÃO constitucional e legislação pertinente no direito comparado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEAL, Roger Stiefelmann. [Debate]. Porto Alegre, UFRGS, 5 e 6 de dezembro de 2008. In: SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha; REVERBEL, Carlos Eduardo Didier (coord.). **Jurisdição constitucional, jurisdição ordinária e ordem legal**: reflexões e alternativas. Porto Alegre: Brejo biblio-bureau, 2009.

LESSA, Pedro. **Do poder judiciário**. Brasília: Senado Federal, 2003.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976.

MACINTYRE, Alasdair. **Justiça de quem? Qual racionalidade**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2008.

MAURER, Hartmut. **Contributos para o direito do estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MARTINS, Marcelo Guerra. **Democracia fiscal e seus fundamentos à luz do direito & economia**. São Paulo: USP, 2009. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2009. Disponível em: < <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-29082011-114111/pt-br.php> > Acesso em: 05 de fevereiro de 2012.

MAXIMILANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MIRANDA, Jorge. Funções do Estado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 189, p. 85-99, jul./set. 1992.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.

OLIVEIRA, Rodrigo Valin de. **O Poder moderador**. São Paulo: USP, 2003. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2003.

OTTO, Ignacio de. **Derecho constitucional**: sistema de fuentes. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 1997.

PAPA PIO XI. **Carta Encíclica *Quadragesimo Anno***. 1931. Disponível em < [http://www.vatican.va/holy\\_father/pius\\_xi/encyclicals/documents/hf\\_p-xi\\_enc\\_19310515\\_quadragesimo-anno\\_po.html](http://www.vatican.va/holy_father/pius_xi/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno_po.html) > Acesso em 3 de fevereiro de 2010.

PONTES DE MIRANDA. **Comentários à Constituição de 1967**: com a Emenda Constitucional n. 1, de 1969. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. Tomo I.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **A supremacia do direito no Estado Democrático e seus modelos básicos**. Porto Alegre: [S.ed.], 2002.

\_\_\_\_\_. **O tribunal constitucional como poder: uma nova teoria da divisão dos poderes**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

\_\_\_\_\_. Direito Constitucional, Direito Ordinário, Direito Judiciário. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS**, Porto Alegre, n. III, p. 7-18, mar. 2005.

STARE DECISIS. In: **Merriam-Webster's Dictionary of Law**. Springfield: Merriam-Webster, 1996, p. 467-8.

SUNSTEIN, Cass R. **The Partial Constitution**. Cambridge (MA): Harvard University Press, 1993.