

**VI CONGRESSO INTERNACIONAL
CONSTITUCIONALISMO E
DEMOCRACIA: O NOVO
CONSTITUCIONALISMO LATINO-
AMERICANO**

ESTADO E INSTITUIÇÃO

Organizadores:
José Ribas Vieira
Cecília Caballero Lois
Ranieri Lima Resende

**Estado e instituições: VI
congresso internacional
constitucionalismo e
democracia: o novo
constitucionalismo latino-
americano**

1ª edição

Santa Catarina

2017



VI CONGRESSO INTERNACIONAL CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO- AMERICANO

ESTADO E INSTITUIÇÃO

Apresentação

O VI Congresso Internacional Constitucionalismo e Democracia: O Novo Constitucionalismo Latino-americano, com o tema “Constitucionalismo Democrático e Direitos: Desafios, Enfrentamentos e Perspectivas”, realizado entre os dias 23 e 25 de novembro de 2016, na Faculdade Nacional de Direito (FND/UFRJ), na cidade do Rio de Janeiro, promove, em parceria com o CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, a publicação dos Anais do Evento, dedicando um livro a cada Grupo de Trabalho.

Neste livro, encontram-se capítulos que expõem resultados das investigações de pesquisadores de todo o Brasil e da América Latina, com artigos selecionados por meio de avaliação cega por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na seleção e divulgação do conhecimento da área.

Esta publicação oferece ao leitor valorosas contribuições teóricas e empíricas sobre os mais diversos aspectos da realidade latino-americana, com a diferencial reflexão crítica de professores, mestres, doutores e acadêmicos de todo o continente, na abordagem da relação entre o Estado e suas instituições jurídicas e sociais.

Assim, a presente obra divulga a produção científica, promove o diálogo latino-americano e socializa o conhecimento, com criteriosa qualidade, oferecendo à sociedade nacional e internacional, o papel crítico do pensamento jurídico, presente nos centros de excelência na pesquisa jurídica, aqui representados.

Por fim, a Rede para o Constitucionalismo Democrático Latino-Americano e o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGD/UFRJ) expressam seu sincero agradecimento ao CONPEDI pela honrosa parceria na realização e divulgação do evento, culminando na esmerada publicação da presente obra, que, agora, apresentamos aos leitores.

Palavras-chave: Estado. Instituições. América Latina. Novo Constitucionalismo Latino-americano.

Rio de Janeiro, 07 de setembro de 2017.

Organizadores:

Prof. Dr. José Ribas Vieira – UFRJ

Profa. Dra. Cecília Caballero Lois – UFRJ

Me. Ranieri Lima Resende – UFRJ

NEGOCIANDO COM A CONSTITUIÇÃO: A LEGITIMIDADE DA REVISÃO JUDICIAL E A CONSTATAÇÃO DE ELEMENTOS DE ESTADO DE EXCEÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

DEALING WITH THE CONSTITUTION: LEGITIMACY OF THE JUDICIAL REVIEW AND THE FINDING OF THE STATE OF EXCEPTION IN DEMOCRATIC STATE

Gabriel Soares Cruz ¹
Arnaldo Vieira Sousa ²

Resumo

A complexidade dos conflitos constitucionais faz-se com que novas técnicas decisórias sejam utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal, para resolver, pelo menos no discurso, de forma adequada a questão. Na prática o que se vê é a utilização de tais técnicas por razões utilitaristas, o que dá ensejo à suspensão da ordem constitucional cogente a partir de uma negociação feita com a Supremacia da Constituição. Assim, analisa-se a constatação de elementos de Estado de Exceção no Estado Democrático brasileiro a partir dos estudos de Giorgio Agamben e sua relação com as sentenças intermediárias transitivas na forma em que utilizadas pelo STF.

Palavras-chave: Revisão judicial, Legitimidade, Sentenças intermediárias de inconstitucionalidade, Estado de exceção

Abstract/Resumen/Résumé

The complexity of the issues on constitutional ground makes that new decisional techniques are used to solve, at least in the discourse, appropriately the problems over constitutional practice. In practice, what is seen is the use of such techniques for utilitarian reasons, giving rise to the suspension of constitutional order through a deal made with the Supremacy of the Constitution. Therefore, we analyze the finding of elements of State of Exception in the Brazilian Democratic State from the studies of Giorgio Agamben and its relationship with pure prospectivity overruling sentences or balancing sentences as that used by the Supreme Court.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial review, Legitimacy, Balancing decisions, State of exception

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Bolsista da CAPES. Contato: gabriel.soarescruz01@gmail.com

² Mestre em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão. Coordenador do curso de Direito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco - UNDB/MA. Contato: vieira.arnaldo@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

A análise de uma jurisdição constitucional envolve a implementação não apenas de decisões que devem cumprir os requisitos de certeza jurídica e aceitabilidade racional, mas de um estudo em cotejo com os direitos fundamentais, mormente no âmbito do Estado Democrático de Direito.

A partir de determinados casos colocados sob a análise do Supremo Tribunal Federal, vê-se que, para além de declarar a constitucionalidade/inconstitucionalidade, o Tribunal nada fez ou resolveu manter a validade do ato, mesmo quando flagrantemente inválido. Com pouco apego à fundamentação, não raro se constata a suspensão da ordem constitucional a pretexto de cumpri-la, travestido no fundamento de que declarar a inconstitucionalidade pode agravar a situação fática.

O objetivo deste artigo é demonstrar que tais decisões dão ensejo à constatação de elementos de estado de exceção no âmbito do Estado Democrático brasileiro, a denotar que comumente estamos sob um estado de suspensão da normatividade constitucional, com a chancela do poder judiciário.

A primeira seção trata de um típico instrumento decisório, as sentenças transitivas e as suas consequências na prática constitucional. A segunda seção trata do Estado de Exceção, a partir dos estudos de Giorgio Agamben, e sua relação com as decisões que negociam com a supremacia da constituição.

2 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E AS SENTENÇAS TRANSITIVAS

Inequivoco que a sociedade atual vive sob o paradigma da complexidade, de modo que o consenso é aferido a partir do dissenso. Cada cidadão representa uma prática dessa complexidade social que, por sua vez, traz a sociedade dentro de si como representação hologramática. Essa pluralidade epistêmica tem como forma de expressão o diálogo e a contradição como essenciais ao discurso normativo (MORIN, 2005) (HABERMAS, 2002; 2003) (CATTONI DE OLIVEIRA, 2006a).

Esse constante diálogo coloca o cidadão na condição de participante ativo dos processos públicos de tomada de decisão ou, nas palavras de Müller (2003), o povo é visto como “povo ativo”, cuja consequência para a revisão judicial é a exigência e controle desse

povo sobre a fundamentação do voto, para que a legitimidade decisória seja aferida. Todo o processo de convencimento, portanto, é objeto de discussão social complexa.

Entretanto, nem sempre isso acontece, como se percebe:

Também cumprimento a eminente Relatora pelo profundo voto trazido, e digo que penalizar a cogitação, ou a imaginação ou o pensamento, só Deus pode fazer, e não o homem. Nós não estamos nesta esfera de cognição. Mas verifico, já falando em Deus, que os astros hoje estão alinhados pela concessão das ordens.

Assim começou o Ministro Antonio Dias Toffoli no julgamento do *Habeas Corpus* n. 103.412/SP no âmbito da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal que, após a intervenção do Ministro Marco Aurélio sobre diversidade dos fundamentos dos votos naquela assentada respondeu: “[...] É por isso que eu acredito em Deus, mas eu acredito também na astrologia. Os astros hoje estão alinhados, em uma conjugação favorável aos pacientes.”

Tal caso apenas para exemplificar que o Supremo Tribunal Federal e as Cortes que exercem o controle de âmbito constitucional estão a enfrentar problemas acerca da fundamentação da decisão.

Essa complexidade resulta na caracterização da sociedade atual de risco e pós-nacional, faz com que uma reconstrução da relação entre direito e política seja realizada, a fim de interpretar adequadamente a Constituição: instrumento que congrega essa interrelação. (FERNANDES, 2011)

Diante disso, torna-se inequívoca a ascensão do Poder Judiciário, de modo a se buscar equilibrar dentro desse novo panorama o Princípio da Separação dos Poderes, a fim de evitar que o Judiciário atue como legislador positivo, colocando em crise todo esse sistema, causando tremores nos fundamentos de um Estado Democrático de Direito. Necessário, então que o juiz atue como mediador entre o direito válido e sua aplicação ao caso concreto (HABERMAS, 2003).

Nesse sentido, deve-se observar as instituições a partir das negociações e discursos os quais fundamentam a vontade do legislador e pelos argumentos que legitimam as leis. A lógica da separação deve ser entendida, assim, a partir de formulações suficientemente abstratas das funções de legislação, aplicação e execução. Somente o legislador, por meio de um processo público de tomada de decisão, que reconhece todos como livres e iguais (FERNANDES, 2011), tem o poder ilimitado dos motivos normativos e pragmáticos, porém, restritos à fundamentação das normas. O judiciário não pode adentrar à fundamentação da norma construída pelo legislativo, mas os mesmos argumentos atuam no sentido de manutenção da coerência do sistema, por meio de uma interpretação/aplicação reconstrutiva (HABERMAS, 2003).

Ainda na lógica da divisão de poderes, a lei, democraticamente editada, regula a transformação do poder comunicativo em administrativo. Assim, a Administração não poderá atuar de forma construtiva ou reconstrutiva dos fundamentos normativos, subtraindo-se os tipos de argumentos normativos que atuam no legislativo e no judiciário (fundamentação e aplicação). “[...] As normas sugeridas amarram a persecução de fins coletivos a premissas estabelecidas e limitam a atividade administrativa no horizonte da racionalidade pragmática” (HABERMAS, 2003, p. 240).

A partir desse entendimento da Separação de Poderes, mas tratando especificamente da prestação jurisdicional de âmbito constitucional, Habermas entende que se deve analisar a racionalidade de jurisdição segundo a proposição da teoria do norte-americano Ronald Dworkin, ou seja, “[...] cujas decisões devem satisfazer, simultaneamente, a critérios da segurança do direito e da aceitabilidade racional”. (HABERMAS, 2003, p. 297)

Assim, perquirimos a ideia de operacionalização de tal racionalidade sem que o juiz legisle ao caso concreto ou preste uma atividade jurisdicional de âmbito constitucional com base em uma falsa compreensão metodológica que, quebrando um sistema de direitos, entende a constituição como uma “ordem concreta de valores”, de modo atuar o juiz orientando-se por finalidades ou objetivos, em uma falsa compreensão metodológica individualista da jurisdição constitucional. (HABERMAS, 2003, p. 315)

O aplicador do direito deverá fazer uma interpretação construtiva, sem, no entanto, deixar consignado seus juízos valorativos. Deve ele justificar a partir de princípios, levando em conta todas as “normas de fundo”, porque toda decisão com base em princípios ultrapassa uma interpretação do texto. Todavia, o uso dessas pré-compreensões normativas não pode criar normas inspiradas politicamente, eis que esta atribuição cabe ao legislativo, conforme abordado. (HABERMAS, 2003)

Deve o juiz sempre lançar mão das normas de princípios, mas sempre preso àquilo que considere mais aceitável ao caso segundo uma teoria da argumentação jurídica, pois a abstração dos princípios tem por fim garantir a manutenção da ordem, evitando a eliminação de um princípio por outro quando do seu choque, uma vez que não é razoável para um ordenamento, que seus fundamentos sejam afastados por um conflito, tal como ocorre com as regras (HABERMAS, 2003).

Atualmente a análise da atividade jurisdicional em matéria constitucional é emblemática e envolve, por parte da literatura jurídica e dos julgados, a reconstrução do direito em si e da sua indeterminação face aos paradigmas observados, bem como que para “[...] avaliar as formas concretas de institucionalização de princípios que resultam da lógica

da divisão de poderes, é preciso adotar os pontos de vista abstratos da disposição sobre diferentes tipos de argumentos e da subordinação de formas de comunicação correspondente.” Um paradigma delimita um modelo de sociedade e informa como deve ser concebido o sistema de direitos, para que possam cumprir, naquele contexto, as funções a eles normativamente atribuídas (HABERMAS, 2003, p. 239 e 240).

A prestação jurisdicional de âmbito constitucional é vinculada ao direito e às leis vigentes. Assim, para que se observe a racionalidade dessa atividade é necessário ter uma dependência da legitimidade do direito vigente e “[...] esta depende, por sua vez, da racionalidade de um processo de legislação, o qual, sob condições da divisão de poderes no Estado de direito, não se encontra à disposição dos órgãos da aplicação do direito.” (HABERMAS, 2003, p. 297)

A legitimidade do direito se assenta na análise dos discursos de aplicação e fundamentação, sendo que ao Poder Judiciário cabe somente a aplicação do direito. A fundamentação, conforme assentado acima, cabe ao legislativo, que por meio da política deliberativa aberta, compreendida como uma rede de processos de negociação equilibra os interesses para a autodeterminação política, facilitando, assim, a detecção, identificação e interpretação dos problemas que afetam a sociedade. Portanto, o processo de gênese das leis, deve levar em conta a multiplicidade das formas comunicativas da formação política e racional da vontade, bem como sua aplicação no ordenamento jurídico para, desta forma, conceder a legitimidade adequada ao direito vigente. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2006a)

A problemática a ser desenvolvida no presente artigo se assenta na forma como o controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos tem sido exercido pelo Supremo Tribunal Federal, mormente no uso da técnica de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade para o futuro, ou seja, quando a Corte entende que a decisão constitutiva da inconstitucionalidade tenha eficácia somente em “[...] outro momento que venha a ser fixado”, nos termos da parte final do artigo 27 da Lei nº. 9.868/99.

Esse crescente comportamento judicial resulta em déficit de fundamentação (e ausência de deliberação), mormente no âmbito das decisões que flexibilizam a constituição em razão de supostas concessões recíprocas: as chamadas sentenças intermediárias ou simplesmente sentenças transitivas. (MEYER, 2008)

As **sentenças transitivas** (ou transacionais) buscam uma negociação com a supremacia da Constituição, relativizando-a, com base, por exemplo, no art. 27 da Lei nº 9.868/99. Assim sendo, é fixado um parâmetro transitório, ou seja, dotado de transitoriedade em virtude um contexto social. Os fatores para tal empreitada dizem

respeito a uma plêiade de razões que podem ser de cunho político, econômico, jurídico, etc. (FERNANDES, 2014, p. 1221 – grifos no original)

A utilização de tais técnicas decisórias não é recente, inclusive pelo próprio STF. Atuam, elas, no intuito de mitigar o binômio constitucionalidade/inconstitucionalidade com vistas a tentar adequar uma decisão judicial à complexidade dos fatos postos ao Poder Judiciário, mormente em razão das influências da globalização no direito (MEYER, 2008).

As modificações instauradas pelo fenômeno da globalização, abalam a força de integração das formas de vida nacionais, além de relativizarem com a base de uma sociedade civil já desenvolvida. Se é verdade que o Estado nacional se encontra limitado na sua capacidade de ação e inseguro no que diz respeito à sua identidade coletiva, a conclusão é a de que, como descrito acima, se torna cada vez mais difícil cumprir a tarefa de legitimidade democrática ínsita a esse mesmo Estado. (FERNANDES, 2011, p. 45)

Como caso paradigmático, tem-se, em 2004, no Recurso Extraordinário 197.917-8/SP, de relatoria do Ministro Maurício Corrêa, em que o Supremo Tribunal Federal apreciou a constitucionalidade, pela via difusa, do artigo 6º da Lei Orgânica do Município de Mira Estrela no Estado de São Paulo, que tratava sobre o número de vereadores estabelecido por aquela lei, tendo em vista afronta ao artigo 29, IV da Constituição Federal. A inconstitucionalidade do dispositivo fora analisada, incidentalmente, em sede de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo. O processo foi remetido ao STF no ano de 1995.

Segundo o Tribunal, o artigo 29 efetiva a razoabilidade quando da determinação do número respectivo de vereadores, ao consignar que seja proporcional à população dos Municípios, sendo de observância obrigatória do legislador municipal e não discricionário segundo os valores mínimo e máximo constante no referido dispositivo, bem como que o estabelecimento de número de vereadores sem a observância populacional configura excesso no poder de legislar.

Assentou a Corte que os parâmetros aritméticos previstos no artigo 29 da Constituição traduzem uma proporcionalidade que atende aos princípios da moralidade, impessoalidade e economicidade dos atos administrativos (artigo 37, CF/88).

Observou-se, então, a inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, da lei local que fixara o número de vereadores em patamares dissonantes com os previstos na Constituição Federal. Todavia, em razão da segurança jurídica, não houve declaração de nulidade total, ao revés, a inconstitucionalidade do ato foi fixada para um momento posterior à declaração, tendo em vista que já estava em curso o mandato dos vereadores, nada obstante de que a

Justiça Eleitoral teria de intervir para estabelecimento dos novos mandatários, com novos cálculos acerca do quociente eleitoral. Por maioria, os efeitos foram protelados para o próximo mandato.

No mesmo ano houve ainda julgado semelhante ao caso colacionado. Foi o contido nos autos da Questão de Ordem em Medida Cautelar em Ação Cautelar 189 originária de São Paulo. Sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, em julgamento do dia 09 de junho de 2004, referendou a cautelar que concedeu efeito suspensivo ao Recurso Extraordinário interposto. Tratava-se de mais um caso de número de vereadores dissonantes com o disposto na Constituição Federal. Desta feita, houve a exoneração dos vereadores que não atingiram o novo quociente eleitoral determinado pela decisão do juízo de primeiro grau.

Com a concessão da cautelar, sendo esta referendada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, ocorreu a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, incidental, a fim de determinar a reintegração aos cargos de vereadores da Câmara Municipal de São João da Boa Vista, tendo em vista que a declaração de nulidade com efeitos retroativos ocasionaria repercussão em todo o sistema vigente, ou seja, a nomeação e posse dos candidatos que, por via de consequência influenciariam nas deliberações legislativas municipais nos diversos projetos e leis aprovados.

Para chegar a essa conclusão, o Ministro Gilmar Mendes lançou mão do direito comparado, com a doutrina dos Estados Unidos e de Portugal, que prevê expressamente na constituição o princípio da proporcionalidade, em uma ponderação de valores. Nesse sentido, aduziu não ser incompatível a modulação dos efeitos, para decisões de igual matéria, ainda que presente no mesmo ordenamento os controles difuso e direto. Ademais, argumenta o Ministro que não se trata de simples conveniência do julgador, mas sim de critérios constitucionais, consubstanciados na segurança jurídica e no excepcional interesse social, que seriam afetados caso a declaração tivesse efeitos retroativos, pelo que decidiu e foi referendado pelo Pleno do STF nos termos da relatoria.

Segundo Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2004), o principal problema observado na modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade na forma do artigo 27 da Lei nº. 9.868/99 são os efeitos para o futuro, em uma previsão idêntica a da Constituição austríaca, porém, sem o estabelecimento do prazo máximo de um ano, ficando a critério de conveniência do Supremo Tribunal Federal a partir de quando a nulidade incidirá sobre uma norma taxada de inconstitucional, tudo com fundamento nos princípios da certeza e da estabilidade das relações jurídicas, da proibição do enriquecimento sem causa, da presunção

da boa fé e da intangibilidade da coisa julgada. Princípios os quais, segundo a corrente comunitarista brasileira, poderão fazer com que os efeitos decorrentes da declaração de inconstitucionalidade possam ser temperados.

Nem mesmo se *quorum* fosse unanimidade do Pleno, decisões como essas poderiam ser consideradas legítimas, vez que não é dado ao Judiciário julgar com base meramente em argumentos utilitários do tipo custo/benefício. Isso pertence à esfera política. Essa forma de argumentar é política (*arguments of policy*), inteiramente inadequada ao discurso de aplicação da norma jurídica pelo Poder Judiciário. (CRUZ, 2004, p. 423)

Nesse sentido, e segundo Dworkin (2002), política consiste num padrão que estabelece um objetivo a ser cumprido, que gera uma melhoria em algum aspecto da comunidade. Está ligado a razões utilitárias, de bem-estar. Decidir com base em razões utilitárias, ou seja, que assim é certo, porque irá melhorar o bem-estar daquela comunidade, protegendo algum objetivo da comunidade como um todo, implica na utilização de argumentos de política.

Para Dworkin (2002), embora um princípio estabeleça um padrão que deve ser observado, porque é uma exigência de justiça ou moralidade, se interpretá-lo como uma expressão de objetivo poderá ruir a distinção entre política e princípio. Interpretar princípios de justiça como sendo declarações disfarçadas de objetivos é adotar uma tese utilitarista. Princípios e políticas são essenciais à justificação política, mas na aplicação do direito os juízes não poderão ir além de decisões políticas antes tomadas por outras pessoas. Seria legislar de forma delegada, sem se atentar para a distinção entre argumentos de política e de princípio.

Ao se justificar uma decisão política para fomentar ou proteger algum objetivo coletivo, tem-se um argumento de política. Ao demonstrar que uma decisão política respeita ou efetiva um direito de um indivíduo ou de um grupo, está se justificando ela (decisão) com argumentos de princípios (DWORKIN, 2002).

Para Habermas, no exercício da jurisdição constitucional não se pode lançar mão de critérios de utilidade, com base na ponderação de valores. A normatividade dos princípios impede que mais de um princípio se aplique ao mesmo caso por questões de preferibilidade, ou aplicação graduada de cada um. Tal técnica é incompatível com o Estado Democrático de Direito, posto se aproximar demasiadamente a jurisdição constitucional da atividade legisferante. (HABERMAS, 2003)

Nesse sentido, as decisões do Supremo Tribunal Federal no controle jurisdicional de constitucionalidade, cujos efeitos são para um momento no futuro, a critério da Corte, são

fundamentadas com base em argumento de política, pois calcadas em razões de bem-estar da comunidade, em vez de efetivar um direito da comunidade, consubstanciada na manutenção da higidez da norma constituinte dos demais poderes (Legislativo e Executivo), desvirtuando a finalidade do STF.

Mas não só, vê-se que, a pretexto de supostamente não agravar a situação de inconstitucionalidade observada, se negocia com a supremacia da Constituição a partir de sopesamento de valores, com vistas a suspender a normatividade constitucional. A indeterminação do direito em cotejo com a prática constitucional demonstra sérias tensões, mormente quanto ao princípio da Separação de Poderes.

Portanto, ante as controvérsias constatadas pela teoria constitucional no âmbito e pela forma do exercício da jurisdição constitucional no Brasil, mormente com a modulação no âmbito de um processo subjetivo, em que a parte se socorre ao Poder Judiciário e lhe é negado o direito - protelado para o futuro -, observa-se uma suspensão da Constituição a pretexto de cumpri-la.

3 ATOS DE POLÍTICA E A CONSTATAÇÃO DE ELEMENTOS DE ESTADO DE EXCEÇÃO NO BRASIL

Analisando os votos que fundamentam as decisões que modulam os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, observa-se que o Supremo Tribunal Federal pondera valores e bens, e mantém a violação da Constituição Federal ainda por um dado momento, fazendo uma negociação com ela. Segundo tal entendimento, a Constituição brasileira é entendida como uma ordem concreta de valores e que a decisão adequada seria aquela que mais se aproxime do princípio da dignidade da pessoa humana, sopesando bens e valores, quebrando o sistema jurídico (HABERMAS, 2003); (FERNANDES, 2011); (MEYER, 2008); (CRUZ, 2004); (CATTONI DE OLIVEIRA, 2006b).

Sucedem que as decisões jurisdicionais de constitucionalidade demandam uma interpretação reconstrutiva para aplicar o princípio adequado àquela situação, posto que em se tratando de normas, os princípios devem ser aplicados ou não, segundo um código binário (HABERMAS, 2003).

Nesse sentido, não seria legítimo ao STF, eis que atua como se fosse legislador constituinte permanente e prolata decisões de cunho utilitarista, estabelecendo em cada decisão, que necessite de modulação, novos valores, infringindo os procedimentos legislativos

democráticos. Ademais, ultrapassa os limites da divisão de poderes, prolatando decisões arbitrárias. Em relação ao passado, compreende-se que há uma leitura consistente do dispositivo em termos de aplicação dos princípios gerais do direito. Entretanto, quanto aos atos futuros, quanto a esse prazo de transição de matéria constitucional, apenas se mostra adequado pelos mesmos motivos dos casos do passado, com o fim de que a parte se adeque à decisão.

Não há dúvidas de que a função de guardião da Constituição remete necessariamente ao caráter político que assume o Supremo Tribunal Federal no novo texto constitucional. Afinal, a função de declarar o sentido e o alcance das regras jurídicas, especialmente na função jurisdicional de tutela da Constituição, traduz uma ação política ou, pelo menos, uma ação de inexorável repercussão política. (CITTADINO, 2009, p. 62)

Na conceituação feita por Agamben (2004), o estado de exceção se caracteriza pela suspensão da ordem jurídica, com abolição provisória da distinção entre os poderes legislativo, executivo e judiciário. Para o autor, tal estado de exceção (mesmo quando não expressamente declarado) faz-se presente como uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, até mesmo dos democráticos. No estado de exceção, o espectro do direito “se divide em uma pura vigência sem aplicação (a forma da lei) e em uma aplicação sem vigência: a força-de-lei.” (AGAMBEN, 2004, p. 93)

Em outras palavras, o estado de exceção é uma “abertura de um espaço em que aplicação e norma mostram sua separação e em que uma pura força-de-lei realiza (isto é, aplica desaplicando) uma norma cuja aplicação foi suspensa.” (AGAMBEN, 2004, p. 63). Desse modo, uma norma constitucional plenamente em vigor vê-se com sua aplicação suspensa por um ato decisório do STF, enquanto este mesmo ato, que não tem valor jurídico de lei, excluído que está do ordenamento jurídico, adquire “força-de-lei”, regendo a situação factual.

A zona de indeterminação entre direito e política, gestada no estado de exceção contemporâneo, mostra-se exposta na lógica utilitarista da qual faz uso o STF em suas decisões com modulação. Trazer tal discussão a lume pode auxiliar na reconstrução de um espaço político e de um espaço jurídico por excelência, cada um com sua própria lógica discursiva e critério bem definido de decidibilidade, principalmente porque em razão de um conceito interpretativo do direito, ele se mostra como um empreendimento público que trata todos como livres e iguais (DWORKIN, 2010) (DWORKIN, 1999).

Vale ressaltar, ainda, questão importante sobre a prática constitucional realizadas por Cortes Supremas referente à relação ou separação entre direito e política e o possível isolamento dos juízes que compõe a instituição.

Segundo Barry Friedman (2005) superar a separação entre direito e política faz-se necessária para compreensão mais ampla da prática constitucional ou dos processos de estabelecimento do significado da constituição. Para o autor, o exercício da revisão judicial dos atos do poder público ocorre em meio político, de forma que o local de tomada de decisão passa a ser semelhante a um fórum político deliberativo.

Ademais, para o Friedman (2005) reconhecer isso é passo fundamental para compreensão de que a legitimidade da jurisdição de âmbito constitucional está para além das próprias Cortes. Em outras palavras, a prática constitucional não pode ficar reduzida à aplicação ou não de um direito; ou que a determinação dos direitos constitucionais fica restritos à determinação isoladas de juízes que, no intuito de aplicar adequadamente o direito, são imparciais ou livre de influências (FRIEDMAN, 2005).

O que se vê, na verdade, é que a utilização dessa separação serve a intuítos estratégicos daquele que está decidindo, a denotar que ainda que se justifique uma limitação normativa de determinado texto, ela não permanece hígida em todo o processo decisório. Essa zona de indeterminação é importante para construção e reconstrução argumentativa da própria constituição.

Assim, para um tribunal, a fixação de uma interpretação das normas constitucionais poderá ocorrer a partir da suspensão da própria constituição, diante das particularidades dos casos, tendo em vista que a aplicação direta da norma resultaria em estado de inconstitucionalidade maior do que o levado à apreciação do tribunal.

Como ato de política ordinária e presente nas práticas essenciais do Estado – e, por que não, da prática constitucional -, o estado de exceção e o seu reconhecimento figura como meio para reforço ou reconstrução da legitimidade dos processos de decisão no STF, ao fortalecer o reforço do ônus argumentativo.

Diante disso, para uma aplicação do direito adequada e condizente com o Estado Democrático de Direito, é importante um engajamento das cortes constitucionais - fóruns deliberativos especiais - no intuito de buscar argumentos prevalentes em processos de persuasão. Não se trata de barganhar, mas de colocar o argumento de forma horizontal - em igualdade e consideração - para, impondo um ônus argumentativo, legitimar a decisão tomada, mormente quando em órgãos colegiados, isto é, corpos colegiados que tomam decisões conjuntas (MENDES, 2013).

Essa reconstrução discursiva da decisão judicial atribui uma maior legitimidade à decisão, eis que um mútuo respeito e consideração aos argumentos é concedido por meio da deliberação (MENDES, 2013) (DWORKIN, 1999).

Ao decidir segundo valores otimizáveis, conforme decide o Supremo Tribunal Federal nas sentenças transitivas, o órgão acaba não levando em consideração os argumentos de parte a parte. Tal fato se agrava, porque muitos Ministros já levam voto pronto para as sessões. Impedir, pois, essa mutualidade argumentativa, fecha os caminhos interpretativos, indo de encontro com a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, fazendo com que o corpo não chegue a uma decisão discursivamente legitimada. (FERNANDES, 2014, p. 236-250)

A qualidade da deliberação nas Cortes Constitucionais, é essencial à legitimidade da revisão judicial e ao papel do Poder Judiciário sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. É a partir desse processo dialógico, que também leva em consideração aqueles que submetem um caso perante a corte, que se legitima uma decisão, a fim de após colocar os argumentos para os demais juízes escrever a decisão correta para aquele caso, lembrando-se que se trata de uma palavra precária, porquanto essa decisão convida os atores políticos para dialogar sobre ela novamente¹ (MENDES, 2013).

Ademais, esse processo dialógico não ocorre tão somente entre as partes ou os interessados no processo em trâmite no Supremo Tribunal Federal. É que, conforme afirma Barry Friedman (2005), compreender o local - político - de exercício da revisão judicial implica reconhecer, ainda, uma gama de interações pessoais e institucionais que o tomador de decisão está sujeito.

A qualidade da deliberação tem total repercussão com a prática constitucional como um todo. A horizontalização argumentativa exige, ainda, por parte da instituição que decide a observância a uma rede de práticas e interações que orbitam aquele processo decisório. O STF, então, não se reporta tão somente de modo endógeno, aos próprios pares ou àqueles que formam a relação processual. Eles são influenciados por posturas de outras instituições que merecem respeito e consideração em suas posturas.

Como alertam Conrado Mendes (2013) e Virgílio Afonso da Silva (2013), em que pese a deliberação ser a forma mais adequada de tomada de decisão, ela exige disposição

¹ Por isso as críticas de entendimentos do STF que impedem a reanálise dos fatos sob o fundamento que se trata de uma Corte Extraordinária. Confira, nesse sentido: FERNANDES, Bernardo Gonçalves. MEIRA, Renan Sales de. **A Reconstrução discursiva dos Direitos Fundamentais no marco do Estado Democrático de Direito.** In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. *Direito Humanos e Direitos Fundamentais: diálogos contemporâneos.* Salvador: JusPodivm, 2013.

moral, intelectual e psicológica, ou seja, de uma virtude baseada num procedimento de tomada de decisões, o que a cada dia é reduzido pelo Supremo Tribunal Federal que em muitas vezes – não apenas em sentenças transitivas – recorre à estrutura da proporcionalidade, em face da estrutura “racional” dela, com vistas a justificar uma decisão, incompatível com paradigma do Estado Democrático de Direito. (FERNANDES, 2014, p. 236-250) (CATTONI DE OLIVEIRA, 2006b)

Os processos de interpretação e aplicação são um empreendimento público, de modo que todos deverão ser tratados como livres e iguais nesse procedimento, a fim de garantir legitimidade às decisões. A decisão realizada por uma Corte Suprema não tem repercussão tão somente nos interessados, mas muitas consequências poderão recair sobre várias outras questões similares.

As negociações com a Supremacia da Constituição indicam que as decisões do corpo colegiado do STF suspendem aplicação da Constituição, por meio de processos supostamente racionais, eis que, lastreados numa falsa compreensão metodológica, retiram, ainda que transitoriamente, a efetividade da norma constitucional, o que não se mostraria adequado numa leitura discursiva e dialógica dos processos públicos de tomada de decisão.

Diante disso, observa-se elementos de estado de exceção a partir de determinadas práticas constitucionais, principalmente quando da utilização de técnicas decisórias que se valem de argumentos falaciosos de uma compreensão metodológica que permite o controle pelo cidadão. O estado de exceção, para além da clássica suspensão temporária da legalidade, consiste em atos de política, cuja normalidade assusta, mormente quando vinda do Supremo Tribunal, mas, quase sempre vem encoberta no discurso de aplicação de direitos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu bojo normativo um rol muito extenso de direitos, decorrentes diretamente dos eventos históricos observados há pouco mais de 27 anos, referente à ditadura militar e aos atos institucionais sob os quais vivia o Brasil. Após diversos embates civis, o regime autoritário caiu. Pessoas saíram às ruas que, por meio de processos dialógicos e de participação efetiva nos processos de tomadas de escolhas políticas, fizeram com que nascesse a Constituição de 1988.

Sucedem os problemas institucionais não foram resolvidos com a Constituição de 1988, de modo que após esses anos de nova ordem constitucional o que se observa e

sobressai veementemente são crises de ineficiência institucional. O Legislativo não entra em acordo; ou aquilo acordado pelo Parlamento não é efetivado pelo Poder Executivo. Como resultado, tem-se certa supremacia do Poder Judiciário, que é provocado para que efetive os direitos deixados de lado pelos demais poderes.

Nesse sentido, casos de evidente inconstitucionalidade chegaram ao Supremo Tribunal Federal. Entretanto, tal vício de validade já percorria quase a mesma idade da Constituição, fazendo com que a Corte, fundamentado na Lei nº. 9.868/99, artigo 27, procedesse à modulação, tendo em vista relevante interesse social ou segurança jurídica das decisões, ou seja, um vício não tolerado poderia manter-se surtindo efeitos no mundo dos fatos e na vida da comunidade.

Analisando os votos que fundamentam as decisões que modulam os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, observa-se que o Supremo Tribunal Federal pondera valores e bens, e mantém a violação da Constituição Federal, ainda por um dado momento, fazendo uma negociação com ela. Segundo tal entendimento, a Constituição brasileira é entendida como uma ordem concreta de valores e que a decisão adequada seria aquela que mais se aproxime do princípio da dignidade da pessoa humana, sopesando bens e valores, quebrando o sistema jurídico. Em resumo, coloca o Brasil em constante e potencial estado de exceção.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Deciding without deliberating**. ICON (2013), Vol. 11 No. 3, 557–584. Disponível em: <<http://icon.oxfordjournals.org>>. Acesso em 10 de março de 2014.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº. 197.917-8/SP*. Plenário. Recorrente: Ministério Público Estadual. Recorrido: Câmara Municipal de Mira Estrela e Outros. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Publicado no DJ do dia 07/05/04. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em 08 de junho de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Questão de ordem em Medida Cautelar na Ação Cautelar nº. 189/SP*. Plenário. Requerente: Rudney Fracaro e Outros. Requerido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Publicado no DJ do dia 14/02/2005. Disponível

em:<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em 08 de junho de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus n. 103.412/SP*. 1ª Turma. Paciente: Sandro Tadeu de Moraes Leitão. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Ministra Rosa Weber. Publicado no DJ do dia 23/08/2012. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3862656>>. Acesso em julho de 2014.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido processo legislativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamento, 2006a.

_____. **A ponderação de valores na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal**: Um crítica teórico-discursiva aos novos pressupostos hermenêuticos adotadas na decisão do *Habeas Corpus* n. 82.424-2-RS. In: SAMPAIO, José Adércio. **Constituição e Crise Política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006b.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

_____. MEIRA, Renan Sales de. **A Reconstrução discursiva dos Direitos Fundamentais no marco do Estado Democrático de Direito**. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Direito Humanos e Direitos Fundamentais**: diálogos contemporâneos. Salvador: JusPodivm, 2013.

_____. **Direito Constitucional & Democracia**: entre globalização e o risco. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FRIEDMAN, Barry. **The politics of judicial review**. *Texas Law Review*, Vol. 84, pp. 257-337. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=877328. Acesso em 31 mar. 2015.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade, vol I e II.** 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003;

_____. **A inclusão do outro: estudos de teoria política.** Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy.** OUP Oxford, 2013.

MEYER, Emilio Peluso Neder. **A decisão no controle de constitucionalidade.** São Paulo: Método, 2008, (Coleção Professor Gilmar Mendes; 9).

MORIN, Edgar. **Ciência com consciência.** Tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 8. ed. Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 2005.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. 3. Ed. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003.