

# O ATUAL CONTROLE CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL E A MANUTENÇÃO DE UM CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO DE INSPIRAÇÃO SOCIAL HOJE: COGITAÇÕES SOBRE UMA *ADAPTAÇÃO CONSERVATIVA* DESTE MODELO POR MEIO DO *DIÁLOGO INTERCULTURAL JURÍDICO E JUDICIAL* PARA ESTE FIM

Moacir Camargo Baggio<sup>1</sup>

Resumo: O artigo que segue tem dupla intenção: primeiro, discutir a viabilidade e as possibilidades do controle concreto ou difuso de constitucionalidade, em seus moldes tradicionais, no Brasil da atualidade e no contexto do mundo contemporâneo, para, depois, apenas sugerir uma possível e diferenciada espécie de contribuição deste instrumental renovado para a manutenção de um constitucionalismo democrático de inspiração social, mesmo nos tempos críticos de hoje. Para tanto, trata, em sua maior extensão, justamente da problemática da *adaptação conservativa* das características essenciais deste modelo de controle judicial, que, ao final de tudo, melhor habilitar-lhe-iam a ser importante instrumental para uma discussão mais séria das concretas demandas por realização de direitos fundamentais, especialmente daqueles de índole social, no Brasil, já

---

<sup>1</sup> Doutorando em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Mestre em Direito e pós-graduado (Especialista) em Processo Civil pela PUC/RS (Brasil). Vinculado à Escola da Magistratura Federal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (EMAGIS) e componente do núcleo de estudos em Justiça Constitucional vinculado à FDUL/USP, coordenado pelo Prof. Dr. JORGE MIRANDA (geral) e Prof. Dr. FERNANDO DIAS MENEZES DE ALMEIDA (USP). Juiz Federal no Rio Grande do Sul, Brasil (TRF da 4ª Região).

a partir de direta ação do que denominamos aqui de “demandantes-cidadãos”. Parte, assim, da apresentação de uma rápida visão geral das origens, da inserção e da evolução deste modelo no sistema jurídico adotado pelo Brasil, destacando as dificuldades congêntas de sua adaptação, enquanto mecanismo de controle judicial de matriz norte-americana, a um já vigorante sistema jurídico pátrio de *Civil Law* (de origem lusitana, e, por conseguinte, de matriz europeia continental). Brevemente examinado o passado do sistema de controle de constitucionalidade como um todo e, mais especialmente ainda, do modelo concreto brasileiro, propõe um olhar sobre o presente e o futuro deste último instrumental limitador do poder político e garantidor dos direitos fundamentais, com breve menção a suas fraquezas e potenciais virtudes. Sobre o presente, apresenta, então, o agravamento das dificuldades para o devido acoplamento de tal modelo ao sistema jurídico nacional e às exigências pragmáticas da realidade atual, em função de problemas típicos da contemporaneidade. Sobre o futuro, parte do balizamento fornecido pela radicalização das posições teóricas do presente sobre a viabilidade desta forma de controle de constitucionalidade no país (que, no extremo, de um lado, propõem a extinção de tal forma de controle difuso - mantendo-se apenas o controle concentrado ou abstrato já existente, mas então a cargo de um Tribunal Constitucional a ser instituído - e, de outro, oposto, propõem sejam impostas transformações tão profundas ao modelo ora em foco que chegam a desnaturá-lo, quiçá, até o ponto de “desconectá-lo” ainda mais do sistema jurídico de direito continental vigente), tudo para sustentar a investigação das possibilidades de uma posição intermediária, dita *conservativa adaptativa* deste modelo atual, por mais viável, equilibrada e útil à própria defesa da Constituição e dos direitos fundamentais como um todo. Para a construção teórica desta posição, o trabalho parte da noção de *diálogo intercultural jurídico e judicial*, extraída em essência, de investigações conjuntas do ju-

rista francês Antoine Garapon e de seu colega norte-americano, Ioannis Papapoulos, aqui reconstruída, ainda que com certa licença às proposições originais daqueles autores e para os fins mais específicos deste texto. Tal noção particular, apesar de parecer encontrar inicial fundamento na já tradicional figura do Direito Constitucional Comparado comumente denominada de *empréstimo constitucional* (*Constitutional Borrowing*) ou em suas conhecidas derivações, pretende, em verdade, transcendê-las, sublinhando a importância do papel da prudente consideração e aplicação da tradição, da cultura, da história, e, em certa medida, enfim, de uma visão hermenêutica (filosófica e jurídica) desta problemática toda, tanto quando das alterações normativas sistêmicas ou isoladas, quanto da interpretação doutrinária e jurisprudencial das mudanças deste imprescindível mecanismo de controle constitucional no âmbito brasileiro – o que pode fornecer limites mais claros e possibilidades mais reais acerca das alterações que ele deve ou pode sofrer, sem necessariamente ter de ser extirpado ou transfigurado em algo que também não possa dar o que promete. Feito isso, sugere-se, muito brevemente, que um instrumental jurisdicional constitucional concreto ou difuso, assim reconstituído para os desafios da modernidade, teria melhores possibilidades e mais adequadas condições de lidar com as incessantes demandas sociais contemporâneas por realização desta espécie de direitos fundamentais, judicializadas com frequência inaudita no Brasil, tudo não só em termos mais legítimos e, pois, compatíveis com a responsável consideração da hodierna (e sempre tensa) relação “democracia-constitucionalismo”, mesmo em tempos de frequentes crises econômicas, políticas – e até humanitárias – em que todos estamos a viver.

Expressões-Chave: Justiça constitucional; controle concreto brasileiro; contemporaneidade; Direito constitucional comparado; “Empréstimos constitucionais” (*Constitutional Borro-*

wing); *Diálogo intercultural jurídico e judicial*; constitucionalismo democrático de inspiração social hoje.

## 1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS.<sup>2</sup>



contemporaneidade deslocou o campo de tratamento e resolução de certas problemáticas da justiça constitucional com uma intensidade nunca vista. Passaram elas do exclusivo âmbito interno e quase isolado dos Estados e de suas estruturas constitucionais próprias para um âmbito de consideração muito mais amplo e exterior a este estreito claustro jurídico-político. Esta é uma primeira inegável constatação que deve restar clara desde o início deste ensaio, por fundadora das assertivas e hipóteses que lhe sucedem para a construção da visão final por ele proposta.

De fato, como refere PERJU (2012)<sup>3</sup>, apesar de as for-

---

<sup>2</sup> O presente artigo é resultado parcial dos primeiros anos de doutoramento na FDUL (ano letivo de créditos – concluído; primeiro ano de pesquisas – em curso) e representa uma primeira aproximação mais concreta do tema constante do projeto da respectiva tese, sob orientação do Dr. Prof. Jorge Reis Novais, ora aprovado pelo Conselho Científico daquela instituição. Seu eixo central, ou núcleo substancial, foi utilizado para fundar as bases de mais um outro artigo e de um capítulo de coletânea de estudos sobre Justiça Constitucional, também já encaminhados à publicação, respectivamente, pela Revista da EMAGIS (Escola da Magistratura Federal da 4ª Região) e pelo núcleo de pesquisas em Justiça Constitucional da FDUL/USP, em estruturação, com variações de enfoque e aproveitamento da potencial multiplicidade de fins a que esta base fundamental de pensamento pode se prestar - em ensaios, todos estes, que buscam justamente testar, de forma preliminar, estas aparentemente múltiplas possibilidades atuais do tema de estudos escolhido para o referido projeto de tese.

<sup>3</sup> VLAD PERJU, Associate Professor, *Boston College Law School* and Visiting Associate Professor, *Harvard Law School* (Fall 2011), refere sobre o ponto: “All fields of knowledge are shaped by ideas that travel in time and space. From history to economics to the natural sciences, the circulation of ideas is both ‘a fact of life and a usefully enabling condition of intellectual activity’. Law is no exception. As Roscoe Pound remarked in *The Formative Era of American Law* (1938), the ‘history of a system of law is largely a history of borrowings of legal materials from other legal systems and of assimilation of materials from outside of the law.’ The devel-

ças históricas e políticas sempre terem moldado diversas áreas do conhecimento humano, dentre as quais, também o Direito, proporcionando até mesmo a circulação de material normativo e jurisprudencial, mesmo entre sistemas jurídicos distintos, esta realidade intensificou-se no século XX, mormente após o segundo pós-guerra. E assim acabou por dar-se também no que tange ao Direito Constitucional, inclusive, por meio das chamadas migrações, transferências ou *empréstimos constitucionais*.

Um incremento ainda maior destas possibilidades de circulação ou transferência de experiências, estudos e princípios constitucionais seguiu-se, depois, com uma relativamente recente, mas extraordinária, ampliação dos meios de comunicação e de sua velocidade, em escala internacional, bem como das oportunidades de trocas teóricas diretas entre acadêmicos de diferentes partes do mundo.

Não é por outro motivo, pois, que VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA (2011, p.135), já teve oportunidade de anotar que o estudo do *empréstimo constitucional*<sup>4</sup> é “um importante campo de pesquisa em direito constitucional, ao qual se dá cada vez maior atenção”.

Contudo, no âmago desta nova realidade moderna, ex-

---

opment of the English common law, the Roman-Canonic *jus commune*, and the advent of constitutionalism in the second half of the twentieth century are examples of phenomena in which the circulation of legal norms and ideas changed not only legal systems but also the course of history (...). Faster means of communication, the ease of travel, and the globalization of legal education contribute to the intensification of constitutional borrowing. As Sujit Choudhry has recently noted, ‘the migration of constitutional ideas across legal systems is rapidly emerging as one of the central features of contemporary constitutional practice.’” (p.1).

<sup>4</sup> Por *empréstimo constitucional* aquele autor entende o seguinte: “Esse termo designa, de maneira geral, as influências constitucionais de diversos países e, mais especificamente, ‘inclui transplantes e adaptações, reconhecidas ou não, em qualquer estágio de criação de um sistema constitucional ou em seus desenvolvimentos e usos subsequentes’ [citando BARRY FRIEDMAN e CHERYL SAUNDERS, “Symposium – Constitutional Borrowing. Editor’s Introduction. International Journal of Constitutional Law 1 (2003), p.177].

perenciada no estudo comparado do constitucionalismo contemporâneo, reside um problema essencial. Este problema foi muito bem apontado por GARAPON & PAPAPOULOS (2008, p.1), mas parece ser insuficientemente enfrentado ainda hoje nesta área do conhecimento<sup>5</sup>: por conta de todas as extraordinárias facilidades comunicativas, mas também da consideração deficiente do significado contextualizado destas experiências, teorias e princípios alienígenas, há uma grave possibilidade de incompreensão e de ocorrência de perigosos mal-entendidos quando de sua utilização nos ambientes locais receptores.

Isso quer dizer que por conta do grande incremento dos estudos comparativos de direito constitucional e da efetiva troca hodierna de experiência entre tribunais, doutrinadores e legisladores, passamos, por vezes, a acreditar que somos muito parecidos uns com os outros, quando, em realidade, ainda somos bastante diferentes.<sup>6</sup> Como referem aqueles juristas, “pensamos que as mesmas coisas se encontram por detrás das palavras, ou seja, que [por exemplo] um ‘judge’ é um juiz, que o ‘trial’ é um processo”, tudo “sem perceber que elas procedem de *representações coletivas* muito diferentes.”<sup>7</sup> Agimos como se as tradições, aparentemente esfaceladas sob a pressão da homogeneização do contemporâneo, nada mais representassem.

Entretanto, por detrás desta inegável aproximação material atual entre os diversos modos de enxergar o fenômeno jurídico do constitucionalismo e de realizar a sua efetivação por meio do instrumental da justiça constitucional, e mesmo por debaixo dos próprios grandes sistemas jurídicos, também em vias de efetivo acercamento (SEGADO, 2003, 2004), per-

---

<sup>5</sup> Aliás, é o próprio PERJU que adverte na sequência de seu escrito citado na nota anterior sobre as surpreendentes deficiências ainda presentes no campo do *comparative constitutional law* e, particularmente, do *constitucional borrowing*, apesar da extraordinária difusão da matéria mencionada alhures (p.1).

<sup>6</sup> GARAPON e PAPAPOULOS (2008, p.1).

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 1-2.

siste ainda outro fenômeno de invulgar importância. Trata-se do que os mesmos GARAPON & PAPAPOULOS (2008, p.1-2) denominaram de “uma *fratura cultural interna do Ocidente*”.

Tal fenômeno consiste justamente na percepção da existência de um relevante conjunto de dificuldades de compreensão mútua já entre os grandes sistemas jurídicos do próprio Ocidente, ou seja, da *Common Law* e do Direito Continental. E isso a partir das profundas diferenças de seus originais universos culturais<sup>8</sup>, tradicionais, históricos e de suas vivências práticas dinamicamente transformadas ao longo do tempo – diferenças estas que, no mínimo, haveriam de ser mais cuidadosamente consideradas e analisadas, se fosse o caso de realmente se pensar em transplantes ou migrações constitucionais sérias e sustentáveis entre modelos ou sistemas jurídicos, com possibilidade de êxito real.

Logo, para enfrentar este tipo de dificuldade no estudo

---

<sup>8</sup> GARAPON e PAPAPOULOS referem: “A cultura fascina na medida em que nos escapa. Procuramos captá-la. Ela foge. Defini-la? Ela se mostra rebelde a todo aprisionamento em conceito. (...)” (p.5). Mas há aproximações possíveis: “A cultura é aquilo que é dado, o ‘já presente’, o sentido depositado no espírito dos membros de um mesmo povo, na maioria das vezes, de modo inconsciente. (...)” Por exemplo, “... a leitura de Dworkin é extremamente árdua para alguém que não conhece o direito constitucional americano e, sobretudo, o estilo das decisões da Suprema Corte.” (p.5). Mas, mais precisamente, a “cultura jurídica seria o último avatar do que MONTESQUIEU inaugurou com o ‘Espírito das Leis’, a ancestral de uma família de noções que giram em torno dessa realidade obscura: ‘o espírito objetivo’ em HEGEL, a ‘totalidade significativa’ de DILTHEY, a ‘consciência coletiva’ de DURKHEIM, a ‘cultura’ para a antropologia norte-americana, e os ‘sistemas simbólicos’ segundo os antropólogos estruturalistas.” (p.7). No entanto, a uma concepção determinista de cultura, devemos opor uma visão mais dinâmica, nos dizem aqueles autores (p.8). Isso nos levaria ao verdadeiro papel da cultura, no campo do jurídico, que talvez melhor nos revele algo de sua real natureza: “O papel da cultura deve ser compreendido de maneira mais modesta e mais justa: ela não dita nada, não constrange a vontade política, não paralisa os determinismos sociológicos, jamais imuniza completamente contra as derivas mais graves, mas *sim, as favorece ou impede, as prepara ou retarda. Assim, a cultura não dita solução alguma – ela estabelece a tela de fundo conceitual sobre a qual os debates passam a ter sentido.*” (p.9-10 – destaquei).

deste relevante campo do Direito Constitucional contemporâneo, com este sentido de *prudência* e diferenciada responsabilidade, é que os autores antes referidos sugerem a adoção da metáfora do *diálogo* entre culturas jurídicas<sup>9</sup> distintas. Quer dizer, antes da *metáfora da guerra*<sup>10</sup> entre sistemas ou culturas jurídicas diversas (ou da *negação* de uma por outra, porque supostamente *superior*), ou, noutro extremo, antes da *mimetização* de sistemas ou culturas diferentes com excessiva rapidez (ou de uma urgente aceitação *assimilacionista* de um por outro), existe um *caminho do meio* a ser trilhado; um caminho de cautela que poderia ser denominado de via do “*diálogo jurídico intercultural*” – e, também, de via do “*diálogo judicial intercultural*”.

Este, pois, os contornos básicos e rudimentares deste primeiro conceito-chave neste ensaio, que representa, como se vê, um instrumental de enfrentamento das dificuldades atuais de adaptação dos sistemas de controle de constitucionalidade aos desafios do mundo moderno e, até mesmo, de um modo de melhor tratamento ou até de superação de heranças jurídico-históricas de certo “teor negativo” nesta área.

Nesse ponto é que entra em cena a peculiar *problemática brasileira do controle difuso ou concreto da constituciona-*

---

<sup>9</sup> Dizem GARAPON e PAPAPOULOS (2003), que “A cultura jurídica interna é constituída pelas atitudes, crenças, raciocínios, percepções, valores mais ou menos explícitos, comuns a um grupo de profissionais do Direito. Assim os juristas da ‘common law’ têm uma cultura oral da audiência, ao passo que seus homólogos franceses estão voltados para o texto e para o processo. É interessante comparar, por exemplo, o que cada cultura torna opaco ou transparente, o que ela escolhe formular e o que ela conserva implícito. (...)” (p.13).

<sup>10</sup> Ainda sobre a opção do diálogo, os autores: “Trata-se de duas maneiras de reduzir essa fratura; dramatizando-a pela metáfora da guerra ou, ao contrário, minimizando-se pela hipótese – aceita com excessiva rapidez – de uma convergência de modelos. Contra a guerra das culturas ou o concerto das nações propomos um *terceiro modelo: o do ‘diálogo’*. Este diálogo requer, primeiramente, um reconhecimento mútuo, ou seja, entre outros aspectos, assumir a *relatividade da cultura*, ao invés de afirmar categoricamente sua superioridade. Mas a ‘common law’ e a cultura jurídica francesa compartilham igualmente uma mesma herança democrática.” (p.2 - destaqueei).



lidade, já que justamente possui configurações que exacerbam de modo muito especial a questão da necessidade da construção atual de algo como um caminho de *diálogo intercultural – jurídico e judicial* – para o seu enfrentamento teórico. Isso para não se falar da real dificuldade e intenso desafio que tal problemática representa para a permanente edificação concreta de uma justiça constitucional nacional moderna, em seu todo, habilitada a tornar-se mais eficiente e apta a auxiliar numa permanente concretização dos direitos fundamentais.<sup>11</sup>

Este artigo, em última análise, versa, então, precisamente sobre uma tentativa de consideração conjunta destes pontos de relevo já mencionados.

Objetiva verificar se é possível, *a uma*, obter hoje um instrumento de justiça constitucional mais moderno, mas ainda afinado com o contexto brasileiro, com suas tradições passadas e com suas especiais necessidades presentes e futuras no âmbito das relações jurídicas, políticas, sociais e mesmos econômicas, bem como atento também a inevitável inserção do Brasil e de seu ordenamento jurídico no mundo globalizado. Almeja, depois, *a duas*, examinar se parece viável, a partir disso, concluir que assim se encontrará um modo mais apto de tratar da legítima preservação e consolidação de direitos fundamentais de natureza social, no campo da prestação jurisdicional concreta e de índole constitucional.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> Ainda mais particularmente, numa progressiva materialização daqueles direitos de índole social, tarefa esta, como se sabe, especialmente mais delicada no âmbito de Estados de Direito e democráticos na atual quadra da história.

<sup>12</sup> Quer dizer, abordando-se a questão dos propósitos deste escrito por um ângulo um pouco diverso, tem-se que este ensaio foca, inicialmente, na seguinte ordem de indagações: na intrincada *problemática do controle difuso de constitucionalidade brasileiro contemporâneo*, o que terá o *diálogo jurídico e judicial intercultural* a nos ensinar, particularmente acerca da *viabilidade atual daquele modelo difuso*, no quadro da modernidade e de um complexo sistema misto de controle, como hoje é o do Brasil? Mais: se ainda viável ou necessário o dito modelo concreto e difuso, *como poderá* a consideração do *diálogo intercultural jurídico e judicial* nos auxiliar a *melhor compreender e solucionar* estas questões fundamentais da complexa justiça constitucional brasileira, tanto do ponto de vista teórico como concreto, que

De resto, saliente-se que é proposição inicial desta investigação, ainda, a afirmação da noção de que tudo isso pode ser levado a termo com a agregação de outros tantos ganhos inerentes a esta adaptação conservativa.

Assim, [a] seria possível, por exemplo, obter uma espécie de “bengino efeito colateral” avindo daí, de maior respeito por importantes princípios jurídicos do que o que hoje se verifica na prática judiciária do Brasil, tais como, *v.g.*, o de uma maior observação da separação dos poderes e o do devido respeito às decisões da maioria sem que se descure de uma devida e adequada proteção das minorias na realidade jurisdicional nacional; [b] seria possível obter, a partir disso também, um incremento da legitimidade das decisões judiciais desta sensível natureza; e, por fim, ainda de forma exemplificativa, [c] seria possível obter a apropriação de uma enorme vantagem político-jurídica para a sociedade como um todo, consistente no fato de que tudo isso possa ser feito já a partir da ação direta daqueles que aqui são denominados de “demandantes-cidadãos”<sup>13</sup> – isto é, sem qualquer intermediação institucional ou de terceiro não interessado para a defesa de seus “interesses e direitos”<sup>14</sup>.

---

sabidamente são de difícil enfrentamento e manejo, especialmente no cenário da contemporaneidade? Já no que concerne ao segundo ponto antes mencionado, sob esta perspectiva este trabalho acaba apenas sugerindo, a partir daí, que, assumidos como corretos os pressupostos [i] da necessidade da manutenção do modelo de controle concreto brasileiro, bem como da impositividade [ii] das devidas adaptações advindas do diálogo intercultural jurídico e jurisdicional para aquela adequação conservativa, poder-se-á ter em mãos um instrumental jurisdicional-constitucional de enorme relevo teórico e prático. Um instrumental que, de fato, tem fortes possibilidades de tornar-se mais apto a atuar na defesa, consolidação e concretização destes direitos fundamentais, inclusive sociais, na contemporaneidade.

<sup>13</sup> Outro “conceito-chave” ou termo que será bastante utilizado neste ensaio, mas que terá seus contornos mais bem definidos apenas adiante, ao longo do texto e também por remissão expressa a outros escritos em que ele também foi empregado e definido.

<sup>14</sup> Ou, se assim se preferir, de suas visões necessariamente “parcializadas” sobre estes seus supostos direitos maiores – e, pois, no jogo processual, também salutarmente “contraditadas” à altura, por visões jurídicas e interesses opostos, de

Ou ainda melhor dizendo, quanto a este terceiro item: tudo com a apresentação não intermediada das visões particularmente interessadas dos tais demandantes-cidadãos sobre o significado e extensão de seus supostos direitos fundamentais, alegadamente violados ou afetados negativamente em alguma ocorrência concreta do mundo das coisas.<sup>15</sup>

É claro, entretanto, que este artigo não pretende dar conta de testar todas estas proposições ou de responder por inteiro a todos estes questionamentos. Aqui não há espaço para tanto, nem este é o lugar adequado para tal exaustiva empreitada.

Baseando-se em nossos estudos anteriores sobre a matéria<sup>16</sup>, bem como em nossos atuais esforços de pesquisa muito mais amplos e sistemáticos, focados no tema da viabilidade e validade atual da Justiça Constitucional brasileira em sua modalidade difusa ou concreta<sup>17</sup>, a pretensão aqui terá de ser a de apenas fornecer um mero vislumbre das possibilidades deste enfoque ou destas proposições pretensamente algo diferenciadas.

Para tanto é que a apresentação vindoura se estrutura da seguinte forma ligeira: primeiro, apresenta-se uma rápida visão geral das origens, da inserção e da evolução deste modelo de controle constitucional em nosso sistema jurídico, destacando-se as dificuldades congênicas da adaptação de um mecanismo judicial de matriz norte-americana, para a fiscalização da cons-

---

igual quilate.

<sup>15</sup> Sem perda de efetividade (senão, talvez, ganho) quanto às possibilidades de concretização cabível de tais direitos, como se pretende ao menos deixar bem indicado adiante.

<sup>16</sup> Especialmente em relatórios de conclusão de disciplinas do doutoramento na FDUL, citados oportunamente.

<sup>17</sup> Particularmente no Projeto de Tese apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - FDUL, em abril de 2015, sob o título provisório de *Em defesa do controle difuso de constitucionalidade no Brasil: pela sua adaptação através de um “diálogo intercultural” jurídico e judicial*, e que ora se encontra aprovado pelo Conselho Científico daquela instituição (desde junho deste mesmo ano) e, pois, em fase de pesquisa, orientação e redação, para futura defesa pública.

titucionalidade, em um sistema jurídico de *Civil Law*.

Brevemente examinado o passado, com bosquejos sobre a evolução do sistema de controle como um todo, propõe-se um rápido olhar sobre o presente e o futuro deste modelo específico de controle difuso ante a tais desenvolvimentos.

Sobre o presente, expõe-se o agravamento das dificuldades para o devido acoplamento deste modelo difuso ao sistema jurídico nacional e às exigências pragmáticas da realidade atual, em função de problemas típicos da contemporaneidade.

Sobre o futuro, finalmente, parte-se do balizamento fornecido pela radicalização das posições teóricas do presente, que versam sobre a viabilidade desta forma de controle de constitucionalidade – que, no extremo, de um lado, propõem a extinção do controle difuso, e, de outro, propõem transformações tão profundas que chegam a desnaturá-lo –, tudo para sustentar-se a investigação da viabilidade e das possibilidades de uma posição intermediária, dita *conservativa adaptativa* deste atual modelo difuso de controle.

Para assim posicionar-se, a investigação procura fornecer um início de resposta à primeira ordem de indagações anteriormente feitas. Ou por outra: procura explicitar *por que se entende que o modelo difuso de controle de constitucionalidade mereça, deva e possa ser conservado em sua essência*, apesar da evidente necessidade de sua adaptação à realidade presente – considerando-se, aí, também a questão do dito diálogo intercultural jurídico e judicial.

Adiante, para a construção teórica da posição *conservativa adaptativa* do controle difuso de constitucionalidade brasileiro, o trabalho parte da noção de *diálogo intercultural* jurídico e judicial, já precariamente explicitada, que, por sua vez, necessita também da elaboração de um seu melhor esboço para tanto.

Com isso, torna-se possível iniciar a resposta às indagações antes declinadas com sendo objeto de enfrentamento neste

trabalho. Vale dizer, trata-se de verificar, neste ponto, *como, de fato, seria possível buscar a dita adaptação conservativa do modelo de controle difuso, a partir do uso do dito diálogo intercultural jurídico e jurisdicional.*

Em suma, quanto a esta primeira e mais extensa parte do trabalho: *por que precisa e como pode a Justiça Constitucional brasileira* hoje, enquanto instrumental da realização do constitucionalismo em ambiente democrático, *ter um controle difuso (concreto) de constitucionalidade capaz de lidar com a realidade moderna*, são as questões que deverão ser objeto de rápido enfrentamento neste trabalho.

Feito isso, por fim, restará espaço suficiente apenas para sugerir de forma muito breve que este instrumental jurisdicional-constitucional concreto (ou difuso), reconstituído nestes termos, teria melhores e mais adequadas condições de lidar com as incessantes demandas sociais contemporâneas por realização desta espécie de direitos fundamentais, da forma como já mencionado.<sup>18</sup> E haverá de menos se tentar cogitar articuladamente, nesse passo, que esta remodelação contida do sistema de controle judicial constitucional possa ensejar um melhor enfrentamento destas sensíveis problemáticas do direito constitucional substancial de hoje, não só em termos mais legítimos, bem como mais compatíveis com uma consideração responsável da moderna, e sempre tensa, relação entre a democracia e o constitucionalismo.

## 2 O PASSADO HOJE: UMA COMPREENSÃO DO PRESENTE DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO A PARTIR DE UM BREVE OLHAR PARA O PASSADO.

---

<sup>18</sup> Ou seja, ao contrário do que ordinariamente talvez se pense hoje majoritariamente no contexto deflagrado mencionado e desde que o significado desta espécie de jurisdição seja revisitado, para fins da contenção de excessos ilegítimos e adequação e incremento da legitimidade e eficácia da prestação jurisdicional daí decorrente.

O sistema brasileiro de controle *judicial*<sup>19</sup> de constitucionalidade nasceu já com a Proclamação da República, no final do século XIX<sup>20</sup>, sob inspiração direta do modelo norte-americano<sup>21</sup>. No entanto, quase<sup>22</sup> toda a herança jurídico-

<sup>19</sup> Sob a Constituição Imperial de 1824 não havia sistema de controle de constitucionalidade que se assemelhasse aos modelos modernos, já que então: (a) imperava “o dogma da soberania do Parlamento” [Cf. GILMAR MENDES (2008, p.1035-6); e (b) a instituição do *Poder Moderador* também não contribuía para que se pudesse pensar em uma forma de controle jurisdicional nos termos já então instituídos nos Estados Unidos da América [Cf. JORGE MIRANDA (1968, edição de 2007, p.55-6); também Gilmar MENDES (p. 1036)]. Vale dizer, além de outras implicações, a própria noção ou mecânica do sistema norte-americano dos chamados *freios e contrapesos* entre os poderes era concebida de um modo muito distinto.

<sup>20</sup> Cf. BARBOSA, Rui. *Os Actos Inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. Capital Federal: Companhia Impressora, 1893, p.30, *apud* Marcus Firmino SANTIAGO (2013, p.14.304); GILMAR MENDES (2003, p.1037-8); PAULO BONAVIDES (2004, p. 322 e ss); Carlos BLANCO DE MORAIS (2006, p.283 e ss.); JORGE MIRANDA (2002, p.216 – que reconhece, por sua vez, também a influência da solução brasileira sobre a Constituição Portuguesa republicana, de 1911; Jorge REIS NOVAIS (2012, p.189).

<sup>21</sup> Para considerar a influência do jurista RUY BARBOSA nesta notória ocorrência histórica, confira-se o artigo de LEONEL SEVERO DA ROCHA, “A institucionalização do republicanismo no Brasil: O papel de Rui Barbosa na Constituição de 1891”. In: CANOTILHO e STRECK (coord.). *Entre Discursos e Culturas Jurídicas*. (s.d., p.47-80). *Vide* também, para razões deste quadro, Elival da Silva RAMOS (2012, p.63-87). E ainda, de forma mais desenvolvida, do mesmo autor *Controle de Constitucionalidade no Brasil: Perspectivas de Evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010 (particularmente a Seção I do Capítulo II – Evolução histórica). Verificar, ainda, diretamente o que se encontra estabelecido na 1ª Constituição Republicana brasileira, de 24 de fevereiro de 1891, desde o seu título “Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil”, passando, *v.g.*, pelo contido em seu Preâmbulo (“No, os Representantes do Povo Brasileiro...” e, ainda, nos seus artigos 1º (“A nação brasileira adopta como forma de governo, sob o regimen representativo, a Republica federativa, proclamada a 15 de Novembro de 1889, e constitue-se, por união perpétua e indissolúvel de suas antigas províncias, em Estados Unidos do Brasil”), artigo 2º (“Cada uma das antigas províncias formará um Estado e o antigo município neutro constituirá o Districto Federal, continuando a ser a capital da União...”), no artigo 15 (“São órgãos da Soberania nacional os poderes legislativo, executivo e judiciário, harmonicos e independentes entre si.”), no artigo 16 (“O poder legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da Republica. § 1º. O Congresso Nacional compõe-se de dois ramos: a Camara dos Deputados e o Senado. (...”), no artigo 41 (“Exerce o poder executivo o presidente dos Estados Unidos do Brazil, como chefe electivo da nação...”, nos artigos 55 e seguintes, que dispõem sobre o Poder Judiciário (“Art. 55. O poder judiciário da União terá por orgams um

cultural brasileira anterior é lusitana<sup>23</sup>, filiando-se o direito brasileiro, por consequência, em suas raízes, ao sistema romano-

---

supremo tribunal federal, com sede na capital da Republica e tantos juizes e tribunais federaes, distribuídos pelo paiz, quantos o congresso crear.”), tudo conforme consta dos comentários de JOÃO BARBALHO UCHOA CAVALCANTI àquela Constituição (BARBALHO, 1902 – ortografia original). Vide tb. CARLOS MAXIMILIANO (1918, p.88), que afirma: “Foi convocada a Constituinte para 15 de Novembro de 1890, um anno após o desmoronar suave e definitivo do Império. (...) Manteve-se a responsabilidade nominal da Commissão dos cinco pelo que o Governo offereceu ao Congresso; porém, no Brasil, em geral, se acreditou, sem fundamento aliás, que o admiravel projecto definitivo de Constituição era trabalho exclusivo de quem se limitára a retocar a obra alheia, do *Ministro Ruy Barbosa, em summa. Este e a Comissão foram profundamente influenciados pelo exemplo norte-americano.*” (Ortografia original mantida – destaquei). Aliás, nesse sentido, veja-se, v.g., sobre o preâmbulo da Constituição de 1891, o que o mesmo autor diz em seus comentários respectivos (*Ibid.*, p.123, item 90): “(...)Começa pelas palavras – ‘nós, os representantes do povo brasileiro.’ Caiu a emenda Américo Lobo, que propunha outra formula – ‘nós, os representantes dos Estados Unidos do Brasil.’ Preferiu-se, a exemplo da America do Norte, deixar bem claro que a lei fundamental era obra do povo brasileiro em seu conjuncto, sem distincção de Estados.”

<sup>22</sup> Cf. Arno WEHLING e Maria José WEHLING (2004, p.9-12 e p.18-23).

<sup>23</sup> Cf. Antônio WOLKMER (2003, *passim*); A. WEHLING e M.J. WEHLING (2004, p. 13); CARLOS MAXIMILIANO (1918), particularmente na Introdução aos seus comentários à Constituição Brasileira, intitulada “Origem e Evolução do Direito Constitucional Brasileiro”, p.9 e ss. (“1- Provieram da Europa, transmitidas pelos portuguezes, as primitivas instituições politico-juridicas do Brasil, que, em 1500, apenas conhecia a organização embryonaria das tribus indigenas.” – ortografia original mantida). Ainda, para uma impressão crítica sobre a herança colonial portuguesa, no que respeita a aspectos culturais, sociais e jurídico-políticos (1500-1822), bem como para o desenvolvimento destes aspectos nos períodos posteriores a independência, no que diz respeito às ainda fortes influências portuguesas, designadamente no período de 1822-1889 (Primeiro e Segundo Reinados) e de 1889-1930 (Primeira República) vide JOSÉ MURILO DE CARVALHO, 2015, pp. 23 e ss.. Já para uma mais ampla e completa exposição do paralelo desenvolvimento subsequente da organização judiciária, bem como do alcance da prestação jurisdicional (inclusive em termos de controle de constitucionalidade) no oitocentos (ou seja, mais ou menos no mesmo período pós-independência do Brasil, no curso do século XIX), consultar a singular obra da Prof. Dra. ISABEL MARIA DOS SANTOS GRAES, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL), intitulada *O Poder e a Justiça no Século XIX* (2014) – ou na sua versão original, como tese de doutoramento por aquela mesma universidade: *Do Supremo Tribunal de Justiça à desconstrução do Poder Judiciário em Oitocentos*. Tese de doutoramento em Direito, ramo de ciências Histórico-Jurídicas, na especialidade de História do Direito – Universidade de Lisboa – Faculdade de Direito (FDUL), 2010.

germânico<sup>24</sup> (isto é, ao também assim chamado Direito Continental ou ao sistema de *Civil Law*).

Essa realidade trouxe desde o início<sup>25</sup> alguns problemas para uma adequação do controle difuso ao contexto brasileiro, nomeadamente nas questões de *segurança jurídica* e *isonomia* na prestação jurisdicional constitucional.<sup>26</sup>

Historicamente, é certo, foram concebidos instrumentos para mitigar este problema, seja através da concepção das *reso-*

---

<sup>24</sup> Cf. RENÉ DAVID (1986, p.61 e ss.).

<sup>25</sup> Note-se que aqui traçamos uma linha distintiva bastante clara: interessa-nos, de momento, a *instauração da Justiça Constitucional propriamente dita no Brasil*. Isso não muda o fato de que o Direito Constitucional já vinha sendo estudado aqui, pioneiramente, bem como a realidade de que se pode falar, num certo sentido, de *controle político* de constitucionalidade já na monarquia constitucional brasileira. Para a primeira afirmação, verificar FERNANDO DIAS MENEZES DE ALMEIDA (2012, p.366-73). Para a segunda assertiva, confira-se CARLOS BASTIDE HORBACH (2013), que critica a tendência à comum afirmação de que *o controle de constitucionalidade no Brasil nasce com a República* [citando afirmação, v.g., de LUIS ROBERTO BARROSO nesse sentido]. De fato é preciso esclarecer que, tal como dava-se, v.g., no âmbito das Constituições monárquicas de Portugal (de 1822, 1826 e 1838), onde, no período de 1822 a 1911, a fiscalização é puramente política (cf. JORGE MIRANDA, 1993a, p.169), *havia um sistema de controle jurídico-político sob a Constituição Imperial brasileira*. Aliás, HORBACH vai mais longe ao afirmar que “...se é correto afirmar que não havia no Império um controle judicial da constitucionalidade das leis, não menos correto é assentar que se desenvolveu, durante o regime de 1824, um interessante sistema de controle *jurídico-político* de constitucionalidade, por meio do qual várias leis foram consideradas inconstitucionais e que propiciou, até mesmo, a formulação de técnicas decisórias assemelhadas à moderna interpretação conforme à Constituição.” Cita ainda a pesquisa de JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES que resgataria este histórico: *O Oráculo de Delfos. O Conselho de Estado no Brasil-Império*, 2010. Sobre o tema, cf.tb. Elival RAMOS (2010, item “A Constituição do Império e o controle político”, p.177 e ss.).

<sup>26</sup> Cf. Elival RAMOS (2010, p.188 e ss., em especial em: “Primeiras adaptações ao *Civil Law* e ao Estado Social: a Constituição de 1934”). Note-se que o autor relata a existência de anteprojeto de alteração constitucional, já nessa época, para que o STF fosse reformulado, ganhando as feições de um Tribunal Constitucional europeu, que acabou por não vingar. Tb.assim RAMOS, 2012, p. 167. Aliás, o problema já é referido há muito, pelas mesmas causas, por MAURO CAPPELLETTI, em *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, de 1978, em especial no §4 do cap.III, “Inconvenientes do sistema difuso nos países de base romanística”, p.76-80 (Cf. CAPPELLETTI, 1999, ed. orig.em português de 1984).



luções senatoriais ou da regra do *full bench* (desde 1934)<sup>27</sup>, seja mesmo, mais tarde, através da *hibridização do sistema*, com o progressivo incremento da adoção de instrumentos de *controle concentrado*<sup>28</sup>, que chegou ao seu ápice no período pós-constituição de 1988.<sup>29</sup> Ocorre que tais modificações, da forma como levadas a cabo, jamais se mostraram suficientes para dar conta de bem equacionar esta complexa problemática.

Já à altura das primeiras tentativas nesse sentido e hoje, mais ainda, ante o *espírito do tempo* contemporâneo, em que são exigidas respostas judiciais demasiado céleres e em grande quantidade (OST, 2005)<sup>30</sup>, agravou-se enormemente a questão da não-adaptação completa do controle difuso ao sistema brasileiro de *Civil Law*.

---

<sup>27</sup> Diz o mesmo autor (RAMOS, 2012, p.195): “Com as resoluções senatoriais, suspensivas da execução das leis ou atos normativos, declarados inconstitucionais, incidental e concretamente, pelo STF, procurou-se obviar o notório inconveniente da disparidade das decisões que o sistema do controle de constitucionalidade de matriz estadunidense provoca em ordenamentos filiados ao *civil law*, desconhedores da regra do *stare decisis*, sem abalar, entretanto, as vigas mestras do sistemas.” Recorde-se que na mesma ocasião foi inserido no ordenamento o instituto do *Full Bench* (regra da *reserva de plenário*) (*Ibid.*, p.191 e ss.)—ambos persistem na CF/88, artigos 52, X, e 97. Cf.tb. ALEXANDRE DE MORAES (2004, p.611 e ss. e p.612 e ss.).

<sup>28</sup> Cf. RAMOS (2010, p.203 e ss., “A Constituição de 1946 e a introdução do controle abstrato de normas”).

<sup>29</sup> Cf. RAMOS (2010, p.213 e ss., “A evolução do sistema à luz da Constituição de 1967/69”, e p. 223 e ss., “A Constituição de 1988 e a configuração atual do Sistema Brasileiro do controle de Constitucionalidade”; tb., para uma síntese de todo o período, RAMOS (2012, p.73 e ss.). Para uma síntese da evolução do controle de constitucionalidade no sistema brasileiro, cf. tb. Gilmar MENDES *et alli* (2008, p.1035-62.); para igual finalidade, na doutrina estrangeira próxima, cf.: JORGE MIRANDA (2013b, p.133 e ss.); BLANCO DE MORAIS (2006, p.282-8, item “Circulação do modelo judicialista difuso: menção particular ao sistema brasileiro”).

<sup>30</sup> Cf. tb. BARBAS HOMEM, “*O perfil do juiz na tradição ocidental: Portugal*”. (2007, p.70): “Vivemos numa época acelerada, na qual responsáveis políticos prometem reforma estruturais todos os dias e em que ‘o direito se pôs a correr’ (OST)” [grifei]. Tb. assim, numa perspectiva sociológica e para uma visão mais larga do contexto em que atua o Direito hoje, cf. M. CASTELLS, *A Sociedade em Rede* (2011, *passim*— e de modo muito similar a OST, sobre o “encurtamento” do espaço-tempo, p.594 e ss.); tb. para esta visão geral, cf.vol.2, (2007, *passim*).

Assim, junto com aquela original dificuldade adaptativa do modelo difuso, *cronificada* com o tempo<sup>31</sup>, há de se reconhecer que o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, como um todo, apresenta hoje um quadro de “*re-agudização*” de seus problemas, tudo desvelando pontos de seu evidente desgaste atual e de sua pouco adequada formatação geral, para dar conta, de modo qualificado, das demandas da realidade.

A verdade é que, mesmo após inúmeras intervenções legislativas e constitucionais neste sistema de controle, mormente nas últimas décadas, particularmente o modelo difuso ainda sofre para lidar com sua tarefa última de limitar e racionalizar o poder<sup>32</sup>, não só de modo mais *coerente, íntegro e sistêmico*, mas também de um modo especialmente *diferenciado*, como lhe cabe e se lhe exige. E isso, seja para dar conta de uma preocupação com o *efetivo julgamento dos casos concretos*, seja para possibilitar *um verdadeiro acesso direto dos cidadãos à justiça constitucional* (JORGE MIRANDA, 2013b, p.286)<sup>33</sup>,

---

<sup>31</sup> Situação que não chega a surpreender, pois se sabe que há nessa fusão sistema judicialista de controle, estadunidense, e no sistema jurídico continental, um “defeito congênito”, a merecer diferenciada atenção. Tanto que JORGE MIRANDA (1993a, p.169) corrobora esta afirmação e vai ao cerne do problema, invocando “a lição do Direito comparado”: “...a fiscalização jurisdicional difusa só adquire total autenticidade e efetividade em sistemas judicialistas como os anglo-saxônicos (com forte autoridade social dos juízes, consciência de constitucionalidade na comunidade jurídica e mecanismos de harmonização de julgados), ao passo que o tribunal constitucional se mostra mais idóneo para levar a cabo a fiscalização nos sistemas continentais. [grifei]”.

<sup>32</sup> Aqui é de recordarmos sempre que a dita “*limitação material* [do poder] significa *disciplina do poder – inclusive do poder constituinte*”, como bem leciona JORGE MIRANDA, o que, por sua vez, demanda ou “*implica* [criação e desenvolvimento de] *instrumentos jurídicos de garantia*.” (1993a, p.163– destaquei.).

<sup>33</sup> Nesse sentido, aliás, justifica J.MIRANDA: apesar de sempre ter propendido, em tese, “para o sistema europeu de reenvio prejudicial”(2013b, p.286), “*Impressionante sobretudo, o seguinte: 1º) o sistema propicia o acesso direto dos cidadãos à garantia da Constituição, através do direito de invocação de inconstitucionalidade e da obtenção de uma decisão de qualquer tribunal (um verdadeiro direito, liberdade e garantia, insista-se); 2º) torna, por isso, todos os juízes co-responsáveis pela Constituição, juízes constitucionais (...)*” (Ibid., p.287 –grifei.).

seja, ainda, para proporcionar um *modo de instrumentalização apto a tornar reais e eficientes e seguras as garantias fundamentais* inscritas na Constituição em benefício daquele cidadão (FERRAZ e ALMEIDA, 2012, p.193 e ss.; REIS NOVAIS, 2012, p.159 e ss., para Portugal).<sup>34</sup>

É que, como desde logo se vê, paradoxalmente, ao tempo em que deste modelo se espera o cumprimento de tão diferenciados e elevados misteres, se lhe cobra, hoje, também um *eficientismo (numérico)*, por conta do já descrito cenário contemporâneo, que só pode afastá-lo ainda mais de atingir aquelas metas de natureza *qualitativa*, ínsitas à sua razão última de ser.

Por fim, para tornar o quadro ainda mais grave e impingir ainda mais pressão sobre o sistema e, particularmente, sobre a parcela de modelo difuso que nos toca aqui examinar, verifica-se, de tempos para cá, haver certa tendência a uma particular hipertrofia do Judiciário brasileiro<sup>35</sup> em relação aos demais Poderes.

Sucedendo que se tornou recorrente a adoção de certas posturas ativistas ou decisionistas pela magistratura, que apostam no exercício de uma discricionariedade judicial não autorizada

---

<sup>34</sup> No que se refere a uma específica preocupação com a manutenção do sistema difuso como um instrumento de efetiva proteção dos direitos fundamentais, por via de acesso direto do cidadão, conferir ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ e FERNANDA DIAS MENEZES DE ALMEIDA “A repercussão geral e a objetivação do controle concreto” (2012, p.193-208, *passim* - particularmente, v.g., nas p. 198 e 205-7).

<sup>35</sup> É evidente que este é um fenômeno universal, que também não vem de hoje, mas apenas se agravou com o quadro atual. Basta pensar nas notórias ocorrências verificadas durante a história da Suprema Corte americana, seja para o bem ou para o mal – Cf. WOLFE (1994, *passim*). Tampouco no cenário europeu do segundo pós-guerra a situação é desconhecida, mais ainda na contemporaneidade. Para assim concluir, basta considerar, v.g., I.MAUS, para o caso da Alemanha, em “Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’”, do início dos anos 2000. O fato é que mesmo assim este fenômeno ainda é peculiar, no caso brasileiro - Cf. TASSINARI (2013, *passim*); Cf., Tb., TRINDADE, André Karam. “Garantismo *versus* Neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasilis*”. ( 2012, p. 95-135).

para a decisão de suas causas, inclusive para aquelas de índole constitucional ou de grande repercussão nacional. Essas posturas, por sua vez, acabam sendo praticadas, no contexto já descrito, também pelos tribunais de base<sup>36</sup>, potencializando a sensação de insegurança jurídica. E como parece óbvio, tal só pode dar-se, ao menos nesta larga escala e com tal gravidade, precisamente, em razão da dispersão do poder-dever de apreciar tais diferenciadas questões que a Constituição Federal impu- ta aos juízes ordinários, da forma como hoje posta.<sup>37</sup>

Logo, não só reforça-se o já enraizado problema da falta de uniformidade e coerência das decisões judiciais de natureza constitucional, como também acabam fortalecidas suas deleté- rias consequências, oportunizando-se, inclusive, a perpetração de agressões incisivas a princípios formais elementares num Estado de Direito e democrático, como é o caso daquele da separação dos poderes (BLANCO DE MORAIS, 2011, p.313-4; 2012a, p.181, 188 e ss.; REIS NOVAIS, 2010b, p.234 e ss, v.g.).

Em um cenário como este, naturalmente cresceu o questionamento à justiça constitucional de base brasileira, las-

---

<sup>36</sup> Reconhecendo esta realidade problemática, confira-se nosso estudo, apresentado como relatório de conclusão das disciplinas de Direitos Fundamentais (I e II), ministradas na Universidade de Lisboa aos doutorandos em Direito (Ciências Jurídico-Políticas) no ano letivo de 2013-14, pelo Prof. Dr. JORGE REIS NOVAIS, intitulado *Direitos Fundamentais e práticas indevidas na jurisdição constitucional contemporânea: do voluntarismo judicial ao imobilismo jurisdicional*, 195 pp. (disponível na biblioteca da FDUL).

<sup>37</sup> Cf. STRECK (2014a, p.527.), onde afirma “(...) ao contrário da maioria dos países da Europa – que a partir do segundo pós-guerra estabeleceram Tribunais Constitucionais com a tarefa de controlar a constitucionalidade, onde a questão da inconstitucionalidade é julgada ‘per saltum’ (exceção feita à Portugal, que manteve, ao lado do controle concentrado, preventivo e sucessivo, o controle difuso) -, *no Brasil qualquer juiz de direito de primeira instância pode deixar de aplicar uma lei, se entendê-la inconstitucional*. Note-se que o juiz singular não declara a inconstitucionalidade, apenas deixa de aplicá-la, isso porque somente na forma do art. 97 da CF é que pode ocorrer a declaração de inconstitucionalidade (...) que é reservada aos plenários (*full bench*).” (destaquei). Cf. também G.MENDES *et all.* (2008, p.1007); Cf., por fim, Alexandre DE MORAES (2004, p.608).

treado justo por alguns seus inegáveis excessos<sup>38</sup> e por suas supostas ineficiências atuais.

Por fim, por conta da superposição cumulativa destas condições negativas<sup>39</sup> à adequada consecução da justiça constitucional concreta e incidental em nosso ambiente, incrementou-se, de modo geral, a oposição ao controle difuso de constitucionalidade, ao menos *tal como tradicionalmente* concebido no Brasil (RAMOS, 2012, p.84-5, e 2010, p.372, dentre outros) e *ainda praticado* na atualidade.

Com base nesse estado geral de coisas é que o controle difuso de constitucionalidade começou a sofrer pesadas críticas de toda a ordem, que rapidamente passaram, nos últimos anos, do discurso à ação.

Não só boa parte da doutrina migrou de uma crítica construtiva e adaptativa do modelo para a pregação por alterações profundas do sistema. O legislador e o próprio judiciário, mormente por seus órgãos de cúpula<sup>40</sup>, também iniciaram cer-

---

<sup>38</sup> Embora, o *ativismo de cúpula judicial* talvez seja hoje o principal problema brasileiro nesta área, considerando-se, justamente, o processo de concentração do controle de constitucionalidade dos últimos anos.

<sup>39</sup> Resumindo: no mínimo [a] cronificação de um defeito congênito de adaptação entre modelo de controle de constitucionalidade e sistema jurídico, nunca suficientemente enfrentado (talvez até em função da opção de apostar-se de forma demasiadamente pesada no controle concentrado, a partir de certo momento histórico); [b] incremento das dificuldades de resposta efetiva do modelo em razão das características da contemporaneidade; [c] incremento não só protagonismo judicial contemporâneo, mas do singular modo de ativismo que proliferou no Brasil nos últimos anos (com forte índole decisionista), que se verifica da base à cúpula do Judiciário.

<sup>40</sup> Para uma abordagem desta problemática realidade atual, confira-se nosso estudo, apresentado como relatório de conclusão das disciplinas de Direito Constitucional (I e II), ministradas na FDUL aos doutorandos em Direito (especialidade em Ciências Jurídico-Políticas) no ano letivo de 2013-14, pelo Prof. Dr. JORGE MIRANDA, intitulado *Dificuldades e ameaças contemporâneas para o controle de constitucionalidade: o problema brasileiro das tentativas de 'desconstrução imprópria' do modelo difuso em fiscalização concreta.*, pp. 101. (disponível na biblioteca da FDUL). Sobre isso, ver especificamente as questionáveis tendências a uma objetivização generalizada (e sem ou até mesmo contra a lei) dos efeitos do julgamento do recurso extraordinário, defendida por integrantes do Supremo

tos movimentos concretos de dismantelamento do controle difuso tradicional – nem sempre lastreados, é importante nesta altura dizer, em atitudes de inquestionável legitimidade (Cf. BLANCO DE MORAIS, 2012b, p. 60-1, v.g.; tb. 2011b, 313).<sup>41</sup>

---

Tribunal Federal brasileiro, v.g., no caso da notória reclamação de n. 4.335/AC, caso este submetido a rigorosa e lúcida análise crítica no artigo de STRECK; CATTONI DE OLIVEIRA; LIMA. “*A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação Constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional*”(2007, p.37-58). Para depois do julgamento, que acabou afastando a postura de alegada mutação constitucional, a supostamente incidir sobre o disposto no artigo 52, X, da CF/88, e, indiretamente, de forma “revolucionária”, sobre todo o sistema de controle brasileiro, para dar solução é dita reclamação, ver o não menos lúcido artigo do Prof. Dr. JOSÉ LEVI MELLO DO AMARAL JÚNIOR (2014), da USP, no sentido de que, ao final de tudo, acabou por haver mesmo uma “revalorização do artigo 52, X, da CF”, com tal julgamento. Todavia, é preciso ainda ver que a dita decisão do STF não afastou os argumentos centrais que motivavam a tese do Min. Relator daquela reclamação, nem de fato chegou a repeli-la, ao menos em se considerando o voto condutor do julgamento, do Min. Zavascki.

<sup>41</sup> Nesse sentido, significativos os comentários daquele constitucionalista português, que, mesmo partilhando da tese essencial do voto original do Min. Gilmar Mendes, quanto à necessidade de “objetivação” das decisões em recursos que digam respeito ao controle concreto, discordou da viabilidade jurídica e mesmo legitimidade do STF para introduzir a alteração pretendida no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, nos termos daquele caso concreto: “Defendemos uma solução que implique que decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo Tribunal Constitucional em controle concreto revistam forçá obrigatória geral (...) Claro está [no entanto] que esta opção implica que se tenha de operar através de uma revisão constitucional. Sei que no Brasil o ministro Gilmar Mendes no relatório relativo ao julgamento da RECLAMAÇÃO 4.335-5 ACRE 2009 (e que terá sido secundado pelo ministro Eros Roberto Grau), defendeu que a prática do STF teria gerado uma mutação constitucional e que as decisões em controle concreto do STF já estariam investidas em forçá obrigatória geral, não tendo o Senado outra função que não a de atribuir obrigatoriamente publicidade   decisão declaratória de ilegitimidade. *Trata-se de uma engenhosa sentenç a aditiva de revisão constitucional em projeto*. Não sei se no Brasil ela poderá impor-se mas *em Portugal seria juridicamente inexistente porque invasiva da reserva de Constituição. Daí que, embora defenda para Portugal solução idêntica, seja indispensável para o efeito rever a CRP para implantar esta medida.*” (destaquei). Em sentido similar, o mesmo autor, ao tratar dos riscos constitucionais de uma possível opção, no Brasil, pelo que ele denomina de um “Supremo de perfil jupiteriano, dotado de ‘super-poderes’”, apto a funcionar, no final das contas – e com ferimento da separação dos poderes-, até mesmo como um “autêntico legislador constitucional” [invocando justamente aí é análise da interpretação do art.

Apesar de tudo isso – e este é o ponto nodal inicial deste trabalho-, *sustenta-se* aqui que estas reações e ataques contemporâneos ao modelo difuso, por quaisquer daquelas vias, mesmo pela prática jurisdicional<sup>42</sup>, são, como regra, despropor-

---

52, X, da CF/88 pelo STF, pela via de uma suposta “mutação constitucional”, neste caso] ou como um “para-legislador ordinário”, para outros (Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, 2011b, p.314). Todavia, apesar de todas estas advertências, note-se que a rejeição doutrinária a esta iniciativa da cúpula do Poder Judiciário brasileiro, que se verificou até no contexto doutrinário português, não se deu em nível equivalente na doutrina local, ou, ao menos, em nível jurisprudencial, já que a reação a tal tese na própria Corte Suprema revelou-se, no mínimo, tímida, ante a gravidade da ameaça à garantia da Constituição pretendida – confirmando-se, assim, a visão concentracionista pretoriana (de cúpula e instrumentalista e/ou efficientista) perigosamente dominante no STF hoje. Note-se: apenas dois votos foram mais incisivos, no refutar a tese da mutação constitucional no caso.

<sup>42</sup> É de ser bem visto que a tese da mutação constitucional do artigo 52,X, da CF/88, para esta espécie de caso, parece ser mesmo acolhida pelo próprio Min. ZAVASCKI, cujo voto, ao final, deu solução ao caso concreto em apreço (apesar de aqui não aplicá-la circunstancialmente), além de ter sido apoiado por pelo menos outros três Ministros, o que, portanto, não chegou a fechar as portas à sua futura aplicação pelo Supremo, mesmo nos termos impropriamente pretendidos para o caso sob análise. Aliás, muito pelo contrário, a solução dada estribou-se mais em razões de ordem prática e de conveniência circunstancial, fazendo o voto questão de ressaltar, de qualquer forma, a “aptidão expansiva” das decisões do STF e de outros Tribunais Superiores – no que, aliás, o Ministro foi coerente com suas posições doutrinárias [Cf., por exemplo, o que consta de sua obra *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional* (2001)] e jurisdicionais anteriores acerca desta matéria. Veja-se que defendia antes, no Superior Tribunal de Justiça, *justamente posição relativa à mutação constitucional do artigo 52, X, da CF/88, que parecia muito próxima, senão idêntica, à do Min. Gilmar Mendes*. Nesse sentido, a posição adotada pelo Min.Zavascki, na época, do STJ, que foi externada no corpo de seu voto no Recurso Especial de nº 828.106/SP (2006/0069092-0), julgado em 02/05/2006. Lá, para fundamentar a sua posição de que “embora tomada em controle difuso, a decisão do STF tem natural vocação expansiva, com eficácia imediatamente vinculante para os demais tribunais, inclusive para o STJ”, citou expressamente a tese de mutação do Min. Gilmar Mendes, parecendo a ela então aderir expressamente. Consta do final do ponto 6 de seu voto: “(...) *No atual estágio de nossa legislação, de que são exemplos esclarecedores os dispositivos acima transcritos, é inevitável que se passe a atribuir simples efeito de publicidade às resoluções do Senado previstas no art. 52,X, da Constituição. É o que defende, em doutrina, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, para quem ‘não parece haver dúvida de que todas as construções que se vêm fazendo em torno do efeito transcendente das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Congresso Nacional, com o apoio, em muitos casos, da jurisprudência da Corte, estão a a indicar a*

cionados.<sup>43</sup> Mesmo considerada a seriedade dos problemas elencados e derivações, cuja existência aqui já foi reconhecida.

O que todas estas investidas têm em comum, em verdade, é a relativamente *pouca consideração das virtudes do modelo* em face da *desmedida aceitação de seus vícios*, com exacerbação da imputação de responsabilidade pelos *males do mundo* a ele, ou ao relativo *desacoplamento* ou falta de sintonia do controle de constitucionalidade difuso em relação ao sistema jurídico nacional.

Isso começa a revelar que o presente e o futuro do controle difuso talvez devam ser avaliados com outros olhos, a partir deste breve exercício de “re-ligação” do presente problemático com o passado: com os olhos de quem enxerga *a riqueza* de uma *tradição* paulatinamente construída ao longo da história, para além de seus nítidos defeitos atuais, tradição esta que é *genuinamente híbrida*, ou miscigenada, e, pois, em verdade, *única* - razão pela qual *não pode ser desperdiçada*.<sup>44</sup> Isso

---

*necessidade de revisão da orientação antes dominante antes do advento da Constituição de 1988* (MENDES, G. F. ‘O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional’, Revista de Informação Legislativa, n. 162, p.165) [grifei]” (Cf. Doc.2361882-Relatório, Ementa,Voto, p.5-6, do sítio certificado do STJ, consulta jul. 2014).

<sup>43</sup> Cf., v.g., o que dizem Georges ABBOUD e Rafael Tomás de OLIVEIRA sobre o tema (2014, p.434): “Nos últimos anos começou a tomar corpo, no âmbito do direito processual constitucional brasileiro, a tese de que o nosso sistema de controle da constitucionalidade possui uma tendência à abstratalização”. Trata-se de uma tese que procura enquadrar a situação a partir de uma análise das diversas reformas a que se te tem submetido tanto a Constituição quanto à legislação infraconstitucional, e que autorizariam afirmar que, tanto o constituinte derivado quanto o legislador constitucional estariam a apoiar uma modificação nas bases do nosso sistema de controle de constitucionalidade – que, desde 1988, é marcadamente misto, congregando o modelo difuso com o concentrado – *levando à prevalência do concentrado sobre o difuso*. Na verdade, mecanismos como a repercussão geral e as súmulas vinculantes introduzidos pela reforma constitucional 45/2004 – representariam a demonstração definitiva de que, entre nós, o controle difuso, exercido de forma concreta, ‘incidenter tantum’, estaria em vias de abstratalização.” (destaquei).

<sup>44</sup> Sobre a inadmissibilidade do “desperdício da experiência” humana, ver Edgar MORIN, *O Método: Ética*. Vol.6. 2.ed. Porto Alegre: Editora Sulina, 2005. Cf. ainda, para o assunto: SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Crítica da Razão*



começa a desvelar, ainda, que este presente e futuro talvez possam ser examinados, então, com os olhos de quem enxerga as *novas e largas possibilidades* derivadas desta tradição, a esta altura, genuína e autêntica, a partir de *possíveis adaptações conservativas futuras* de um tão peculiar modelo de controle de constitucionalidade, ainda e sempre em (re)construção.

### 3 O PRESENTE E O AMANHÃ: EM MEIO AO INCREMENTO DAS PRESSÕES DA CONTEMPORANEIDADE SOBRE O CONTROLE DIFUSO BRASILEIRO. HAVERÁ MOTIVOS PARA MANTER O MODELO TRADICIONAL?

Antes que se avance sobre a questão propriamente dita das possibilidades adaptativas e conservativas do rico modelo difuso de controle brasileiro, bem como sobre o seu particular sistema misto como um todo, é necessário ainda progredir um pouco mais no tratamento deste *intervalo temporal do presente-futuro* que agora se nos descortina mais nitidamente no tocante a este tema.

É o momento de se examinar, antes de tudo, se existem reais motivos para manter o modelo difuso tradicional brasileiro, ainda que por meio de necessárias – mas custosas e relativamente lentas – *adaptações conservativas*, mesmo ante o especial cenário atual de incremento da pressão da contemporaneidade sobre ele. E é também, assim, o momento de iniciar a consideração sobre se esta opção pela manutenção é de fato possível, ou se propostas outras seriam também viáveis ou mais adequadas.

Considerados estes propósitos, é de se introduzir esta discussão dizendo que mesmo ante a reconhecida gravidade dos problemas que vêm acompanhando o desenvolvimento da

justiça constitucional brasileira, a verdade é que o modelo difuso não pode e não deve ser tratado como um *vilão* contemporâneo (SANTIAGO, 2013, p.14.324) do sistema de controle de constitucionalidade. Esta é uma premissa específica outra da qual somos obrigados a partir.

*Primeiro* porque tais dificuldades possuem causas múltiplas que não residem própria ou necessariamente na sua existência no formato atual<sup>45</sup>, ou apenas nela, e que reclamam, pois, soluções multifacetadas, nem sempre ligadas à sua necessária alteração, muito menos à sua mudança essencial<sup>46</sup>, até como já se pode antever do contido no item antecedente.

*Segundo* porque, se o controle difuso brasileiro tem defeitos – e, de fato, os têm, como visto –, possui também, como já se indicou, enormes virtudes, que derivam precisamente de características que constituem o sistema de justiça constitucional nacional como um todo, características estas que foram sendo construídas ao longo de longo tempo e das experiências político-jurídicas singulares que o país atravessou, bem como da consideração de suas particulares transformações sociais neste mesmo período (significativos elementos estes que também não podem ser desprezados).

---

<sup>45</sup> Cf. STRECK, *O que é isto – decido conforme a minha consciência...*, ao criticar o decisionismo e o arbítrio judicial travestidos de ativismo e que motivariam respostas “darwinianas” do sistema, no sentido, precisamente, de, por exemplo, se buscar a eliminação do controle difuso por vias transversas, em nome da necessidade de estabilização da jurisprudência e de construção de um mínimo de segurança jurídica.

<sup>46</sup> Aqui é de se considerar, por exemplo, se uma situação como a do protagonismo exacerbado dos juízes no Brasil, que, por vezes, agride o princípio formal da separação dos poderes, não deve ser enfrentada mais profundamente, a partir de sua base diferenciada, e não considerado apenas em sua face potencializada pelas inadequações atuais do modelo de controle difuso brasileiro. Nesse sentido, considerar mais detidamente proposições academicamente consistentes para o enfrentamento deste protagonismo excessivo no contexto brasileiro, também a partir do processo civil, como são, v.g., as de FRANCISCO J. B. DA MOTTA, em seu *Levando os Direitos à Sério: uma crítica hermenêutica do protagonismo judicial* (2012) e de ADALBERTO NARCISO A. HÖMERDING, ao afirmar que a sentença do juiz não pode “surgir de ‘arbitrariedades imprevisíveis’” (*Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do Processo Civil*, 2007, p.171).

Dentre tais peculiares características virtuosas, já in-crustadas em nossa cultura jurídica interna, que não poderiam ou que não deveriam ser perdidas num país como o Brasil, citam-se apenas algumas, para que se possa constatar a palpável realidade e consistência teórico-prática das afirmações anteriores: [a] O sistema de controle difuso atual, bem ou mal, garante o *acesso direto e individual dos cidadãos* à Justiça Constitucional, *da base da justiça ao STF* (BONAVIDES, 2004b)<sup>47</sup>, particularmente para a defesa de seus direitos fundamentais (FERRAZ e MENEZES DE ALMEIDA, 2012)<sup>48</sup>; [b] o sistema vigente permite uma “*capilarização*” do poder<sup>49</sup>, extremamente desejável, segundo a posição de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA (2006), com certo afastamento da justiça de base das cúpulas jurisdicionais<sup>50</sup> e a sua correspondente aproximação do “*demandante-cidadão*”<sup>51</sup>, em cada recanto deste país que –

---

<sup>47</sup> Nesse sentido, BONAVIDES (2004b. p.127-150) e, para o caso português, JORGE MIRANDA (2013, p.287).

<sup>48</sup> Nesse sentido, ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ e FERNANDA D. MENEZES DE ALMEIDA (2012, p. 198, 208, *passim* - particularmente, v.g., nas p. 198 e 205-7).

<sup>49</sup> Cf. OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, em seu *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. (2006, p. 316): “(...) Esta é a questão que nos obriga a pensar numa *profunda descentralização do poder*, capaz de *aproximá-lo do povo*, permitindo o exercício autêntico de um regime democrático, de que o Poder Judiciário terá de ser o fiador. *A jurisdição, num regime verdadeiramente democrático, ao contrário do nosso, deve ser o agente ‘pulverizador’ do Poder*, o órgão produtor de micropoderes, que possam contrabalançar o sentido centralizador que os outros dois ramos zelosamente praticam.” (grifei).

<sup>50</sup> Cf. PAULO BONAVIDES, “Jurisdição Constitucional e legitimidade...” (2004 b, p. 133): “(...) *A perda ou desativação do controle difuso de constitucionalidade da lei e atos normativos, para a qual parece caminhar a jurisdição constitucional no Brasil, significará uma grave queda ou erosão da legitimidade do sistema fiscalizador, visto que, quanto mais se concentra na cúpula do Judiciário, como está acontecendo, menos democrática, aberta, independente, judicial, ligada à cidadania será a jurisdição*” (destaquei).

<sup>51</sup> Para esta expressão, considerar o que escrevemos alhures, em OLIVEIRA JUNIOR, J.A.(Prof. Dr. da UFRGS) & BAGGIO, M.C. “*Jurisdição: da litigiosidade à mediação*”, na revista eletrônica *Constituzionalismo.it* (2009), onde foi ela cunhada; aprofundando mais o seu significado, por ótica algo diversa, conferir, ainda, BAGGIO “*Jurisdição como instrumento de reconhecimento e de construção da democra-*

nunca é demais frisar - é, literalmente, um verdadeiro continente; [c] o sistema misto e, particularmente, o modelo difuso em vigor, permitem, com isso, uma *maior legitimação* democrática aos juízes constitucionais (BONAVIDES, 2004b), num modelo em que não são eles eleitos; [d] o sistema de justiça constitucional presente, mesmo sendo de matriz estadunidense<sup>52</sup> e ainda que o sistema jurídico nacional propriamente dito não seja o de *Common Law*, apesar das conhecidas dificuldades que isso provoca, bem *se adapta a outras características do sistema jurídico-político brasileiro*, tal como as da federação e do presidencialismo, típicas da conformação jurídico-política norte-americana (da qual também somos, em não pouca medida, herdeiros mais que centenários), conforme JORGE MIRANDA (2002, 143-4)<sup>53</sup>.

Ora, postas as coisas nestes termos ainda não mais do que exemplificativos, parece já ficar evidente que não será pela eleição do modelo difuso como *bode expiatório* para todos os

---

cia enquanto cooperação reflexiva (em Honnet e Dewey)”. *RIDB - Revista do Instituto do Direito Brasileiro* (2014).

<sup>52</sup> E ainda que sem instrumento equivalente ao “*stare decisis*” norte-americano.

<sup>53</sup> Nesse sentido, aliás, leciona JORGE MIRANDA: “Cabe perguntar, depois do que se disse, que sistemas constitucionais se podem considerar de matriz norte-americana. *Se atendermos aos três institutos – federalismo, fiscalização judicial, presidencialismo* – ou só aos dois últimos – fiscalização e presidencialismo – e se atendermos também o que, por determinados períodos, certos países da América Latina e da Ásia conseguiram com eles viver em regime constitucional de liberdade política *talvez se justifique falar em sistemas de matriz americana. Mas* o sentido de uma família constitucional com base no Direito americano torna-se, assim – por radicar em elementos parcelares e não tanto em concepções gerais – mais pobre que o das famílias inglesa, francesa e soviética. *Se algo diversamente, tomarmos como ponto de referência das instituições o sistema jurídico-constitucional (e também o administrativo) dos Estados Unidos, mais ou menos adaptado às tradições e condições locais, e se considerarmos desvios a tal modelo os regimes ditatoriais sofridos, quase todos de origem ou de carácter militar, então poderemos alargar algo mais a família. O Brasil e o México, os dois mais populosos e importantes Estados da América Latina – aquele tendo vivido de 1964 a 1985 em sistema político de exceção ou de democracia controlada, e este até há pouco, apesar da Constituição de 1917, em ‘semiditadura de partido dominante’ – integrar-se-ão aí, nessa medida.”* (2002, p. 143-144- destaquei).

problemas da justiça constitucional brasileira, nem por uma tentativa de sua pura e simples eliminação do ordenamento, ou de sua degradação explícita ou mesmo implícita<sup>54</sup>, que se haverá de dar tratamento mais adequado às sensíveis questões levantadas no item precedente.

Pelo contrário. Como se vê, parece estar bem indicada a relevância da manutenção deste modo de controle de constitucionalidade para uma sociedade com as particularidades da brasileira, que ainda vivencia a necessidade de incrementar a legitimidade democrática de suas instituições; que necessita fomentar a cidadania através do efetivo exercício direto dos direitos dos cidadãos, particularmente, daqueles de natureza constitucional; que precisa, por todas as formas legalmente estatuídas, desalojar o poder político da apropriação ainda promovida por certas esferas de influência estranhas ao legítimo republicanismo, que resistem no seio da sociedade brasileira (FAORO, 2012; WOLKMER, 2003)<sup>55</sup>; que, também para tanto, tem a necessidade de *desconcentrar* este poder, mesmo na esfera judicial, de modo a que ele possa ser exercido legitimamente pelo povo, sob as mais variadas formas constitucional e legalmente previstas (inclusive, sob a do próprio conflito judicial, se for o caso – e nisso uma especial e legítima função também reflexamente “política” da jurisdição enquanto instrumento, de natureza e aplicação “jurídica”, para uma adequada filtragem hermenêutico-constitucional das leis e normas em geral do país<sup>56</sup>); que precisa, por fim, incentivar a defesa e a

---

<sup>54</sup> Como por vezes se intenta promover no Brasil, segundo o que já se viu alhures.

<sup>55</sup> Sobre a persistência, v.g., do *patrimonialismo*, como um “tipo de dominação tradicional em que não se diferenciam nitidamente as esferas do público e do privado”, citando-se RAYMUNDO FAORO, bem como do *conservadorismo* e de outras características aptas a sequestrar o poder político do cidadão, ver WOLKMER, 2003, p.35 e ss.

<sup>56</sup> Recorrendo-se a uma já tradicional expressão de Lenio STRECK - o que, por outro lado, esclareça-se aqui, *não significa* a utilização de decisões fundamentadas em bases não-jurídicas (ou políticas), estribadas em meros voluntarismos judiciais (decisionistas ou ativistas), mas sim, a prática de julgamentos judiciais calcados na

materialização dos direitos fundamentais, sob suas variadas formas possíveis – designadamente à social –, já a partir do exercício *direto* de ação pelos demandantes-cidadãos nos casos concretos em que estejam em jogo seus mais caros interesses.<sup>57</sup>

Logo, tudo isso, que é só o começo, bem medido e pensado, já dá motivos concretos e bastante consistentes para que se persevere na busca pela manutenção do controle difuso brasileiro.

Contudo, não é só. Para além do exposto, estas considerações nos impulsionam também na direção do acolhimento de uma visão *conservativa adaptativa* – mas não “conservadora” – do modelo e do sistema brasileiro de controle judicial, por outra ordem de razões.

É que disso tudo parece também emergir a natural necessidade de se evitar certos radicalismos que propõem uma espécie de “hermenêutica da destruição” (BARBAS HOMEM, 2005)<sup>58</sup> com relação ao modelo difuso vigente, porque deles não vem a contrapartida da apresentação de proposições substitutivas que sejam comprovadamente aptas a, pelo menos, gerar

---

interpretação/aplicação autocontida da lei à luz das normas constitucionais, como resultado de demandas advindas diretamente dos componentes individuais da sociedade, ou seja, em julgamentos judiciais realizados *em bases e com argumentos jurídicos* para todas os conflitos solvidos pelo judiciário (ainda que com remotos reflexos políticos, consistentes, v.g., na elucidação mais precisa, a cada exame de caso, do significado aplicado das normas utilizadas para a sua solução e para a convivência sob tais normas).

<sup>57</sup> O que, de novo, é de se esclarecer aqui, não necessita – e, no mínimo, na grande maioria dos casos, não pode mesmo – ser levado a termo por meio de desmesurada atividade jurisdicional, de cunho ativista-decisionista, que pretenda substituir ativa, direta e competitivamente outros poderes na determinação e implantação de políticas públicas propriamente ditas.

<sup>58</sup> Cf. BARBAS HOMEM, *O Espírito das Instituições: um estudo de história do Estado* (2006, *passim*). Cf. tb., OST, quanto ao espírito da contemporaneidade, no que tange a uma “mutabilidade desenfreada” do Direito e a uma busca utópica por um recomeçar normativo absoluto, aonde uma incessante ânsia positivadora reordene sistematicamente o mundo a partir “do zero”, numa espécie de “*Fiat jus!*”: “*Como se a cada mudança legislativa pudessemos voltar a algum ‘ponto zero’ da juridicidade: ‘apaga-se tudo e se recomeça.’*” (2005, p. 226).

estes mesmos efeitos positivos e necessários às nossas peculiares necessidades nacionais, antes elencados.

Mais ainda: porque da eventual adoção destas posições mais extremas nesta área, a bem de remodelar intensa e abruptamente o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, deriva, no mínimo, também o risco do agir imprudente. Ou por outra: porque aí se passa a correr o risco de se menosprezarem tradições jurídicas locais importantes (embora menos visíveis), de se descartarem experiências jurídicas construídas penosamente ao longo dos anos de transformação social, cultural e política (e incrustadas no ordenamento e nas práticas judiciais, bem como na própria sociedade<sup>59</sup>), ou de se afastarem, tais remodelações, em demasia da viva realidade social, política e jurídica vigente (não apreensível em toda a sua extensão por posições demasiadamente *racionalizantes* (e redutoras<sup>60</sup>) do mundo da vida (MORIN, 2007)).

Enfim, tudo evidencia que, em oposição a esta radicalização da busca pela solução desta problemática, é preciso agir com prudência neste tema; que é preciso “aprender a discernir as continuidades e as transições profundas” (OST, 2005; BARZOTTO, 2007)<sup>61</sup> por detrás das criações constitucionais

---

<sup>59</sup> Para aprofundamento do assunto, a partir de outras perspectivas, cf. GEERTZ, 2008 e 2009.

<sup>60</sup> Ver E. MORIN (2007), em seu *Introdução ao pensamento complexo*, a questão da “patologia moderna da mente” que estaria na hipersimplificação”, que não deixaria “ver a complexidade do real”, ou na da “patologia da razão”, que seria a da “racionalização”(p.15). Viveríamos “sob o império dos princípios de disjunção, de redução e da abstração”, o que se constitui no “paradigma da simplificação” (p.11).

<sup>61</sup> A proposição de concepções “instantaneístas” do Direito (OST,2005) apoiam-se justamente nesse argumento ou nessa suposição “de peso”: “um direito instantaneamente válido não será, de fato, *um direito livre dos entraves da tradição, liberado dos laços do precedente, separado dos arcaísmos do costume e da obscuridade dos princípios – um direito arrancado da moratória da prudência?*”(p.222–destaquei). Como refere aquele mesmo autor, quando trata da “regulação substancial das transições: a segurança pelo direito”, isso não parece possível: “Assim como a concepção instantaneísta da Constituição, graças à qual nasce simultaneamente tanto o Estado quanto o direito, *é preciso lembrar, como PAUL BASTID, que ‘o Estado não surge subitamente pelo efeito de um golpe de*

que aparentemente nos seriam dadas *sem origem*, por uma espécie de fenômeno de “*abiogênese jurídica*”; que é preciso considerar que nos fundamentos destas discussões relativas ao modelo difuso de controle de constitucionalidade brasileiro encontram-se inseridas questões bem mais complexas do que supõe o senso comum teórico-jurídico, relativas à *tradição*<sup>62</sup>, à cultura jurídica local e à realidade fática brasileira.

Só assim será possível tratar de forma razoável e bem equilibrada – na sua *justa medida*<sup>63</sup> – um problema multifacetado e hipercomplexo que é de grande relevo jurídico-político para o aprofundamento da democracia no Brasil e para a consolidação sempre crescente de suas instituições jurídico-políticas.

Logo, conclui-se, são estas posturas conservativas adaptativas não só desejáveis, como também são aparentemente bastante viáveis em nossa realidade, sendo, aliás, isto sim, de se questionar a viabilidade teórico-prática de propostas em sentido contrário. São estas posturas e proposições teóricas atuais, que pretendam alterações tão largas e prontas do sistema que só possam vir a desconsiderar em grande medida as sedimentadas construções jurídicas, políticas e culturais anteriores, que nos

---

*uma varinha mágica. Sua formação histórica é lenta e contínua. Então, é preciso aprender a discernir as continuidades e as transições profundas atrás da aparente criação constitucional ‘ex nihilo’ e além dos pretensos desabamentos revolucionários: é que o direito pré-existe às Constituições, assim como o Direito sobrevive às revoluções. (...) Do mesmo modo, ainda, a nação não é submetida às formas orgânicas que lhe atribuem as instituições estatais. No direito as forças ‘pré’ e ‘trans’ constitucionais, deixam-se de perceber os princípios deste tempo ‘metamórfico do qual falamos, um tempo feito de continuidade e de mudança e que é, a este título, suscetível de operar uma regulação em profundidade das transformações duradouramente assimiláveis pelo corpo social.” (Ibid., p. 230-231-destaquei). Cf. tb.BARZOTTO (2007, p.133-4).*

<sup>62</sup> No sentido que lhes dão GADAMER, 2008 (ou, por seu intérprete, GRONDIN, 2003) ou RICOUER, 2008, v.g., (por sua, intérprete, C.M.CÉSAR, 2002), por exemplo, ainda que se tenha ciência das diferenças de teses.

<sup>63</sup> Ou seja, de forma “*prudente*”, ou utilizando-se do instrumento da “*prudência*” (“*prudentia*”, para os romanos; ‘*phronesis*’, para os gregos), para dar o encaminhamento concreto devido para esta problemática complexa, neste local específico e neste momento histórico em particular.



são tão peculiares, é que tem o chamado “ônus da prova” de sua viabilidade-utilidade, por pretenderem algo como uma sua “re-inauguração” ou “re-fundação”. E por diferentes vias pressuporem, pois, para tanto, a questionável possibilidade de criar-se ou partir-se de uma espécie de *marco zero* de sentido, relativamente à nossa tradição e cultura jurídica nesta área.

#### 4 O FUTURO EM CONSTRUÇÃO: DOS TRANSPLANTES CONSTITUCIONAIS AO *DIÁLOGO INTERCULTURAL JURÍDICO E JURISDICIONAL*. UM POSSÍVEL CAMINHO PARA UMA *ADAPTAÇÃO CONSERVATIVA* DO CONTROLE DIFUSO BRASILEIRO.

Expostas estas considerações, é de migrar-se da discussão acerca das *razões pelas quais se deva manter o modelo* para aquela discussão, que lhe é logicamente ulterior, sobre um “*como proceder*” para tanto.

Nesse sentido, ainda que se tenha já adiantado a posição que defende uma visão de *adaptação conservativa* do modelo difuso, parece útil começar esta nova discussão por meio de uma breve identificação de possíveis extremos opostos doutrinários que se proponham a fornecer soluções mais radicais para tais dificuldades.

Ter-se-ia, assim, *grosso modo*, num extremo, (a) as posições – que aqui denominaremos precariamente de *concentracionistas* do sistema de controle<sup>64</sup> - que pretenderiam a extinção do modelo difuso no Brasil<sup>65</sup>; noutro (b), estariam aquelas

---

<sup>64</sup> De forma mais concreta, considere-se que há hoje uma parcela de respeitável doutrina, claramente identificável, que entende que seria até mesmo o caso de eliminar-se o controle difuso, o recurso extraordinário (que o representa por excelência) e transformar o Supremo Tribunal em um Tribunal Constitucional de tipo europeu (ELIVAL RAMOS, 2012; 2010, v.g.) – trata-se da posição que aqui denominamos, precariamente, para meros fins de clareza, de *postura concentracionista*.

<sup>65</sup> Cf. Elival RAMOS (2012, p.84 e ss.); tb. RAMOS (2010, em suas conclusões, p. 473 e ss – mais particularmente, ainda, p.482-3.), onde se sustenta e se defende a

que, por via transversa, acabariam por tê-lo por essencialmente transformado, através do ingresso de determinados institutos jurídicos alienígenas, mas em tal medida que alterariam de modo profundo as suas feições atuais<sup>66</sup> – que aqui denominaremos provisoriamente como *transformistas* do sistema.<sup>67</sup>

---

reformulação completa do sistema de controle de constitucionalidade, com abandono do modelo difuso de matriz estadunidense. (2010, p.482-3). Mas note-se: aqui não se diz que a proposição não tenha embasamento técnico, ou seja, leviana; muito pelo contrário, o que a torna especialmente digna de enfrentamento é justamente o seu elevadíssimo peso acadêmico. Atente-se, ainda, que o Prof. Dr. ELIVAL DA SILVA RAMOS não está sozinho nesta posição. Também outros ilustres juristas defendem este mesmo ponto de vista, tal como parece ser o caso do Ministro GILMAR MENDES, e como é, declaradamente, o caso de FRIEDRICH MÜLLER, eminente doutrinador estrangeiro com fortes laços acadêmicos no Brasil (Cf. Entrevista constante da obra *O Novo Paradigma do Direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*, 2013, p.246-7.).

<sup>66</sup> Estas seriam aquelas que consistiriam, no extremo, na proposição de uma espécie de quase desacoplamento de nosso ordenamento do sistema de direito continental, à vista, inclusive, das paulatinas aproximações entre os sistemas jurídicos ocidentais contemporâneos, que estaria ora em curso. Ou, por outra, que residiria, ainda, ao menos, numa transmutação tão essencial do sistema todo, que acabaria por conduzir, por meios vários e em diferentes graus, a uma espécie de quase “*commonlização*” forçada e urgente do Direito pátrio – criticando esta espécie de proposta, vide STRECK, 2013, bem como STRECK e ABOUD, 2014, em *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?*. Tb. assim, novamente STRECK, 2010, em *O que é isto – decido conforme a minha consciência?* – ainda que, posteriormente, após alterações realizadas no projeto do novo CPC brasileiro, recentemente aprovado, aquele mesmo autor tenha modulado suas críticas relativas a esta questão.

<sup>67</sup> Tais significativas alterações, que extravasariam largamente até mesmo o âmbito da jurisdição constitucional, como bem se vê, poderiam dar-se de forma mais, ou menos, radical, mas sempre implicando profundas modificações em relação ao modelo de controle tradicional posto. Deste modo, isso poderia ocorrer, por exemplo, segundo parcela da doutrina, nesses diferentes graus, pela *instituição normativa* de algo como a figura de *precedentes vinculantes ou obrigatórios*. Cf., em sentido similar, MARINONI, em seu *Precedentes Obrigatórios* (2013, p. 98), donde pode ser extraído relevante excerto indicativo de sua posição sobre o tema: “A evolução do *Civil Law* é a história da superação de uma ideia instruída para viabilizar a realização de um desejo revolucionário, e que, portanto, nasceu com a marca da utopia. Como dogma, esta noção manteve-se viva ainda que a evolução do *Civil Law* a descaracterizasse. Lembre-se que a força do constitucionalismo e a atuação judicial mediante a concretização das regras abertas fez surgir um modelo de juiz completamente distinto do desejado pela tradição do *Civil Law*. *De modo que o Civil Law vive, atualmente, a contradição entre o juiz real e o juiz dos livros ou das doutrinas*

Ora, o benéfico efeito da identificação destes extremos é o de tornar o terreno de nossa busca por respostas para uma adequação de nosso modelo de controle bastante mais restrito, desde logo, de forma clara e consistente. E passando ele a estar mais bem demarcado, evidencia-se também o fato de que é nesta, por assim dizer, “*terra-de-ninguém*”, em algum lugar entre aqueles dois limites opostos, que estará *uma solução mais*

---

*acriticamente preocupadas apenas em justificar que a nova função do juiz cabe do modelo do princípio da separação dos poderes. Na verdade, a doutrina esquece de esclarecer que o juiz da revolução francesa nasceu natimorto e que o princípio desta estrita separação dos poderes sofreu mutação com o passar do tempo, tendo, nos dias de hoje, outra figura. Não há dúvida que o papel do atual juiz do Civil Law e especialmente o do juiz brasileiro, a quem é deferido o dever-poder de controlar a constitucionalidade da lei no caso concreto, muito se aproxima da função exercida pelo juiz do Common Law, especialmente a realizada pelo juiz americano. Acontece que, apesar da aproximação dos papéis dos magistrados de ambos os sistemas, apenas o Common Law devota respeito aos precedentes.(...)”. Isso só faz demonstrar a forte tendência de assentamento de uma postura nesse sentido, que pode configurar-se, conforme a abordagem feita, em uma posição transformista radical do sistema, eventualmente abraçada por uma parte significativa da doutrina, em razão também da indubitável qualificação do renomado processualista em questão. Faz-se ainda um esclarecimento importante com relação à posição do mencionado jurista, por uma questão de lealdade acadêmica: ele parece defender que a dita aproximação da Civil Law e da Common Law propiciaria algo como uma transferência das linhas do instrumental do stare decisis norte-americano para o sistema brasileiro, e não a dita “commonlização” antes mencionada, já que aquele instituto antes mencionado é delimitado e naturalmente distinto da noção de Common Law propriamente dita, como bem ressalta Marinoni, não sendo possível acusá-lo de desconsiderar este ponto crucial – o que, de outra parte, torna a análise crítica de suas proposições ainda mais necessária. Cf. tb.MARINONI. A Ética dos Precedentes: Justificativa do CPC (2014),bem como a crítica de RAATZ (2015) a uma certa ideia de precedentes obrigatórios, crítica com a qual concordamos nos termos que seguem: “ A valorização dos precedentes judiciais não constitui um mal em si [muito pelo contrário, acrescentaríamos nós]. Na verdade, pode contribuir para que o Direito brasileiro apresente um maior grau de integridade e coerência do direito, na medida em que se passa a exigir dos juízes e Tribunais, no momento de decidir, que levem em consideração o todo da prática jurídica pretérita e presente, gerando um alto grau de constrangimento capaz de impedir decisões eivadas de subjetividade. Todavia, não é isso que tem sido proposto. O chamado sistema de precedentes à brasileira aposta em uma alta concentração de poder no Superior Tribunal de Justiça, com um conseqüente amesquinamento do papel dos juízes e Tribunais verticalmente inferiores [o que repete-se no âmbito do STF, no que concerne ao controle de constitucionalidade]. (destaquei).”*

*equilibrada*, para a dita adaptação do modelo de controle difuso.

Mas como, então, levar adiante este especial revolver das possibilidades deixadas aí, neste largo espaço demarcado precariamente, apenas pelo contraste com aquilo que não se quer ou não se pode querer?

A solução parece passível de ser encontrada através da busca por um *diálogo efetivo entre diferentes realidades jurídico-culturais, espaciais e temporais* que seja dirigido fundamentalmente pelo *norte da prudência* – porque preocupado com as complexas questões da *tradição* e da *cultura jurídica local*. Este instrumental de abordagem *conservativa adaptativa* do sistema será, então, aquele que estará apto, em linhas gerais, a propor *a manutenção do sistema difuso brasileiro, mas com progressivas adaptações por meio de um consistente e constante diálogo intercultural jurídico<sup>68</sup> e judicial<sup>69</sup>*.

Todavia, essa resposta é insuficiente. Ela ainda parece querer saltar por sobre a dificuldade do *como de fato proceder* para realizar este diferenciado diálogo intercultural.

---

<sup>68</sup> No sentido das aproximações e influências da estrutura, forma e funcionamento dos sistemas de controle de constitucionalidade, o que resulta, inclusive, em contemporâneas alterações normativas concretas, e naturalmente vinculantes, com reflexos diretos sobre o proceder de cada juiz brasileiro nesta área – e que devem, por sua vez, sofrer, bem ou mal, novamente interpretação quando de sua aplicação, que lhes pode confirmar ou deturpar um certo sentido esperado quando de sua inclusão no ordenamento jurídico.

<sup>69</sup> A específica questão da existência contemporânea já de um possível diálogo judicial internacional, com efeitos consolidadores de certos princípios pressupostos da democracia ao redor do mundo, foi já proposta e examinada na brilhante tese de doutoramento em Direito na FDUL de MAURÍCIO RAMIRES, na qual também buscamos subsídios para o desenvolvimento de nossas idéias, já que a partir daquelas proposições resta já de plano evidenciado que algo como um instrumental hermenêutico fundando no diálogo intercultural não é uma ilusão ou algo irrealizável, mas algo que, de certa forma, e sob variados matizes, já hoje se verifica claramente no mundo das coisas (Cf. RAMIRES, Maurício. *Diálogo judicial internacional: A influência recíproca das jurisprudências constitucionais como fator de consolidação do Estado de Direito e dos Princípios Democráticos*. Tese de doutoramento em Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Defendida e aprovada em 2014. Disponível na biblioteca da FDUL.

Recuemos, pois. É necessário buscar apoio em estudos já consolidados nesta área para uma partida consistente em direção a uma construção teórica que seja sólida no ponto. E este apoio inicial parece ser-nos fornecido pela experiência e realidade atual do estudo e ocorrência das migrações, transferências e empréstimos constitucionais, já mencionadas.

Com efeito, trata-se aqui de considerar aquela abordagem teórica do direito constitucional que entende não ser possível, no contexto social, jurídico e político da contemporaneidade, deixar de lançar um detido olhar e até de se influenciar positivamente pelas experiências constitucionais estrangeiras bem sucedidas.

Nesse sentido, em sendo necessário, seria de se promover, pelas mais variadas vias (doutrinária, jurídica (ou legislativa) e judicial), o dito *empréstimo constitucional*<sup>70</sup> (*Constitutional Borrowing*<sup>71</sup>), mesmo quando o assunto for uma adequação do sistema de controle de constitucionalidade interno.<sup>72</sup>

De outro lado, é interessante lembrar que faz parte também já desta abordagem a ideia de que se deve evitar os abusos e exageros de transplantes teóricos ou os chamados “empréstimos mal-feitos”.<sup>73</sup> E estes, por sua vez, parecem-nos ser justa-

---

<sup>70</sup> Cf. VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA (2014, p.135 e nota 11.).

<sup>71</sup> O autor mencionado faz referência ao trabalho de YASUO HASEBE, “Constitutional Borrowing and Political Theory, *International Journal of Constitutional Law* 1 (2003), pp.224-243, referindo que neste trabalho encontra-se uma “ótima análise desse fenômeno, usando-se exemplos da ordem constitucional japonesa do pós-guerra, especialmente sobre a interpretação e a aplicação de princípios constitucionais importados do Ocidente” (*Id.*)

<sup>72</sup> Cf. PERJU, Vlad. “Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations”. *Boston College Law School Faculty Papers* (2012). PERJU adverte que a denominação de “Constitutional Borrowing”, ou seja, de “empréstimo constitucional” teórico é vista, por muitos, como pouco adequada, por induzir a uma má compreensão do significado do fenômeno.

<sup>73</sup> É novamente VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA que traz o suporte para afirmação. Afirma aquele autor: “Mas a ‘normalidade’ do fenômeno [i.e., do “empréstimo teórico”] não significa que não possa haver abusos ou exageros, ou ‘empréstimos mal-feitos’. Para que isso não ocorra, é imprescindível que se compreendam bem os fundamentos de determinado fenômeno em seu país de origem, suas razões de ser e

mente aqueles que, pelo seu radicalismo ou pressa, acabam por desconsiderar a história, a tradição e a cultura jurídica do país receptor, bem como sua realidade atual, nos casos mais óbvios. Ou, quiçá, aqueles que não percebiam suficientemente bem os fundamentos de determinados fenômenos dos países de origem de tais empréstimos constitucionais teóricos, ou mesmo, ainda, optem por deixar de lado certos aspectos de relevo que lhes sejam inerentes.

Já num extremo mais sofisticado, os *empréstimos malfeitos* podem ser, ainda, aqueles que, mesmo feitos por teses cuidadosas, acabem por deixar de fora de suas considerações (encobertos) aspectos importantes desta problemática ou simplesmente deixem-na de considerá-la a partir de uma *verdadeira postura dialógica* para a formulação de uma necessária *hermenêutica da adaptação* – no sentido do que afirma OST (2005, p.94-5).<sup>74</sup>

---

seus objetivos, caso contrário não será pequena a possibilidade de empréstimos ou teorias incompatíveis com a realidade brasileira.” (2014, p.135-136). E refere, em nota de rodapé (*Ibid.*, p. 135, nota nº 12) o seguinte exemplo de “empréstimo exagerado”: “Como exemplo de empréstimo exagerado pode ser mencionada a adoção, quase sem modificações, do Código Civil suíço na Turquia, em 1926, Cf., sobre isso, KONRAD ZWEIGERT e HEIN KÖTZ. Einführung in die Rechtsvergleichung, pp. 175-176.”

<sup>74</sup> Cf. FRANÇOIS OST (2005, p. 94-95), quando trata do tópico “Lei e Tradição”, que é quem novamente nos auxilia a lançar luzes sobre o que queremos dizer nesta altura da exposição: “Esta é a tese então: tão revolucionária e inovadora [ou por mais revolucionária] que seja, *qualquer lei pressupõe um conjunto de contextos interpretativos que lhe preexistem, envolvem-na e lhe sobrevivem sem que essas leis estejam aptas a afetá-las de modo radical: Primeiro contexto: a própria linguagem, linguagem jurídica e usual.* Mesmo que ela possa transformar o sentido de uma outra expressão que utiliza, nenhum legislador pode tornar-se totalmente senhor da sintaxe, nem do léxico da língua. É conveniente perceber-se que, *para além das convenções lingüísticas explícitas, opera algo como ‘discurso invisível’: uma cultura jurídica de plano de fundo, que determina como manipular as convenções do discurso jurídico* [Ibid.] *Compartilhado pelos profissionais do direito, este ‘discurso invisível’ determina um amplo acordo implícito sobre as ‘expectativas de sentido’, que criam a boa escrita e a boa leitura do texto.* Mas esta convivência na comunicação tem um preço certo: o autor não pode escrever com total liberdade, *um laço poderoso o religa ao passado das tradições recebidas. Segundo contexto: o sistema jurídico preexistente à nova lei.* Sem negar a possibilidade de modificar

Ora, mas é precisamente neste ponto que parece entrar em cena a imperiosidade de se concretizar uma postura de séria consideração à tradição e às culturas jurídicas envolvidas nestas trocas, de forma mais vincada, bem como os demais elementos de uma hermenêutica jurídica<sup>75</sup> genuína para a dita

---

marginalmente o sistema, *é preciso, entretanto, tomara a exata medida das coerções geradas por um espaço literalmente saturado de noções, de princípios e de processos prévios, à luz dos quais qualquer elemento novo será lido e entendido*, ao passo que, diferentemente das outras tradições, a tradição jurídica é institucionalizada e explícitamente normativa. *Terceiro contexto, as comunidades interpretativas especializadas que são os destinatários privilegiados da lei e cuja leitura orienta seu curso de maneira decisiva: administrações, jurisdições, doutrina.* Bem organizadas, hierarquicamente estruturadas, *beneficiam-se de uma formação e de uma cultura comuns; estas comunidades garantem uma forma de domínio da tradição, elas definem seus cânones, excluindo os dissidentes, integrando nela os novos pretendentes. Considerar a influência nobre destas autoridades interpretativas* é, ao mesmo tempo, relativizar a distinção ainda clássica entre as operações de edição (obra do legislador) e de aplicação (obra do intérprete) da lei; é igualmente relativizar o falso corte entre o momento de ruptura (o instante de produção legislativa) e o momento de repetição (estágio posterior de aplicação da lei). Em caso de distinção ou ruptura, observa-se, antes, um ‘continuum’: a lei é parcialmente escrita visando sua aplicação (ou seja, considerando simultaneamente rotinas administrativas e princípios previamente depreendidos pelos juízes e pela doutrina), ao passo que, ao contrário, a aplicação dos textos pelos intérpretes ‘subordinados’ nunca é isenta de inventividade, suscetível de inspirar o legislador quando de uma futura reescrita do texto.”

<sup>75</sup> Considerem-se aqui, principalmente, as notórias contribuições fundantes de HANS-GEORG GADAMER, sem que sejam esquecidos, naturalmente, os notórios estudos específicos de FRIEDRICH MÜLLER, JOSEF ESSER, KARL LARENZ, a respeito do tema (Cf. CANARIS, 2012 p. LIII e LV) – ainda que não necessariamente se adira aqui a tudo o quanto particularmente consta deles, naturalmente. Nesse sentido, ver, por exemplo, o que se encontra posto na *Metodologia da Ciência do Direito*, de LARENZ (2014, *passim*), que parece revelar uma orientação a um “idealismo dialético-hermenêutico” (na qualificação de KRAWIETZ, citada como adequada por JOSÉ LAMEGO, *op.cit.*, p.709 e nota 24), ou seja “a permanência [naquele autor] ...de diferentes veios de inspiração hegeliana”, mesmo após uma “...junção ulterior das doutrinas da Hermenêutica filosófica” (*Id.*), o que torna relativamente discutível a “fidelidade” desta orientação à linha original de Gadamer e, no mínimo, questionável a adoção de todas as derivações daí advindas para fundamentar mais remotamente o pensamento sustentado aqui. Nesse sentido, claramente, por exemplo, a questão da “fundamentação de um pensamento metodológico ‘compreensivo’ orientado a valores”, em Larenz, parece constituir-se em boa demonstração desta impressão

adaptação. E é precisamente isso que nos remete a uma aproximação de contornos mais concretos do que seria o dito *diálogo intercultural jurídico e jurisdicional*, transcendente, nessa medida, à noção mais aberta ou lassa dos chamados “empréstimos constitucionais”.

Conforme o que permite o curto fôlego deste trabalho, a bem de procurar-se uma sintética e precária individuação de alguns destes contornos, considere-se, então, sobre a noção aqui proposta de diálogo intercultural jurídico e jurisdicional, o seguinte:

Tal diálogo intercultural pressupõe [a] o reconhecimento mútuo entre culturas jurídicas, bem como [b] uma herança democrática similar dos sistemas ou ordenamentos envolvidos (GARAPON e PAPAPOULOS, 2003, p.1-2).

Tal diálogo depende, ainda, [ii] de um exercício de prudência, no sentido já mencionado alhures (OST, 2005, p.222 e ss.; BARZOTTO, 2007, p. 133-4).

Envolve, além disso, [iii] uma avaliação e revisão crítica, ao longo do tempo, das leis e das tradições em consideração (OST, 2005, p.94-5), por meio do exame e avaliação concreta de *contextos interpretativos que preexistem à lei*, quais sejam: [a] do contexto interpretativo da *linguagem* - considerando-se, v.g., o chamado “discurso invisível” gerado pelas culturas jurídicas em consideração, discurso esse que, por sua vez, gera certas “expectativas de sentido” nos juristas e operadores que podem ser determinantes para condicionar, num ou noutro sentido, o alcance teórico-prático de iniciativas normativas ou jurisprudenciais de adaptação do modelo; [b] do contexto interpretativo do *sistema jurídico preexistente* à nova lei, em sendo o caso; [c] do contexto interpretativo das *comunidades interpretativas especializadas*, que agirão de forma dinâmica e concreta sobre as adaptações, dando-lhes “vida autônoma”.

O diálogo intercultural exige, por fim, uma postura que



considere, nesse processo adaptativo, as lições cabíveis da hermenêutica filosófica<sup>76</sup> ou, no mínimo, de suas derivações ou equivalências (GADAMER, 2008; GRONDIN, 2003; RICOEUR, 2003; C.CÉSAR, 2002, v.g.).

De resto, não é por outro motivo, então, que, apesar de se invocar inicialmente aquela terminologia hoje já tão difundida, do direito constitucional comparado, se deixa de tratar a questão propriamente em termos de *empréstimo constitucional*<sup>77</sup>, optando-se, isto sim, por algo mais do que só mais uma

---

<sup>76</sup> Veja-se que no âmbito do jurídico, a transposição da ideia de “círculo do entendimento” [ou círculo hermenêutico] por aqueles autores que tratam a questão deste ponto de vista específico (já mencionados de modo exemplificativo em nota anterior) “...explica (...) que, no Direito, há uma particular relação entre o problema e a resposta; na busca desta, recorre-se a normas que se tornam inteligíveis por utilizarem de uma linguagem e de uma conceitologia pré-conhecidas pelo intérprete aplicador; essas mesmas normas são procuradas pelo pré-julgamento sobre a ordenação e a própria solução que, para o problema, o mesmo intérprete-aplicador tenha visualizado, num momento prévio. Surge, assim, a imagem do círculo ou espiral hermenêutica: perante um problema, o intérprete-aplicador terá de efectuar tantas idas e vindas entre o pré-entendimento e o entendimento em si quantas as necessárias para a sua integração. Este poentar gnoseológico – tal como gnoseológico é a relação entre o Direito e a realidade – abre, desde logo, perspectivas completamente diversas à estruturação do discurso jurídico: o pré-entendimento das questões opera em modelos concretos de problemas; a espiral hermenêutica desenvolve-se entre questões e pré-questões, soluções e pré-soluções, tudo em termos gerais-concretos. Deve ainda ter-se presente que, na própria lição gadameriana, o relevo do pré-entendimento permite explicar o peso da tradição, cujo papel, sempre relevante, não era antes assumido. E no Direito, entende-se, a essa luz, o relevo da experiência profissional do intérprete aplicador, no domínio, por exemplo, da aplicação jurisprudencial.” (CANARIS, 2012, p. LV-LVII).

<sup>77</sup> Ou de *migração constitucional*, *transferência constitucional*, *circulação de modelos ou cruzamento de sistemas*, que são mais tradicionalmente utilizados no campo do *direito constitucional comparado*. PERJU (2012 -item 1, II), aliás, chega a fazer referência a uma “Batalha de Metáforas” para demonstrar como têm sido utilizadas diferentes determinações para o mesmo fenômeno, mas, ao mesmo tempo, como seria importante uma sua designação adequada. Quanto a isso: “(...)A survey of the literature reveals *great concern about the choice of metaphors to capture crossconstitutional interactions*. Available options include ‘transplants’, ‘diffusion’, ‘borrowing’, ‘circulation’, ‘cross-fertilization’, ‘migration’, ‘engagement’, ‘influence’, ‘transmission’, ‘transfer’, and ‘reception’. Four of these metaphors have had greater staying power: ‘transplants’ and its ‘borrowing’ equivalent in comparative constitutional law; ‘circulation’ and its ‘migration’ equivalent in comparative constitutional

nova denominação.<sup>78</sup>

É através deste diferenciado instrumental do *diálogo intercultural jurídico e jurisdicional*, assim precariamente caracterizado, que se pretende examinar se é possível encontrar na tradição e na cultura jurídica local, do sistema receptor das relativas novidades instrumentais ou procedimentos, um ponto de conexão suficientemente forte com estes elementos. Tudo para que a partir daí se dê uma evolução adaptativa, no seio desta mesma tradição e cultura, que não resulte em artificialismos ilusórios ou ineficazes e que derive de um paulatino e constante trabalho doutrinário e jurisprudencial interpretativo<sup>79</sup>, ou mes-

---

law.”

<sup>78</sup> Para uma compreensão mais aprofundada do significado do termo concebido para este trabalho (diálogo intercultural jurídico e judicial), confira-se nosso estudo preparatório anterior, apresentado ainda em set.2014 (cuja pesquisa e concepção foi levada a termo ao longo dos meses e ano imediatamente anterior) como relatório de conclusão das disciplinas de Metodologia Jurídica (IeII), ministradas na Universidade de Lisboa-FDUL aos doutorandos em Direito no ano letivo de 2013-14, pelo Prof. Dr. ANTÓNIO PEDRO BARBAS HOMEM, intitulado *Diálogo Intercultural e transcendência das decisões judiciais contemporâneas: o problema brasileiro da uniformização da jurisprudência em sede de Controle Difuso de Constitucionalidade*, 80 pp. Para tanto, considere-se o que consta em seu Capítulo I, intitulado “Da ‘Hermenêutica da Destruição’ ao ‘Diálogo Intercultural’: um caminho para a manutenção do controle difuso brasileiro na contemporaneidade?”, com os desenvolvimentos inaugurais desta noção (trabalho ainda não publicado, disponível na biblioteca da FDUL).

<sup>79</sup> V.g.: seria possível indagar se o próprio proceder na aplicação da lei e *compreensão* do papel dos julgamentos relativos à justiça constitucional difusa, em particular, e de sua natural força transcendente, a partir de um trabalho da doutrina e da jurisprudência, poderiam criar condições para uma suficiente uniformização da jurisprudência baseada na busca por *integridade* e *coerência* destas decisões (no sentido dado por Dworkin) – até sem necessidade de vinculações normativas forçadas, evitando-se, por exemplo, questionáveis transferências demasiado artificiais de sistemas alienígenas para criar precedentes vinculantes ou obrigatórios (tal como talvez fosse a ideia da migração de um mecanismo normativo equivalente ao *stare decisis* norte-americano); mais ainda, poderia ser indagado *se* esta mudança de postura, incitada pela doutrina e jurisprudência, seria suficiente para refundar um modo de enxergar os julgados anteriores, a partir dos casos concretos que lhe dão origem e de suas circunstâncias – ao estilo de algo que se aproxime remotamente dos precedentes judiciais norte-americanos (ainda que destituídos, naturalmente, estes julgados brasileiros, da proteção da figura do *stare decisis* americano ou da

mo da concepção e aplicação de instrumentos normativos (já existentes ou não<sup>80</sup>) - que funcionem, aliás, como *pontes normativas precárias iniciais*<sup>81</sup> entre as diferentes culturas jurídicas em questão (aquela dita receptora da novidade e a doadora

---

tradição da *Common Law* [cf. FINE, 2011, p. 67 e ss.]) –, e não como puros enunciados abstratos, produtores de meras ementas descoladas da realidade, que não têm se prestado a nortear este trabalho de construção de uma uniformidade mínima dos julgados desta área.

<sup>80</sup> V.g.: seria possível indagar se a intervenção legislativa infraconstitucional, no sentido de criar, por Lei Federal ordinária, no novo Código de Processo Civil brasileiro – atualmente no período de *vacatio legis* –, (i) um instrumental de fundamentação concreta e diferenciada das decisões e da consideração destas decisões no âmbito dos próprios tribunais que as emitem, pode significar alguma contribuição no sentido da construção da referida (ii) coerência e integridade anteriormente mencionadas (e também exigidas pelo novo CPC, no seu art. 942, e viabilizada também, v.g., pelo art. 487, §1º, NCPC), com o auxílio de sua interpretação doutrinária, ou não. Ou seja, aqui se indaga se seria possível cogitar se isso, de alguma forma, pode constituir-se em mais uma inicial ponte normativa precária, mesmo a partir da legislação infraconstitucional (em se tratando de controle incidental, concreto e difuso), para a construção de uma tradição modificada ou em processo de modificação no Brasil, relativa à questão dos precedentes judiciais, com benefícios também para a manutenção e melhoria do controle difuso de constitucionalidade brasileiro na atualidade (e, inclusive, potencial esvaziamento dos movimentos com pretensões de seu solapamento progressivo) – ou se isso, por outro lado e num sentido negativo, por defeitos legislativos, incompreensão da comunidade jurídica ou inação doutrinária, ou mesmo má utilização pelos operadores do Direito, pode resultar em elemento de ainda maior desagregação ou confusão nesta área já conturbada (pondo-se em evidência, aqui, o relevante papel que a doutrina assumiria neste ponto e neste momento da vida nacional).

<sup>81</sup> V.g.: poderia indagar-se aqui se de uma nova interpretação do significado e modo de aplicação das *súmulas vinculantes*, que, de inicial condição de verdadeiros *assentos* de caráter normativo, sem chegarem à *impossível* condição de precedentes obrigatórios de matriz anglo-americana [já que, com STRECK e ABOUD (2014) e ABOUD (2008), sabe-se perfeitamente que súmulas não podem ser considerados precedentes], poderia passar-se a ter outros elementos orientadores da jurisprudência, validados pelo *exame e consideração de suas origens e circunstâncias fáticas* – e não só de seu enunciado em abstrato –, quando de sua aplicação para casos concretos [Cf. STRECK (2013, p.3.229-63), que parece andar por caminho similar, ao comentar o artigo da CF/88 que prevê a aplicação de súmulas vinculantes no contexto brasileiro, embora não chegue ao extremo de explicitar uma hipótese como a presente.], criando-se assim um terceiro gênero adaptado à promoção da uniformização em sistemas mistos, ainda que de forma precária e para fins transitórios.

da noção beneficiadora do outro sistema), ou entre a realidade jurídica adaptável (o presente) e aquela finalmente adaptada posteriormente (o futuro).

Nisso tudo se vislumbra, pois, no que tange à consideração deste intervalo temporal, ora examinado, que liga o presente ao horizonte futuro, um possível caminho para uma dita “adaptação conservativa” do controle difuso brasileiro.

## 5 O FUTURO EM CONSTRUÇÃO (II): ADAPTAÇÃO CONSERVATIVA DO CONTROLE CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE ATRAVÉS DE UM *DIÁLOGO INTERCULTURAL* JURÍDICO E JUDICIAL. UM MODO DE SOBREVIVÊNCIA DE UM APRIMORADO “CONSTITUCIONALISMO LIBERAL-DEMOCRÁTICO DE INSPIRAÇÃO SOCIAL”<sup>82</sup> NA DIFÍCIL CONTEMPORANEIDADE?<sup>83</sup>

Ora, mas se a obtenção das vantagens de uma razoável

---

<sup>82</sup> Cf. tal expressão utilizada no texto do Prof. Dr. Michele CARDUCCI, intitulado “Il ‘Compromesso’ di Weimar e il Problema della Scrittura Costituzionale” (O ‘Compromisso’ de Weimar e o Problema da Escritura Constitucional”, consultado em junho de 2015 e disponível eletronicamente em:

< <http://gorila.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/download/4619/2872> >.

<sup>83</sup> Cf. Prof. Dr. Michele CARDUCCI, neste particular, no item 1 (“Economia e valori costituzionali”) de seu ensaio “Il Fondamento Costituzionale della Cooperazione”, de 1996: “Una lettura sistematica e completa dei principi costituzionali che possono guidare l'interprete nella considerazione dei problemi dell'economia contemporanea e della realtà dell'impresa non può prescindere da una serie di valutazioni preliminari sul progetto di società che la Costituzione italiana del 1948 ha voluto promuovere. Un progetto che conserva pienamente la sua attualità ed è ancora ben lungi, nonostante le critiche cui da più parti è stato sottoposto, dall'essere pienamente realizzato. Infatti, è difficile disconoscere la pregnante e drammatica attualità del disegno di liberazione umana racchiuso nei principi fondamentali della Costituzione. Oggi che il dramma della persona umana si consuma nelle guerre etniche e religiose, nell'esplosione dei nazionalismi, negli atteggiamenti di protezionismo economico e sociale nei confronti dei soggetti più deboli, nella diffusione dei fenomeni di cosiddetta ‘nuova povertà’. Non inutile sembra, pertanto, una rapida ricognizione di quei principi che consentano di orientarsi nella considerazione delle problematiche economico-sociali contemporanee. (...)”

adaptação do modelo de controle de constitucionalidade concreto brasileiro para a contemporaneidade for realmente passível de concretização, também será bem possível que se tenha aí uma boa saída para um novo modo de considerar a concretização de direitos fundamentais sociais, no sentido de melhor protegê-los em sua força e efetividade final.

Se a prestação judicial constitucional concreta passar a ser encarada como uma forma necessária e responsabilmente autocontida de exercício do poder jurisdicional, por se situar no perigoso limite do político, especialmente nesta área dos direitos sociais, mas, ainda assim, for concebida como outro modo de extremo relevo para o acesso prático e direto do “cidadão-demandante”<sup>84</sup> à defesa de seus direitos fundamentais sociais<sup>85</sup>, ter-se-á algo de novo nesta discussão.

Ora, é precisamente isto que se propõe que possa ser alcançado por meio de muito bem pensados, refletidos e interpretados intercâmbios jurídico-culturais nesta área.<sup>86</sup>

O simples fato de que surgirá, então, uma nova e real possibilidade de efetivação destes direitos, antes de tudo, pela via *diálogo reequilibrado* entre os próprios Poderes, *mas ainda e sempre a partir de uma forte incitação direta realizada pelas demandas por manutenção ou materialização de tais direitos,*

---

<sup>84</sup> Segundo a sua visão das coisas, desde a base do Judiciário até a sua mais alta Cúpula (o STF).

<sup>85</sup> Especialmente no contexto brasileiro, que afora as internacionalmente conhecidas mazelas sociais da pobreza e da desigualdade socio-econômica (e, pois, de acesso a bens e serviços públicos essenciais, bem ou mal, prometidos e, em boa ou certa medida, garantidos já pela Constituição Federal de 1988, com suporte em determinada legislação complementar), sofre com inúmeras dificuldades de representação democrática efetiva, através de um exercício efetivo de poder político em nome e a bem do povo e pelo povo, seja pelas dificuldades criadas para tanto pelas necessidades práticas impostas pelo que hoje já classicamente se conhece na Ciência Política brasileira como “presidencialismo de coalizão”, seja por mais novas, recentes e criativas configurações de relações e práticas entre os poderes constituídos (particularmente entre o Executivo e o Legislativo), ainda muito pouco republicanas.

<sup>86</sup> Sejam eles promovidos pela doutrina, pela jurisprudência, como, com a devida cautela, pelo próprio legislador interno atento a este movimento.

fará a diferença. Já o fato de tais cobranças e soluções demandarem, também de forma direta, da rica casuística individual da realidade social atual, e não somente da proposição e trato de meras abstrações sumulares, voltadas a lidar quantitativamente com a massificação das postulações desta natureza no Judiciário atual, qualificará esta diferença.

Nesse sentido também haverá de ser porque esta pressão das demandas diretas pode, por exemplo, encaminhar a resolução destas situações mais complexas, envolvendo a (re) formulação de políticas públicas, pela via de alguma impositiva “concertação” entre tais Poderes. A partir de tais julgamentos individuais sucessivos, talvez se possa, por exemplo, criar o ambiente político-jurídico necessário viabilizador de uma efetiva implementação dos direitos já analisados e reconhecidos pela Justiça Constitucional nestes termos, em e a partir de repetidos e determinados caso concreto.

Deste modo, talvez se possa, a um só tempo, evitar a imediata (e emprobecedora) abstratização imediata destas discussões, bem como deixar de lado, ao menos inicialmente, também o exercício da possível da simples força coercitiva judicial, pura e propriamente dita, neste campo especial. Talvez possa ser este uso da força postergado para um momento extremo e para situações muito especiais, apenas como uma *ultima ratio* para um fazer-se valer a devida interpretação/aplicação da Constituição na prática quotidiana por quem de direito.

Sucedo que, tentando-se progredir agora na exposição, que com a estruturação responsável e adequada de um sistema de controle difuso ou concreto, nos termos propostos ao início, parece ser possível construir a possibilidade de que sejam obtidas decisões judiciais mais *coerentes*, mais sistemáticas, e por si mesmo mais respeitadas de uma jurisprudência, que por conta disso mesmo, para a merecer um respeito maior. Parece-se ser possível ainda, com isso, construir a possibilidade de que

sejam reconhecidos e reforçados formalmente os direitos fundamentais sociais, mantendo ou criando uma cultura de busca pela *integridade* do Direito no Brasil. E isso tudo precisamente por meio da valorização das decisões a partir de casos individuais, que, ao mesmo tempo, tenham o potencial de alcançar sua materialização na realidade da vida de cada integrante da sociedade, na exata medida das complexidades que a vida e as circunstâncias particulares de cada um envolvem.

Mas reforce-se, por fundamental ao ponto: tudo, sem a necessidade de, por um lado, perpetrarem-se de plano as hoje tão comuns interpretações/aplicações diretas e arbitrárias da Constituição, por todo e cada juiz, em todo e qualquer caso envolvendo tais direitos, de modo decisionista ao extremo.

Ou ainda, quem sabe, sem a necessidade de que, por outro lado, tenha-se necessariamente de recorrer a incontidas e imediatas “abstrações coletivizantes” (de tipo sumular ou equivalente, concebidas de pronto e “de cima para baixo”, amputando precipitadamente a riqueza da realidade) para a solução massiva (e, portanto, descompromissada) destes casos concretos, ignorando-os em suas idiossincrasias, a bem e a pretexto de dar vazão a uma plethora de demandas supostamente repetitivas e, ao mesmo tempo, de ser evitada a prática de nocivos ativismos judiciais descompromissados com a coerência das decisões judiciais e com a busca da integridade do Direito.

Aliás, parece que é justamente através deste refletido repensar das coisas, que busque um meio termo para a questão da concreta prestação jurisdicional constitucional moderna, a partir de tudo o quanto já foi dito, que será possível evitar o mal maior da sua deformação essencial, ou até mesmo de sua extinção – que levaria, por uma via ou por outra, de forma inexorável, à dita “abstratalização massificante” dos julgamentos, mormente, quiçá, daqueles envolvendo questões de direitos fundamentais sociais no Brasil.<sup>87</sup>

---

<sup>87</sup> Nesse sentido, tem-se que ao que tudo leva a crer esta reflexão deve passar pelo

Nesse ponto, é de anotar-se que nenhum bem poderá fazer à causa da efetivação dos direitos fundamentais sociais e do seu exercício direto (e, mesmo, à possibilidade de preservação desta importante via de controle e efetivação de direitos constitucionalmente postos) pelos demandantes-cidadãos, a partir de demandas por eles individualmente ajuizadas, o fato de uma parcela significativa dos julgamentos assim obtidos poder ser transmutada, a rigor, em ordens judiciais que, na prática, possam configurar-se em singelos mandamentos “de papel”, irrealizáveis no mundo da vida.

Tampouco nenhum bem poderá fazer a estas nobres causas, por outro lado, o fato de que uma grande parcela de tais decisões possam se constituir em julgamentos juridicamente questionáveis por conterem mandamentos meramente “voluntariosos”, com escassas justificativas jurídicas sustentáveis.

Quer dizer, até porque é possível acabar por transformar-se, assim, uma decisão judicial mandamental de importante teor para realização de direitos sociais, a uma, em uma “or-

---

abandono da prática ordinária atual de, desde logo e quase sempre, intentar-se, ainda que a qualquer custo, uma imediata imposição jurisdicional da concretização de medidas práticas individualmente reclamadas em juízo – mesmo que talvez sejam tais medidas, por exemplo, claramente concernentes à formulação de políticas públicas pelo Executivo ou à elaboração de leis pelo Legislativo (atuações nas quais, a rigor, não caberia ao Judiciário se imiscuir). Isso que pode parecer uma proposição paradoxal (a de que se deixe a via direta da justiça constitucional aberta desde a base jurisdicional até a cúpula, mas que a materialização de mandamentos positivos derivados desta apreciação, na área de direitos sociais, seja examinada com parcimônia e reservada a casos muito específicos), de fato não o é. Essencialmente assim é porque só com a certeza de resposta responsável e juridicamente adequada por parte do Judiciário, além de claramente exequível nestes casos sob consideração, é que se garantirá justamente a preservação e o fortalecimento da valiosa e rica via aberta da reclamação judicial individual para a concretização destes direitos fundamentais sociais, bem como a possibilidade de sua materialização efetiva. Só com a não banalização do recurso à tão valiosa via, e, mais ainda, com a não vulgarização do atendimento por via judicial destas demandas, reservando-se a prestação jurisdicional de natureza positiva neste campo dos direitos fundamentais, talvez, somente àquelas situações realmente extremas, é que será possível encontrar espaço jurídico-político para a admissão desta atividade judicial como ação válida, legítima e eficaz.



dem” que não se cumpre e que não se cumprirá (por simplesmente não ser factível)<sup>88</sup>; ou, tanto pior, porque, a duas e por outro lado, pode-se transformá-la em uma decisão que, mesmo sendo factível na realidade das coisas, por ser demasiado extravagante do ponto de vista jurídico, desanda para um ilegítimo “tudo valer”, é que a manutenção do sistema de controle concreto, nos termos aqui propostos, se qualifica para debruçar-se sobre esta questão. E assim deve fazê-lo de modo a que se encontrem soluções que não façam com que o Judiciário perca em legitimidade e em credibilidade política e social quando de sua atuação, justamente por conta destes extremos referidos.

Trata-se, como assim se vê, de construir modos de que o Judiciário cumpra o seu dever de atender diretamente às demandas da sociedade pela efetivação dos direitos fundamentais sociais, sem que, no entanto, acabe por ser submetido à intratável situação de ter de enfrentar o “dilema dos excessos”.

Tal dilema se configura pela colocação das coisas, nesta área, nos termos da necessária adoção pelo juiz de uma de duas radicais soluções: *o excesso do apreço por segurança jurídica*, que leva à injustificável inação no campo da realização dos direitos sociais, ou *o excesso de uma suposta busca por justiça a qualquer preço*, que leva a uma ação voluntarista e desmedida dos juízes, causando o extrapolar de suas competências e de quaisquer limites de atuação que já o próprio Poder Judiciário tem a obrigação de impor a si próprio.

O *excesso de apreço pela segurança* à custa dos direitos discutidos nos casos concretos, então, é aquele que compele à atual busca por soluções judiciais massificantes e abstratas, já desde o momento inicial em que determinadas questões conflitivas começam a aflorar na sociedade. E que, assim, acabam por nada dizer sobre a individualidade dos casos em julgamento, ofertando à sociedade, muitas vezes, não mais do que uma

---

<sup>88</sup> Isto é, em uma decisão que “não se faz valer”, ou que não consegue se impor por conta da realidade das coisas.

imprestável “justiça de papel”, o que, por sua vez, só pode terminar por conduzir a originalmente relevante via da prestação da justiça constitucional no caso concreto ao descrédito perante os cidadãos-demandantes.

Já o *excesso de apreço pela suposta realização da justiça máxima*, no outro extremo deste espectro, se traduz naquele agir transfigurado em soluções de natureza potencialmente antidemocrática, isto é, em decisões judiciais que, principalmente na área social, a pretexto de realizar a mais elevada justiça para o caso concreto, ou de até só pretender angariar um maior apreço popular, transbordam dos limites do jurídico e invadem, sem qualquer justificativa consistente ou maior, os domínios estritos do político (com um potencial de refluxo negativo-reactivo sobre o próprio poder jurisdicional em questão e sobre o futuro alcance de sua atividade essencial aos demandantes-cidadãos nesta importante área, é bom que se diga).

Ora, mas o fato é que as coisas não precisam e não devem ser colocadas nestes termos à justiça constitucional. O dilema dos excessos não é um dilema que a realidade, por si só, imponha ao juiz, nem mesmo em locais de extrema desigualdade social – ao menos não na maioria dos casos –, como é o caso do Brasil.

Tudo porque nesta radicalização de posições (quase que “ideologizadas”) qualquer uma das hipóteses extremas mencionadas é capaz de conduzir, ao longo do tempo, somente ao descrédito ou a uma final limitação forçada (por alterações normativas reflexivas desta situação) do exercício de uma “cidadania-interessada”, que lance mão da justiça constitucional em sua modalidade concentrada de forma adequada, por livre e útil, para a obtenção de resultados razoáveis – e não de ilusórias panacéias pretensamente resolutivas de todos os males do mundo.<sup>89</sup>

---

<sup>89</sup> Isso para não se falar do desgaste, assim imposto, ao final de tudo, da própria força dos direitos fundamentais na realidade contemporânea. Força esta que, aliás,

É nesse sentido, então, que a abordagem desta questão, a partir das proposições preliminarmente já expostas e ainda sob investigação, pode ser intuída como permissiva, futuramente, da criação de um modelo que preserve as possibilidades virtuosas da prestação jurisdicional constitucional difusa (ou concreta) brasileira, mas que a proteja do mencionado “dilema dos excessos” - isto é, de uma atuação que a pretexto de efetivar direitos sociais “vá longe” demais neste mister, ultrapassando o terreno legítimo do jurídico, ou simplesmente “não saia do lugar”, porque desconsidere, além do que é legítimo, o que é passível de *ordinariamente* ser concretizado.<sup>90</sup>

Ter-se-á aí a possibilidade de que sobrevivam tais direitos, mesmo em tempos de crises de variados tipos, mas não como meras figuras programáticas ou decorativas, adornando nossas constituições. Ter-se-á, então, a possibilidade de que se reforcem tais direitos, e não de que se rume em direção a sua desconstrução prática, mediante sua redução a uma figuração de forma vazia de efeitos nas decisões judiciais, tudo resultando, na prática, num desbragado retorno fático às Cartas de garantias meramente individuais e, quiçá, meramente programáticas de outrora.

A possibilidade aí é a de que persistam vivas normas sociais ainda realmente vinculantes e transformadoras desta especial realidade, justo a partir de mais um legítimo exercício de pressão da base social demandante sobre os poderes consti-

---

pode ser, de outra parte, até mesmo multiplicada justamente a partir de uma micro-pulverização efetiva e responsável do poder, garantida pela existência e pelo recurso do sério e consistente controle difuso de constitucionalidade, aí sim, posto e mantido ao alcance de todos, como natural preliminar de ações judiciais ordinárias.

<sup>90</sup> Parece haver aqui, talvez, abertura à discussão relativa a casos ou situações excepcionais, que (re) fundariam um agir mais incisivo em termos jurídicos, ainda que com avanços casuísticos sobre questões delicadas em termos de competências e separação de poderes, mas aqui não espaço para tratamento de tal questão e relativamente a isso remete-se o leitor ao tratamento da matéria levado a termo no relatório de conclusão da disciplina de Direitos Fundamentais que este autor apresentou à FDUL para fins de cumprimento parcial dos requisitos necessários ao seu doutoramento.

tuídos através do jurídico; do garantido exercício do indivíduo, como “demandante-cidadão”, de pleitear o que suponha ser o seu direito fundamental social devido - tudo precisamente por meio de um (responsavelmente autocontido) auxílio da prestação jurisdicional, também de índole constitucional, no contexto de um Estado de Direito e democrático contemporâneo.

Assim, a materialização de princípios como a da *cooperação*, contidos na Constituição Italiana, por exemplo<sup>91</sup>, ou de outros similares brasileiros<sup>92</sup>, não se perderá como peça normativa em desuso prático, por seu alto grau de abstração, e, até em certa medida, facilmente manipulável pelas conveniências e circunstâncias inerentes a este tipo de situação.

Será, pois, na possibilidade da persistência da multiplicada análise do significado constitucional destas pontes normativas com o social, que são os direitos fundamentais desta natu-

---

<sup>91</sup> Cf. os esclarecimentos do Prof. Dr. Michele CARDUCCI, neste particular, no item 2 (“Il contenuto costituzionale della cooperazione”) de seu ensaio “Il Fondamento Costituzionale della Cooperazione”, de 1996: “In via preliminare, la Costituzione italiana, all’art. 45, riconosce l’istituto della cooperazione, senza però fornirne una definizione esplicita, come, d’altra parte, si verifica spesso nel testo costituzionale. La norma così recita: “La Repubblica riconosce la funzione sociale della cooperazione a carattere di mutualità e senza fini di speculazione privata. La legge ne promuove e favorisce l’incremento con i mezzi idonei e ne assicura, con gli opportuni controlli, il carattere e le finalità”. Il legislatore costituzionale, quindi, sembra rintracciare un contorno definitivo che rinvia ad una disciplina del fenomeno già esistente, di cui, nel nuovo contesto costituzionale, si deve garantire la “funzione sociale”. Nel contempo, però, questo rinvio concettuale produce un’apertura nozionistica che non consente di distinguere in modo sufficientemente chiaro i tipi di attività cooperative che potrebbero farsi rientrare nella previsione della norma. E’ appena il caso di ricordare, infatti, che né il Codice Civile né le leggi speciali contengono una definizione della cooperazione. L’art. 2511 Cod. civ. contraddistingue la società cooperativa per il suo ‘scopo mutualistico’ e non lucrativo, ossia, secondo quanto contenuto nella Relazione al Codice civile n. 1023, per lo scopo ‘prevalentemente mutualistico’. La legislazione speciale, compresa la recente legge 31 gennaio 1992 n. 59, non aggiunge nulla alla definizione civilistica.”

<sup>92</sup> Representando tudo o mais que consta da Constituição Federal de 1988, neste sentido, vejamos as disposições fundamentais que constam, por exemplo, do seu artigo 3º e incisos (sem olvidar, contudo, o que consta do artigo imediatamente anterior). Cf. também, de forma mais específica, o que consta da Constituição da República Portuguesa, de 1976, v.g., em seus artigos 62º a 81º.

reza – possibilidade esta precisamente vivificada numa manutenção atualizada do instrumento do controle concreto ou difuso de constitucionalidade no Brasil, e não sua extirpação do sistema ou transformação artificial e ilusória -, precisamente na realidade da miríade de casos concretos, hauridos do cotidiano dos litígios supostamente “miúdos” do foro, que os direitos sociais terão a possibilidade de permanecer e de florescer de forma sustentável, como realidades (e não promessas, não passíveis de cumprimento). Não assim, a partir do mero uso da suposta força do Poder Judiciário para fins de imposição de radicais transformações da realidade –que é, alias, não raras vezes, de duvidosa materialização possível na vida real.

Tampouco será a partir do uso desmedido de teses abstratas, levadas à discussão diretamente nas cúpulas jurisdicionais, para que estas desde logo “normativizem-nas”, em substituição à discussão democrática na arena “forense” (aquela promovida por todo e qualquer demandante-cidadão), que se viabilizará qualificada prestação jurisdicional constitucional nessa área.

Enfim, será neste contexto real da busca pelo efetivo e possível significado destes princípios, contidos também pelas definições legais vigentes, que será possível encontrar a via mais adequada de manutenção dos direitos sociais hoje. Precisamente, porque é a reconstrução (adaptativa conservativa) deste instrumental de pulverização do poder, que é o controle de constitucionalidade concentrado, concebido nestes termos de uma orientação mais prudente e moderna, que justamente poderá abrir caminhos para esse novo modo de ver as coisas e de permitir que se alcance este seu diferenciado intento.

Finalmente, em conclusão, o que se sugere aqui é que o instrumental jurisdicional constitucional de concreto ou difuso, assim reconstituído para os desafios da modernidade, possivelmente terá melhores e mais adequadas condições de lidar, nestes termos, com as incessantes demandas sociais contempo-

râneas por realização desta espécie de direitos fundamentais.

Isso tudo não só em condições mais legítimas, mas também mais compatíveis com uma responsável consideração da moderna relação (sempre tensa) entre democracia e constitucionalismo.<sup>93</sup> E mais ainda: isso tudo de forma também, no final das contas, mais efetiva e concreta, por meio de um reequilíbrio de todas as relações de balanceamento e divisão de poder político entre os três tradicionais Poderes do Estado de Direito democrático, mesmo em tempos de frequentes crises econômicas, políticas – e até humanitárias – em que estamos todos a viver.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS: “ENTRE O PASSADO E O FUTURO”.

Entre o passado e o futuro, ainda parece subsistir íntegra, hoje, aquela lacuna, que HANNAH ARENDT (1968, ed. de 2013) já a seu tempo apontou, deixada por um mundo contemporâneo que, no fim de tudo, desintegra ou pretende desintegrar a tradição. E que não mais lhe concede tempo ou guarida para sua recomposição. Assim é, também, na área do Direito e, mais especificamente, na da justiça constitucional brasileira.

Pretende-se também aí, por vezes, o ilusório exercício da re-fundação das coisas, a afirmação do *marco zero* da cultura jurídica e de sua tradição, a partir de um supostamente plenipotenciário instante criador e transformador da nova norma. Entretanto, este *fiat ius!*, como se viu, é impossível, não existe nesta extensão suposta, e não é dado, a rigor, nem mesmo ao constituinte originário obter.

Mesmo na re-modulação normativa constitucional que

---

<sup>93</sup> Que, por sua vez, abra mão de puras e simples medidas de força, questionáveis em sua legitimidade e duvidosas do ponto de vista de sua viabilidade fática, deixando-as a casos concretos extremos, se assim ainda se mostrar necessário, e viabilize soluções concretas na base do reencontro e reequilíbrio das funções entre os poderes.

se pretenda total, não há como fugir inteiramente ao passado, às práticas do meio jurídico que vigoram (e que se transformam) através dos tempos, à linguagem que é compreendida sempre a partir e dentro de certos limites por uma determinada comunidade jurídica.

Por mais que a violência das pressões e premências contemporâneas se faça sentir e comprima ou encubra o passado, pretendendo fazer do presente um instante inaugural de um futuro completamente novo e original, ele, o passado, está sempre posto. E entre este passado e o futuro está um presente que, por sua vez, não se dissocia jamais do que lhe antecede, enquanto não cessa de tornar-se, em seguida, o que virá a ser. Tudo num infatigável *lançar-se à frente*, tudo se constituindo num *continuum* inquebrantável, que vale mesmo no mundo jurídico, já que tudo isso lhe afeta inexoravelmente – e, portanto, que interessa profundamente para a discussão das necessárias adaptações para a conservação do controle difuso de constitucionalidade.

Aliás, não é à toa que PAUL RICOUER<sup>94</sup>, já advertiu

---

<sup>94</sup> Nesse sentido, é importante lembrar que este instrumental do diálogo baseia-se, como dizem os próprios GARAPON e PAPAPOULOS, exatamente nesta advertência de RICOEUR [*Histoire et vérité*, Paris, Seuil, 3. ed.1964, p.299.]. Logo, um primeiro elemento do instrumental do diálogo intercultural seria justamente este: o do *cuidado* com o trato das diferenças, o do exercício da prudência, do zelo, da parcimônia, da consideração da *tradição*, no sentido do “imemorial que há em todo o entender” (Gadamer). Nem a pulsão pela guerra ou pela destruição, por suposta superioridade de um sistema ou de uma cultura, com a afirmação de uma espécie de ‘hermenêutica da destruição’ (cf. BARBAS HOMEM diz existir na contemporaneidade, sob certas circunstâncias), nem a euforia utópica das absorções fáceis ou das assimilações com final feliz de hábitos, costumes, vivências ou normas de terceiros – e nisso o referido caráter “conservativo” de nossa tese (mas não necessariamente conservador). Nesse ponto, outra característica dessa proposta de diálogo: a ideia da possibilidade de uma *enriquecedora interpelação recíproca*. Ou por outra: a ideia de que *é fundamental perguntar e ouvir* – afinal, só assim *dialoga-se*. Por fim, um terceiro elemento: mas em que contexto? Necessariamente num *contexto democrático*, guiado pelos nortes comuns, informadores destes grandes sistemas. Ver tb. sobre diálogo jurídico no âmbito hermenêutico, CARNEIRO, W.A., item 1.4, “A busca pelo diálogo desvelador” (2015, p. 133-51).

sabidamente: “*A compreensão é uma aventura perigosa em que todas as heranças culturais correm o risco de afundar em um sincretismo vago.*” Mesmo com todos os cuidados e respeito pelo contexto em transformação das culturas e tradições jurídicas, é possível que simplesmente não consigamos bem apreender o significado das coisas e promovamos alterações normativas equivocadas, interpretações judiciais descabidas, adaptações sistêmicas mal-sucedidas no ordenamento jurídico. E que disso resulte uma terceira coisa, negativa, que não é nossa, nem é outra; que não corrija nem adapte, só distorça ou só confunda.

É por isso, então, que a palavra final e de ordem neste ponto torna a ser a do apelo à prudência. Todo o cuidado é pouco nesta matéria e o que se pode ter a perder aí é muito.

Assim, aqui resta evidenciado, ao final de tudo, que, para bem solucionar a questão da necessária adaptação conservativa do controle difuso de constitucionalidade brasileiro, já não será possível simplesmente pretender transplantar institutos de uma cultura jurídica para outra, de forma acrítica ou mesmo de modo desconectado dos devidos cuidados hermenêuticos. Muito menos poderá ser esta problemática tratada em termos de uma migração radical para um ou outro modelo exclusivo de controle de constitucionalidade, desvinculando a Justiça Constitucional, assim, prontamente, de nossa tradição presente e passada de sistema misto, dotado de modelo difuso, mesmo que sob o pretexto de dar guarida aos argumentos efficientistas ou de agasalhar alguma outra razão substancial supostamente mais relevante para tanto.

De resto, e em derradeira conclusão, se isso for bem observado, poderá ter-se em mãos um renovado e poderoso instrumental para a efetivação mais adequada de direitos fundamentais, especialmente de direitos sociais, por vias da justiça constitucional adequada e prudentemente aplicada do caso concreto, em sua inigualável riqueza casuística – porque aí



permissiva de uma renovadamente responsável aplicação/interpretação e materialização de tais especiais disposições normativas.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. “A gênese do controle difuso de constitucionalidade: cidadania e democracia na conformação das atribuições do Judiciário no marco de um Estado de Direito”. *Revista de Processo*, v. 229, março 2014, p. 433-52.
- ABBOUD, Georges e STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – O precedente Judicial e as súmulas vinculantes?* (Coleção O que é isto?, vol.3) 2.ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.
- ABBOUD, Georges, “Súmula vinculante ‘versus’ precedentes”. In: *Revista de Processo*, n.165 (ano 33 – novembro de 2008). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 218-230.
- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. “Súmula Vinculante”. In: MORAIS, Carlos Blanco de; Ramos, Elival da Silva (organizadores). *Perspectivas de Reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil*. Coimbra-Lisboa-São Paulo: Almedina, 2012, p.209-221.
- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. “Dez Idéias sobre a Liberdade, extraídas da obra de Manoel Gonçalves, Ferreira Filho”. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do; HORBACH, Carlos Bastide; LEAL, Roger Stiefelmann. (Coordenação). *Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia: Homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 229-250.

- \_\_\_\_\_. “Direito Constitucional nas origens do Estado Brasileiro: alguns pontos da obra do conselheiro Botre-  
ro”. *In: Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC* n. 19, jan.-jun.2012, p. 366-373.
- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. “Da Admissibilidade da Restrição Temporal de Efeitos das Decisões de In-  
constitucionalidade no Controle Concreto”. *In: AL-  
MEIDA, Fernando Dias Menezes de; AMARAL JÚ-  
NIOR, José Levi Mello do; HORBACH, Carlos Basti-  
de; LEAL, Roger Stiefelmann. (Coordenação). Direito  
Constitucional, Estado de Direito e Democracia: Ho-  
menagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho.*  
São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 433-443.
- ARENDT, Hannah. *Entre o Passado e o Futu-  
ro*. 17.ed., 1.reimpr. Trad. Mauro W. Barbosa. SP: Pers-  
pectiva, 2013.
- BAGGIO, Moacir Camargo. “Jurisdição como instrumento de  
reconhecimento e de construção da democracia enquan-  
to cooperação reflexiva (em Honnet e Dewey)”. *RIDB-  
Revista do Instituto do Direito Brasileiro* (eletrônica),  
n.05, Ano 3 (abr.2014). pp. 3.241-3.282,  
<[http://www.idb-  
fdul.com/uploaded/files/2014\\_05\\_03241\\_03282.pdf](http://www.idb-<br/>fdul.com/uploaded/files/2014_05_03241_03282.pdf)>,  
em 06/2014.
- BAGGIO, Moacir Camargo e OLIVEIRA JUNIOR, José Al-  
cebíades de. “*Jurisdição: da litigiosidade à mediação*”.  
*Constituzionalismo.it* (Roma), v.2/2009,  
p.art20091111-1, 2009. (Revista eletrônica), <  
[www.constituzionalismo.it/articoli/323](http://www.constituzionalismo.it/articoli/323)>.
- BARBALHO UCHOA CAVALCANTI, João. *Constituição  
Federal Brasileira: Commentários*. Rio de Janeiro: Ty-  
pographia da Companhia Litho-Typographia, 1902.
- BARZOTTO, Luiz Fernando. “Prudência e Jurisprudência.  
Uma reflexão epistemológica sobre a jurisprudência

- romana a partir de Aristóteles.” *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos*, v. 1, p. 163-192, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- \_\_\_\_\_. “Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)”. In: *Estudos Avançados*, 18 (51), 2004, p.127-150, <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a07v1851.pdf>>. Acesso em 08/02/2010.
- BONFIELD, Lloyd. *American Law and the American Legal System: in a nut shell*. St. Paul, MN (USA): Thomson/West, 2006.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 5.ed. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Controle Judicial de Constitucionalidade das leis no Direito Comparado*. 2. Ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris.
- CARDUCCI, Michele. “Il ‘compromesso’ di Weimar e il problema della scrittura costituzionale”. In: *Revista Jurídica - CCJ*, Vol.18, n.37, p. 5-20. Set.-Dez. 2014 (Rev. eletrônica). Disponível em: <<http://gorila.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/download/4619/2872>>. Consulta em jun.2015.
- CARDUCCI, Michele. “Il fondamento costituzionale della cooperazione”. Disponível em: <<http://www.bpp.it/Apulia/html/archivio/1996/I/art/R96I015.html>>. Consulta em jun.2015.
- CASTANHEIRA NEVES, A. *O Instituto dos ‘Assentos’ e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*. 1. ed. Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede: Economia, socie-*

- dade e cultura* (Vol. I). 4.ed. Trad. Alexandra Lemos, Catarina Lorga e Tânia Soares. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.
- \_\_\_\_\_. *O Poder da Identidade: A era da informação: economia, sociedade e cultura* (Vol. II). 2.ed. Trad. Alexandra Lemos e Rita Espanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.
- CESAR, Constança Marcondes. “A Ontologia Hermenêutica em Paul Ricoeur”. In: CESAR, C.M. (org.). *A hermenêutica francesa: Paul Ricoeur*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002, p. 27-41.
- DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 1. ed. brasileira. São Paulo: Martins Fontes, 1986.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- \_\_\_\_\_. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Carmargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: Formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. revista. Rio de Janeiro: Globo, 2012.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha e ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. “A repercussão geral e a objetivação do controle concreto”. In: MORAIS, Carlos Blanco de; Ramos, Elival da Silva (organizadores). *Perspectivas de Reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil*. Coimbra-Lisboa-São Paulo: Almedina, 2012, p.193-208.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. “Comentário ao art.52, inciso X”. In: CANOTILHO, J.J.; MENDES, G.F.; SARLET, I.W.; (Coord.) *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013 (v. eletr.), p. 2.465 -83.
- FINE, Toni M. *Introdução ao Sistema Jurídico Anglo-*

- Americano*. Trad.E.Saldanha.SP: E.WMF M. Fontes, 2011.
- \_\_\_\_\_. “O uso do precedente e o papel do princípio do *stare decisis* no sistema legal norte-americano.” *Revista dos tribunais*. Ano 89. V. 782. Dezembro de 2000. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- FRIEDMAN, Barry e SAUNDERS, Cheryl. “Symposium-Constitutional Borrowing: Editor’s Introduction”. *International Journal of Constitutional Law* 1 (2003), p. 177-180.
- FRIEDMAN, Lawrence M. *A History of American Law*. 3.ed. New York: Touchstone, 2005.
- GADAMER, Hans-Georg.*O problema da consciência histórica*.Trad.P.C. Duque Estrada.3.ed.RJ: E.FGV, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Vol.I. Trad. Flávio Paulo Meurer. 9. ed. Petrópolis/RJ: Editora Vozes, Bragança Paulista, SP. Editora Universitária São Francisco, 2008.
- GARAPON, Antoine e PAPAPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França: Cultura jurídica francesa e Common Law em uma perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas*. 1.ed. 13.reimpr. Rio de Janeiro: LTC, 2008.
- \_\_\_\_\_. *O saber local*. Trad. Vera Mello Josceleyne. 11.ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.
- GRAES, Isabel Maria dos Santos. *O Poder e a Justiça em Portugal no século XIX*. Lisboa: AAFDL, 2014.
- \_\_\_\_\_. *Do Supremo Tribunal de Justiça à desconstrução do Poder Judiciário em Oitocentos*. Tese de doutoramento em Direito, ramo de ciências Histórico-Jurídicas, na especialidade de História do Direito – Universidade de Lisboa – Faculdade de Direito (FDUL), 2010.

- GRONDIN, Jean. *Introducción a Gadamer*. Trad. Constantino Ruiz-Garrido. Espanha: Herder Editorial, 2003.
- HART, Herbert L.A. *O conceito de Direito*. Trad. A. R.Mendes. 6. Ed. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 2011.
- HASEBE, Yasuo. “Constitutional Borrowing and Political Theory”. *International Journal of Constitutional Law* 1 (2003), p. 224-243.
- HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais: contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã*. Porto Alegre: Fabris, 1995.
- HOLMES, Oliver Wendell. *The Common Law*. San Bernardino, CA (USA), 2015.
- HOMEM, António Pedro Barbas. *O Espírito das Instituições: um estudo de história do Estado*. Coimbra: Almedina, 2006.
- \_\_\_\_\_. “O perfil do juiz na tradição ocidental: Portugal”. In: HOMEM, A.P. Barbas *et alli* (coord.). *O perfil do juiz na tradição ocidental*. Seminário Internacional. Coimbra: Almedina, 2007, p.53-70.
- HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão Hermenêutica do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- HORBACH, Carlos Bastide. “Romper (pre)conceitos sobre jurisdição constitucional”. In: *Consultor Jurídico*. <<http://www.conjur.com.br/2013-set-22/analise-constitucional-romper-preconceitos-jurisdicao-constitucional?imprimir=1>>. Acesso em 31/07/2014.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 7.ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

- LEAL, Roger Stiefelmann. “O Exercício da Jurisdição Constitucional pelo Poder Judiciário”. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do; HORBACH, Carlos Bastide; LEAL, Roger Stiefelmann. (Coord.). *Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia: Homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 589-610.
- MAUS, Ingeborg. “Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’”. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. In: *Novos Estudos*, n.58, novembro de 2000. p.182-202.
- MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo. “O modo setecentista de julgar em Portugal. Uma reflexão em torno do valor dos precedentes judiciais no passado e no presente”. In: HOMEM, António Pedro Barbas *et alli* (coordenação). *O perfil do juiz na tradição ocidental*. Seminário Internacional. Coimbra: Almedina, 2007, p.121-129.
- MARINONI, Luiz Guilherme. “Aproximação Crítica entre as Jurisdições de *Civil Law* e de *Common Law*”. In: Donald Armelin; Rita Quartieri. (Org.). *Tutelas de Urgência e Cautelares*. São Paulo: Saraiva, 2010, v. , p. 859-904.
- \_\_\_\_\_. *A Ética dos Precedentes: Justificativa do novo CPC*. 1. ed. São Paulo: RT, 2014.
- \_\_\_\_\_. “Proposta de Alteração do CPC para Atribuir Força aos Precedentes.” In: Luiz Guilherme Marinoni. (Org.). *A Força dos Precedentes*. Salvador: JusPodium, 2010, v. , p. 281-282.
- \_\_\_\_\_. *Precedentes Obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 542p.
- MAXIMILIANO PEREIRA DOS SANTOS, Carlos. *Constituição Brasileira: Commentarios*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1918.

- MENDES, Gilmar F. *et alli. Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MENDES, G. F. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. SP: Saraiva, 2005.
- MIRANDA, Jorge. “A fiscalização da Constitucionalidade: uma visão panorâmica”. *In: Scientia Iuridica*. Separata. Nº 2. Julho-Dezembro, 1993, p. 161-180.
- \_\_\_\_\_. *Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade*. 1.ed.(1968),reimpr. Coimbra Editora, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Manual de Direito Constitucional, VI – Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição*. 4. ed. Coimbra Editora, 2013.
- \_\_\_\_\_. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2002.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de Direito Constitucional – As funções do Estado e o Poder Legislativo no Ordenamento Português, Tomo I*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- \_\_\_\_\_. “Insuficiência dos efeitos ‘inter partes’ das decisões de inconstitucionalidade em controlo concreto na ordem jurídico portuguesa”. *In: MORAIS, C.B.de; Ramos, Elival da Silva (organizadores). Perspectivas de Reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil*. Coimbra-Lisboa-São Paulo: Almedina, 2012, p.53-61.
- \_\_\_\_\_. *Justiça Constitucional - Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade, Tomo I*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Justiça Constitucional - O Direito do Contencioso Judicial, Tomo II*. 2. ed. Coimbra-Lisboa: Wolters Kluwer-Coimbra Editora, 2011.



- MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Trad. Eliane Lisboa. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2007.
- \_\_\_\_\_. *O Método: Ética*. Vol. 6. 2. ed. Porto Alegre: Editora Sulina, 2005.
- MOTTA, Francisco José Borges. *Levando os Direitos a Sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do Direito: Introdução à teoria e metódica estruturantes*. 3. Ed. rev. , atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- \_\_\_\_\_. *Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora-Wolters Kluwer Portugal, 2010.
- NERY JUNIOR, Nélson e NERY, Rosa Maria. *Comentários ao Código de Processo Civil: Novo CPC – Lei 13.105/2015*. São Paulo: RT, 2015.
- OLIVEIRA, Rafael Tomas de. “Hermenêutica e Ciência Jurídica: Gênese conceitual e distância temporal”. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (Organizadores). *Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de Verdade e Método*. 2.ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015., p. 41-58
- OST, François. *O tempo do Direito*. Trad. Élcio Fernandes. Bauru, SP: Edusc, 2005.
- PERJU, Vlad. “Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations”. *Boston College Law School Faculty Papers*(2012).<<http://weblaw.haifa.ac.il/en/JudgesAcademy/workshop1/Documents/Migration%20and%20Borrow>

- ing.pdf>.Em:04/2015.
- RAATZ, Igor. “Precedentes Obrigatórios ou precedentes à brasileira?” *In: Temas atuais de Processo Civil*, Vol.2, n.5. Maio de 2012 (Rev. eletrônica). Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antteriores/58-v2-n5-maio-de-2012/192-precedentes-obrigatorios-ou-precedentes-a-brasileira> >. Em 09/03/2015.
- RAMIRES, Maurício. *Crítica à Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- RAMIRES, Maurício. *Diálogo judicial internacional: A influência recíproca das jurisprudências constitucionais como fator de consolidação do Estado de Direito e dos Princípios Democráticos*. Tese de doutoramento em Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Defendida e aprovada em 2014.
- RAMOS, Elival da Silva. “A evolução do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade e a constituição de 1988”. *In: MORAIS, C.Blanco de; Ramos, Elival da Silva (Org.). Perspectivas de Reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil*. Coimbra-Lisboa-São Paulo: Almedina, 2012, p.63-87.
- \_\_\_\_\_. *Controle de Constitucionalidade no Brasil: perspectivas de Evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RICOEUR, Paul. *Hermenêutica e Ideologias*. Trad. Hilton Japiassu. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2008.
- \_\_\_\_\_. *O Conflito das Interpretações: Ensaio sobre Hermenêutica*. Trad. M.F.Sá Correia. Porto-Portugal: RÉ-S-Editora, 1988.
- \_\_\_\_\_. *O Justo ou a essência da justiça*. Trad. Vasco Casimiro. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.
- ROCHA, Leonel Severo da. “A institucionalização do republicanismo no Brasil: O papel de Rui Barbosa na Consti-

- tuição de 1891”. In: CANOTILHO, J.J.Gomes; STRECK, Lenio Luiz (coordenadores). *Entre Discursos e Culturas Jurídicas. Studia Iuridica*, 89. Coimbra: Coimbra Editora, s.d., p.47-80.
- SANTIAGO, Marcus Firmino. “Jurisdição constitucional pela via difusa: uma análise do quadro constitucional brasileiro”. *RIDB-Revista do Instituto do Direito Brasileiro (eletrônica)*, n.12, Ano 2 (dez. 2013), p. 14.299-14.329, <  
[http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013\\_12\\_14299\\_14329.pdf](http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_12_14299_14329.pdf) > Acesso em jun.2014).
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000.
- SCHAWER, Frederick. “On the Migration of Constitutional Ideas.” *Connecticut Law Review* 37 (2004-05), p. 907-919. Disponível em <  
[http://www.law.virginia.edu/pdf/faculty/hein/schauer/37conn\\_1\\_rev907\\_2005.pdf](http://www.law.virginia.edu/pdf/faculty/hein/schauer/37conn_1_rev907_2005.pdf) >.Em27-04-2015.
- SCHWARTZ, Bernard. *A History of the Supreme Court*. New York: Oxford University Press, 1999 (*e-book*).
- SEGADO, Francisco Fernández. *La Justicia Constitucional ante el Siglo XXI: La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*. México, D.F.: Universidad Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas (Circuito Mario de laCueva), 2004. <  
<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1503/pl1503.htm> >.Em 03/2013.
- \_\_\_\_\_. “La obsolescencia de la Bipolaridad Tradicional (Modelo Americano – Modelo Europeo-Kelseniano) de los Sistemas de Justiça Constitucional.” *Revista de Direito Público*. Vol I, nº2. Porto Alegre, 2003.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia: o*

- paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.
- SILVA, Virgílio Afonso. *A Constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1.ed. 4.tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- STOLLEIS, Michael. “O perfil do juiz na tradição europeia”. In: HOMEM, António Pedro Barbas *et alli* (coord.). *O perfil do juiz na tradição ocidental*. Seminário Internacional. Coimbra: Almedina, 2007, p.21-34.
- STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (Organizadores). *Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de Verdade e Método*. 2.ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- STRECK, Lenio Luiz; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. “A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação Constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional”. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 10, p.37-58. 2007 (Disponível também em <http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/4.pdf>.> Consultado em: out.2013).
- STRECK, Lenio Luiz e STEIN, Ernildo. *Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de ‘Verdade e Método’*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- STRECK, Lenio Luiz e ABOUD, Georges. *O que é isto—o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2. ed. vol.3, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014 (versão eletrônica).
- STRECK, Lenio Luiz. “Comentário ao art.103-A e seus parágrafos”. In: CANOTILHO, J.J.; MENDES, G.F.; SARLET, I.W.; (Coord.) *Comentários   Constituição do*

- Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013 (v. eletr.), p. 3.227-90.
- \_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Editora RT, 2014.
- \_\_\_\_\_. *O que é isto—decido conforme a minha consciência?* 2.ed. Porto Alegre: Livraria Advogado, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Súmulas no Direito brasileiro – eficácia, poder e função: A ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008.
- TARUFFO, Micheli. “La Motivazione della Sentenza. Revista de Direito Processual Civil Genesis. Vol. 31. Curitiba, 2004.
- TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.
- TRIBE, Laurence; DORF, Michel. *Hermenêutica constitucional*. Trad. Amaríllis de Souza Birchal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- TUSHNET, Mark. “The Possibilities of Comparative Constitutional Law.” *Yale Law Journal*, v. 108, n. 6, abr. 1999, pp. 1225-1309.
- VAN CAENEGEN, R.C. “‘Oráculos da Lei’ ou ‘Bouche de la Loi’”. In: HOMEM, António Pedro Barbas *et alli* (co-ordenação). *O perfil do juiz na tradição ocidental*. Seminário Internacional. Coimbra: Almedina, 2007, p.35-51.
- \_\_\_\_\_. *Uma Introdução Histórica ao Direito Constituci-*

- onal Ocidental*. Trad. Alexandre Vaz Pereira. Coord. António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.
- WEHLING, Arno e WEHLING, Maria José, *Direito e Justiça no Brasil Colônia: O Tribunal de Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)*. Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Renovar, 2004.
- WOLFE, Christopher. *The Rise of Modern Judicial Review: from constitutional interpretation to judge-made law*. Lanham, Maryland (USA): Rowman & Littlefield Publishers, 1994.
- WOLKMER, Antônio C. *História do Direito no Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho ductil: ley, derecho, justicia*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2009.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.