

Em defesa da lei – da complementariedade entre lei e Constituição – estudo a partir de um caso

Hugo Otávio T. Vilela.*

Introdução

As ponderações que aqui exponho são fruto de uma reflexão iniciada antes de meu ingresso na magistratura e que se intensificou no exercício desta. Entretanto, tais ponderações tomaram a presente forma quase instantaneamente no exame de um processo, o qual me incumbiu relatar na Turma Recursal Suplementar da Seção Judiciária de Goiás.

O assunto era Assistência Social. Pleiteava o recorrente a concessão de um benefício assistencial que, no meio jurídico do país, é designado pela sigla que corresponde à lei que o prevê e regula, sendo esta a Lei Orgânica da Assistência Social – Loas.

A derrota no primeiro grau se dera porque o recorrente não cumprira o chamado *requisito econômico*, isto é, a renda per capita de seu núcleo familiar era superior a um quarto do salário mínimo.

Nesse processo (0039825-78.2008.4.01.3500), o Ministério Público Federal manifestou-se no sentido da concessão do benefício. A tese defendida pelo MPF era de analogia (ou *combinação*) entre o dispositivo da Loas que exige o *requisito econômico* para concessão do benefício assistencial e um dispositivo da Lei de Benefícios Previdenciários. Este dispositivo previdenciário estabelece que o segurado que recebe benefício previdenciário por invalidez e necessita da ajuda permanente de outra pessoa tem direito a um acréscimo de 25% no valor mensal de seu benefício. Assim, considerando que o benefício assistencial – Loas – pleiteado no caso era o chamado *Loas deficiente*, que se destina a pessoas com necessidades especiais, e que a pessoa com necessidades especiais, no mais das vezes, também precisa da ajuda permanente de outra pessoa, o correto seria uma analogia ou combinação entre as duas, de tal modo que, ao analisar um pedido de Loas deficiente, o Estado deveria avaliar a renda do núcleo familiar do peticionante não da maneira como está escrito no dispositivo da Loas, que exige renda familiar por pessoa não superior a um quarto de 100%

do salário mínimo. Deveria o Estado, isto sim, exigir que a renda por pessoa não excedesse a um quarto de 125% do salário mínimo.

A tese já havia sido acatada anteriormente pela Turma Recursal – GO com outra composição¹. No entanto, e mesmo tendo sido exposta com grande erudição, deparava-se com obstáculos imensos. Primeiramente, sua formulação como analogia não fazia sentido. Não havia vácuo legislativo para que houvesse colmatação por analogia, que é eminentemente um mecanismo de integração jurídica². O próprio Supremo Tribunal Federal já havia considerado o *requisito econômico* do benefício assistencial perfeitamente constitucional em sua objetividade e da forma como estabelecido na Loas, tendo inclusive rejeitado proposta de interpretação conforme a Constituição, que o abrandava³. O máximo que o Supremo chegou a admitir, através de *obiter dictum* de voto do Ministro Sepúlveda Pertence, foi que o requisito era duro, mas que seu abrandamento, ou aprimoramento, era tarefa do legislador.

Ainda que houvesse espaço para analogia, restaria o problema de se tratarem de coisas muito diferentes. Embora façam parte de um só macrosistema de Seguridade Social, do qual também faz parte a Saúde, e até compartilhem várias normas constitucionais, o fato é que a Previdência Social e a Assistência Social seguem lógicas distintas. Como a analogia deve ser feita entre situações parecidas, sua aplicação proposta no caso seria realmente difícil. Em verdade, mesmo que se pudesse reconhecer semelhança geral suficiente entre previdência e assistência, a ponto de se aplicar a regra de uma na outra, persistiria o problema de que as situações especificamente consideradas eram por demais distintas. Por um lado, a norma previdenciária que se queria aplicar ao caso concreto tratava de um *plus* a ser dado no montante recebido mensalmente por certos

*Juiz federal substituto, Seção Judiciária de Goiás; mestre em Direito.

¹ TRJEF-GO, Processo: 2006.35.00.714042-3, DJ–GO 20/09/2006.

² Art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – antiga Lei de Introdução ao Código Civil.

³ ADI 1.232/DF, DJ 1º/06/2001.

beneficiários por invalidez, integrantes de um sistema previdenciário contributivo. Por sua vez, a situação sobre a qual se queria fazer incidir a norma previdenciária dizia respeito à definição do espectro de cobertura de um benefício assistencial.⁴

Restava a tentativa de fazer a mesma engenharia acima descrita, mas com outro nome, no caso o de *combinação* de regras. Sob esse título tecnicamente vago e despojado das dificuldades inerentes a uma analogia, falar-se-ia em *combinar* as duas regras, a que previa o *requisito econômico* para a obtenção do

⁴Esta nota não tem diretamente a ver com o presente texto, mas é importante fazê-la, porque qualquer acolhimento ou rejeição por juiz de uma proposta de analogia é atualmente criticada pelo raciocínio muito bem expressado por François Rigaux: “Quando a situação litigiosa oferece alguma analogia com uma categoria de situações sobre a qual o legislador se pronunciou, o juiz sempre pode escolher entre o raciocínio *a pari* e o raciocínio *a contrario*: ou a analogia é suficiente para que a nova situação seja regida pela disposição legislativa cuja hipótese não a visa explicitamente, ou a diferença é a tal ponto significativa que o juiz afasta dela a aplicação. A estrutura falsamente lógica dos dois argumentos desaba diante do vínculo entre a escolha feita pelo juiz e os termos nos quais ele descreve a situação litigiosa. Conforme a maior ou menor proximidade desses termos da interpretação que ele dá à norma, terá justificado um raciocínio *a pari* ou um raciocínio *a contrario*. Como escreve Neil McCormick que se inspira numa frase de Llewellyn, ‘they hunt in pair’: nenhum dos dois argumentos é separado do outro por um critério lógico a despeito dos termos de lógica formal nos quais estão presentes”. [A lei dos juízes. Tradução de Edmir Missio. Revisão da tradução de Maria Ermantina Galvão. Revista Técnica Gildo Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 156.]. Entretanto, tenho que tal raciocínio, não obstante seus méritos, é uma simplificação irreal, pois parece desprezar: o fato observável de que existe uma margem de razoabilidade entre o que pode ser considerado mero arbítrio do magistrado em um sentido ou outro; que esse território intermediário é acessível à lógica; que frequentemente o magistrado, quando aponta no sentido de um dos extremos, está tentando indicar algum ponto dentro do intervalo de razoabilidade entre os extremos, servindo-se desse expediente por limitações do sistema jurídico ou da própria linguagem. Outro ponto é o de que pensamento de Rigaux parte do pressuposto de que o magistrado é desonesto ou tendencioso na forma como apresenta para si o problema a ser julgado, na forma como o apresenta para os demais ou em ambas, desprezando: o fato de que ele pode ver e expor de maneira fiel o problema; que ele pode ser conduzido a um posicionamento, deixar-se conduzir ao mesmo ou ser forçado a tanto por uma gama de argumentos considerados por todos como razoáveis. Por tais aspectos, o raciocínio do autor belga não parece retratar a realidade de maneira fiel, mas antes refletir a eterna perplexidade diante do fato de que o julgamento proferido pelo magistrado é a palavra final e que, considerando tratar-se de uma pessoa e que seu julgamento se passa no íntimo, não se pode evitar de todo a possibilidade de que ele venha a julgar de modo completamente arbitrário e fundamentado tal decisão com algo que pareça razoável, cometendo um arbítrio acobertado por um embuste. Esse risco é verdadeiro, e é terrificante a sensação de que a palavra final sobre uma lide pode ser dada desse modo, mas daí não se pode deduzir que tudo é arbítrio. Trata-se de uma limitação ou um risco do método de solução de problemas por seres humanos, não se tratando de uma limitação da lógica, por exemplo, dos próprios problemas.

Loas e a que estabelecia o *plus* para a renda mensal dos benefícios previdenciários por invalidez. Contudo, a mudança de nomenclatura por um lado ajudava mas por outro atrapalhava a tese, pois de certo modo deixava mais a nítida a sua grande falha, que era a impossibilidade de se alegar que a Lei de Benefícios Previdenciários tinha revogado a Loas, implícita e parcialmente, naquele aspecto específico (*requisito econômico* do benefício assistencial), porque aquela é anterior a esta. A mudança de nomes deixava também mais evidente o desconforto que a idéia de denominar a tese de *interpretação sistêmica* provocava, razão pela qual esta denominação foi descartada. Até o rigor intelectual exigia que a proposta não fosse vista como uma interpretação, ao menos em sentido estrito, porque claramente não se propunha a haurir ou descobrir alguma coisa que já estivesse, ainda que muito veladamente, na lei. Nem mesmo a amplidão proporcionada por conceitos como interpretação construtiva ou *construction* atendia bem àquela proposta. Ademais, a Loas remete expressamente à Lei de Benefícios Previdenciários quando julga necessário, e não havia qualquer razão para que, justamente ao tratar de um tema fundamental como o do *requisito econômico* do Loas ela não o tivesse feito, e nem o sugerira.

O que se propunha, enfim, era uma inovação, o que não gerava a pronta rejeição da tese, porque há sim hipóteses em que o Judiciário deve inovar ou completar a lei, sendo exemplo deste último as cláusulas gerais (*Generalklauseln*), em voga no direito civil. Todavia, o caso estava claramente abarcado por uma escolha política válida feita pelo parlamento brasileiro, uma norma legal que não pedia ou sequer permitia intervenção inovadora ou construtiva do Judiciário. Mais até, ainda que o juiz pudesse inovar no caso concreto, teria que fazê-lo com base em devidos elementos técnico-financeiro-atuariais que embasassem a inovação, pois não seria juridicamente defensável a afirmação de que o art. 195, § 5º da Constituição Federal diz respeito ao Executivo e ao Legislativo, mas não ao Judiciário, ao estabelecer que: “Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total”. Enfim, a tese não podia ser acatada.

A proposta, vista em sua essência, era no sentido de alargar o espectro de um benefício da Assistência Social, em detrimento do que lei dizia expressamente sobre um de seus requisitos. Se o Judiciário adotasse a referida proposta, não estaria adaptando a lei ao caso concreto mas sim ditando uma política pública a partir

de textos da lei que não se comunicam, ainda que o alcance dessa política fosse apenas inter-partes. Neste passo, é curioso notar que, segundo o professor J. J. Gomes Canotilho, citado por quase todos os julgados brasileiros que defendem uma postura *pró-ativa* do Judiciário em relação a políticas públicas, a definição judicial de políticas públicas é considerada *nonsense* por todos os tribunais da Europa⁵, os quais, por integrarem em sua maioria jurisdições muito antigas, são referência válida para nós, ainda que lidem com realidades sócio-econômicas muito diversas da nossa.

Mesmo depois de feitas essas constatações, alinhadas as conclusões no pensamento, este relator sentia uma dificuldade, um íntimo constrangimento de rejeitar a tese de maneira resoluto em seu voto pois, de certa forma, simpatizava com o fundamento último da argumentação do MPF, que consistia no respeito à dignidade humana, que no Brasil tem *status* constitucional (art. 1º, inciso III). Isso levou este relator a cogitar da possibilidade de descartar tudo o que já havia pensado e acatar a tese tão-somente com base no princípio da dignidade humana.

Examinando essa possibilidade, cheguei à conclusão que concordar com a tese tão-somente com base no argumento da dignidade seria uma reação puramente emocional ao problema. Não se tratava de adotar um posicionamento com base numa interpretação, ainda que tortuosa, de um dispositivo constitucional ou de um postulado ético, mas empunhar esse dispositivo ou postulado para empreender um esforço heróico e niilista, dissociado de qualquer razoabilidade ou lógica, e isso seria inaceitável.

Mesmo assim, e por incrível que pareça, mesmo ciente de tudo isso, o relator permanecia incomodado pois ainda não encontrava conforto bastante na rejeição da proposta. Não se tratava apenas do desconforto psicológico tipicamente causado pelas decisões ásperas, mas de um desconforto também intelectual. Por mais que estivesse claro o descabimento da tese e sua precariedade estrutural, ela não desaparecia do campo das cogitações, nele permanecendo com foros de proposta viável.

Por isso tudo, concluí que minha forma de pensar sofria de uma distorção, que não se manifestara só naquele caso mas em outros. Este artigo trata da razão dessa distorção, de seu motivo, que consiste basicamente na cultura judiciária que hoje amplamente predomina no Brasil e que vem sendo reforçada por

uma concepção errônea do papel desempenhado pela Constituição de 1988 em nosso ordenamento, e do papel que devemos desempenhar para com ela. Essa cultura, de que também faço parte, é o motivo pelo qual, em certos ramos do direito, o pensar dos julgadores nacionais se encontra um tanto fora de prumo, fazendo com que propostas de grande fragilidade sejam cogitadas e aceitas como verdade, e teses com grau de densidade jurídica semelhante ao da examinada vinguem diariamente no Brasil, para conceder tutelas de maneira um tanto indiscriminada contra o Poder Público, com o fundamento de estarem fulcradas em dispositivos constitucionais que prevêm direitos fundamentais.

2. A cultura judiciária brasileira vista a partir do caso concreto ora descrito

Propostas como a apresentada pelo MPF no processo a que me referi acima, não obstante a nobreza incontestável de suas intenções, expressam uma visão errônea sobre o papel do Judiciário na defesa de princípios como o do não retrocesso dos direitos sociais, que seriam derivados do princípio maior da dignidade humana. Segundo essa visão, que é compartilhada por boa parte dos juízes brasileiros, a conduta do Judiciário deve ser a de vigiar, identificar e fulminar qualquer ato normativo tendente a suprimir hipótese de benefício ao indivíduo presente no ordenamento jurídico. Mais além, deve o Judiciário tomar todas as medidas possíveis, enquanto intérprete do direito, para *concretizar* cada vez mais o bem-estar social, o que é majoritariamente entendido no sentido de conceder tutela contra o Poder Público, em prol do indivíduo. Ocorre que essa visão de que o Judiciário, para bem do social, deve adotar sempre uma postura concessiva, constitui uma simplificação, uma maneira monofacetada de se ver a realidade, a qual não contribui para compreender o real papel do Judiciário ou de qualquer dos três Poderes. O Judiciário contribui para a manutenção do estado de bem-estar social quando concede e quando nega, contanto que o faça da maneira e no tempo corretos, por ter este Poder, como todo o Estado brasileiro, um compromisso de longo prazo com o equilíbrio dos sistemas de apoio social, como o da Seguridade. Os exercícios interpretativos que esgarçam as hipóteses de benefício, como as previdenciárias e assistenciais, possibilitando o maior número possível de concessões no curto prazo, não são sustentáveis. Segundo informa a experiência, tais exercícios contribuem para que, no futuro, haja uma drástica diminuição das hipóteses de benefício, tanto em seu número quanto em seu espec-

⁵ Jornal *Valor Econômico*, edição impressa, 04/11/09, p. A5.

tro, o que vem ocorrendo atualmente nos mais diversos países, inclusive em Portugal, país do Professor J. J. Gomes Canotilho e das origens do autor deste texto.

Esse beneficiamento imprevidente do hoje em detrimento do amanhã é capaz de tocar o íntimo de qualquer pessoa que se debruce sobre o tema com o mínimo de vagar, pois essa pessoa verá ofendido um bem de todos que é, na sua essência, quase indistinguível da justiça: o senso comum.

O compromisso que o Judiciário tem para com o bem-estar social não será cumprido pela adoção sistemática e monocórdia de todo e qualquer entendimento que elasteça hipóteses de benefício no curto prazo. Esse compromisso será cumprido pelo Judiciário quando o mesmo desempenhar seu papel a contento, estando para isso alerta ao caráter multifacetado desse papel, podendo e devendo ser criativo e inovador na aplicação do direito ao caso concreto, mas sem qualquer viés sectário nem com a intenção de ditar políticas públicas.

O que estou defendendo não é positivismo, na acepção mais corrente e pejorativa da expressão. O juiz pode e deve dar ao caso solução diferente daquela prevista em lei quando a solução legal provocar iniquidade, a qual se constata toda vez que nos deparamos com uma situação que, tivesse sido vista pelo legislador, teria ele próprio cunhado solução diferente daquela constante da lei que elaborou. Entretanto, isso não quer dizer que o juiz, toda vez que se depara com um quadro dramático, tenha ali encontrado um cenário que o habilita a descartar a lei. Qualquer legislador minimamente realista sabe que, ao elaborar políticas públicas, por melhores que sejam, deixará desassistidas inumeráveis situações lamentáveis, tocantes, dramáticas, o que terá ocorrido pelo fato de ser materialmente impossível atender a todas essas situações. Trata-se de escolhas políticas difíceis, duríssimas, mas que devem ser feitas, e por quem tem legitimidade para tanto.

Desse modo, é essencial dizer que quando o juiz se depara com uma situação dramática que não encontra cobertura na hipótese legal de benefício não pode ele, automaticamente e tão só com base nessa percepção, afirmar ter se deparado com uma situação não prevista pelo legislador, ou uma falha da lei, que deve ser integrada, colmatada ou concretizada por ele, juiz, no caso concreto. Deve o magistrado abrandar a dureza da lei, mas nunca a ponto de desmaterializar escolhas que, por mais duras que sejam, devem existir, têm de ser feitas, para bem de todos. Nesse aspecto, vale recordar as lições de Aristóteles que, defensor

e elaborador da idéia de equidade, já tratada no parágrafo anterior, foi igualmente notável ao não separar a noção de lei da noção de justiça. Ao contrário, e bem ao contrário do que é mais comum atualmente, em que a lei é vista como uma mera tentativa de justiça ou um óbice a esta, Aristóteles denominou aquilo que se corporifica pela lei como uma modalidade de justiça, universal, que se propõe a servir a todos⁶, tendo sido precedido por Platão que recomendara (ainda que com palavras excessivamente ásperas) não a prevalência da equidade sobre a justiça legal, mas um equilíbrio entre as duas⁷, em que a equidade seria utilizada para excepcionar a justiça legal, e não para se tornar regra.

É de interesse ressaltar, ainda, que a realidade de haver escolhas é uma constante inelutável que persiste até mesmo em relação a direitos que são vistos por todos como absolutos, cuja lesão, segundo a opinião geral, habilitaria de imediato seu titular a ter tutelado seu interesse pelo Poder Judiciário. Por exemplo, ninguém há de negar que todo ser humano é titular do direito à vida, e a reação normal de qualquer um é dizer que uma pessoa ameaçada em seu direito à vida deve ter seu interesse tutelado sempre e em qualquer circunstância. Entretanto, alguém diria ser legítima uma determinação judicial no sentido de que o terceiro numa fila de transplante passasse ao primeiro lugar somente com base no direito à vida? O primeiro e segundo colocados não titularizam o mesmo direito? Ademais, alguém poderia dizer que o direito à vida suplantaria nesse caso as regras objetivas e frias que coordenam as filas de transplante, quase todas de caráter infralegal? Haveria nesse caso uma prevalência das regras de transplante sobre normas constitucionais? A resposta é terminantemente negativa. Por sua vez, a visão desse quadro como um choque entre mandados de otimização constitucionais⁸, ou a visão de um choque entre vetores subjetivos de um mesmo mandato de otimização constitucional não são verdadeiras, embora se possa intuir que a segunda é melhor que a primeira (embora dela não difra em correção mais do que um erro pode ser melhor que outro).

⁶ [Ética a Nicômaco] *The Nicomachean Ethics*. Oxford University Press. 1998. Oxford World's Classics. Translated with an introduction by David Ross. Revised by J.L. Ackrill and J. O. Urmsom. p. 106.

⁷ [Refiro-me aqui à produção ulterior de Platão, o livro *Leis*, conforme a seguinte referência bibliográfica]: *Laws*. Plato. Translated by Benjamin Jowett. Mineola, New York: Dover Publications, Inc. 2006. Dover Philosophical Classics. p. 113.

⁸ Referência ao pensamento de Robert Alexy, com a ressalva de que, como boa parte das referências neste texto, esta também se dá de forma livre.

O exemplo da fila de transplante pode ser facilmente contestado quanto à sua relevância para a percepção mais nítida do ordenamento jurídico como um todo, pois o senso comum recomenda desconfiança em relação à conduta de extrair idéias e julgamentos gerais de situações extremas. De fato, lamentavelmente, essa desconfiança muito frequentemente se justifica, o que deixa este expositor em difícil situação, vez que os exemplos mais ilustrativos são, amiúde, aqueles que falam de situações extremas. Todavia, penso que essa cautela deve ser abandonada neste momento, pois a ilustração trazida pelo exemplo acima é valiosa a uma série de ponderações necessárias sobre a visão do ordenamento que o Judiciário, e os operadores do direito em geral, vimos adotando no país.

Tem sido comum que o Judiciário atenda de maneira relativamente generalizada, com base exclusiva no fato de que o reclamante titulariza um direito constitucional, a pleitos de várias naturezas ajuizados pelo particular contra o Poder Público. De fato, em muitos desses casos, o Judiciário tem se valido de sua interpretação dos direitos constitucionais em detrimento do que diz a lei. Tal conduta pode ser explicada por diversas razões. A primeira delas, provavelmente a mais arraigada, diz com a imensa litigiosidade da Administração brasileira e sua falta de meios internos de conciliação. A Administração brasileira – maior litigante do país – tem ladeado seu histórico de desrespeito ao administrado com a ausência de meios próprios de composição, mesmo para casos em que a ilicitude da conduta do Poder Público é evidente. Assim, na quase totalidade das vezes, o único caminho que o prejudicado tem é o Judiciário, hipertrofiado ao longo do tempo por demandas contra a Administração a qual, por sua vez, ser acomodou em ver suas lides serem judicializadas, ganhando tempo. Nesse cenário, formou-se uma cultura entre os magistrados que combina, de um lado, o atávico ressentimento que todo aquele que cresceu sob as arbitrariedades e desigualdades do terceiro mundo tem para com o Estado e, de outro, o ressentimento de ver seu trabalho inviabilizado por uma política sistemática do Poder Público de não reconhecer e, por sua iniciativa, emendar seus erros. Essa cultura faz com que o magistrado, de maneira absolutamente involuntária, e no afã de equilibrar a balança, tenda a ouvir com simpatia as alegações do cidadão que litiga contra o Poder Público, seja qual for seu fundamento. Ao fazê-lo, o julgador relembra a lição de Maimônides que, tratando de assunto diferente, mais especificamente da virtude da modéstia, ensinou que o equilíbrio se alcança não por uma atitude totalmente

passiva daquele que afere mas através de um leve pendor, mais um impulso, em uma das direções.⁹

De qualquer forma, o magistrado brasileiro é maduro o suficiente para, a exemplo do que faz com qualquer influxo que lhe vicia o julgamento, identificar em seu íntimo a ação de tal cultura e neutralizá-la quando seus efeitos importem num desequilíbrio de forças no processo.

De outra parte, mais recentemente, uma segunda razão tem se combinado à primeira já tratada acima, com efeitos gigantescos. O fato é que, desde a Constituição de 88, tem havido uma descoberta tardia do constitucionalismo. Essa descoberta, de imensa repercussão no pensamento jurídico brasileiro, tem gerado nos operadores do direito uma distorção na maneira de ver o ordenamento e o lugar que a constituição nele ocupa, e que papel desempenha. De certo modo, o que existe é um sentimento quase redentorista em relação à Constituição de 88, através do qual os operadores, incorporando o que se passa na alma do nosso povo, revivenciamos inconscientemente a dor de toda uma história de negligência e descaso em relação aos direitos dos indivíduos e a sensação de ter rompido completamente com esse passado difícil, através do grande marco da redemocratização do país que foi a Carta de 88. Nesse cenário emocional, toda e qualquer limitação que se impõe ao indivíduo parece um passo atrás na dura caminhada de nosso povo. Toda restrição que se lhe faz soa retrógrada, até desumana, e por essa razão as normas legais, que têm a missão de lidar com a realidade de maneira mais próxima – com o presente – vêm sendo objeto de estranhamento, de negação.

As nações, como as pessoas, definem-se muito por suas experiências. No caso do Brasil, o reencontro com a democracia e o encontro – pois inédito na maior medida – com a cidadania fez com que pensássemos a atual Constituição como a passagem abrupta e definitiva para um tempo diametralmente diferente do que vivêramos, sobretudo do que experimentáramos nas décadas imediatamente anteriores. Nesse afã, adotamos em nosso âmbito, com fervor religioso,

⁹ “[...]. Já explicamos nos capítulos anteriores que a modéstia é uma virtude de caráter e está entre a arrogância e a humildade. Existe uma palavra só para modéstia em hebraico, mas há muitas para orgulho. O extremo oposto é rebaixamento e já explicamos no quatro capítulo da Introdução (Oito Capítulos) que o homem deverá inclinar-se um pouco em direção a um dos pólos para que finalmente esteja agindo exatamente no meio caminho entre limites estreitos. [...]” [Comentário da Mishná: ética dos pais. Tradução de Alice Frank. São Paulo: Ed. Maayanot, 1993. p. 55].

duas diretrizes teóricas que já haviam sido adotadas em outros lugares: a publicização do direito e a concretização da constituição¹⁰.

Verdade seja dita, o grau com que se adotou a publicização do direito em nossas plagas pouco diferiu daquele observado nos demais países de tradição romano-germânica. A afirmação do indivíduo como centro gravitacional do cenário político/jurídico, que remonta ao início do século XX, ampliou consideravelmente a eficácia dos direitos fundamentais, tanto em sua dimensão vertical (relação indivíduo – Estado) quanto na dimensão horizontal (relação indivíduo – indivíduo), o que forçou o Estado a uma postura mais interventiva nas relações ditas privadas, com forte reflexo na legislação¹¹.

Por outro lado, a chamada *concretização da constituição* vem sendo empregada em nosso âmbito num grau talvez único no mundo¹². A necessidade de garantias concretas de que o passado não se reeditaria levou a uma desconfiança por nossos operadores do direito quanto à noção da constituição como um documento predominantemente abstrato, com largas balizas. Essa desconfiança, aliada aos avanços teóricos no campo do controle de constitucionalidade e à aceitação geral da idéia de que a constituição imanta todo o ordenamento jurídico, e portanto incide, de certo modo, em cada caso concreto (às vezes diretamente), disseminou a conduta de forjar soluções para casos concretos a partir de interpretações diretas do texto constitucional, independentemente de o legislador já ter feito opções políticas válidas que abarquem os casos concretos. Neste quadro, não é raro que a visão que se tem da lei acabe sendo determinada por uma armadilha maniqueísta, ocultada pelo fundamento teórico da concretização da constituição; armadilha esta em que a constituição se apresenta como um elevado valor moral corporificado em norma superior e

a lei como um óbice formulado de maneira deliberada para se opor à realização daquele elevado valor moral.

Nesse cenário, o magistrado brasileiro se vê frequentemente como um pólo numa luta dialética, chegando mesmo a pensar que seu papel é mesmo o de conceder benefícios ao cidadão, pois o outro pólo, formado pelo Legislativo e o Executivo, já estaria por demais empenhado em negar. Tal pensamento deve ser evitado. O Judiciário não fará bem à nação se deixar de ser o que é, um juiz, e não é possível ser juiz e justiceiro ao mesmo tempo. Não pode ser justiceiro quem antes não deixou de ser juiz. A sociedade precisa de um órgão que lhe solucione as lides com imparcialidade, e se o interesse maior dessa sociedade exigir de nós juízes uma determinada postura jus-política no exercício de nossa função, até mesmo em detrimento do direito positivo estabelecido democraticamente¹³, nós a devemos adotar, mas sempre agindo como juízes, sempre através do desempenho de nosso papel institucional de magistrados. Não faremos bem à sociedade, ou só o faremos por um curtíssimo prazo, se nos desnaturarmos.

A concretização da constituição, ao menos da maneira como a vimos empregando, acaba por comprometer um dos maiores avanços político-jurídicos gerados pela idéia moderna de constituição, que é o de proporcionar ao ordenamento jurídico um fundamento ao mesmo tempo sólido e relativamente autônomo em relação ao próprio ordenamento. O assunto é complicado e exige uma digressão. Historicamente, atribuiu-se a Deus o fundamento último da lei, mas isso nunca bastou. Sempre foi

¹⁰ Há pouco mais que coincidência entre a terminologia que vai aqui empregada e aquela de Friedrich Muller, que consta da edição brasileira de sua obra mais influente em nosso país, com a seguinte referência: *O novo paradigma do direito – introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2009.

¹¹ Para a discussão sobre o incremento da eficácia dos direitos fundamentais em ambas as dimensões, e as possíveis interações entre ambas: DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITO PRIVADO. Claus-Wilhelm Canaris. Reimpressão da edição de julho de 2003. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, fev. 2006.

¹² Baseio-me em Canotilho, que afirmou que a metodologia seguida pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil é única no mundo, e que esse tribunal não julga de acordo com normas. É o que se lê do *Jornal Valor Econômico*, edição impressa, 04/11/09, p. A5.

¹³ A afirmação é polêmica e sempre deve ser vista com extrema cautela, parcimônia. Todavia, parece haver hipóteses nesse sentido, defendidas com substância por autores de inegável peso, que se referem frequentemente a um papel republicano do Judiciário, ou uma função democrática contra-majoritária que seria esperada desse Poder. Um exemplo marcante se encontra na obra de Mauro Cappelletti: “Mas são, na minha opinião, ulteriores e mais prováveis as respostas à questão da legitimidade democrática do direito jurisprudencial. Antes de tudo, parece-me ser um erro fundamental, embora difundido, aquele que faz depender a legitimidade da criatividade judicial dos mesmos critérios que, corretamente, faz depender a ‘democraticidade’ do direito legislativo, ou seja: da sua precisa correspondência à vontade da maioria. Uma virtude do Judiciário é, propriamente, aquela de saber frustrar o ramo político quando este, por estar muito ligado ao sentimento majoritário, atropela certos direitos fundamentais dos indivíduos ou das minorias; um exemplo conhecido, universalmente, é o da proteção do direitos civis da minoria negra por obra da Corte de Warren nos anos cinquenta e sessenta. Protegendo esses grupos, que não se encontram na posição de acesso ao ‘processo político’, as Cortes de Justiça aumentam o conjunto representativo dos nossos sistemas de governo”. *Processo, Ideologias e Sociedade*. Tradução e notas por Elicio de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008. p. 22.

necessária à lei uma fundamentação outra, ainda que sumamente ética e abstrata e ainda que, nas explanações dos antigos, essa fundamentação fosse secundária porque apoiada na divindade, não sendo explicitamente reconhecida como um fundamento basilar ou tão basilar quanto a divindade. Em boa parte da história ocidental, esse fundamento outro da lei foi a própria lei, sua envergadura moral, o mito da lei. As pessoas deviam respeitar as normas jurídicas porque, afinal, era a lei. Isso gerava uma dificuldade técnica concernente às revogações. Havia um certo pudor em revogar explicitamente normas anteriores em prol de normas mais recentes, porque temia-se que tal conduta fosse, de algum modo, desprestigiar a base do Estado e da lei, que era o mito da lei. A idéia de que as normas eram efêmeras, passageiras, seria prejudicial ao mito. Essa preocupação é evidente no Livro I do *Digesto do Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, em passagem na qual o imperador, referindo-se ao *Codex*, que precedera o *Digesto*, fala em *emendar* as normas antigas para dar-lhes mais *clareza*¹⁴, evitando qualquer menção a revogação. Sobretudo, é de se notar que esse desconforto chegou aos dias de hoje e ainda se observa em considerável grau nas jurisdições de *common law*. Mesmo nos Estados Unidos, permanece um grande cuidado pelo Judiciário no tratamento do precedente – que lá tem natureza de norma – preferindo-se falar em *clarificação* ou *esclarecimento*, *expansão* ou *construção* ao invés de revogação do precedente. Isso sempre gerou uma série de dificuldades e obrigou os juristas a acrobacias jus-políticas no fio da navalha, mas o problema foi superado em grande parte com a colocação de uma norma superior como fundamento do sistema¹⁵. Assim, a revogação de uma norma por outra passou a ser menos problemática tecnicamente do que outrora, pelo menos nos casos de substituição de uma norma infraconstitucional por outra. Essas substituições não mais comprometeriam o

fundamento do sistema, porque a norma fundamental permaneceria, por ser mais estável e imune ao que se passa abaixo dela. Ocorre que a atual conduta dos ordenadores do direito está rapidamente espraiando o direito constitucional por todos os lados do sistema, sem controle. Dizendo-o de forma mais técnica, a expansão da *jurisdição constitucional* não pode ser feita sem o alargamento do próprio direito constitucional, que em muitos ramos jurídicos não mais se restringe a imantar o ordenamento legal, mas quase o substitui. Esse agigantamento do direito constitucional torna aquilo que seria uma parte essencial porém autônoma do sistema no sistema inteiro, e quando uma parte, ainda que fundamental, passa a ser o todo ela mesma começa a carecer de um fundamento, fazendo-nos correr o risco de acabarmos voltando, com nova nomenclatura, ao velho problema do fundamento da lei. Por sinal, já se percebe uma manifestação incipiente da volta desse problema na tendência atual de se tentar determinar entre as normas constitucionais as que seriam mais fundamentais, mais constitucionais. Esse debate está ganhando corpo lentamente, e já não é mais tão fácil defletí-lo com o uso combinado da evocação das cláusulas pétreas e da rejeição sumária da idéia de ser possível fazer distinções ontológicas entre normas igualmente presentes no texto constitucional, idéia esta personificada no pensamento jurídico na figura de Otto Bachof¹⁶.

Outro dos muitos efeitos nocivos da tendência de *concretização da constituição* é o risco de colocar sob suspeita um outro movimento que, ao contrário daquele, tem mais acertado que errado: o do redimensionamento da constituição. Tal movimento tenta sistematizar e ordenar a correta percepção de que as normas constitucionais não são apenas aquelas que se encontram no texto magno, havendo mesmo situações, como a descrita por Lawrence H. Tribe tratando dos Estados Unidos¹⁷, em que boa parte das normas consagradas pelos tribunais como constitucionais naquele país não guardam qualquer relação explícita ou implícita com o texto constitucional. Para tanto, os estudiosos do tema tem se valido de diversas idéias, algumas antigas, como a do bloco de constitucionalidade, cuja origem remota é

¹⁴ “[...]. Nossa primeira providência consistiu em começar pela obra dos eminentíssimos príncipes que nos antecederam, emendando suas constituições [aqui não no sentido atual de constituição, mas apenas no de lei escrita, direito positivado] e lhes dando mais clareza. Reunidas em um só código e purgadas de supérfluas repetições e divergências inócuas, ofereçam a todos a certeza de sua autenticidade.” [*Corpus Iuris Civilis*: digesto. Coordenação e tradução de Edilson Alkmin Cunha; Antônio Augusto Catão Alves... (et al.). Brasília: TRF1, ESMAF, 2010. p. 13-14.]

¹⁵ Deixo de lado a discussão sobre o fundamento da própria constituição, a noção de *Grundnorm*, o que faço porque essa noção, embora academicamente muito relevante, a partir de Hans Kelsen, não ganhou e não tem maior relevo no ideário do operador do direito médio, não chegando a se tornar politicamente importante ou influente.

¹⁶ Refiro-me aqui a sua obra *Normas constitucionais inconstitucionais?* Tradução e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

¹⁷ [A Constituição Invisível]. *The Invisible Constitution*. Oxford University Press, 2008.

inglesa, tendo se aprimorado e difundido na França¹⁸. O risco é no sentido de que aqueles que integram o movimento, muito maior e difundido, de concretização excessiva da constituição acabem por se apropriar das formulações teóricas daqueles que visam ao redimensionamento da constituição, deslegitimando-os e usando de suas armas, inclusive de sua solidez teórica, para a consecução de outros fins. Ainda que não o façam, o mero fato de existirem em tão grande número fará com que a reação que por certo se formará contra eles acabe levando de roldão os defensores do redimensionamento, que serão confundidos com os concretizadores.

4. Complementariedade entre lei e Constituição

Por todas essas ponderações, podemos constatar que o pensamento jurídico nacional, premido por uma série de injunções históricas, tem se enveredado pelo caminho de buscar soluções para casos concretos haurindo-as diretamente do texto constitucional, quedando em perplexidade com relação à lei. Tal momento de perplexidade deve ser superado. A constituição e a lei, menos que realidades hierarquicamente dispostas, são realidades essencialmente complementares. A lei não pode prescindir de algo que lhe determine o caminho a trilhar. Já a constituição não pode fornecer ao ordenamento jurídico a estabilidade e a transcendência de que ele precisa em sua base se vier a se imiscuir na realidade efêmera. A diferença entre as duas é, portanto, dimensional, como a caminhada e o caminho.

O povo brasileiro fez seu papel ao cristalizar em um documento tantos valores necessários a um estado democrático de direito, o que fez com tremendo esforço. Em que pesem seus muitos defeitos, a Constituição de 88 é sim uma significativa e marcante ruptura em direção à cidadania. Cabe-nos agora, operadores do direito em geral mas principalmente os juízes, concretizar os valores que lá ficaram assentados mas não pela recitação monócórdia desses valores (ou da pequena parte deles que se encaixa em nossa forma de ver as coisas) ao nos depararmos com situações difíceis que requerem soluções práticas, nem pela ilusão de que podemos ordenar a realidade com nossa atuação, eminentemente difusa, adotando soluções esparsas sem ter o apoio de uma política pública, ou

acreditando que essas soluções esparsas são uma política pública. Da mesma forma, não devemos sucumbir à ilusão de que, se a pessoa que litiga em face do Estado titulariza um direito fundamental, essa situação nos habilita a respostas simplistas. Os direitos, mesmo os fundamentais, são, *trunfos*¹⁹ que vão ou não prevalecer conforme o contexto real da lide²⁰, e a verdadeira lide que subjaz às relações processuais a que me refiro é muito diferente da que formalmente se apresenta, havendo centenas ou milhares de titulares de direito na mesma situação do reclamante, em velado conflito com ele. Por tudo isso, devemos nos valer, a princípio, da modalidade de justiça apta a ditar políticas públicas, servir a todos e que, mesmo impregnada da dureza da realidade, de que está sempre tão próxima, não representa uma negação dos elevados valores assentados no documento fundamental, mas antes a configuração terrena que tais valores assumem hoje, que não deve ser vista como algo que a limita ou amesquinha, mas algo que a realiza. Havemos de recordar as palavras de Cícero: *“Entretanto, não é bastante possuir excelência moral como uma forma de habilidade. Há que colocá-la em prática. Você pode ter uma habilidade simplesmente por saber como fazer algo, mesmo se nunca fez; mas excelência moral é inteiramente uma questão de prática. Ademais, seu campo de prática mais importante é o governo de um estado, e na consecução (real, não só em palavras) daquilo de que nossos amigos em varandas*

¹⁹ Nomenclatura empregada por Ronald Dworkin em diversas obras. Por exemplo: *Taking rights seriously*. Harvard University Press, 1977. p. XI. Há obra posterior de Dworkin em que ele revê tal assertiva de forma a torná-la ainda mais ampla, referindo-se aos direitos humanos, ao dizer que os direitos humanos habilitam seus titulares a verem seus interesses resguardados pela Administração de modo especial, sem o condão de, aprioristicamente, determinar ou tornar previsível um veredicto final de tutela àquele interesse. Ao menos, isso é o que se apreende das palavras do autor, sendo esta a referência bibliográfica: *Is Democracy possible here?* Princeton, NJ: Princeton University Press. p. 21.

²⁰ A visão dos direitos como trunfos é, de modo geral, muito competente. Entretanto, há direitos ou aspectos de direito que, de fato, dificilmente são desafiáveis. Nesse sentido, é bastante curiosa a seguinte passagem de Stephen Holmes e Cass Sunstein [tradução deste autor]: “Quando direitos estão em questão, alguns argumentos são não apenas insuficientemente poderosos, mas totalmente inadmissíveis. Isso é verdade no direito privado como no direito constitucional. O devedor não pode legalmente recusar-se ao pagamento do débito porque seu credor é um apóstata, embora possa recusar-se a pagar, em algumas circunstâncias, se o produto que recebeu se provar defeituoso. Analogamente, nosso sistema de liberdade religiosa não permite ao governo eliminar uma minoria religiosa porque o deus dessa minoria não é o verdadeiro, embora possa esse governo banir o consumo de alucinógenos em contextos específicos”. [O custo dos direitos] *The cost of rights*. New York and London: W.W. Norton & company:1999. p. 105.

¹⁸ Teoria já utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, por exemplo, na ADI 595, DJU de 26/02/2002.

sombreadas falam tanto. Pois não há nada dito por filósofos – nada correto e honrado quero dizer – que não tenha sido trazido a lume e estabelecido por aqueles que fizeram leis para um estado. [...].”²¹

Aquele que produz a lei ordinária não avilta a lei maior se lhe seguir o norte pois, ainda que fosse verdadeiro o contexto de maniqueísmo em que muitos desses fenômenos vêm sendo vistos, não se poderia negar aos legisladores infraconstitucionais a lição do já lembrado Maimônides: *“Todo aquele que conduzir o povo no bom caminho não terá pecados na sua mão; [...].”²²*

5. O papel do Judiciário na guarda da Constituição

O tema propriamente dito deste artigo já foi abordado, e o texto poderia muito bem ter se encerrado na seção anterior. Entretanto, parece-me apropriado ressaltar outro efeito da concretização excessiva da constituição.

Ocorre que a manutenção de tal tendência tende a enfraquecer a Carta de 88, chegando a resultado oposto ao que visam os *concretizadores*. Principalmente o Judiciário, que é o depositário dessa Carta²³, estará cometendo um erro grave. Primeiramente, por passar ao público a mensagem de que o texto constitucional basta para a realização do direito em nossa jurisdição, terminará por viciar e retardar o movimento democrático natural de: lei menos aprimorada – pressão popular – lei mais aprimorada. Em segundo lugar, falando ainda como juiz e aos juizes, devemos observar que pelo ato de trazermos a Constituição para o centro dos debates jurídico/políticos de uma maneira tão constante e exagerada, acabaremos por banalizá-la politicamente. O desejo de concretizar a Carta em máxima amplitude e imediatamente não amplia sua força normativa, mas antes a deixa desprotegida, além de nossas possibilidades de defendê-la, de guardá-la²⁴.

Nosso Judiciário, num grau inédito talvez inédito, vêm incorrendo no mesmo erro que este Poder vem cometendo em todo o mundo ocidental: o de se iludir com o efêmero aumento de seu poderio político. O Judiciário tem experimentado há décadas um vigor político bem superior ao de sua média histórica, e que não tende a se sustentar por muito mais tempo²⁵. A correta constatação da necessidade dos regimes democráticos de que neles exista um Poder *menos político* ou, melhor dizendo, um Poder que possa fazer prevalecer os valores republicanos fundamentais do Estado até mesmo quando isso importar em uma ação contramajoritária, gerou um crescimento natural do prestígio do Judiciário nos estados democráticos como um todo²⁶. Esse prestígio vem sendo legitimado academicamente com uma certa euforia em torno de idéias que frisam a necessidade do juiz para que a lei se materialize²⁷, e o quanto essa atividade do juiz é de fato criativa e um tanto discricionária. Porém, este Poder, ao menos em nossa jurisdição, com a máxima vênia, não tem se contentado em colher o fruto natural do

verdades supostamente mais abrangentes que as tratadas por nós. Há dois exemplos significativos em Maimônides: “Moisés recebeu a Lei Divina no Sinai, transmitiu-a a Josué, este aos velhos, estes aos profetas, e estes à comunidade da grande Sinagoga que proclamou três grandes princípios: sede circunspectos nos vossos julgamentos, formai muitos discípulos, e levantai barreiras em torno da Lei Divina.” [ob cit., p. 19]; “Rabi Aquivá dizia: ‘[...] A Massoret (tradição) é a cerca da Lei Divina; o dízimo constitui a defesa da fortuna; as promessas defendem a abstinência; o silêncio é a cerca da sabedoria’” [ob. cit. p. 47]. Na Bíblia cristã, há a interessante passagem do *Bom combate*, que frequentemente é traduzida para o Português contendo a expressão *guarda da fé ou guardei a fé*. 1 Tim. 1: 18–20.

²⁵ Sobre esse tema é de grande interesse a opinião de Clifford Taylor, externada no seguinte texto: [O Judiciário é poderoso demais] The Judiciary is too powerful. In: *Judicial Politics: readings from Judicature*. Third edition. Editor Elliot E. Stolnick – Ohio State University. Washington D.C.: Congressional Quarterly Inc. Press, 2005. p. 30–32.

²⁶ Há uma outra explicação, de fundo predominantemente psicológico, para o incremento do peso político do Judiciário. Segundo essa tese, este Poder tem exercido o papel de superego da sociedade, preenchendo um vácuo no inconsciente coletivo que antes era ocupado pela figura do rei. Para uma exposição dessa tese: Ingeborg Maus. *O judiciário como superego da sociedade*. Tradução dos originais em alemão por Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

²⁷ Uma amostra interessante encontra-se em Friedrich Muller: “A teoria pós-positivista do direito trabalha com outro enfoque. Segundo ela, a lei não contém normas, mas somente ‘textos de normas’. Eles não são ‘aplicáveis’, pois são pré-formadamente normativos. Quando os trabalhamos, não se processa nenhum silogismo lógico. Pelo contrário, ‘concretizamos’, vale dizer, criamos, geramos, produzimos primeiramente a norma jurídica a partir de regras de sustentabilidade argumentativa (*Vertrebarkeit*), para então derivar dela a fórmula de decisão, a parte dispositiva do julgamento, o teor (*Tenor*).” ob. cit. p. 132.

²¹ [Tradução livre por este magistrado de trecho da obra a seguir referenciada]. *“The Republic” and “The Laws”*. Translated by Niall Rudd. Oxford University Press, 2008. p. 4.

²² *op. cit.*, p. 88.

²³ Embora o art. 102, *caput*, da Constituição Federal afirme que a guarda da Constituição cabe ao Supremo Tribunal Federal, não há negar que tal missão, em determinada medida, toca a todos os integrantes do Judiciário.

²⁴ A idéia de proteção da norma fundamental está presente até mesmo em campos do pensamento que se propõem a descrever

presente momento histórico, que é o reconhecimento por toda a sociedade da complexidade e relevância da atividade judicial²⁸. Tem ido além e utilizado seu maior prestígio de forma pouco sábia, solapando políticas públicas legítimas, o que não ficará sem reação e, de certa maneira, coloca a perder o reconhecimento que a sociedade tem dado a seu trabalho. Em verdade, os juízes têm se esquecido da lição de fundo de Alexander Bickel²⁹, no sentido de que eles (também eu) integram o Poder mais frágil, razão pela qual na história da ciência política chegou mesmo a não ser elencado entre os Poderes³⁰.

Simplificando, os juízes, além de acreditarem que a constituição é mais invulnerável e abrangente do que é, conforme ficou exposto na seção anterior, também têm acreditado que são mais fortes do que são e podem guardá-la usando a ela própria como espada, e escudo.

²⁸ “Desnecessário acentuar que todas essas revoltas conduziram à descoberta de que, efetivamente, o papel do juiz é muito mais difícil e complexo, e de que o juiz, moral e politicamente, é bem mais responsável por suas decisões do que haviam sugerido as doutrinas tradicionais”. Mauro Cappelletti. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993. Reimpressão, 1999.

²⁹ A referência é a Alexander M. Bickel, autor de *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Yale University Press, primeira edição em 1962, por Bobbs-Merrill.

³⁰ Refiro-me à obra de John Locke. Entretanto, há quem interprete a obra do iluminista inglês em sentido diferente. Para um panorama sobre as interpretações desse aspecto da obra de Locke ver Jorge Amaury Maia Nunes, em artigo assim referenciado: Separação de Poderes, legitimação do Poder Judiciário e consequencialismo. *Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região*. 11. ano 22. Brasília: TRF 1ª Região, novembro de 2010, p. 25–33.

Os dois erros operam juntos, amplificando-se mutuamente. Os juízes, premidos também pela insuficiência da atuação dos demais Poderes, têm distorcido o princípio da inafastabilidade do Judiciário, que no Brasil tem *status* constitucional (art. 5º, inciso XXXV), ou mesmo a velha regra do art. 4º do Código de Napoleão, de que o juiz não pode se abster de julgar (presente no Brasil no art. 126 do Código de Processo Civil), para opinarem sobre tudo e, principalmente, para fazerem prevalecer sua opinião em qualquer matéria, usando por fundamento dispositivos abstratos da constituição. O óbice prático maior a tal conduta, que seria o fato de que nem toda matéria chega ao exame do Judiciário, não tem hoje maior relevância, porque tudo vem sendo judicializado. O único óbice prático que sobrevive é o alcance limitado, inter-partes, de cada decisão judicial, o que não se aplica a boa parte das decisões das cortes constitucionais.

No Brasil, pelas razões já relatadas anteriormente, temos experimentado especial dificuldade em perceber ambos os erros, e a maneira como se combinam. Ao contrário, nossas circunstâncias históricas – basicamente a Constituição de 1988 e sua interação com a cultura judiciária que já havia antes dela – têm levado a que nos enveredemos sem reservas no equívoco, o que devemos corrigir.

6. Nota conclusiva

O voto do relator no caso mencionado na introdução foi no sentido de negar provimento ao recurso, usando como fundamento basicamente as mesmas ponderações lançadas neste artigo, e prevaleceu.