

## CÁSSIUS GUIMARÃES CHAI

Promotor de Justiça do Estado do Maranhão

Coordenador do Programa de Pós-graduação da ESMP-MA

Diretor Cultural e Conselheiro Editorial da AMPEM

Mestre em Direito Constitucional – UFMG

Doutor em Direito Constitucional – UFMG/Capes/Cardozo School of Law – NY

Visiting Scholar Cardozo School of Law, 2003

Visiting Professor – Guest of Legal Department – Central European University, 2007 – HU

Doutorando em Derecho Administrativo – USAL – ES


Membro da International Association of Constitutional Law,

da International Association of Prosecutors, do Instituto de Ciências Penais,

do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais,

do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional

# Jurisdição Constitucional Concreta em uma Democracia de Riscos



São Luís - MA  
2007

**AMPEM EDITORA**

**Conselho Editorial**

Cássius Guimarães Chai  
Justino da Silva Guimarães  
Fabiola Fernandes Faheina Ferreira  
Márcio Thadeu Silva Marques  
Carlos Augusto Soares

• • •

**Diagramação**

Rom Freire (Estação)

**Fotolitos e impressão**

Estação Gráfica Ltda. (98) 3236 9177

• • •

Copyright © 2007 by AMPEM

[www.ampem.com.br](http://www.ampem.com.br)

[ampem@elo.com.br](mailto:ampem@elo.com.br)

Impresso no Brasil

Printed in Brazil

CHAI, Cássius Guimarães, 1971 -

Jurisdição Constitucional Concreta em uma Democracia de Riscos.  
São Luís: Associação do Ministério Público do Estado do Maranhão, 2007.

Inclui Bibliografia / Anexos.

ISBN 978-85-60430-05-5

560 p.

I. Direito Constitucional. II. Jurisdição Constitucional Concreta. III. Teoria Discursiva do Direito. IV. Cidadania. V. Identidade Constitucional. VI. Habermas; Luhmann; Dworkin; Günther. VII. *Mootness*; VIII. *Ripeness*.

CDD 341.202

CDU 342.340.131

340.131.342.4

# SUMÁRIO

	p.
INTRODUÇÃO .....	31
<b>CAPÍTULO I: JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE - ABSTRATO v. CONCRETO: DISTINÇÃO ONTOLÓGICA OU FUNCIONAL? .....</b>	<b>51</b>
<b>1 DO PROCESSO CONSTITUCIONAL.....</b>	<b>53</b>
1.1 Do Controle de Constitucionalidade .....	55
1.2 O Controle de Constitucionalidade no Brasil: Aspectos de seu Desenvolvimento e Atualidades .....	59
1.2.1 A Constituição Imperial de 1824 .....	59
1.2.2 A Constituição de 1891 .....	60
1.2.3 A Constituição de 1934 .....	62
1.2.4 A Constituição de 1946 .....	65
1.2.5 A Emenda Constitucional n. 16, de 26 de novembro de 1965 .....	66
1.2.6 O Controle de Constitucionalidade por via de Ação .....	73
1.2.6.1 O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9868/99 .....	73
1.2.6.2 A Lei 9882 e Inovações ao Controle .....	77

1.2.7 A Emenda Constitucional 45/04. A Reforma do Poder Judiciário: os Efeitos Vinculantes Constitucionalizados e a Norm(a)tividade do Supremo Tribunal Federal .....	81
---	----

1.3 A Diferenciação Funcional <i>Abstrato vs. Concreto</i> : a quem interessar possa!.....	84
--	----

<b>CAPÍTULO II: SOCIEDADE DE RISCOS - O RISCO NA PERSPECTIVA DA DECISÃO EM SEDE DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>133</b>
--	------------

2.1 O Risco em Luhmann.....	147
-----------------------------	-----

2.2 Jurisdição Democrática: Recolocando o Risco e a Observação de Segunda Ordem na perspectiva de um Procedimento em Simétrica Paridade .....	151
---	-----

2.3 Princípio da Igualdade e Democracia de Riscos .....	170
---	-----

2.4 Risco e a Compreensão de <i>Rule of Law</i> no marco de uma Democracia entre Livres e Iguais .....	181
--	-----

2.5 O Risco Como Expresso Objeto de Provimento Jurídico.....	189
--	-----

2.5.1 O Risco no Código de Direito Civil e na Jurisprudência Processual Civil.....	191
--	-----

2.5.2 O Risco no Código Penal e na Jurisprudência Criminal...	205
---	-----

2.5.3 O Risco na Constituição Federal de 1988.....	211
--	-----

<b>CAPÍTULO III: CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE - A DECISÃO E OS AFETADOS: The Mootness and The Ripeness Doctrine: Tempo e Risco na Concretização do Interesse Processual e da Legitimidade de Agir .....</b>	<b>219</b>
--	------------

3.1 <i>Judicial Review e Equal Protection Clause</i> . O Abstrato e o Hipotético .....	223
--	-----

3.1.1 Legitimidade e interesse processual: <i>standing</i> no <i>Judicial Review</i> .....	226
--	-----

3.1.1.1 <i>Injury in fact: mootness and ripeness – a variável tempo e o elemento risco</i> .....	232
--	-----

3.2 O <i>Terceiro Interessado</i> e a possibilidade de acesso à Jurisdição .....	239
--	-----

<b>CAPÍTULO IV: POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO: A AÇÃO ESTRATÉGICA NO DISCURSO DE JUSTIFICAÇÃO DO CONTROLE NORMATIVO BRASILEIRO COMO RISCO À DEMOCRACIA ENTRE LIVRES E IGUAIS</b> .....	243
--	-----

4.1 A Determinação Apriorística e Objetiva do Interesse Processual como Risco a uma Sociedade de Livres e Iguais: Fragilizando o Regime Democrático e a <i>due process clause</i> .....	246
---	-----

4.1.1 A Interpretação Autêntica: equívocos e assertos do excesso de racionalidade .....	254
---	-----

4.1.2 A Lei 9882. Inovações e Distorções Instrumentais: A Manutenção da Razão Prática e do Rigorismo Formal Contra um Processo Discursivo Democratizante entre Livres e Iguais .....	259
--	-----

4.1.2.1 <i>Legitimidade Estratégica para Proposição da ADPF e o Princípio da Subsidiariedade</i> .....	264
--	-----

4.1.2.2 <i>Outros Instrumentos de Ação Estratégica: Liminares, Julgamento de Mérito e Efeitos</i> .....	273
---	-----

4.1.2.3 <i>A Interpretação Autenticada: o Deslocamento da Força Normativa da Constituição para o Discurso da Autoridade – A Reclamação (STF) e a Legitimidade Reflexa</i> .....	279
---	-----

<b>CAPÍTULO V: O DIREITO COMO INTEGRIDADE: INDICATIVOS PARA SUPERAÇÃO DO DISCURSO ESTRATÉGICO DE JUSTIFICAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE</b> .....	295
--	-----

5.1 Inoculando a Ação Estratégica: O Controle de Constitucionalidade na Perspectiva da Teoria Discursiva de Aplicação do Direito .....	297
--	-----

5.1.1 Identidade Constitucional e Pluralismo.....	308
5.1.1.1 <i>Pluralismo Político vs. Pluralismo Partidarista:     a desconstituição do outro imanente     do art. 103, VIII da Constituição Federal.     Homogeneizando a Diversidade.     A faticidade sem validade</i> .....	313
5.1.2 E O Outro? Quem?: Reconstruindo a figura do <i>amicus curiae</i> a partir de uma compreensão discursiva adequada à comunidade de princípios .....	319
5.1.3 Direitos Humanos, O Outro e A Legitimidade do Direito: A Equíprimordialidade das Esferas Liberdade e Igualdade.....	326
5.2 O Direito como Integridade e a Possibilidade do Restabelecimento Discursivo entre Livres e Iguais na Sociedade de Riscos.....	329
5.2.1 Moralidade Política e Direito a Sério.....	336
5.2.1.1 Igual Respeito e Consideração: “ <i>Equal Concern And Respect</i> ” .....	338
<b>CONCLUSÃO</b> .....	349
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	359
<b>ANEXOS</b> .....	395
<b>ANEXO I</b> – COLETÂNEA DE JURISPRUDÊNCIA AMERICANA SOBRE A COMPREENSÃO DO <i>STANDING, case and controversy, risk e judicial review</i> . 100 casos.....	397
<b>ANEXO II</b> – COLETÂNEA DE JURISPRUDÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA, <i>judicial review e risk</i> . 130 casos .....	477