

Conclusão

A partir de uma análise das principais matrizes históricas de jurisdição constitucional, quais sejam a norte-americana e austríaca, bem como a evolução constituinte nacional, contextualizou-se o sistema brasileiro vigente de controle de constitucionalidade. Com efeito, nossa sistemática jurisdicional de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos congrega aspectos do controle difuso (inspirado no modelo norte-americano) e o concentrado (inspirado no sistema austríaco). A tese da anulabilidade foi esposada pelo direito austríaco, idealizado por Kelsen, com base na importância conferida aos princípios da segurança jurídica e da presunção de validade das normas naquele sistema, numa ênfase dos efeitos *ex nunc* das decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade. No direito norte-americano, a adoção da teoria da nulidade resultou na preponderância dos efeitos *ex tunc* das declarações de inconstitucionalidade no sistema difuso e incidental. O direito brasileiro, numa evolução influenciada sobremaneira por tais matrizes, adotou características de ambas, acarretando o desenho institucional insculpido na Constituição de 1988.

Calcada em análise descritiva, demonstrou-se a indiscutível tendência de abstração dos efeitos da jurisdição constitucional, levando-se em conta a prática jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e seus reflexos legislativos, o qual resulta num desenho de controle de constitucionalidade que vai de encontro às disposições do constituinte originário.

Assim, ofereceu-se crítica de base democrática ao fenômeno, tomando por base, em especial, o procedimentalismo habermasiano e de Peter Häberle, a ideia de força normativa da constituição e o método hermenêutico-concretizador de Konrad Hesse. Este trabalho procurou responder às questões relativas aos efeitos da abstração dos efeitos da jurisdição constitucional brasileira, e de que modo a

participação do *amicus curiae* e a realização de audiências públicas pode lhe inspirar um maior nível de legitimidade, respeitada uma sistemática democrática. Nesse sentido, se questionou em que medida a abstrativização do controle difuso negligencia os discursos de aplicação. Por outro lado, a estratégia minimalista de interpretação constitucional mostrou-se fundamental em um contexto de abstrativização do controle difuso, especialmente para corrigir os efeitos nefastos da aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes.

Ademais, igualmente sustentamos que as críticas de Post e Siegel a Sunstein não se sustentam, sobretudo se aplicadas ao contexto brasileiro, pois a simples legitimação de decisões maximalistas a partir de uma cultura constitucional dinamizada pela atuação de movimentos sociais termina por minimizar o necessário dissenso fundamental às democracias constitucionais, vinculando as instâncias inferiores às decisões do STF.

Como salientamos, Habermas contrapõe-se a uma perspectiva substancialista do Tribunal Constitucional, que deve se restringir a resguardar as condições procedimentais da democracia, em contraposição à perspectiva da jurisprudência de valores. A ideia de concretização material de valores estabelecida pelo Tribunal Constitucional o converte em uma instância autoritária e paternalista, enfraquecendo a participação do cidadão.

A transcendência aos motivos determinantes das decisões faz com que os julgamentos da Corte, mesmo que decorrente de litígios vinculados ao controle difuso, alcancem situações pendentes e casos futuros, que têm seus discursos de aplicação negligenciados. A teoria da transcendência dos motivos determinantes, tal como utilizada pela “jurisprudência de valores”, atribui às decisões de controle de constitucionalidade difuso força de lei, convertendo-as em verdadeiros discursos de justificação. A transcendência dos motivos determinantes passa a vincular órgãos e autoridades que não eram partes no processo originário, fazendo com que se submetam aos fundamentos determinantes de uma decisão proferida em controle abstrato ou difuso pela Corte Constitucional. Defendemos, à luz da Teoria Discursiva, que o efeito vinculante das decisões de inconstitucionalidade se restrinja à parte dispositiva e não alcance os fundamentos determinantes da decisão, sob pena de converter os discursos de aplicação em discursos de justificação, subvertendo também o princípio da divisão dos poderes.

Em relação à temática das técnicas de modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade nos controles concentrado e difuso, a Teoria Discursiva do Direito não considera legítimo relativizar o princípio da Supremacia da Constituição por razões de conveniência e oportunidade, sob pena de o Judiciário pautar sua conduta por argumentos pragmáticos. Tal ponderação, típica da jurisprudência de valores, conduz inevitavelmente a uma irracionalidade metodológica, pois o princípio da nulidade do ato inconstitucional deve ser considerado como um princípio sujeito à análise da adequação pelo Judiciário, declarando-se irreversíveis determinados atos praticados.

Em relação à tese da coisa julgada inconstitucional, igualmente defendida por Gilmar Mendes, a Teoria Discursiva não admite uma ponderação entre os Princípios da Força Normativa da Constituição e da Segurança Jurídica, sob pena de uma irracionalidade metodológica que nega o caráter deontológico dos princípios. Concluímos que, para Habermas, os princípios dizem respeito ao discurso moral e não devem ser interpretados como valores. Nessa linha teórica, sustentamos em capítulo anterior que a garantia da coisa julgada não se impõe somente contra o legislador positivo, mas igualmente contra o afirmado legislador negativo.

Sob a mesma ótica podem ser analisados os demais institutos que enfatizam o apontado fenômeno, em especial a repercussão geral e súmula vinculante, cujo procedimento igualmente minimizam os discursos de aplicação utilizados pela teoria discursiva Habermasiana ao desvincular a análise constitucional do caso concreto, acarretando um comando genérico tendente a determinar o desfecho prematuro de uma infinidade de recursos pendentes nas instâncias inferiores, vinculando toda a sociedade, sob o pretexto de garantir sobretudo a razoável duração do processo.

Disso se infere, ao nosso ver que, em relação à extensão da abstrativização do controle de constitucionalidade, o processo envolvendo a demarcação de terras indígenas de Raposa Serra do Sol fornece bem o alcance do fenômeno, dentre outros casos concretos apontados. Diga-se, em primeiro lugar, ser visível a ocorrência de uma objetivização da questão debatida pelo plenário, na medida em que o julgado extravasou as questões contidas na postulação inicial da ação popular, caracterizando, em tese, uma decisão *extra petita*. Ademais, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão de cunho abstrato em sede de controle concreto,

tendente a alcançar futuros julgamentos e demarcações realizadas pelo poder público.

Nessa linha de raciocínio, como salientamos, o aprofundamento do tema da abstrativização de causas deve buscar legitimidade a partir do instituto do *amicus curiae* e da realização de audiências públicas, sob pena de a decisão judicial não ser racionalmente fundamentada. Tais institutos podem contribuir para resguardar a legitimidade argumentativa do processo objetificação do modelo difuso, dinamizando o potencial do debate público, permitindo a ampliação dos interesses presentes no debate e preservando a especificidade dos discursos de aplicação. Trata-se de um importante instrumento de inclusão das minorias no ambiente político, suprindo os défices representativos do processo político majoritário e criando a possibilidade de participação democrática nos julgamentos da Corte Constitucional, que se revela rica de fundamentos jurídicos e desprovida pressões políticas e meramente numéricas, sendo imperiosa a evitar a polarização das deliberações da corte.

O *amicus curiae*, representando uma multiplicidade de vozes da sociedade brasileira, pode apresentar informações inacessíveis ao magistrado, sendo um mecanismo capaz de resguardar a legitimidade argumentativa das decisões judiciais, aprofundando os discursos de aplicação e democratizando o processo de abstrativização do controle, na medida em que se resguarde a participação do Legislativo, seja pela manutenção da integral vigência do artigo 52, inciso X, da CRFB/1988, seja pela adoção de uma postura minimalista judicial ao julgar apenas o necessário ao deslinde das questões postas em concreto, fazendo o uso construtivo do silêncio de modo a deixar em aberto as demais questões ao âmbito das arenas políticas legislativas.

Assim, não compartilhamos que tais críticas ao minimalismo sejam procedentes, pois quando o Judiciário adota decisões maximalistas com o objetivo de balizar os julgamentos futuros, suprime o necessário dissenso essencial às democracias. Os julgamentos em abstrato desconsideram as particularidades dos casos concretos a serem analisados, engessando as instâncias inferiores e os demais poderes, impedindo o debate democrático de diversas questões de suma importância à sociedade, uma vez que a esfera judicial não pode preponderar sobre as demais. O juiz Hércules não pode sobrepor-se como um novo poder moderador.