



**O PENSAMENTO JURÍDICO DO POSSÍVEL UTILIZADO COMO
FERRAMENTA LEGITIMADORA DO ATIVISMO JUDICIAL DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45/04**

José Ribas Vieira*
Deilton Ribeiro Brasil **

Resumo

O presente texto objetiva a fazer uma análise da jurisdição constitucional prestada pelo Supremo Tribunal Federal após a Emenda Constitucional nº. 45/04, dentro de um contexto de ativismo judicial, que objetiva dar interpretação ampliativa de sua competência e dos efeitos de suas decisões, utilizando como ferramenta a categoria denominada *pensamento jurídico do possível* manejada pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes no julgamento dos Embargos Infringentes na ADI 1289-4/DF e na Suspensão de Segurança 3154-6/RS, refletindo a idéia de que a materialização das promessas constitucionais somente devem ocorrer dentro da perspectiva da interpretação constitucional aberta em uma sociedade pluralista.

* Coordenador do Programa de Pós Graduação *Strictu Sensu* em Direito da Universidade Gama Filho/RJ. Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Montpellier-França. Doutor pela UFRJ em Direito. E-mail: jribas@puc-rio.br

** Doutorando em Direito pela Universidade Gama Filho do Rio de Janeiro/RJ. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos de Belo Horizonte-MG. Membro do IAMG. E-mail: deilton.ribeiro@terra.com.br

Abstract

The present paper purposes to analyse the constitutional jurisdiction by the Brazilian Supreme Court after the promulgation of the 03/93 amendment, endeavors its strong tendency, within a context of judicial activism, to enlarge the entailment effect of its legal decisions and to warrant judicial intrusion by using as a tool named as legal standard known in the legal literature as *the possible legal thought* which has been recently used by the Justice Gilmar Ferreira Mendes in his ADI 1289-4/DF and SS 3154-6/RS judgments which aims to support the constitutional promising idea that only occurs on the firmer ground of an open constitutional interpretation in a pluralistic society.

1. Considerações iniciais

Uma das categorias mais marcantes para a compreensão do processo jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal após a Emenda Constitucional nº 45/04 é o do *pensamento jurídico do possível* que foi utilizada pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes no julgamento dos Embargos Infringentes na ADI 1289-4/DF (DJ em 27/2/04) e na Suspensão de Segurança 3154-6/RS (DJ em 16/5/07).

Sinaliza para uma linha de comportamento assumida pelo Supremo Tribunal Federal denominada experimentalismo institucional, baseada em grande parte no contexto social brasileiro da atualidade (sobrecarga do tribunal e complexidade federativa) e no contexto normativo (MS coletivo, Ação Civil Pública, ADPF,

ampliação de competências pela Constituição de 1988, alterações periódicas no CPC etc.). Neste ponto, a aplicação permanente de precedentes/súmulas por parte do Supremo Tribunal Federal resulta, assim, do que Friederich Schauer percebe em relação ao direito, muitas vezes, opera ou com categorias jurídicas ou, em outros momentos, impondo-se com categorias preexistentes do mundo extra-jurídico.¹

Vale registrar, ainda, a compreensão desta postura por parte do Supremo Tribunal Federal não se restringe a sua incapacidade de dar um tratamento mais amplo as categorias jurídicas ou que o Friedrich Schauer denomina como *preexistente*. Não podemos esquecer que as decisões judiciais emanadas do STF estão ocorrendo num contexto particular de adensamento da importância do denominado neoconstitucionalismo como decorrência natural de peso dos princípios e do papel do juiz no corpo da Teoria Constitucional Pós-45.

O busílis da questão, é que esta categoria reflete a idéia de que a materialização das promessas constitucionais que somente deve ocorrer na proporção em que é faticamente possível, ou melhor, dentro da perspectiva da interpretação constitucional aberta que tem como pressuposto e limite o pensamento jurídico do possível em uma sociedade pluralista onde a interpretação da lei é o domínio próprio e particular dos Tribunais. Uma Constituição é de fato uma Lei Fundamental, e como tal deve ser vista pelo juiz. Cabe a ele, portanto, definir seu significado tanto quanto o significado de

¹ SCHAUER, Frederick. La Categorización, en el Derecho y en el mundo. In: *Revista Doxa* n°. 28. 2005: pp. 306-20.

qualquer ato particular procedente do corpo legislativo,² detalhando as cláusulas constitucionais gerais e abstratas,³ vez que a Constituição não é um mero conjunto de normas impositivas, que vinculam, de forma indiscutível, as gerações futuras (*the agency problem*); ao contrário, deve se reconhecer a possibilidade de esta ser compreendida à luz da realidade vigente, de modo a permitir o engajamento da geração presente na defesa dos direitos concebidos em outros momentos.⁴

Para o Ministro Gilmar Ferreira Mendes oportunidade para interpretação conforme a constituição existe sempre que determinada disposição legal oferece diferentes possibilidades de interpretação, sendo algumas delas incompatíveis com a Constituição. Nessas situações em que a norma não permite a extração de um sentido unívoco, cabe ao tribunal extrair das possíveis e cambiantes interpretações o sentido da norma que a coloque em consonância com o texto maior, ao tempo em que exclui todas as outras interpretações que conduziram a um resultando dissonante da vontade constitucional.⁵

² HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. 1993, p. 481.

³ Cf. SAGER, Lawrence G. *Juez y Democracia: uma teoria de la prática constitucional norte-americana*. 2007, *passim*.

⁴ Cf. palestra proferida por Lawrence G. Sager intitulada Teoria Geral da Prática Constitucional Americana: atualidade e desafios futuros, em 20/08 na Universidade de Brasília, Mimeo, 2007.

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 1996, p. 222.

2. Resenha dos votos analisados

No caso da ADI 1.289-4/DF o Ministro Gilmar Ferreira Mendes tece importantes considerações a respeito do voto proferido do Ministro Carlos Velloso, que no seu entendimento, mostra, de forma evidente, a adoção, na espécie, de um pensamento jurídico do possível. Aduz ainda que ao assentar que um dos valores constitucionais para a composição de órgãos judiciais era a observância do quinto constitucional, Velloso chamou a atenção para um elemento que assume valor ímpar nas sociedades pluralistas: a composição plural dos órgãos judiciais. Entre nós, o princípio do quinto constitucional rende notória homenagem a esse valor, permitindo que as Cortes tenham, necessariamente, uma composição diversificada. A não-satisfação do princípio do quinto constitucional configura, portanto, um desvalor que, certamente, não encontra respaldo na estrutura constitucional tal como anotado no voto de Velloso. Ao consagrar o critério da lista sêxtupla composta por procuradores que ainda não preenchiam o requisito temporal, no caso de falta de membros habilitados, a resolução referida atendeu a um outro valor, igualmente importante para o texto constitucional: o respeito à liberdade de escolha por parte do Tribunal e do próprio Poder Executivo. Do contrário, restaria prejudicado o equilíbrio que o texto constitucional pretendeu formular para o sistema de escolha: participação da classe na formação da lista sêxtupla; participação do Tribunal na escolha da lista tríplice e participação do Executivo na escolha de um dos nomes. A formação incompleta da lista sêxtupla ou até mesmo o envio de um ou dois nomes que preenchessem todos os requisitos constitucionais acabaria por afetar o modelo original concebido pelo

constituente, reduzindo ou eliminando a participação do Tribunal e do Executivo no processo de escolha.

Acrescentou ainda que muito mais distante da vontade constitucional fosse à composição do Tribunal sem a participação dos integrantes do Ministério Público, significa dizer, sem a observância do princípio do quinto constitucional na espécie. Da mesma forma, haveria de revelar-se distante do texto constitucional a composição da lista com número inferior ao estabelecido constitucionalmente, afetando o modelo já restrito de liberdade de escolha. Não há dúvida, pois, de que, entre os caminhos possíveis de serem trilhados, escolheu a Resolução aquele que mais se aproximava da integridade da decisão constitucional, respeitando o princípio do quinto constitucional e a liberdade de escolha dos órgãos dos Poderes Judiciário e Executivo.

Um outro caso em que o Ministro Gilmar Ferreira Mendes utilizou o pensamento jurídico do possível foi a SS 3154-6/RS requerida pelo governo do Estado do Rio Grande do Sul para suspender a liminar que determinava que o governo pagasse os salários dos Delegados de Polícia do Estado até o último dia útil do mês como está previsto na Lei Complementar Estadual 10.098/94. No entanto, o governo estadual decidiu, neste mês, pagaria os salários da seguinte maneira: R\$ 2.5 mil até o último dia útil do mês e o restante, até o dia 10 de abril. De acordo com o governo, era a única maneira de cumprir com as suas obrigações, devido à limitação do orçamento.

Ao analisar o pedido de liminar em Suspensão de Segurança, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes reconheceu que o Supremo Tribunal Federal já declarou constitucional a Lei Complementar Estadual nº. 10.098/94, que fixa a data limite para pagamentos dos salários dos servidores públicos. No entanto, observou que é preciso interpretar a lei de acordo com a realidade vez que *é notório que a administração pública estadual não dispõe, neste momento, de recursos financeiros suficientes párea o cumprimento de todas as suas obrigações.*

Portanto, para ele, a situação excepcional, aplicada apenas para o mês de março, justifica o descumprimento da lei por não vislumbrar *afronta às garantias constitucionais em referência ou ao princípio da moralidade pública.* Ressaltou que o governo gaúcho não está se recusando a pagar a remuneração integral dos servidores, apenas *prorrogando parte desse pagamento até o dia 10 de abril por absoluta impossibilidade financeira.*

Isto implica na conclusão de que o imperativo teórico da não contradição não deve obstaculizar a atividade própria da jurisprudência de realizar positivamente, mediante prudentes soluções acumulativas, combinatórias e/ou compensatórias, a concordância prática das diversidades e até mesmo de situações que, embora teoricamente contraditórias, são desejáveis na prática.⁶

⁶ SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação.* 2005, p. 93.

Assim, considerando-se a previsão legal do efeito vinculante dessas decisões, inafastável a conclusão de que o próprio legislador, rendendo-se aos valores constitucionais que plasam nosso Estado Democrático de Direito, reconheceu ser ínsito ao exercício da função jurisdicional moderna, o poder de exercer uma função *corretiva* da própria substância e não meramente da forma da atividade legislativa, reduzindo o âmbito de liberdade de conformação do legislador e ampliando a função intervencionista do Poder Judiciário para bem exercer o seu papel de concretizar e tornar efetivos os valores e princípios plasmados no texto constitucional.⁷

Essa função interventiva do Poder Judiciário visando não apenas defender, mas promover os direitos assegurados no texto básico, implica na superação da função judicial na sua concepção clássica de *legislador negativo* e reconhecimento de uma atuação positiva, embora não tão ampla como a do Poder Legislativo, na criação do direito.⁸

3. Desfecho final

Como justificativa teórica do pensamento jurídico do possível em ambos os julgados o Ministro Gilmar Ferreira Mendes utilizou-se do seguinte embasamento teórico que se segue *ipsis literis*:

⁷ Id. Ibid. 2005, p. 98.

⁸ Id. Ibid. 2005, *loc. cit.*

O exame dessa questão avivou-me a memória para uma reflexão de Gustavo Zagrebelsky sobre o *ethos* da Constituição na sociedade moderna. Diz aquele eminente Professor italiano em seu celebrado trabalho sobre o direito dúctil – *il diritto mitte*:

As sociedades pluralistas atuais – isto é, as sociedades marcadas pela presença de uma diversidade de grupos sociais com interesses, ideologias e projetos diferentes, mas sem que nenhum tenha força suficiente para fazer-se exclusivo ou dominante e, portanto, estabelecer a base material da soberania estatal no sentido do passado -- isto é, as sociedades dotadas em seu conjunto de um certo grau de relativismo conferem à Constituição não a tarefa de estabelecer diretamente um projeto predeterminado de vida em comum, senão a de realizar as condições de possibilidade da mesma. (Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. de Marina Gascón. 3a. edição. Edt. Trotta S.A., Madrid, 1999. p. 13).

Em seguida, observa aquele eminente Professor:

No tempo presente, parece dominar a aspiração a algo que é conceitualmente impossível, porém altamente desejável na prática: a não-prevalência de um só valor e de um só princípio, senão a salvaguarda de vários simultaneamente. O imperativo teórico da não-contradição – válido para a *scientia juris* – não deveria obstaculizar a atividade própria da *jurisprudencia* de intentar realizar positivamente a ‘concordância prática’ das diversidades, e inclusive das contradições que, ainda que assim se apresentem na teoria, nem por isso deixam de ser desejáveis na prática. ‘Positivamente’: não, portanto mediante a simples amputação de potencialidades constitucionais, senão principalmente mediante prudentes soluções acumulativas,

combinatórias, compensatórias, que conduzam os princípios constitucionais a um desenvolvimento conjunto e não a um declínio conjunto (Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil*, cit., p. 16).

Por isso, conclui que o pensamento a ser adotado, predominantemente em sede constitucional, há de ser o *pensamento do possível*. Leio, ainda, esta passagem desse notável trabalho:

Da revisão do conceito clássico de soberania (interna e externa), que é o preço a pagar pela integração do pluralismo em uma única unidade possível – uma unidade dúctil, como se afirmou – deriva também a exigência de que seja abandonada a soberania de um único princípio político dominante, de onde possam ser extraídas, dedutivamente, todas as execuções concretas sobre a base do princípio da exclusão do diferente, segundo a lógica do aut-aut, do “ou dentro ou fora”. A coerência “simples” que se obteria deste modo não poderia ser a lei fundamental intrínseca do direito constitucional atual, que é, precipuamente, a lógica do et-et, e que contém por isso múltiplas promessas para o futuro. Neste sentido, fala-se com acerto de um ‘modo de pensar do possível’ (*Möglichkeitsdenken*), como algo particularmente adequado ao direito do nosso tempo. Esta atitude mental ‘possibilista’ representa para o pensamento o que a ‘concordância prática’ representa para a ação (Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil*, cit., p. 17).

Em verdade, talvez seja Peter Häberle o mais expressivo defensor dessa forma de pensar o direito constitucional nos tempos hodiernos, entendendo ser o *pensamento jurídico do possível* expressão, consequência, pressuposto e limite para uma interpretação constitucional aberta (Häberle, P. *Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenken*, in: *Die Verfassung des Pluralismus*, Königstein/TS, 1980, p. 9).

Nessa medida, e essa parece ser uma das importantes consequências da orientação perfilhada por Häberle, *uma teoria constitucional das alternativas* pode converter-se numa *teoria constitucional da tolerância* (Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p. 6). Daí perceber-se também que a *alternativa enquanto pensamento possível afigura-se relevante, especialmente no evento interpretativo: na escolha do método, tal como verificado na controvérsia sobre a tópica enquanto força produtiva de interpretação* (Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p. 7).

A propósito, anota Häberle:

O pensamento do possível é o pensamento em alternativas. Deve estar aberto para terceiras ou quartas possibilidades, assim como para compromissos. Pensamento do possível é pensamento indagativo (*fragendes Denken*). Na res publica, existe um, ethos, jurídico específico do pensamento em alternativa, que contempla a realidade e a necessidade, sem se deixar dominar por elas. O pensamento do possível ou o pensamento pluralista de alternativas abre suas perspectivas para “novas” realidades, para o fato de que a realidade de hoje poder corrigir a de ontem,

especialmente a adaptação às necessidades do tempo de uma visão normativa, sem que se considere o novo como o melhor” (Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p. 3).

Nessa linha, observa Häberle, que *para o estado de liberdade da , res publica, afigura-se decisivo que a liberdade de alternativa seja reconhecida por aqueles que defendem determinadas alternativas*. Daí ensinar que *não existem apenas alternativas em relação à realidade, existem também alternativas em relação a essas alternativas*. (Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p. 6).

O pensamento do possível tem uma dupla relação com a realidade. Uma é de caráter negativo: o pensamento do possível indaga sobre o também possível, sobre alternativas em relação à realidade, sobre aquilo que ainda não é real. O pensamento do possível depende também da realidade em outro sentido: possível é apenas aquilo que pode ser real no futuro (*Möglich ist nur was in Zukunft wirklich sein kann*). É a perspectiva da realidade (futura) que permite separar o impossível do possível (Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p.10).

No caso da Suspensão de Segurança 3154-6/RS (DJ em 16/5/07) o Ministro Gilmar Ferreira Mendes ressalta que o Supremo Tribunal Federal já declarou a constitucionalidade do art. 35 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul que prescreve que *o pagamento da remuneração mensal dos servidores públicos do Estado*

e das autarquias será realizado até o último dia útil do mês do trabalho prestado, depende de um estado de normalidade nas finanças públicas estaduais.

Destaca ainda que no caso em análise, é notório que a Administração Pública Estadual não dispõe, neste momento, de recursos financeiros suficientes para o cumprimento de todas as suas obrigações, motivo pelo qual elegeu a forma que achou mais adequada e razoável para o equacionamento desse problema.

Assim, vislumbrando a concreta possibilidade de decorrerem lesões à ordem e à economia públicas, na medida em que a decisão do TJERS poderia desestabilizar a Administração estadual, além de entender possível a incidência do efeito multiplicador, foi suspensa a medida liminar por aquele Tribunal concedida. Priorizou-se, desta forma, a defesa da continuidade da atividade administrativa mesmo que ao custo de se negar aplicação à ordem constitucional.

Nos Embargos Infringentes na ADI 1289-4/DF (DJ em 27/2/04) o Ministro Gilmar Ferreira Mendes deixou bem claro que entre as interpretações cogitáveis, aquela que mais se aproxima do *pensamento do possível* é exatamente perfilhada no mencionado voto do Ministro Carlos Velloso, que, logra em realizar os princípios em eventual tensão dialética sem comprometer aspectos fundamentais da complexa decisão constitucional, ou seja, respeita-se a regra do quinto constitucional e a cláusula da lista sêxtupla, que, menos do que a revelação de um número cabalístico, contém

uma definição em favor da liberdade relativa de escolha por parte do Tribunal e do Poder Executivo.

Acrescenta ainda que muito mais distante da vontade constitucional seria a composição do Tribunal sem a participação dos integrantes do Ministério Público, significa dizer, sem a observância do princípio do quinto constitucional na espécie. Da mesma forma, haveria de revelar-se distante do texto constitucional a composição da lista com número inferior ao estabelecido constitucionalmente, afetando o modelo já restrito de liberdade de escolha.

Não há dúvida, pois, de que, entre os caminhos possíveis de serem trilhados, escolheu a Resolução aquele que mais se aproximava da integridade da decisão constitucional, respeitando o princípio do quinto constitucional e a liberdade de escolha dos órgãos os Poderes Judiciário e Executivo.

Em ambas as questões (SS 3154-6/RS e EI-ADI 1289-4/DF) no julgamento do Ministro Gilmar Ferreira Mendes poderiam ser vistas em um outro prisma, ou seja, a lacuna da Constituição.

Como embasamento jurídico traz à colação o caso julgado pela Corte de Cassação da Bélgica, mencionado por Perelman em *Lógica Jurídica*. Anota Perelman:

Durante a guerra de 1914-1918, como a Bélgica estava quase toda ocupada pelas tropas alemãs, com o Rei e o governo belga no Havre, o Rei exercia sozinho o poder legislativo, sob forma de decretos-leis.

A impossibilidade de reunir as Câmaras, em consequência da guerra, impedia incontestavelmente que se respeitasse o artigo 26 da Constituição (O poder legislativo é exercido coletivamente pelo Rei, pela câmara dos Representantes e pelo Senado). Mas nenhum dispositivo constitucional permitia sua derrogação, nem mesmo em circunstâncias tão excepcionais. O artigo 25 enuncia o princípio de que os poderes ‘são exercidos da maneira estabelecida pela Constituição’, e o artigo 130 diz expressamente que ‘a Constituição não pode ser suspensa nem no todo nem em parte.’ (A. Vanwelkenhuyzen, De quelques lacunes du droit constitutionnel belge, em *Le problème des lacunes en droit*, p. 347).

Foi com fundamento nestes dois artigos da Constituição que se atacou a legalidade dos decretos-leis promulgados durante a guerra, porque era contrária ao artigo 26 que se precisa como se exerce o poder legislativo.

Se a teoria de Hans Kelsen fosse conforme à realidade jurídica, e se o texto constitucional devesse constituir a norma fundamental do direito belga, a Corte de Cassação teria de aceitar a argumentação do demandante, que atacava como anticonstitucionais os decretos-leis promulgados somente pelo Rei. Mas, na verdade a Corte não exitou em afirmar que ‘foi pela aplicação dos princípios constitucionais que o Rei tendo permanecido durante a guerra o único órgão do poder legislativo que conservou sua liberdade de ação, tomou as disposições com força de lei que a defesa do território e os interesses vitais da nação exigiam imperiosamente.

[...] (Perelman, Chaïm. *Lógica Jurídica*, trad. Vergínia K. Pupi. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2000, p.105).

Perelman responde à indagação sobre a legitimidade da decisão da Corte, com base nos argumentos do Procurador-Geral Terlinden. É o que lê na seguinte passagem do seu trabalho:

Como pôde a Corte chegar a uma decisão manifestamente contrária ao texto constitucional? Para compreendê-lo, retomemos as conclusões expostas antes do aresto pelo procurador-geral Terlinden, em razão de seu caráter geral e fundamental.

Uma lei sempre é feita apenas para um período ou um regime determinado. Adapta-se às circunstâncias que a motivaram e não pode ir além. Ela só se concebe em função de sua necessidade ou de sua utilidade; assim, uma boa lei não deve ser intangível pois vale apenas para o tempo que quis reger. A teoria pode ocupar-se com abstrações. A lei, obra essencialmente prática, aplica-se apenas a situações essencialmente concretas. Explica-se assim que, embora a jurisprudência possa estender a aplicação de um texto, há limites a esta extensão, que são atingidos toda vez que a situação prevista pelo autor da lei venha a ser substituída por outras fora de suas previsões.

Uma lei - constituição ou lei ordinária - nunca estatui senão para períodos normais, para aqueles que ela pode prever.

Obra do homem, ela está sujeita, como todas as coisas humanas, à força dos acontecimentos, à força maior, à necessidade.

Ora, há fatos que a sabedoria humana não pode prever, situações que não pôde levar em consideração e nas quais, tornando-se inaplicável a norma, é necessário, de um modo ou de outro, afastando-se o menos possível das prescrições legais, fazer frente às brutais necessidades do momento e opor meios provisórios à

força invencível dos acontecimentos. (Vanwelkenhuysen, *Le problème des lacunes en droit*, cit., pp. 348-349).
[...] (Perelman, *Lógica Jurídica*, cit., p.106).

Nessa linha, conclui Perelman:

Se devêssemos interpretar ao pé da letra o artigo 130 da Constituição, o acórdão da Corte de Cassação teria sido, sem dúvida alguma, contra legem. Mas, limitando o alcance deste artigo às situações normais e previsíveis, a Corte de Cassação introduz uma lacuna na Constituição, que não teria estatuído para situações extraordinárias, causadas ‘pela força dos acontecimentos’, ‘por força maior’, ‘pela necessidade (Perelman, *Lógica Jurídica*, cit. p. 107).

Nitidamente, portanto, trata-se de uma decisão interpretativa aditiva, que acrescenta significações não previstas no texto interpretado, demonstrando a função criadora do intérprete, aliás, expressamente declarada e reclamada no teor do voto, ao considerar ser função do intérprete regular a matéria que se encarte nos limites da lacuna constitucional identificada.⁹

Por fim, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes registra que não é difícil encontrar exemplos do pensamento do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal,

⁹ SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. 2005, p. 95.

não raras vezes assentada na eventual configuração de uma omissão ou lacuna constitucional.

Como exemplo cita o precedente firmado no Recurso Extraordinário Criminal nº. 147.776 (DJ em 19/06/98), da Relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence que, entre nós, melhor expressa essa idéia de omissão ou lacuna constitucional apta a justificar interpretação compreensiva do texto constitucional e das situações jurídicas pré-constitucionais que reconhecem a existência de uma *situação jurídica ainda constitucional* relativamente a algumas normas aplicáveis às Defensorias Públicas.

O caso mostra, com efeito, a inflexível estreiteza da alternativa da jurisdição constitucional ortodoxa, com a qual ainda jogamos no Brasil: consideramo-nos presos ao dilema entre a constitucionalidade plena e definitiva da lei ou a declaração da sua inconstitucionalidade com fulminante eficácia *ex tunc*; ou ainda, na hipótese de lei ordinária pré-constitucional, entre o reconhecimento da recepção incondicional e a da perda de vigência desde a data da Constituição.

Essas alternativas radicais - além dos notórios inconvenientes que gera - faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade da realização da norma da Constituição - ainda quando teoricamente não se cuide de um preceito de eficácia limitada -, subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fáctica que a viabilizem.

É tipicamente o que sucede com as normas constitucionais que transferem poderes e atribuições de uma instituição preexistente para outra criada pela Constituição, mas cuja implantação real pende não apenas de legislação infraconstitucional, que lhe dê organização normativa, mas também de fatos materiais que lhe possibilitem atuação efetiva. Isso o que se passa com a Defensoria Pública, no âmbito da União e no da maioria das Unidades da Federação.

O Ministro Sepúlveda Pertence ressalta ainda que enquanto garantia individual do pobre e correspondente dever do Poder Público, a assistência judiciária alçou-se ao plano constitucional desde o art. 141, §§ 35, da Constituição de 1946 e subsistiu nas cartas subseqüentes (1967, art. 150, § 32; 1969, art. 153, § 32) e na Constituição em vigor, sob a forma ampliada de *assistência jurídica integral* (art. 5º, LXXIV).

Entretanto, é inovação substancial do texto de 1988 a imposição à União e aos Estados da instituição da Defensoria Pública, organizada em carreira própria, com membros dotados da garantia constitucional da inamovibilidade e impedidos do exercício privado da advocacia.

O esboço constitucional da Defensoria Pública vem de ser desenvolvido em cores fortes pela LC 80, de 12.1.94, que, em cumprimento do art. 134 da Constituição, *organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados*. Do diploma se infere a preocupação de assimilar, quanto possível, o estatuto da Defensoria e o dos seus

agentes aos do Ministério Público: assim, a enumeração dos mesmos princípios institucionais de unidade, indivisibilidade e independência funcional (art. 3º); a nomeação a termo, por dois anos, permitida uma recondução, do Defensor Público Geral da União (art. 6º) e do Distrito Federal (art. 54); a amplitude das garantias e prerrogativas outorgadas aos Defensores Públicos, entre as quais, de particular importância, a de *requisitar de autoridade pública e de seus agentes exames, certidões, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e providências necessárias ao exercício de suas atribuições* (arts. 43, X; 89, X e 128, X).

No direito pré-constitucional, o art. 68, C. Pr. Penal – ao confiá-lo ao Ministério Público –, erigiu em modalidade específica e qualificada de assistência judiciária o patrocínio em juízo da pretensão reparatoria do lesado pelo crime.

No contexto da Constituição de 1988, continua o Ministro Sepúlveda Pertence, essa atribuição deva efetivamente reputar-se transferida do Ministério Público para a Defensoria Pública: essa, porém, para esse fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do art. 134 da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada: até que – na União ou em cada Estado considerado –, se implemente essa condição de viabilização da cogitada transferência constitucional de atribuições, o art. 68, C. Pr. Penal será considerado ainda vigente.

Também aqui se identificou uma lacuna no texto constitucional, que, ao outorgar a atribuição de assistência judiciária às defensorias públicas, não ressaltou as situações jurídicas reguladas de maneira diversa no direito pré-constitucional – ausência de cláusula transitória -, especialmente naquelas unidades federadas que ainda não haviam instituído os órgãos próprios de defensoria. Dessarte, a justificativa para a manutenção do direito pré-constitucional fez-se com base numa disposição transitória implícita, que autorizava a aplicação do modelo legal pré-constitucional até a completa implementação do novo sistema previsto na Constituição.

Assim, também no caso em apreço parece legítimo admitir que a regra constitucional em questão contenha uma lacuna: a não-regulação das situações excepcionais existentes na fase inicial de implementação do novo modelo constitucional. Não tendo a matéria sido regulada em disposição transitória, parece adequado que o próprio intérprete possa fazê-lo em consonância com o sistema constitucional.

Referências

HABÈRLE, P. *Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura*. [trad. de Emilio Mikunda]. Madrid: Technos, 2000.

HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *O Federalista*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MENDES, G. F. *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: Comentários à lei nº. 9.882 de 3-12-1999*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: Estudos de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

SAGER, L. G. *Juez y Democracia: Uma teoria de la práctica constitucional norteamericana*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2007.

_____. *Teoria geral da prática constitucional americana: Atualidade e desafios futuros*. Universidade de Brasília, Mimeo, 2007.

SCHAUER, F. La Categorización, en el Derecho y en el mundo [trad. Juan A. Perez Ledo]. In: *Revista Doxa* nº. 28. Cuadernos de Filosofía del Derecho. 2005

SILVA, C. A. *Do efeito vinculante: Sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.