



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**FABRÍCIO CASTAGNA LUNARDI**

**A RECONSTRUÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE À  
LUZ DA QUESTÃO INSTITUCIONAL: POLÍTICA, CIDADANIA, DEMOCRACIA  
DISCURSIVA E EXPERIMENTALISMO**

**BRASÍLIA, DF, BRASIL**

**2014**



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**FABRÍCIO CASTAGNA LUNARDI**

**A RECONSTRUÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE À  
LUZ DA QUESTÃO INSTITUCIONAL: POLÍTICA, CIDADANIA, DEMOCRACIA  
DISCURSIVA E EXPERIMENTALISMO**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de mestre, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, área de concentração “Direito, Estado e Constituição”.

Orientador: Prof. Dr. Juliano Zaiden Benvindo

**BRASÍLIA, DF, BRASIL**

**2014**

**FABRÍCIO CASTAGNA LUNARDI**

**A RECONSTRUÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE À  
LUZ DA QUESTÃO INSTITUCIONAL: POLÍTICA, CIDADANIA, DEMOCRACIA  
DISCURSIVA E EXPERIMENTALISMO**

O candidato foi considerado APROVADO pela Banca Examinadora.

---

Professor Doutor Juliano Zaiden Benvindo  
Orientador (UnB)

---

Professor Doutor Marcelo da Costa Pinto Neves  
Membro (UnB)

---

Professora Doutora Vera Karam de Chueiri  
Membro (UFPR)

---

Professor Doutor Cláudio Ladeira Oliveira  
Suplente (UnB)

Brasília, DF, 8 de maio de 2014.

*À Gabi*

## AGRADECIMENTOS

O desenvolvimento desta pesquisa e os seus méritos se devem, em grande medida, à confiança, ao apoio e ao incentivo do meu orientador, Professor Juliano Zaiden Benvindo, que acreditou no projeto e soube direcioná-lo para rumos pouco explorados no Brasil, fazendo-me ingressar em estudos da teoria da legislação e da ciência política, sobretudo com trabalhos de autores norte-americanos e canadenses, que deram um novo enfoque à pesquisa.

Também gostaria de fazer um profundo agradecimento à contribuição de todos os Professores da Universidade de Brasília com os quais convivi, debati e aprendi, sobretudo Marcelo Neves, Cláudio Ladeira, Menelick de Carvalho Netto, Marcus Faro de Castro e Loussia Felix. Agradeço, ainda, aos Professores Gilmar Mendes e Luís Roberto Barroso, talvez os maiores defensores no Brasil do controle abstrato de constitucionalidade e do neoconstitucionalismo, respectivamente, pois conhecer melhor a base de suas ideias em suas aulas me permitiu entender muitas delas e fazer uma crítica mais honesta a outras. A maior homenagem que se lhes pode prestar neste trabalho talvez seja considerar e contrapor as suas teses, e não fazer uma simples reprodução delas.

Manifesto, igualmente, a minha gratidão ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – e o faço na pessoa do Desembargador Flávio Rostirola –, que, sensível à necessidade de contínua formação e aperfeiçoamento dos seus magistrados, concedeu-me o necessário afastamento da atividade jurisdicional para a elaboração desta dissertação de mestrado.

É preciso deixar registrada a minha gratidão aos amigos, especialmente a Felipe e Livia Kersten, Josmar Oliveira, Geraldo Mariano, Atalá Correia, Társis Lima, Tiago Oliveira e Ivo Gicco Jr., por todo o apoio nos momentos de aflição e por compreenderem a angústia, que paralisa e ao mesmo tempo move todo aquele que pretende desenvolver um trabalho científico inovador e sério no âmbito de uma pós-graduação.

Agradeço, sobretudo, à minha família e, especialmente, à Gabi, minha esposa, por toda a compreensão, companheirismo e incentivo, que me permitiu prosseguir mesmo diante das dificuldades e dos desafios.

## RESUMO

O presente trabalho científico tem por objetivo investigar se o controle difuso de constitucionalidade, comparativamente ao controle abstrato, seria mais apto a proporcionar uma decisão menos metafísica e mais legítima, sem obstaculizar o experimentalismo institucional, o pluralismo, a democracia discursiva, a autonomia pública dos cidadãos, bem como a abertura da Constituição para o futuro e a contínua evolução da identidade do sujeito constitucional. Para atingir esses escopos, propõe-se um estudo crítico-reflexivo, teórico e empírico sobre o controle difuso de constitucionalidade no Brasil, que considere a sua realidade e a capacidade das suas instituições. A pesquisa baseia-se numa linha crítico-metodológica, que tem como marco teórico as teorias do discurso, da ação comunicativa e da democracia discursiva, mas também em outras teorias. A par dessa perspectiva crítica e reflexiva, a investigação não se eximirá de ser jurídico-propositiva, mediante o oferecimento de alternativas ao modelo de controle de constitucionalidade que atualmente vigora no Brasil. Assim, a temática é problematizada a partir da análise do embate institucional entre os Poderes Judiciário e Legislativo, do avanço significativo da jurisdição constitucional pelo controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, da resposta parlamentar com a PEC 33/2011 e da análise de alguns julgamentos em que o STF tomou decisões equivocadas em razão de suas limitações democráticas e procedimentais. A partir dessa problematização, são propostos o questionamento e a desconstrução das bases do modelo concentrado e abstrato de constitucionalidade, com amparo numa análise externa ao direito e em dados empíricos, que subvertem a lógica linear da visão jurídica dominante no Brasil acerca desse modelo. Nesse ínterim, as perspectivas da teoria da legislação, da ciência política e de outros sistemas de controle de constitucionalidade permitirão questionar as próprias bases sobre as quais se erguem as premissas do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade. Nesse momento angustiante de desconstrução, propõe-se que o controle difuso de constitucionalidade, a par das suas contingências, seja mais consentâneo com uma postura de respeito e consideração à autonomia pública dos cidadãos e à necessidade de não interferência demasiada no processo de evolução social, sobretudo por ser realizado de forma pontual pelas diversas instâncias judiciais, por admitir a participação daqueles que serão atingidos pela decisão e por permitir que possíveis erros de uma decisão judicial possam ser corrigidos no futuro. Assim, pretende-se investigar se o controle difuso seria, em tese, capaz de oportunizar o experimentalismo institucional, um sistema mais democrático, um maior procedimentalismo, a não estagnação do projeto constitucional e a abertura do sujeito

constitucional para o futuro. Por fim, conclui-se que, considerando a realidade institucional brasileira, o controle difuso de constitucionalidade, comparativamente ao controle concentrado, é um modelo mais democrático, mais procedimentalista e legítimo, menos metafísico, mais inclusivo dos sujeitos constitucionais, respeitador da autonomia dos cidadãos e mais sensível à sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.

**PALAVRAS-CHAVE:** controle difuso de constitucionalidade; democracia; autonomia pública; procedimentalismo; experimentalismo institucional.

## ABSTRACT

This scientific paper aims to investigate whether the diffuse judicial review, compared to abstract judicial review, provide a less metaphysical and more legitimate decision, without avoiding institutional experimentalism, pluralism, discursive democracy, public autonomy of citizens, as well as an open Constitution to the future and a continuing evolution of the identity of the constitutional subject. To achieve these scopes, it is proposed a critical-reflexive, theoretical and empirical study on diffuse judicial review in Brazil, which considers its reality and the capacity of its institutions. The research is based in a critical-methodological approach and has the theories of discourse, communicative action and discursive democracy as theoretical frameworks. Along with this critical and reflexive analysis, this investigation is also legal-propositional, by offering alternatives to the Brazilian model of judicial review. So the subject is problematized since the analysis of the institutional collision between judiciary and legislature, the major achievement of the abstract judicial review, the parliamentary response to the PEC 33/2011 and, at last, the analysis of some mistaken trials of the Supreme Court caused by its democratic and procedural limitations. From this point of view, this paper proposes a deconstruction of abstract judicial review bases, from an external analysis of the law and empirical data, which subvert the linear logic of the dominant legal view on this model in Brazil. Meanwhile, the prospects of the theory of law, political science and other systems of judicial review allow questioning the foundations on which stand the premises of abstract judicial review. In this distressful moment of deconstruction, it is proposed that diffuse judicial review, alongside their contingencies, to be more respectful to public autonomy of citizens and to avoid frequent interference in the process of social evolution, especially because this interference is performed by several and different courts, by admitting the participation of those who will be affected by the decision and by allowing possible errors of a judgment to be corrected in the future. Thus, we intend to investigate whether, in theory, the diffuse judicial review would be able to provide the opportunity for institutional experimentalism, a more democratic system, a larger proceduralism, the opposite of constitutional stagnation and the opening of the constitutional subject for the future. Finally, considering the Brazilian institutional reality, it is concluded that the diffuse judicial review, compared to abstract judicial review, is more democratic, legitimate and proceduralist, less metaphysical, more inclusive of the constitutional subject,



more respectful of the autonomy of citizens and more sensitive to the open society of interpreters of the Constitution.

**KEY-WORDS:** diffuse judicial review; democracy; public autonomy; proceduralism; institutional experimentalism.

## SUMÁRIO

|  |           |
|--|-----------|
| <b>INTRODUÇÃO .....</b>  | <b>1</b>  |
| <b>CAPÍTULO 1 – O “EXPANSIONISMO” DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL E O CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE: QUAL É O PROBLEMA? .....</b>  | <b>7</b>  |
| 1.1 A expansão do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade no Brasil: avanço ou retrocesso? .....  | 7         |
| 1.2 A tese da abstrativização do controle difuso: uma problematização necessária .....   | 14        |
| 1.3 Reações do Congresso Nacional ao ativismo do Supremo Tribunal Federal e ao fortalecimento do controle abstrato de constitucionalidade: a PEC 33/2011 .....   | 20        |
| 1.4 E quando o Judiciário toma uma decisão errada?.....  | 23        |
| 1.4.1 O caso da ADI 4.424 contra a Lei Maria da Penha: uma decisão dissociada do contexto social .....   | 26        |
| 1.4.2 A ADI 1.856/RJ e a fundamentação metafísica: a dignidade da pessoa humana do animal?.....  | 34        |
| 1.4.3 O controle difuso de constitucionalidade realizado pelo STF no julgamento do HC 71373/RS, de 10/11/1994 .....  | 36        |
| 1.5 O controle concentrado e abstrato de constitucionalidade: uma problematização necessária.....  | 40        |
| <b>CAPÍTULO 2 – A SUSTENTAÇÃO POLÍTICA DO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE: O MELHOR PARA A POLÍTICA OU PARA OS POLÍTICOS? .....</b>   | <b>44</b> |
| 2.1. As teorias do direito com foco na decisão judicial.....   | 44        |
| 2.2 O respeito às discordâncias e a sua internalização no processo político de tomada de decisão .....   | 49        |
| 2.3 Explicações político-institucionais à disseminação e ao fortalecimento do <i>judicial review</i> : a verdade por trás do mito .....  | 61        |
| 2.4 A Assembleia Nacional Constituinte e o Supremo Tribunal Federal como ator político: reflexões acerca da influência política no fortalecimento do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade no Brasil..... | 75        |

|   |            |
|---|------------|
| <b>CAPÍTULO 3 – OS MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A CAPACIDADE DAS INSTITUIÇÕES: PERSPECTIVAS E ALTERNATIVAS AO SISTEMA BRASILEIRO .....</b>  | <b>83</b>  |
| 3.1 Os diversos sistemas de controle de constitucionalidade .....   | 83         |
| 3.2 Os modelos de Corte Constitucional propostos para o Brasil na Assembleia Nacional Constituinte.....   | 87         |
| 3.3 Sensibilidades jurídicas, racionalidade e legitimidade .....  | 90         |
| 3.4 A capacidade das instituições: por uma teorização mais consentânea com a realidade institucional .....  | 96         |
| 3.5 Quem controla o controlador? .....  | 104        |
| <b>CAPÍTULO 4 – O CONTROLE CONCENTRADO E ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE, A METAFÍSICA E O PATERNALISMO INSTITUCIONAL: REFLEXÕES CRÍTICAS À LUZ DA IMPLEMENTAÇÃO CONTINUADA DO PROJETO CONSTITUCIONAL E DA IDENTIDADE DO SUJEITO CONSTITUCIONAL .....</b> | <b>110</b> |
| 4.1 As decisões metafísicas do STF e os riscos para a força normativa da Constituição.....  | 110        |
| 4.2 O paternalismo institucional do Supremo Tribunal Federal no Brasil .....  | 118        |
| 4.3 A implementação do projeto constitucional fora da Corte Constitucional.....   | 123        |
| 4.4 A sociedade aberta dos intérpretes da constituição e a teoria discursiva: contra a tentativa do STF de privatizar a Constituição Federal .....  | 128        |
| 4.5 A identidade do sujeito constitucional e o controle difuso de constitucionalidade: pela Constituição como um projeto aberto.....  | 134        |
| <b>CAPÍTULO 5 – A RECONSTRUÇÃO DO CONTROLE CONCRETO E DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE: REAÇÕES CRÍTICAS PELA DEMOCRACIA E PELO EXPERIMENTALISMO INSTITUCIONAL .....</b>   | <b>140</b> |
| 5.1 Controle de constitucionalidade, constitucionalismo e democracia .....  | 140        |
| 5.2 Reduzindo o déficit democrático do controle de constitucionalidade .....  | 151        |
| 5.3 A necessidade de preservação da responsabilidade política do Legislativo e dos cidadãos na tomada de decisões .....   | 156        |
| 5.4 O experimentalismo institucional.....   | 161        |
| 5.5 A legitimação pelo procedimento: o controle difuso e o direito de todo cidadão de participar da decisão estatal que lhe atinge .....  | 168        |
| 5.6 Reconstruindo o controle de constitucionalidade: o controle difuso como um <i>medium</i> de interlocução e de participação do Judiciário no projeto constitucional compartilhado.....   | 172        |

|  |            |
|--|------------|
| <b>CONCLUSÃO.....</b>                                  | <b>180</b> |
| <b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>                | <b>186</b> |
| <b>REFERÊNCIAS A LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA.....</b>  | <b>195</b> |
| <b>REFERÊNCIAS A PESQUISAS DE CAMPO.....</b>           | <b>197</b> |
| <b>REFERÊNCIAS A TEXTOS DE JORNAIS E REVISTAS.....</b> | <b>198</b> |

**LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

**a.** – Ano

**ABCP** – Associação Brasileira de Ciência Política

**ACP** – Ação civil pública

**ADC** – Ação declaratória de constitucionalidade

**ADI** – Ação direta de inconstitucionalidade

**ADPF** – Ação de descumprimento de preceito fundamental

**AGU** – Advocacia Geral da União

**Al.** – Alínea

**AMB** – Associação dos Magistrados Brasileiros

**ANC** – Assembleia Nacional Constituinte

**Art.** – Artigo

**CF** – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

**CNJ** – Conselho Nacional de Justiça

**DJ** – Diário da Justiça

**DJe** – Diário da Justiça Eletrônico

**DJU** – Diário da Justiça da União

**DNA** - Ácido Desoxirribonucléico

**DOU** – Diário Oficial da União

**EC** – Emenda Constitucional

**Ed.** – Edição

**EUA** – Estados Unidos da América

**FGV** – Fundação Getúlio Vargas

**HC** – Habeas Corpus

**HD** – Habeas Data

**IBAMA** - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis

**IBOPE** – Instituto Brasileiro de Opinião e Estatística

**i.e.** – Isto é (*Id est*)

**Inc.** – Inciso

**INSS** – Instituto Nacional do Seguro Social

**IPEA** – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada

**j.** - Julgado

**MI** – Mandado de Injunção

**Min.** – Ministro

**MS** – Mandado de Segurança

**n.** - número

**OAB** – Ordem dos Advogados do Brasil

**p.** – Página

**P. ex.** – Por exemplo

**PDT** – Partido Democrático Trabalhista

**PEC** – Proposta de Emenda Constitucional

**PMDB** – Partido do Movimento Democrático Brasileiro

**pp.** – Páginas

**PT** – Partido dos Trabalhadores

**RE** – Recurso extraordinário

**Rel.** – Relator

**REsp** – Recurso especial

**RMS** – Recurso em mandado de segurança

**Segs.** – seguintes

**STF** – Supremo Tribunal Federal

**STJ** – Superior Tribunal de Justiça

**T.** – Turma

**Trad.** – Tradução

**v.** – volume

**§** - Parágrafo

## INTRODUÇÃO

Os debates sobre o controle abstrato e concentrado de constitucionalidade têm merecido amplo destaque nos últimos anos, sobretudo em razão de um verdadeiro fascínio que desperta em grande parte dos constitucionalistas brasileiros por tudo aquilo que a Corte Constitucional poderia fazer em nome da interpretação constitucional. Nesse contexto, observa-se a expansão da jurisdição constitucional no Brasil, pois passam a entrar na pauta do Judiciário, sob o rótulo de controle de constitucionalidade, questões de natureza política, que antes pertenciam quase que exclusivamente ao espaço dos Poderes Legislativo e Executivo.

Nesse tocante, com base no controle de constitucionalidade, parece haver a pretensão de sobrepôr o sistema jurídico sobre outros sistemas, como o político e o econômico. Como ponto de partida, os seus defensores adotam uma visão, talvez por demais romantizada, de que um controle abstrato de constitucionalidade forte pelo Supremo Tribunal Federal seria o ápice do constitucionalismo brasileiro e da evolução na proteção dos direitos fundamentais. Além disso, por diversas vezes têm ecoado na doutrina constitucional, sobretudo entre autores mais dogmáticos, afirmações de que a jurisdição constitucional é quem dá sentido à Constituição e, inclusive, de que “a Constituição é aquilo que o Supremo Tribunal Federal diz que é”<sup>1</sup>. A crença nesses mitos tem levado diversos autores brasileiros<sup>2</sup> a preconizar, inclusive, a necessidade de uma nova divisão de Poderes, com um acréscimo de funções normativas à Corte Constitucional.

Nesse sentido, grande parte dos estudos constitucionais tem se limitado a reproduzir a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ou seja, possui apenas o objetivo de explicá-la. Esses autores acreditam que é preciso ressaltar a importância deste Tribunal na redemocratização, na consagração de direitos e na implementação do projeto constitucional no Brasil, como se os elogios à Corte fossem a maior homenagem que lhe pudesse ser feita. No entanto, parece que a conclusão deve ser exatamente oposta. Reproduzir os entendimentos do STF ou explicá-los pouco acrescenta ao estudo da jurisdição constitucional. Dada a sua importância, a jurisdição constitucional deve ser submetida a contínuo monitoramento e questionamento, e quaisquer soluções para os problemas e as contingências do controle de constitucionalidade serão sempre provisórias e precárias. Além disso, formular críticas,

---

<sup>1</sup> Frase utilizada pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Joaquim Barbosa durante o julgamento da ação penal n.º 470 (caso conhecido como processo do “mensalão”).

<sup>2</sup> Dentre eles, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (*Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2009. p. 1083).

propor reflexões e oferecer alternativas ao sistema vigente são as maiores contribuições que se pode prestar à Corte Constitucional e ao constitucionalismo brasileiro. Da mesma forma, quando se critica votos de Ministros do STF ou o entendimento de renomados constitucionalistas neste trabalho, não se tem a pretensão de ironizá-los ou ofuscar a sua importância, mas, pelo contrário, a crítica sincera e explícita é a melhor homenagem que se lhes pode prestar.

De outro lado, sob uma perspectiva crítica, alguns constitucionalistas questionam esse expansionismo da jurisdição constitucional, sobretudo do ponto de vista da sua legitimidade, do seu déficit democrático e da sobrevalorização da racionalidade jurídica. Em contraponto, tem sido relegado ao quase esquecimento o controle difuso e concreto de constitucionalidade. Com efeito, tanto aqueles que defendem a expansão da jurisdição constitucional quanto os que propõem uma autocontenção judicial e um maior respeito às decisões políticas das legislaturas costumam desenvolver os seus discursos com base nas características do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, ou seja, sem considerar as peculiaridades do controle difuso e concreto. Entretanto, talvez este modelo de controle passe indene pela maioria das críticas que são dirigidas àquele modelo, ou, ao menos, essas críticas não lhe atinjam da mesma maneira.

De plano, é preciso deixar consignado que a existência do modelo de controle abstrato de constitucionalidade pelo Judiciário não é autoevidente, tampouco lhe é inerente à ideia de proteção aos direitos fundamentais. Com efeito, há diversos sistemas constitucionais que adotam um modelo de controle judicial de constitucionalidade fraco, ou em que a última palavra em matéria de controle de constitucionalidade é dada pelo Legislativo, como ocorre nos sistemas neozelandês, britânico e canadense, mas não se pode dizer que esses sistemas protejam menos os direitos fundamentais que o modelo brasileiro. Aliás, em pesquisa empírica<sup>3</sup> realizada acerca da jurisdição constitucional brasileira, foi constatado que parcela muito pequena das ações diretas de inconstitucionalidade teve por fundamento a proteção de direitos fundamentais, ou seja, empiricamente, a salvaguarda dos direitos fundamentais não tem sido exatamente o foco do controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo STF.

Assim, com ênfase nas peculiaridades e nas diferenças entre esses modelos, o presente trabalho se desenvolve com base no marco teórico da teoria discursiva e da ação

---

<sup>3</sup> BENVINDO, Juliano Zaiden. A “última palavra”, o poder e a história: O Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 51, n. 201, jan.-mar. 2014.



comunicativa de Jürgen Habermas, mas também com amparo nas teorias de diversos outros autores, em busca de um modelo de controle de constitucionalidade capaz de melhor internalizar a tensão produtiva entre constitucionalismo e democracia discursiva, entre racionalidade jurídica e legitimidade, e entre os Poderes Judiciário e Legislativo. Nesse sentido, pretende-se investigar se o controle difuso de constitucionalidade, comparativamente ao controle abstrato, seria mais apto a proporcionar uma decisão mais legítima e consentânea com a realidade social, sem obstaculizar o experimentalismo institucional, o pluralismo, a abertura da Constituição para o futuro e a contínua evolução da identidade do sujeito constitucional.

A pesquisa da temática se torna importante na medida em que, embora vários autores já tenham desenvolvido diversas teorias sobre a expansão da jurisdição constitucional ou sobre a necessidade de sua autocontenção, há carência de uma investigação crítico-reflexiva, teórica e empírica sobre o controle difuso de constitucionalidade no Brasil, que considere a sua realidade e a capacidade das suas instituições. Além disso, talvez a grande maioria das críticas ao *judicial review* não atinjam o controle difuso de constitucionalidade, ou, pelo menos, o atinjam em menor medida do que em relação ao controle concentrado. Portanto, o presente trabalho tem a pretensão de revolver as bases da construção jurídica que enaltece o controle concentrado de constitucionalidade e envaidece a Corte Constitucional, em detrimento da tradição brasileira institucional do controle difuso de constitucionalidade.

Para atingir os seus escopos, a pesquisa se desenvolve com base na opção de uma linha crítico-metodológica e com amparo nas teorias do discurso, da ação comunicativa e da democracia discursiva. Entretanto, a par da perspectiva crítica e reflexiva, a investigação da presente pesquisa não se eximirá de ser jurídico-propositiva, mediante o oferecimento de alternativas ao modelo de controle de constitucionalidade atual.

Assim, o presente trabalho foi dividido em cinco capítulos. O primeiro destina-se a apresentar a controvérsia institucional entre os Poderes Judiciário e Legislativo, tendo a pretensão de gerar diversas inquietações e problematizar a questão. Assim, demonstra-se como, no Brasil, houve paulatinamente um avanço significativo da jurisdição constitucional, de modo que o Poder Judiciário passou a adentrar em searas que antes eram reservadas aos outros Poderes Constituídos, sobretudo pela sistemática do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade. De outro lado, mostra-se como, a esse “expansionismo” da jurisdição constitucional, o Legislativo respondeu com a Proposta de Emenda Constitucional n.º 33, de 2011, que pretende reduzir os poderes do STF no controle de constitucionalidade. Além disso,

pretende-se explorar alguns julgamentos em que o STF tomou decisões equivocadas, a fim de que a problematização teórica possa ser realizada a partir de casos concretos.

O segundo, o terceiro e o quarto capítulos destinam-se ao questionamento e à desconstrução das bases do modelo concentrado e abstrato de constitucionalidade, a partir de uma análise externa ao direito e de dados empíricos, que subvertem a lógica linear da visão jurídica dominante no Brasil acerca desse modelo. As perspectivas da teoria da legislação, da ciência política e de outros sistemas de controle de constitucionalidade permitirão questionar as próprias bases sobre as quais se erguem as premissas do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade. Seguindo a lógica derridiana, neste momento da desconstrução, em que surge uma suspensão angustiante, é que se abre um intervalo de continuidade e se permitem as transformações.

Assim, no segundo capítulo, parte-se da análise das teorias do direito contemporâneas, para, a seguir, questionar os fundamentos da visão idealizada sobre os quais têm se erguido os estudos sobre o *judicial review*, denunciando as incongruências e as falácias de um modelo de controle concentrado de constitucionalidade abrangente e em expansão, que se contrapõe ao debate democrático que deve preceder a criação de direitos e deve ser respeitado. Nesse tocante, não se objetiva criar uma visão fantasiosa do Legislativo, como um órgão indene de máculas, senão investigar se as contingências democráticas e institucionais da Corte Constitucional não seriam maiores que as do Legislativo. A par disso, buscar-se-á fazer a análise construtiva de um modelo de controle de constitucionalidade que promova o respeito ao Legislativo como espaço público e plural, bem como esteja aberto à consideração das discordâncias e à assunção das perspectivas do outro. Assim, é preciso perquirir se, comparativamente ao controle difuso, no controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, seriam maiores os riscos de que o Judiciário, pela Corte Constitucional, invada um espaço de decisão política que deveria ser reservado aos demais Poderes Constituídos e à sociedade, já que os efeitos da decisão judicial, nesta modalidade de controle de constitucionalidade, serão gerais e abstratos, de forma semelhante a uma lei editada pelo Parlamento. Nesse contexto, pretende-se ressaltar as implicações democráticas desses modelos de *judicial review*, para, a partir de então, analisar reflexivamente se as críticas dirigidas ao controle concentrado atingiriam – ou se atingiriam na mesma medida – o controle difuso de constitucionalidade.

Além disso, é preciso desmistificar a ideia de que a classe política seria contrária a um sistema de controle de constitucionalidade forte. A esse respeito, com base em estudos da ciência política, pretende-se lançar luzes sobre as relações existentes entre a coalização

política de governo e os membros da Corte Constitucional, que comumente farão os políticos eleitos desejar um controle de constitucionalidade forte, na esperança de se manterem no poder ou de implementarem a sua agenda política. Além disso, também se mostrará como o controle judicial de constitucionalidade pode ser útil ao governo e à base governista para resolver problemas decorrentes do federalismo, de interesses entrenchados (*entrenched interests*) e da heterogeneidade da coalizão política. Também será analisada a atuação do STF como ator político na Assembleia Nacional Constituinte, bem como as alianças políticas por ele realizadas com o propósito de manter a sua competência e a sua composição, o que permitirá extrair algumas conclusões importantes sobre o atual modelo de controle de constitucionalidade.

No terceiro capítulo, serão apresentados diversos sistemas de controle de constitucionalidade, a fim de que se possam oferecer perspectivas e alternativas ao modelo brasileiro. Além disso, serão analisados os sistemas de controle de constitucionalidade propostos para o Brasil na Assembleia Nacional Constituinte e os debates políticos em torno da questão, a fim de buscar a sustentação política do modelo adotado pela Constituição Federal de 1988. A seguir, serão analisados a capacidade das instituições brasileiras, bem como o déficit dialético, procedimentalista e de legitimidade das decisões do STF no controle concentrado. Por fim, haverá uma profunda reflexão sobre como controlar o controle de constitucionalidade.

O quarto capítulo se destina a fazer profundas reflexões e críticas sobre as decisões metafísicas do STF, os seus riscos para a força normativa da constituição e sobre o paternalismo institucional da Corte Constitucional. Embora o termo metafísica seja polissêmico e o seu uso carregado de controvérsia, bem como qualquer tentativa de definição corra o risco de desconsiderar toda a sua complexidade, pretende-se utilizá-lo aqui no sentido que lhe empresta a crítica habermasiana, como uma racionalidade transcendental, que despreza o mundo da vida e a intersubjetividade, imersa numa filosofia da consciência, em que o sujeito cognoscente tem um acesso privilegiado à verdade. Nesse sentido, será necessário indagar se o controle concentrado de constitucionalidade, por ser realizado em abstrato, não proporcionaria decisões mais metafísicas do que o controle difuso e concreto, sobretudo porque fomenta uma racionalidade monológica da Corte Constitucional dissociada da realidade vivencial e porque o seu processo não inclui as múltiplas interpretações dadas pelas diversas instituições e pelos cidadãos, que serão atingidos pela decisão judicial. Além disso, será denunciada a existência de um forte paternalismo institucional realizado pelas Cortes Constitucionais, que subtraem dos cidadãos a sua cidadania, a sua autonomia, as suas

responsabilidades, bem como os transforma em massa. Nesse contexto, talvez a tutela paternalista seja paradoxal, pois elimina exatamente aquilo que ela pretende preservar. Com efeito, ao centralizar o debate constitucional num único órgão judicial, retira do espaço público as discussões sobre os direitos constitucionais. Nessa mesma perspectiva, considerando a tentativa de privatização do sentido da Constituição por algumas Cortes Constitucionais no contexto do “expansionismo” do *judicial review*, cumpre analisar as bases da interpretação constitucional pela sociedade aberta, bem como examinar o pluralismo da identidade do sujeito constitucional, a fim de demonstrar que talvez a Constituição não seja meramente “aquilo que a Corte Constitucional diz que ela é” e que o direito deve manter o seu caráter performativo.

Por fim, o quinto e último capítulo tem a pretensão de fazer uma reconstrução ideológica do controle concreto e difuso de constitucionalidade no Brasil. Nesse aspecto, será preciso investigar se este modelo de controle de constitucionalidade não seria mais consentâneo com uma postura de respeito e consideração à autonomia pública dos cidadãos e à necessidade de não interferência demasiada no processo de evolução social, sobretudo por ser realizado de forma pontual pelas diversas instâncias judiciais, por admitir a participação daqueles que serão atingidos pela decisão e por permitir que possíveis erros de uma decisão judicial possam ser corrigidos no futuro. Para tanto, com base numa visão menos romantizada e mais consentânea com a realidade institucional, sem desconsiderar as suas contingências, lançam-se as bases ideológicas para resgatar a importância e reconstruir ideologicamente o controle difuso de constitucionalidade, o qual seria capaz de oportunizar o experimentalismo institucional, um sistema mais democrático, um maior procedimentalismo, a não estagnação do projeto constitucional e a abertura do sujeito constitucional para o futuro.

Portanto, revela-se salutar perquirir os contornos do controle difuso de constitucionalidade, a fim de investigar se ele, comparativamente ao controle concentrado, seria um modelo mais democrático, mais procedimentalista e legítimo, menos metafísico, mais inclusivo dos sujeitos constitucionais, respeitador da autonomia dos cidadãos e mais sensível à sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Assim, este estudo pretende ser um convite à reflexão sobre o controle de constitucionalidade, ainda que o leitor não concorde com as conclusões finais expostas, pois o escopo principal é que, com base nas premissas e provocações aqui lançadas, possa chegar às suas próprias conclusões.

## **CAPÍTULO 1 – O “EXPANSIONISMO” DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL E O CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE: QUAL É O PROBLEMA?**

Neste capítulo, o objetivo precípua é problematizar a questão do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, a partir de algumas indagações que são centrais para o desenvolvimento da temática. Pretende-se, assim, desmistificar o verdadeiro fascínio que se criou no Brasil, sobretudo nas duas últimas décadas, em torno do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, o que parece ter sido feito com base em construções teóricas idealizadas sem base empírica.

Para tanto, primeiramente, mostra-se como ocorreu a expansão da jurisdição constitucional e, sobretudo, do controle abstrato e concentrado no Brasil, o que talvez tenha o seu ápice na tese da abstrativização do controle difuso. A partir disso, apresentam-se os fundamentos que dão suporte à Proposta de Emenda Constitucional n.º 33, de 2011, uma resposta do parlamento brasileiro a essa sobrevalorização da jurisdição constitucional, que pretende reduzir os poderes do STF no controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, instaurando uma tensão produtiva entre os Poderes Constituídos. A seguir, são analisados precedentes do STF em que este tomou decisões equivocadas, a partir do que se passa a tematizar algumas reflexões teóricas importantes, sobretudo do ponto de vista institucional. Por fim, considerando toda a complexidade que envolve a questão, são lançadas provocações, indagações e problematizações que serão objeto de reflexão ao longo deste trabalho.

### **1.1 A expansão do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade no Brasil: avanço ou retrocesso?**

Entre aplausos, críticas e objeções, o controle judicial de constitucionalidade tem se expandido no contexto constitucional brasileiro. Enquanto alguns constitucionalistas<sup>4</sup> compreendem essa expansão da jurisdição constitucional e do papel da Corte Constitucional

---

<sup>4</sup> Nesse sentido, por exemplo, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (*Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009).

como um avanço em termos de proteção da Constituição, outros<sup>5</sup> veem nela um verdadeiro retrocesso em termos democráticos e de efetividade.

De qualquer forma, é importante, no princípio, trazer alguns elementos históricos que revelam a expansão desse modelo, o que se mostrará útil para a contextualização e algumas problematizações que precisam ser feitas, embora o foco deste trabalho não seja a descrição histórica do controle de constitucionalidade brasileiro.

Atualmente, o controle judicial de constitucionalidade no Brasil apresenta-se sob um modelo misto, que engloba basicamente dois sistemas: o sistema difuso e concreto, de matriz estadunidense, em que o controle de constitucionalidade incumbe a todos os órgãos judiciários, que o exercitam incidentalmente, por ocasião das decisões acerca das causas concretas que são julgadas; e o sistema concentrado e abstrato, com raízes na Constituição Austríaca de 1920, segundo o qual o poder de controle de constitucionalidade se concentra em um órgão judiciário, cuja decisão gera efeitos *erga omnes* e vinculantes.<sup>6</sup>

O controle judicial de constitucionalidade existe, no Brasil, no plano constitucional<sup>7</sup>, desde a primeira Constituição republicana, de 1891. Todavia, segundo essa Constituição, o controle de constitucionalidade somente poderia ocorrer pelo sistema difuso. Neste modelo, cabia ao Supremo Tribunal Federal rever as sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, quando se contestasse a validade de leis ou atos federais em face da Constituição (art. 59, § 1º, alíneas “a” e “b”).<sup>8</sup>

A Constituição Federal de 1934 também estabeleceu a possibilidade de controle de constitucionalidade difuso e concreto, realizado por todas as instâncias judiciais,

---

<sup>5</sup> Conrado Hübner Mendes defende a ideia de que “a revisão judicial não garante a supremacia da Constituição, mas da Corte. Ou melhor, da leitura que a Corte faz da Constituição.” E continua: “Supremacia da Constituição é um ideal político substantivo. Requer que alguém o operacionalize. Deve-se pensar, então, qual instituição merece supremacia decisória, a prerrogativa de dizer a última palavra” (MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro : Elsevier, 2008. p. 159).

<sup>6</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial da constitucionalidade das leis no direito comparado*. (trad. Aroldo Plínio Gonçalves). 2. ed. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1992. p. 67.

<sup>7</sup> Antes mesmo da Constituição de 1891, o art. 9º do Decreto n. 848, de 11.10.1890, já previa o controle difuso de constitucionalidade: “Art. 9º. (...) Paragrapho unico. Haverá tambem recurso para o Supremo Tribunal Federal das sentenças definitivas proferidas pelos tribunaes e juizes dos Estados: (...) b) quando a validade de uma lei ou acto de qualquer Estado seja posta em questão como contrario á Constituição, aos tratados e ás leis federaes e a decisão tenha sido em favor da validade da lei ou acto; c) quando a interpretação de um preceito constitucional ou de lei federal, ou da clausula de um tratado ou convenção, seja posta em questão, e a decisão final tenha sido contraria, á validade do titulo, direito e privilegio ou isenção, derivado do preceito ou clausula.”

<sup>8</sup> Constituição Federal de 1891: “Art. 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: (...) § 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.”

produzindo efeitos apenas *inter partes*.<sup>9</sup> Todavia, inseriu-se nela uma importante inovação: foi atribuída ao Senado Federal a competência para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou ato normativo declarado inconstitucional por decisão definitiva, com efeitos *erga omnes*.<sup>10</sup> Essa competência do Senado Federal foi reproduzida em todas as Constituições posteriores.

A Constituição brasileira de 1937, apelidada de “Constituição Polaca”, manteve o sistema difuso de controle de constitucionalidade, mas estabeleceu a possibilidade de o Presidente da República submeter as decisões judiciais declaratórias de inconstitucionalidade à revisão pelo Legislativo. Assim, poderia o Poder Legislativo, por maioria de 2/3 de ambas as Casas, tornar sem efeito a decisão judicial que declarasse a inconstitucionalidade.<sup>11</sup>

Com a Constituição de 1946, fruto de um movimento de redemocratização, foi mantido o controle difuso de constitucionalidade, mas retirada a possibilidade de as decisões judiciais no controle de constitucionalidade serem controladas pelo Executivo ou pelo Legislativo.<sup>12</sup>

A ação direta para o controle de constitucionalidade por via principal – controle abstrato e concentrado – somente foi adotada pelo sistema constitucional brasileiro com a Emenda Constitucional n.º 16/1965, que criou a chamada ação direta de inconstitucionalidade,

---

<sup>9</sup> A Constituição Federal de 1934 também previu a chamada ADI Interventiva ou Representação Interventiva. Com efeito, o seu art. 12, inc. V e § 2º, assim previa: “Art. 12 - A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo: (...) V - para assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados nas letras *a a h*, do art. 7º, nº I, e a execução das leis federais; § 2º - Ocorrendo o primeiro caso do nº V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade.” De outro lado, o art. 7º, inc. I, assim estabelecia: “Art. 7º - Compete privativamente aos Estados: I - decretar a Constituição e as leis por que se devam reger, respeitados os seguintes princípios: a) forma republicana representativa; b) independência e coordenação de poderes; c) temporariedade das funções eletivas, limitada aos mesmos prazos dos cargos federais correspondentes, e proibida a reeleição de Governadores e Prefeitos para o período imediato; d) autonomia dos Municípios; e) garantias do Poder Judiciário e do Ministério Público locais; f) prestação de contas da Administração; g) possibilidade de reforma constitucional e competência do Poder Legislativo para decretá-la; h) representação das profissões”. No entanto, embora seja por alguns entendida como a primeira forma de controle abstrato, trata-se, em verdade, de modalidade de controle concreto de constitucionalidade, já que se trata de uma lei de efeitos concretos (intervenção federal em determinado Estado). Vale dizer, não se dirige a uma lei geral e abstrata. De qualquer forma, é controle concentrado (mas concreto) de constitucionalidade, pois a competência é exclusiva do STF.

<sup>10</sup> Constituição Federal de 1934: “Art. 91 - Compete ao Senado Federal: (...) IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário;”

<sup>11</sup> Constituição Federal de 1937: “Art. 96 (...) Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.”

<sup>12</sup> Com efeito, o art. 200 da Constituição Federal de 1946 não faz qualquer restrição ou previsão de revisão das decisões judiciais pelos demais Poderes Constituídos.

de competência originária do Supremo Tribunal Federal, a qual poderia ser proposta com exclusividade pelo Procurador-Geral da República.<sup>13</sup>

No entanto, foi a Constituição de 1988 que expandiu verdadeiramente a jurisdição constitucional, ampliando os legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade.<sup>14</sup> Além disso, foram criados outros mecanismos de controle de constitucionalidade, quais sejam, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a ação de descumprimento de preceito fundamental. Assim, a Constituição Federal de 1988 permitiu que quase todas as controvérsias constitucionais relevantes fossem formuladas em termos técnico-jurídicos e examinadas pelo Supremo Tribunal Federal mediante o processo de controle abstrato de normas.<sup>15</sup>

A Emenda Constitucional 3/1993, por sua vez, criou mais uma ação do controle concentrado e abstrato, qual seja, a ação declaratória de constitucionalidade.

Ainda em 1993, durante o julgamento da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 926, o STF consolidou o entendimento de que seria cabível o controle de constitucionalidade sobre emenda constitucional, embora isso não seja expresso no texto constitucional.<sup>16</sup> Ou seja, o STF afirmou que ele poderia julgar inconstitucional uma emenda constitucional que, segundo a sua interpretação, contrariasse cláusulas pétreas da Constituição de 1988. Com isso, o STF reservou para si a última palavra em matéria

---

<sup>13</sup> A Emenda Constitucional n.º 16, de 1965, acrescentou a alínea “k” ao inciso I do art. 101, com a seguinte redação: “Art. 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: I - processar e julgar originariamente: (...) k) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República;”

<sup>14</sup> Na redação atual, depois da Emenda Constitucional 45/2004: “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.”

<sup>15</sup> Nesse sentido: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 2009. p. 86.

<sup>16</sup> “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 03/93. - I.P.M.F. (IMPOSTO PROVISÓRIO SOBRE MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA, CRIADO PELA LEI COMPLEMENTAR N. 77/93). - IMUNIDADE DOS ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS (ART. 150, IV, "A", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). - FEDERAÇÃO (ARTIGOS 1º, 18, 60, PAR. 4º, I). 1. AS NORMAS DE UMA EMENDA CONSTITUCIONAL, EMANADAS, QUE SÃO, DE CONSTITUINTE DERIVADA, PODEM, EM TESE, SER OBJETO DE CONTROLE, MEDIANTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, QUANDO CONFRONTADAS COM NORMAS ELABORADAS PELA ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE (ORIGINARIA) (ART. 202, I, "A"). (...)” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 926. Relator: Ministro Sydney Sanches. Tribunal Pleno. Julgado em 01/09/1993. DJ 06-05-1994. p. 10484. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 152-01, p. 85.)



constitucional, pois o Parlamento não poderia mais sobrepor a sua decisão política nem mesmo por emenda constitucional.<sup>17</sup>

A Lei 9.868/1999 disciplinou a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade, e a Lei 9.882/1999 regulamentou a ação de descumprimento de preceito fundamental. No art. 27 da Lei 9.868/1999 e no art. 11 da Lei 9.882/1999, foi prevista a possibilidade de modulação dos efeitos das decisões nas ações do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, de modo que o STF passou a ter o poder de decidir a partir de que momento a declaração de inconstitucionalidade passa a produzir efeitos.

Com a Emenda Constitucional 45/2004, foi instituída a Súmula Vinculante, que permitiu que um entendimento dado pelo Supremo Tribunal Federal fosse consignado num enunciado, que passa a produzir efeitos *erga omnes* e vinculantes. Para que uma Súmula Vinculante seja editada, foi prevista a necessidade de aprovação por maioria qualificada de dois terços (2/3) dos membros do STF (votos de 8 dos 11 Ministros). Assim, tal enunciado de Súmula, por ter efeitos gerais e abstratos, possui natureza muito semelhante a uma lei editada pelo Parlamento, do ponto de vista da generalidade e coercibilidade.

A referida Emenda Constitucional (45/2004) também ampliou o rol de legitimados da ação declaratória de constitucionalidade, passando a prever, no art. 103 da Constituição Federal, que essa ação teria os mesmos legitimados ativos da ação direta de inconstitucionalidade.

Portanto, observa-se um crescente avanço dos instrumentos processuais para o controle abstrato e concentrado de constitucionalidade a ser realizado pelo Supremo Tribunal Federal, ocasionado, sobretudo, pela Constituição Federal de 1988 e pelas Emendas Constitucionais 3/1993 e 45/2004.

Mas não foi somente no plano normativo constitucional que o controle judicial de constitucionalidade se incrementou. Paulatinamente, houve uma alteração na própria postura do STF, que passou a decidir de forma mais ativista, ou seja, avançando sobre searas que antes eram reservadas aos demais Poderes Constituídos. Isso ocorreu inclusive nas ações em

---

<sup>17</sup> À época, isso era altamente questionável, sobretudo porque em sistemas constitucionais como o norte-americano, por exemplo, a Corte Constitucional não pode fazer controle de constitucionalidade sobre emenda constitucional. Atualmente, Conrado Hübner Mendes, dentre outros autores, retoma o questionamento sobre a possibilidade de controle de constitucionalidade sobre emenda constitucional, pois isso não é autoevidente, tampouco previsto no texto constitucional. Esse autor também afirma que a última palavra em termos de controle de constitucionalidade caberia ao Legislativo, mediante o processo de emenda constitucional, que exige um procedimento legislativo mais dificultoso e maioria qualificada (MENDES, Conrado Hübner. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. Rio de Janeiro : Elsevier, 2008).

que o controle de constitucionalidade deveria ser realizado somente de forma difusa, concreta e incidental. No julgamento conjunto dos Mandados de Injunção n.º 670<sup>18</sup>, n.º 708<sup>19</sup> e n.º 712<sup>20</sup>, em 2007, referentes ao direito de greve dos servidores públicos, o STF abandonou os antigos precedentes, que apenas declaravam a mora do Parlamento<sup>21</sup>, e passou a adotar uma posição concretista geral. Com efeito, nesse julgamento, o STF determinou que houvesse a aplicação das Leis 7.701/1988 e 7.783/1989 (que disciplinava o direito de greve dos trabalhadores em geral) aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis, haja vista a falta de disciplina legal a esta categoria.

A par de tudo isso, observa-se que o processo de redemocratização, a consagração de novos direitos prestacionais do Estado na Constituição Federal de 1988, a luta pelos novos direitos e a sedimentação da força normativa da Constituição criaram um ambiente fértil ao crescimento institucional e funcional do Supremo Tribunal Federal, órgão que passou a ser visto pelos constitucionalistas brasileiros como sinônimo de justiça e de efetivação dos direitos fundamentais.

Nesse mesma linha, as teorias do direito contemporâneas que focam nos casos difíceis – aqueles em que não existe uma solução expressa no texto legal ou em que a sua aplicação é extremamente injusta – reconhecem o caráter indeterminado do direito, propondo uma maior abertura do sistema jurídico,<sup>22</sup> e, de certa forma, dão suporte a esse expansionismo judicial.<sup>23</sup> Além disso, grande parte dos constitucionalistas brasileiros, com um perfil mais

---

<sup>18</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n.º 670. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Relator p/ Acórdão: Ministro Gilmar Mende. Tribunal Pleno. Julgado em 25/10/2007. DJe-206, 31-10-2008. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 207-01, p. 11.

<sup>19</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n.º 708. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 25/10/2007. DJe-206, 31-10-2008. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 207-02, p. 471.

<sup>20</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n.º 712. Relator: Ministro Eros Grau. Tribunal Pleno. Julgado em 25/10/2007. DJe-206, 31-10-2008, v. 2339-03, p. 384. *Ementário da Jurisprudência do STF*, Brasília, v. 2339-03, p. 384.

<sup>21</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n.º 107. Relator: Ministro Moreira Alves. Tribunal Pleno. Julgado em 21/11/1990. DJ 02-08-1991. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 135-01. p. 1.

<sup>22</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo : Saraiva, 2009. p. 45.

<sup>23</sup> Nesse contexto, surge um fenômeno que passa a ser denominado de judicialização, que consiste na submissão de questões diversas ao Poder Judiciário, que passa a ter a última palavra em matéria de política, de moral coletiva, de saúde pública, de economia, de meio ambiente etc. Soma-se a isso uma postura mais perfeccionista, de comportamento, que vem sendo denominada de ativismo judicial. Segundo Luís Roberto Barroso: “Nesse contexto, a judicialização constitui um fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário. Juízes e tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão. Todavia, o modo como venham a exercer essa competência é que vai determinar a existência ou não de ativismo judicial.” (BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, a. 4, n. 16, p. 3-42, out.-dez. 2009. p. 9) E continua o mesmo autor: “A

dogmático, tem afirmado que “não se pode mais viver sem a jurisdição constitucional”<sup>24</sup>, como se fosse a solução para todos os problemas constitucionais.

De outro lado, esses fenômenos e essas perspectivas também têm causado, em contrapartida, grande inquietação acerca da separação dos poderes, do caráter antidemocrático do *judicial review*, dos riscos da sobrevalorização do Poder Judiciário, dentre outras objeções. Em primeiro lugar, talvez seja ilusório o discurso dogmático convencional de que existiria uma luta mortal entre Constituição e legislador ordinário, que tornaria imprescindível uma Corte Constitucional para proteger a norma constitucional da “tirania das maiorias” no parlamento. Nesse tocante, é preciso indagar se realmente existe uma tensão entre a Constituição e o Legislativo, entre texto constitucional e legislador ordinário; ou, considerando que há essa tensão, se ela também ocorreria entre Constituição e Corte Constitucional. Enfim, a Constituição é um projeto que deve ser implementado pelos Poderes Constituídos, pelas instituições e pela sociedade, mas tanto o Legislativo quanto a Corte Constitucional podem pragmaticamente, a pretexto de dar efetividade à Constituição, desrespeitá-la. De qualquer modo, supremacia da Constituição não é o mesmo que supremacia da Corte Constitucional.

Além disso, o modelo de controle judicial de constitucionalidade não é autoevidente, pois, como se mostrará no Capítulo 3, há sistemas constitucionais em que o controle de constitucionalidade é realizado pelo Legislativo, e não pelo Judiciário. Ademais, considerando que os textos constitucionais são abertos e precisam, em grande medida, de um maior esforço hermenêutico e criativo para interpretá-los, também se deve perquirir se o controle judicial de constitucionalidade protege realmente a Constituição, os direitos fundamentais e os direitos das minorias contra a “tirania das maiorias”, ou se, em vez disso, seria apenas um discurso sem base empírica que dá preferência à interpretação judicial em detrimento da opção política legislativa.

De qualquer forma, a Corte Constitucional brasileira tem avançado em teses que reforçam a sua intervenção nas opções políticas legislativas e desprestigiam o papel da legislatura, o que também merece uma maior investigação e reflexão. Nesse ínterim, talvez o

---

judicialização, como demonstrado acima, é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.” (Idem. p. 11).

<sup>24</sup> “Sobre a jurisdição constitucional já se disse praticamente tudo, seja para defendê-la, seja para criticá-la. Para o bem ou para o mal, parece que não podemos viver sem ela, pelo menos enquanto não descobrimos alguma fórmula mágica que nos permita juridificar a política sem ao mesmo tempo, e em certa medida, politizar a justiça.” (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 155)

ponto culminante neste avanço institucional do Judiciário seja a tese da “abstrativização” ou “objetivação” do controle difuso, questão central para a temática, que se apresentará a seguir.

## **1.2 A tese da abstrativização do controle difuso: uma problematização necessária**

A Constituição Federal de 1988 adotou um sistema misto de controle judicial de constitucionalidade, com possibilidade de controle difuso e de controle concentrado, como já exposto. O controle difuso é realizado por qualquer instância judicial e no caso concreto, ou seja, de forma incidental, pois a norma constitucional é fundamento da decisão e o pedido é um bem da vida específico; o controle concentrado de constitucionalidade realiza-se em abstrato, vale dizer, a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo é o próprio pedido da ação.

O art. 52, inc. X, da Constituição Federal, de outro lado, previu que o Senado Federal pode “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”, deixando a representantes eleitos pelo povo a competência para decidir sobre a suspensão da lei declarada inconstitucional pela Corte Constitucional no controle difuso. Assim, a Constituição oportunizou um interessante debate institucional entre os Poderes Judiciário e Legislativo. Desse modo, pelo texto normativo constitucional, se concordar com a decisão do STF que declara a inconstitucionalidade de determinada lei em controle difuso e concreto, o Senado Federal poderá lhe conferir efeitos gerais e abstratos.

Entretanto, no julgamento da Reclamação 4.335/AC<sup>25</sup>, os Ministros do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes e Eros Grau tentaram subverter a opção expressa da Constituição Federal pelo modelo de controle de constitucionalidade acima descrito. Com efeito, criaram a tese da “abstrativização” ou “objetivação” do controle difuso de constitucionalidade, segundo a qual a decisão do Pleno do STF sobre a constitucionalidade de determinada norma como fundamento de uma decisão, em sede de controle concreto e difuso, produziria efeitos *erga omnes* e vinculantes. Além disso, afirmaram que o art. 52, inc. X, da Constituição Federal, que prevê expressamente que essa competência – de suspender uma lei

---

<sup>25</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n.º 4.335/AC. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 20.3.2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo739.htm>. Acesso em: 16.4.2014.

declarada inconstitucional no controle difuso – é do Senado Federal, estaria ultrapassado e que teria havido mutação constitucional.<sup>26</sup> Esse talvez tenha sido o ponto culminante da tentativa de sobreposição da Corte Constitucional sobre o Parlamento brasileiro.

Embora o STF não tenha dado uma resposta definitiva acerca do acolhimento ou não dessa tese<sup>27</sup>, ela tem seduzido muitos juristas, mas, ao mesmo tempo, também gera diversas inquietações e manifestações de repúdio, sobretudo por parte da academia.

Em razão de algumas teses sobejamente ativistas e expansionistas da função judicial, que vem paulatinamente crescendo, tem-se falado numa ditadura do Poder Judiciário. Oscar Vilhena critica essa expansão da autoridade do Supremo Tribunal Federal em relação aos demais Poderes da República, chamando esse fenômeno de “supremocracia”. Para o autor, a Corte Constitucional brasileira estaria exercendo uma espécie de poder moderador, uma vez que teria o poder de dar a última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva, por vezes substituindo as escolhas majoritárias. Segundo Vilhena, o problema não estaria nas atribuições conferidas ao STF, mas na escala e na natureza das suas intervenções em temas cujas soluções não seriam ou não deveriam ser de natureza puramente jurídica ou constitucional<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> A referida reclamação foi ajuizada diretamente no STF contra decisões do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco-AC, nas quais indeferiu pedido de progressão de regime em favor de condenados à pena de reclusão em regime integralmente fechado em decorrência da prática de crimes hediondos. Na reclamação constitucional, alegou-se violação à autoridade da decisão do STF no HC 82.959/SP, a qual declarou a inconstitucionalidade (em controle difuso) do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, que veda a progressão de regime a condenados pela prática de crimes hediondos. Ao ser iniciado o julgamento da referida reclamação, os Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau entendiam ser procedente o pedido formulado na reclamação, ao argumento de que teria havido mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal. Assim, sustentaram que a competência do Senado Federal prevista neste dispositivo constitucional – de suspender uma lei declarada inconstitucional no controle difuso – deveria se apenas para dar publicidade à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Assim, segundo essa tese, a decisão do STF em controle difuso já teria força normativa bastante para suspender a execução da lei, contrariamente à disposição expressa do art. 52, X, da Constituição Federal.

<sup>27</sup> Em 23/3/2014, foi concluído o julgamento da Reclamação 4.335/AC, mas sem que houvesse uma posição definitiva do STF acerca do acolhimento da tese da “abstrativização” ou “objetivação” do controle difuso. Com efeito, a referida Reclamação foi julgada procedente, mas com o fundamento de que, em relação à matéria objeto do julgamento, foi editada a Súmula Vinculante 26 do STF (“Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo de execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico”). Ou seja, como cabe reclamação para assegurar a autoridade de súmula vinculante e a decisão reclamada a contrariava, foi conhecida e julgada procedente a reclamação, mas não ocorreu o pronunciamento por todos os ministros acerca da tese da “abstrativização” ou “objetivação” do controle difuso (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n.º 4.335/AC. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 20.3.2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo739.htm>. Acesso em: 16.4.2014).

<sup>28</sup> “Num primeiro sentido o termo supremocracia refere-se à autoridade do Supremo em relação às demais instâncias do judiciário. (...) Num segundo sentido, o termo supremocracia refere-se à expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos poderes. (...) A ampliação dos instrumentos ofertados para a jurisdição

Em primeiro lugar, é preciso afirmar que a própria adoção de um modelo de controle judicial de constitucionalidade não é autoevidente, e muito menos a implementação de um modelo de controle concentrado e abstrato. Aliás, geralmente os países adotam um sistema de controle que privilegia um embate institucional entre os Poderes Constituídos<sup>29</sup>, o que é desejável, por preservar o sistema de freios e contrapesos (*check and balances*), afastando-se os efeitos deletérios da concentração de poder.<sup>30</sup>

De outro lado, não há como fazer qualquer analogia da tese mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal brasileira com a evolução do controle de constitucionalidade que ocorreu nos Estados Unidos, a partir do julgamento do *leading case* Marbury versus Madison. Na Constituição dos EUA, não havia qualquer previsão expressa sobre o controle de constitucionalidade, razão pela qual era necessário dar uma solução para problemas institucionais pragmáticos que estavam surgindo naquele momento.<sup>31</sup> Assim, parece ser completamente forçosa, engendradora e inconstitucional a tentativa de aplicação da sistemática do *stare decisis* no Brasil, onde existe previsão expressa na Constituição acerca das formas de controle de constitucionalidade.

De um lado, é certo que o sistema constitucional deve ser capaz de se reciclar, pois o projeto constitucional também é um aprendizado, que ocorre, sobretudo, com o processo de concretização constitucional. Contudo, a mutação constitucional deve respeitar

---

constitucional tem levado o Supremo não apenas a exercer uma espécie de poder moderador, mas também de responsável por emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva, ora validando e legitimando uma decisão dos órgãos representativos outras vezes substituindo as escolhas majoritárias. Se esta é uma atribuição comum a outros tribunais constitucionais ao redor do mundo, a distinção do Supremo é de escala e de natureza. Escala pela quantidade de temas que no Brasil têm natureza constitucional e são reconhecidas pela doutrina como passíveis de judicialização; de natureza pelo fato de não haver qualquer obstáculo para que o Supremo aprecie atos do poder constituinte reformador”. (VILHENA, Oscar. Supremocracia. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, a. 3, n. 12, p. 55-75, out.-dez. 2008. p. 59/60)

<sup>29</sup> A esse respeito, basta lembrar que, durante a adoção do “modelo de Westminster”, no Reino Unido (até 1998) e na Nova Zelândia (até 1999) – Estados marcadamente democráticos – não havia controle judicial de constitucionalidade. Da mesma forma, ninguém nega que a Holanda adote um regime democrático, embora não possua controle judicial de constitucionalidade.

<sup>30</sup> Segundo Canotilho, “o princípio da divisão como forma e meio de limite do poder (divisão de poderes e balanço de poderes) assegura uma medida jurídica ao poder do estado e, conseqüentemente, serve para garantir e proteger a esfera jurídico-subjetiva dos indivíduos e evitar a concentração de poder” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra : Almedina, 2003. p. 250).

<sup>31</sup> Como bem ressalta Mark Tushnet, nos Estados Unidos, o povo, agindo por intermédio das instituições, tiveram que definir os contornos do controle de constitucionalidade porque não havia previsão no texto constitucional, de modo que, com o *judicial review*, os tribunais deixaram de ser uma dentre várias instituições que expressavam a sua opinião independente sobre a Constituição para transformarem-se na instituição responsável por interpretá-la (TUSHNET, Mark. Alternative forms of judicial review. *Michigan Law Review*, a. 101, v. 8, p. 2781-2802, ago. 2003. p. 2783).

princípios e regras constitucionais, que constituem limitações implícitas e explícitas a essa auto-reciclagem.<sup>32</sup>

Além disso, é preciso questionar se essa tese da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade encontraria algum respaldo numa evolução do constitucionalismo brasileiro, ou, pelo contrário, se representaria uma tentativa da Corte Constitucional de romper com a tradição brasileira para se autoatribuir mais poder, avançando nas funções inerentes ao Legislativo.

A prevalecer a tese da abstrativização, uma lei declarada inconstitucional jamais poderia ser reinterpretada e declarada constitucional, mesmo com a evolução social. Isto é, tal lei ficaria intocável *ad eternum*, mesmo diante de uma nova realidade concreta.<sup>33</sup>

Além disso, também se poderia objetar que a tese da abstrativização do controle difuso é completamente antidemocrática. Em primeiro lugar, porque viola frontalmente norma expressa da Constituição, que foi elaborada democraticamente e promulgada por uma Assembleia Nacional Constituinte. Além disso, porque, se vingar a tese de abstrativização, uma decisão do controle difuso do STF proferida num processo individual produziria efeitos para pessoas que não puderam dele participar. Em terceiro lugar, porque pretende retirar de um órgão representativo do povo o poder de decidir se uma lei declarada inconstitucional no controle difuso pelo Judiciário deve ter seus efeitos suspensos *erga omnes*. E, por fim, porque pretende sobrepor a racionalidade jurídica da Corte Constitucional às decisões políticas tomadas legitimamente pelos representantes eleitos pelo povo.<sup>34</sup>

Ao que parece, os defensores da tese da mutação constitucional do referido dispositivo pretendem mudar não o significado da norma, mas o seu próprio texto. Logo,

---

<sup>32</sup> “A normatividade constitucional fixa os limites da capacidade de aprendizado do direito. Estabelece como e até que ponto o sistema jurídico pode reciclar-se sem perder a sua identidade/autonomia. É verdade que o próprio sistema constitucional é capaz de aprender, e assim, de reciclar-se. Isso não ocorre apenas mediante procedimentos específicos de reforma da Constituição, mas também no processo de concretização constitucional. Entretanto, a auto-reciclagem decorrente da capacidade de aprendizado tem que respeitar princípios e normas constitucionais que se apresentam como limitações implícitas e explícitas à mutação jurídica da constituição.” (NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo : Martins Fontes, 2008. pp. 100/101)

<sup>33</sup> “A atribuição de força obrigatória geral à declaração de constitucionalidade dificultaria assim uma interpretação constitucional evolutiva – capaz de adaptar o texto da Constituição às situações históricas mutáveis e susceptíveis de atender a toda a riqueza inventiva da casuística.” (STRECK, Lenio; Lima, Martonio Mont’Alverne Barreto; Oliveira, Marcelo Andrade Cattoni de. *A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutações constitucionais e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Disponível em [http://leniostreck.com.br/index.php?option=com\\_docman&Itemid=40](http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40), acesso em 19/03/2013. p. 14)

<sup>34</sup> A racionalidade jurídica não pode ser levada ao extremo de revogar uma norma constitucional por meio da argumentação, retirando-se uma prerrogativa democrática do Parlamento, a quem incumbe dar a última palavra em termos de atribuição de efeitos *erga omnes* a uma decisão da Suprema Corte em controle difuso. A alteração do modelo estabelecido pela Constituição Federal somente poderia ocorrer pela via da Emenda Constitucional, não sendo legítimo que a Corte Constitucional, julgando em causa própria, retire atribuição do Parlamento para acumular mais poder.

como salienta Lenio Streck, não há mutação, mas “rompimento” com a Constituição, com graves problemas democráticos. Por conseguinte, “se admitir fissuras na ordem constitucional, passaremos a admiti-las no próprio Estado Democrático de Direito”.<sup>35</sup> Com efeito, a prevalecer a tese da abstrativização, “o direito é (será) aquilo que a vontade do poder quer que seja. Chega-se ao ápice da *não democracia*: o direito transformado em política”.<sup>36</sup>

Além disso, mesmo do ponto de vista da opção política por um dos modelos de controle de constitucionalidade, é preciso questionar por que o controle concentrado e abstrato seria melhor que o difuso e concreto. O controle difuso, nos moldes expressamente instituídos pela Constituição brasileira, possibilita que a (in)constitucionalidade de determinada lei seja analisada como fundamento da decisão pelos mais diversos órgãos jurisdicionais, desde a primeira instância até o STF. Assim, como são muitas as decisões judiciais em que ocorre o controle difuso de constitucionalidade, há um amadurecimento acerca da matéria que será futuramente decidida pelo STF. Com o julgamento da temática pelo STF, os órgãos judiciários inferiores passam a aplicar a jurisprudência da Corte Constitucional, que é tratada como fonte do direito, mas sem vinculação absoluta. Da mesma forma, os Poderes Executivo e Legislativo passam a verificar se aplicam ou não o entendimento do STF, cabendo a este decidir, ao final, no caso concreto, cada desobediência à sua decisão. Assim, as discordâncias de mais setores da sociedade e de órgãos estatais podem ser manifestadas, respeitadas, internalizadas e consideradas, antes que uma decisão do controle difuso produza efeitos *erga omnes*. Essa tensão se revela produtiva, na medida em que conduz à produção de uma decisão mais madura, com a participação de um maior número de atores. Após um amadurecimento da questão constitucional e julgamento pelo Pleno do STF em controle difuso, o próprio Parlamento pode decidir se a decisão do Judiciário sobre a constitucionalidade está ou não

---

<sup>35</sup> “Assim, o que acontece no âmbito da proposta de mutação constitucional do art. 52, X? Não há uma alteração de significado da norma; pretende(ram) mudar não o sentido da interpretação do texto, mas mudar a própria dicção do art. 52, X. Se vingar a tese defendida por parte dos ministros do STF, estar-se-á a alterar radicalmente o texto (ao invés de ‘suspender’, querem escrever ‘publicar’). Desse modo, tem-se um verdadeiro rompimento constitucional, pois, sem alterar o texto formal (por meio do devido processo legislativo constitucional), é como se o tivessem feito, mas pelo próprio Poder Judiciário. Nesse caso, não há mutação, mas rompimento. Por isso, o problema é democrático. Se admitir fissuras na ordem constitucional, passaremos a admiti-las no próprio Estado Democrático de Direito.” (STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2012. p. 52/53)

<sup>36</sup> STRECK, Lenio; Lima, Martonio Mont’Alverne Barreto; Oliveira, Marcelo Andrade Cattoni de. *A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutações constitucionais e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Disponível em [http://leniostreck.com.br/index.php?option=com\\_docman&Itemid=40](http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40), acesso em 19/03/2013. p. 18.



correta e, a partir disso, editar uma lei que conforme ou contrarie tal decisão judicial no sistema jurídico.<sup>37</sup>

Assim, o debate institucional entre Legislativo, Judiciário e outras instituições, no âmbito do controle difuso de constitucionalidade brasileiro, é profructivo, uma vez que se permite a efetivação dos princípios democráticos e do sistema de freios e contrapesos (*check and balances*).<sup>38</sup>

Diversas outras objeções à tese da abstrativização do controle difuso podem ser feitas,<sup>39</sup> mas as questões aqui levantadas já bastam para diagnosticar o núcleo das teses que defendem um controle judicial de constitucionalidade forte, o que permite ampliar a reflexão que deve ser feita sobre a ênfase que tem sido dada ao controle abstrato.

Com efeito, a tese da abstrativização do controle difuso parece partir de três lugares comuns, que têm se disseminado ideologicamente na jurisprudência constitucional brasileira e entre vários constitucionalistas: a) o controle judicial de constitucionalidade é inevitável; b) o controle abstrato de constitucionalidade é mais efetivo que o difuso; e c) são somente os Poderes Legislativo e Executivo que podem tomar decisões contrárias à Constituição – não o Judiciário.

Assim, em primeiro lugar, é preciso questionar se realmente o controle judicial de constitucionalidade é a melhor forma de proteger a Constituição, ou se um modelo de controle de constitucionalidade realizado pelo Legislativo seria mais democrático e efetivo. Além disso, é imprescindível indagar por que o controle concentrado e abstrato seria mais efetivo que o controle difuso e concreto de constitucionalidade. É necessário, ainda, perquirir se

---

<sup>37</sup> Ou, ainda, nos termos do já citado art. 52, inc. X, da Constituição Federal, o Senado Federal poderá avaliar se suspende ou não a execução da lei declarada inconstitucional pelo STF.

<sup>38</sup> “Por isso, o art. 52, X, é muito mais importante do que se tem pensado. Ele consubstancia um deslocamento do polo de tensão do solipsismo das decisões do judiciário em direção da esfera pública de controle dessas decisões.” (STRECK, Lenio; Lima, Martonio Mont’Alverne Barreto; Oliveira, Marcelo Andrade Cattoni de. A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Disponível em [http://leniostreck.com.br/index.php?option=com\\_docman&Itemid=40](http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40), acesso em 19/03/2013. p. 17)

<sup>39</sup> Ao contrário do que os defensores da tese da abstrativização preconizam, a criação da Súmula Vinculante, pela Emenda Constitucional 45/2004, não implicou a supressão de tal prerrogativa do Senado Federal. Aliás, a conclusão é exatamente contrária. Para que uma decisão proferida no controle difuso de constitucionalidade prevaleça, é necessário que tenha sido julgada por votação da maioria dos membros do STF (de 6 a 5). De outro lado, a fim de que uma Súmula Vinculante seja editada, é necessária uma maioria qualificada de dois terços (2/3) dos membros do STF (8 votos). Por conseguinte, não se poderia abstrativizar o controle difuso de constitucionalidade, já que este exige apenas a maioria dos membros do STF. Ademais, a Constituição de 1988 prevê a possibilidade de a Súmula Vinculante ser revogada ou modificada. Se houvesse a abstrativização do controle difuso, dando-se efeitos *erga omnes* e vinculantes, essa decisão não mais poderia ser modificada ou revogada, restando petrificado o entendimento. Portanto, a introdução da Súmula Vinculante no ordenamento constitucional brasileiro depõe contra a própria pretensão de abstrativização do controle difuso.

Judiciário também não pode tomar decisões equivocadas em termos de controle de constitucionalidade e se há medidas institucionais para corrigir isso.

Tais discussões trazem à baila algumas outras indagações: O sistema de controle de constitucionalidade, tal como vem sendo preconizado pelo Supremo Tribunal Federal, gera um desequilíbrio entre os Poderes Constituídos? O problema seria a intensidade do controle de constitucionalidade ou o modelo adotado pela Constituição Federal de 1988? Haveria como reformular o sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, por meio de Emenda Constitucional, de forma a permitir uma maior participação do Congresso Nacional?

Esses questionamentos ganham nova centralidade com a Proposta de Emenda Constitucional n.º 33, de 2011, conforme adiante se exporá.

### **1.3 Reações do Congresso Nacional ao ativismo do Supremo Tribunal Federal e ao fortalecimento do controle abstrato de constitucionalidade: a PEC 33/2011**

Como se pode constatar pela análise dos vários modelos de controle de constitucionalidade – o que será desenvolvido amplamente no Capítulo 3 –, a decisão política de cada país “pró ou contra a jurisdição constitucional não é de princípio, mas de natureza pragmática” e “requer avaliação acerca das vantagens e desvantagens da jurisdição para os sistemas democráticos.”<sup>40</sup>

Numa perspectiva contrária ao expansionismo judicial descrito nos itens anteriores, foi elaborada a Proposta de Emenda Constitucional n.º 33, de 2011,<sup>41</sup> de autoria do Deputado Federal Nazareno Fonteles e subscrita por 216 parlamentares, a qual tem por objeto

<sup>40</sup> GRIMM, Dieter. Jurisdição Constitucional e Democracia. *Revista de Direito de Estado*, Rio de Janeiro, a. 1, n. 4, p. 3-22, out.-dez. 2006. p. 11.

<sup>41</sup> De acordo com a PEC 33/2011, os dispositivos seguintes passariam a ter a seguinte redação: “Art. 97 Somente pelo voto de quatro quintos de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou do ato normativo do poder público”. “Art. 103-A (...) § 4º O Congresso Nacional terá prazo de noventa dias, para deliberar, em sessão conjunta, por maioria absoluta, sobre o efeito vinculante da súmula, contados a partir do recebimento do processo, formado pelo enunciado e pelas decisões precedentes. § 5º A não deliberação do Congresso Nacional sobre o efeito vinculante da súmula no prazo estabelecido no §4º implicará sua aprovação tácita”. “Art. 102 (...) § 2º-A As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade que declarem a inconstitucionalidade material de emendas à Constituição Federal não produzem imediato efeito vinculante e eficácia contra todos, e serão encaminhadas à apreciação do Congresso Nacional que, manifestando-se contrariamente à decisão judicial, deverá submeter a controvérsia à consulta popular. § 2º-B A manifestação do Congresso Nacional sobre a decisão judicial a que se refere o § 2º-A deverá ocorrer em sessão conjunta, por três quintos de seus membros, no prazo de noventa dias, ao fim do qual, se não concluída a votação, prevalecerá a decisão do Supremo Tribunal Federal, com efeito vinculante e eficácia contra todos. §2º-C É vedada, em qualquer hipótese, a suspensão da eficácia de Emenda à Constituição por medida cautelar pelo Supremo Tribunal Federal”.

principal alterar para quatro quintos (4/5) o quórum para declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais. Além disso, a PEC também passa a exigir que as súmulas vinculantes e as decisões em ações diretas de inconstitucionalidade sejam submetidas ao Congresso Nacional. Ainda segundo a Proposta, em caso de declaração de inconstitucionalidade, se houver discordância do Legislativo, o tema terá de ser submetido à consulta popular.

De um lado, poder-se-ia questionar a constitucionalidade da referida Proposta, ao argumento genérico de que estaria violando o equilíbrio entre os Poderes Legislativo e Judiciário, na medida em que tornaria mais dificultoso o processo de declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal no controle concentrado. No entanto, seria necessário perquirir: em que medida estaria violando o equilíbrio entre os Poderes Constituídos? Não seria, ao contrário, uma medida para reequilibrar os Poderes diante do desequilíbrio que tem sido gerado desde a Constituição Federal de 1988, diante do acréscimo de poderes ao Supremo Tribunal Federal?

A Câmara dos Deputados é constituída por 513 Deputados Federais, e o Senado, por 81 senadores. Um projeto de lei federal, para ser aprovado, precisa passar por pelo menos duas comissões (comissão de constituição e justiça, e comissão temática) e pelo plenário da Câmara dos Deputados e, também, por duas comissões (de constituição e justiça, e comissão temática) e pelo Plenário do Senado Federal. Em cada uma dessas Casas Legislativas, será exigida maioria (relativa, se lei ordinária; ou absoluta, se lei complementar). Ao fim, ainda será necessário que o projeto de lei seja encaminhado para sanção ou veto do Presidente da República. De outro lado, para que uma Proposta de Emenda Constitucional seja aprovada, é necessária a sua aprovação em dois turnos de votação em cada Casa Legislativa (Câmara dos Deputados e Senado Federal) pela maioria qualificada de três quintos (3/5) dos seus membros em cada Casa (308 dos 513 Deputados Federais; e 49 dos 81 Senadores).

Em contrapartida, para que uma lei ou uma emenda constitucional seja declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, basta maioria absoluta dos membros do referido tribunal, ou seja, 6 dos 11 ministros. Então, quando a PEC 33/2011 propõe alterar para quatro quintos (4/5) o quórum para declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais, estaria promovendo um desequilíbrio entre os Poderes Constituídos? Haveria um desequilíbrio entre os Poderes Judiciário e Legislativo se fosse aprovada a PEC 33/2011, que propõe que haja o encaminhamento ao Congresso Nacional para apreciação da referida decisão judicial a fim de que, se discordar por 3/5 dos seus membros, submeta a controvérsia à consulta popular? Será que a PEC 33/2011 não representaria, em verdade, uma tentativa de reequilíbrio entre os Poderes?

Alguns poderiam dizer que o sistema de freios e contrapesos estipulado pelo Poder Constituinte Originário não pode ser alterado nem mesmo por emenda constitucional, diante da cláusula pétrea da separação dos poderes, prevista no art. 60, § 4º, inc. II, da Constituição Federal, uma vez que o Poder Constituinte Originário já teria delimitado constitucionalmente as atribuições de cada um dos Poderes Constituídos. Contra esse argumento, seria possível objetar que a EC 3/1993 criou um novo instrumento do controle de constitucionalidade, qual seja, a ação declaratória de constitucionalidade; a EC 45/2004 instituiu a possibilidade de edição pelo STF de Súmulas Vinculantes, ou seja, enunciados que produzem efeitos gerais e abstratos, assim como leis aprovadas pelo Congresso Nacional; no entanto, o Supremo Tribunal Federal entendeu que essas emendas constitucionais, que lhe acrescentam poder (normativo), não ferem a Constituição. Então, seria inconstitucional a PEC 33/2011, que propõe – em tese – um reequilíbrio entre os Poderes Judiciário e Legislativo em matéria de controle de constitucionalidade?

Segundo Nazareno Fonteles, em artigo escrito sobre a matéria, a PEC 33/2011 seria “uma vacina contra o vírus mutante do despotismo legislativo do Supremo Tribunal Federal”.<sup>42</sup> O autor da PEC justifica que “o avanço democrático proposto passa pela dignificação do Legislativo e da participação direta dos cidadãos no controle de constitucionalidade sobre questões complexas”. Com base nisso, conclui que, “sempre procurando o equilíbrio, a PEC cria uma barreira contra o despotismo do STF no controle de constitucionalidade, mas, ao mesmo tempo, preserva o Judiciário de excessos do Legislativo, quando remete ao povo a palavra final.” E continua: “Pois, como ensinou Montesquieu, só o poder detém o poder e só com a participação do povo podemos restabelecer o equilíbrio entre os poderes”.<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup> O Deputado Nazareno Fonteles justifica essa afirmação dizendo que “A lista das ‘doenças invasoras’, causadas por esse mutante é vasta e inclui, entre outras, mudanças na Constituição quanto à fidelidade partidária; a derrubada da verticalização das eleições; a suspensão liminar da lei dos royalties depois da derrubada do veto; aprovação da súmula vinculante que legislou sobre o uso de algemas; redução das vagas de vereadores; suspensão liminar da emenda dos precatórios; decisão sobre a lei do Fundo de Participação dos Estados e a suspensão liminar da tramitação do projeto de lei sobre o fundo partidário. A lista acima ilustra como o STF tem violado, reiteradamente, as prerrogativas do Parlamento e ferido as cláusulas pétreas da separação dos Poderes e do voto direto e universal, que legitima o Congresso.” (FONTELES, Nazareno. *Contra o despotismo legislativo do STF*. In: Folha de São Paulo, na parte de Opinião, veiculado dia 4/5/2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/107132-contrao-despotismo-legislativo-do-stf.shtml>> acesso em: 9/9/2013.)

<sup>43</sup> FONTELES, Nazareno. *Contra o despotismo legislativo do STF*. In: Folha de São Paulo, na parte de Opinião, veiculado dia 4/5/2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/107132-contrao-despotismo-legislativo-do-stf.shtml>> acesso em: 9/9/2013.

Observe-se que a PEC 33/2011, ao menos em tese, tem a pretensão de maximizar a participação democrática no controle repressivo de constitucionalidade, pois propõe que deva incumbir ao Legislativo ou diretamente ao povo a análise acerca da constitucionalidade de determinada lei. De um lado, não parece que remeter qualquer questão de divergência entre os Poderes Constituídos a plebiscito ou a referendo seja a melhor medida, tampouco a mais democrática, sobretudo quando envolve questões técnicas (médicas, biológicas, de segurança nacional, jurídicas etc.). De qualquer forma, parece ser uma alternativa para o déficit democrático do controle judicial de constitucionalidade, que pode ser ou não viável, a depender da situação institucional concreta, temática que será abordada nos próximos Capítulos.

De outro lado, por uma análise comparativa entre os sistemas adotados nas Constituições de outros países, atribuir ao Legislativo a última palavra sobre a constitucionalidade de determinada lei não é uma novidade. Pelo contrário, em outros sistemas constitucionais, já se revelou um modelo viável e, ao menos em tese, pode ser mais democrático que o que atualmente vigora no Brasil.

De qualquer forma, a PEC 33/2011 apresenta-se como uma resposta do Legislativo às recentes decisões do STF, que cada vez mais avança sobre um espaço que, em verdade, pertenceria ao Legislativo. Por conseguinte, restaura uma nova tensão, que é produtiva, na medida em que coloca em xeque o atual modelo de controle de constitucionalidade e proporciona uma rediscussão dos limites da atuação do Supremo Tribunal Federal no controle do processo legislativo.

#### **1.4 E quando o Judiciário toma uma decisão errada?**

Até aqui se pretendeu romper com o lugar comum de que o controle judicial de constitucionalidade é autoevidente, ou seja, que é imprescindível para proteger a Constituição. Com efeito, pode haver outros modelos em que a palavra final em matéria de controle de constitucionalidade é dada pelo Legislativo. Além disso, não se pode negar que há um flagrante déficit de legitimidade do Poder Judiciário, pois os seus membros não foram eleitos pelo povo e não prestam contas à sociedade (*accountability*).<sup>44</sup> Isso se agrava no controle

---

<sup>44</sup> Segundo Lenio Streck, Martonio Mont'Alverne Barreto Lima e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, excluir essa competência do Senado Federal significa "retirar do processo de controle difuso qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo deste referido processo, o que não parece ser sequer sugerido pela

abstrato e concentrado de constitucionalidade, pois o povo, que será atingido pelo julgamento da ação, não pode participar do processo de tomada de decisão.

A par dessas inquietações, constata-se que as teorias da decisão judicial mais sofisticadas, como a de Dworkin, colocam foco na revisão judicial, ao fundamento de que o juiz estaria em melhores condições de decidir em matéria de princípio do que as legislaturas, pois estaria longe das pressões populares.<sup>45</sup> Dworkin fala da única decisão correta, partindo da premissa do Juiz Hércules, com superioridade para resolver os conflitos.<sup>46</sup>

Nesse mesmo sentido, a grande maioria dos constitucionalistas brasileiros que defendem um sistema forte de *judicial review* coloca ênfase em casos que o Supremo Tribunal Federal tomou decisões acertadas.<sup>47</sup> Embora a legitimidade democrática de uma decisão não deva ser analisada do ponto de vista da sua justiça – já que cada cidadão poderá ter uma opinião diferente sobre se ela é justa ou injusta –, demonstrar que o Judiciário, assim como o Legislativo, também pode tomar decisões flagrantemente equivocadas e que afrontam direitos fundamentais talvez seja um bom ponto de partida em termos de problematização da questão. Com efeito, ao se repetir o discurso de que o modelo de controle de constitucionalidade brasileiro é adequado porque o STF toma boas decisões, cria-se uma falsa sensação de que não há problemas práticos ou teóricos na construção solipsista do direito por esta Corte e na derrubada de leis elaboradas democraticamente por um sistema majoritário.

Os autores que apoiam o avanço do controle judicial de constitucionalidade em detrimento das opções políticas legislativas comumente fundamentam as suas teses em casos

---

Constituição da República de 1988”. Segundo os autores, ainda, “excluir a competência do Senado Federal – ou conferir-lhe apenas um caráter de tornar público o entendimento do Supremo Tribunal Federal – significa reduzir as atribuições do Senado Federal à de uma secretaria de divulgação intra-legislativa das decisões do Supremo Tribunal Federal”. (STRECK, Lenio; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutações constitucionais e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Disponível em <[http://leniostreck.com.br/index.php?option=com\\_docman&Itemid=40](http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40)>. Acesso em 19/03/2013. p. 7.

<sup>45</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. (trad. Nelson Boeira). 3. ed. São Paulo : Martins Fontes, 2010. p. 134.

<sup>46</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. (trad. Nelson Boeira). 3. ed. São Paulo : Martins Fontes, 2010. pp. 158-203.

<sup>47</sup> “A enunciação que segue, meramente exemplificativa, serve como boa ilustração dos temas judicializados: (i) instituição de contribuição dos inativos na Reforma da Previdência (ADI 3105/DF); (ii) criação do Conselho Nacional de Justiça na Reforma do Judiciário (ADI 3367); (iii) pesquisas com células tronco embrionárias (ADI 3510/DF); (iv) liberdade de expressão e racismo (HC 82424/RS – caso Ellwanger); (v) interrupção da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54/DF); (vi) restrição ao uso de algemas (HC 91952/SP e Súmula Vinculante n.º 11); (vii) demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3388/RR); (viii) legitimidade de ações afirmativas e quotas sociais e raciais (ADI 3330); (ix) vedação ao nepotismo (ADC 12/DF e Súmula n.º 13); (x) não-recepção da Lei de Imprensa (ADPF 130/DF)” (BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, a. 4, n. 16, pp. 3-42, out-dez. 2009. pp. 8/9). Mas adiante, conclui o autor: “A jurisdição constitucional pode não ser um componente indispensável ao constitucionalismo democrático, mas tem servido bem à causa, de uma maneira geral” (Ibidem. p. 15).

que o Judiciário tomou decisões que protegeram os direitos fundamentais, ou que foram vistas como justas e corretas. Os casos repetidos são quase sempre os mesmos: a) declaração de constitucionalidade da Lei de Biossegurança, que permitiu a realização de pesquisas com células-tronco embrionárias<sup>48</sup>; b) declaração de constitucionalidade da política de cotas raciais em universidades públicas;<sup>49</sup> c) descriminalização do aborto de feto anencefálico<sup>50</sup>; d) reconhecimento de existência de união estável entre casais homoafetivos<sup>51</sup>; e) imposição pelo STF de fidelidade partidária como condição para permanência no cargo eletivo<sup>52</sup>; f) declaração de inconstitucionalidade da cláusula de barreira que dificultaria a criação e reduziria o funcionamento parlamentar dos partidos menores<sup>53</sup>. É preciso notar, ainda, que, nos dois primeiros casos, nem houve uma postura ativista, mas de autocontenção, pois o STF reconheceu a constitucionalidade das leis impugnadas.

De outro lado, poderia ser rotulada de vazia a crítica que sustentasse, sem demonstrações empíricas, que o STF também toma decisões erradas, de forma solipsista e com base numa racionalidade metafísica. Em razão disso, pretende-se mostrar de forma concreta, com base em julgamentos reavaliados, que o Supremo Tribunal Federal decidiu de forma equivocada, dissociada de seus próprios precedentes ou da realidade social, que prejudica direitos fundamentais. Isso talvez seja um bom ponto de partida para gerar inquietações inclusive para aqueles constitucionalistas que, numa perspectiva substancialista, acreditam que o modelo brasileiro, apesar do ativismo judicial exacerbado, tem trilhado um caminho de sucesso.

---

<sup>48</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3510. Relator: Ministro Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 29/05/2008. DJE-096, 28-05-2010. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 214, p. 43.

<sup>49</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento Fundamental n.º 186. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 26/04/2012, DJE n.º 86, 04-05-2012.

<sup>50</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54. Relator: Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em 12/04/2012. DJE n.º 77, 20/04/2012.

<sup>51</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4277. Relator: Ministro Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 05/05/2011. DJE-198, 14-10-2011; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132. Relator: Ministro Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 05/05/2011. DJE-198, 14-10-2011.

<sup>52</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n.º 26602. Relator: Ministro Eros Grau. Tribunal Pleno. Julgado em 04/10/2007. DJE-197, 17-10-2008. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 208-01, p. 72; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n.º 26603. Relator: Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno. Julgado em 04/10/2007. DJE-241, 19-12-2008. *Ementário da Jurisprudência do STF*, Brasília, v. 2346-02, p. 318; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n.º 26604. Relator: Ministra Carmen Lúcia. Tribunal Pleno. Julgado em 04/10/2007. DJE-187, 03-10-2008. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 206-02, p. 626.

<sup>53</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1351. Relator: Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em 07/12/2006. DJ 30-03-2007. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 207-01, p. 116.

Para tanto, serão estudados três casos emblemáticos, quais sejam, os julgamentos da ADI 4.424/DF (contra dispositivos da Lei Maria da Penha), da ADI 1.856/RJ (que proibiu as brigas de galo) e do HC 71.373/RS (que proibiu a condução coercitiva do investigado para realização de exame de DNA).

#### 1.4.1 O caso da ADI 4.424 contra a Lei Maria da Penha: uma decisão dissociada do contexto social

A Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.424 foi proposta contra os artigos 12, inciso I, e 16, ambos da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). Na petição inicial<sup>54</sup>, foi sustentado que a ação penal em razão de lesão corporal praticada contra a mulher em situação de violência doméstica deveria ser de natureza pública incondicionada, ao invés de condicionada à representação, o que era previsto nos arts. 12, inc. I<sup>55</sup>, e 16<sup>56</sup> da Lei nº 11.340/2006. Assim, o efeito prático pretendido era definir que o crime de lesão corporal leve cometido contra mulher em situação de violência doméstica ou familiar deveria ser processado, à luz da Constituição, mediante ação pública incondicionada, e não por ação pública condicionada à representação da vítima. Segundo a petição inicial, “a interpretação que faz a ação penal depender de representação da vítima, por outro lado, importa em violação ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III)”, “aos direitos fundamentais de igualdade (art. 5º, I)”, ao art. 5º, XLI, que prevê que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”, à proibição de proteção eficiente dos direitos fundamentais e ao dever do Estado de coibir e prevenir a violência no âmbito das relações familiares (art. 226, § 8º).<sup>57</sup>

---

<sup>54</sup> Petição inicial apresentada pelo Procurador-Geral da República na ADI 4424. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3897992>. Acesso em: 28.10.2013.

<sup>55</sup> “Art. 12. Em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial adotar, de imediato, os seguintes procedimentos, sem prejuízo daqueles previstos no Código de Processo Penal: I - ouvir a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada;”

<sup>56</sup> “Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.”

<sup>57</sup> Petição inicial apresentada pelo Procurador-Geral da República na ADI 4424. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3897992>. Acesso em: 28.10.2013. p. 6.



O Supremo Tribunal Federal, na referida ADI, deu interpretação conforme a Constituição aos artigos 12, inciso I, e 16, ambos da Lei nº 11.340/2006, e decidiu pela natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão – pouco importando a extensão desta (leve, grave ou gravíssima) – praticado contra a mulher no ambiente doméstico. A Corte Constitucional fundamentou com base na “necessidade de intervenção estatal acerca do problema, baseada na dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), na igualdade (CF, art. 5º, I) e na vedação a qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (CF, art. 5º, XLI)”.<sup>58</sup>

Ao se observarem os fundamentos da decisão e os debates, contata-se um discurso metafísico, que desconsidera a intersubjetividade, as razões das instituições que participaram do processo legislativo de elaboração da lei, as questões empíricas e o mundo vivencial. Quando confrontada a referida decisão com o plano factual, fica evidente que a análise dos efeitos dinâmicos dessa decisão ficou de fora dos debates. Assim, com base nos fundamentos expostos pelo STF, caberia ao menos indagar: Deixar o prosseguimento da ação penal como uma opção da mulher feriria a dignidade da pessoa humana? Ignorar a vontade da mulher e deixar o prosseguimento da ação penal ao arbítrio do promotor de justiça protegerá a dignidade da pessoa humana da mulher e atenderá o princípio da igualdade? Deixar a mulher livre para escolher se quer prosseguir ou não com a ação penal é uma discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais?

Observe-se que o discurso metafísico pode fundamentar quaisquer das duas decisões possíveis. Por exemplo, poder-se-ia dizer que a ação penal deve ser pública condicionada à representação porque é preciso respeitar a dignidade da pessoa humana da mulher, o direito à igualdade (haja vista que, se fosse o homem a vítima da violência doméstica, ele teria essa possibilidade de escolha) e a vedação a qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

Conhecer um pouco da realidade factual em que esse tipo de violência acontece e como as outras instituições estão tratando da questão com o objetivo de prevenir e reprimir a violência doméstica contra a mulher seria fundamental para que qualquer instituição – e principalmente o STF – tomasse uma decisão.

Em primeiro lugar, seria preciso conhecer as razões que levaram à criação do ato normativo impugnado e as instituições que participaram dos debates. Na exposição de motivos do Projeto de Lei 4.559/2004, que deu origem à Lei Maria da Penha, consta que ele

---

<sup>58</sup> Informativo n.º 654, de 6 a 10 de fevereiro de 2012, do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo654.htm>>. Acesso em: 28.10.2013.

foi elaborado pelo Grupo de Trabalho Interministerial formado por pelo menos oito órgãos do Poder Executivo Federal, inclusive os mais importantes dentro da sua estrutura.<sup>59</sup> Além disso, consta também da exposição de motivos que o referido Projeto teve a participação do Consórcio de Organizações Não-Governamentais Feministas, sendo amplamente discutido com representantes da sociedade civil e órgãos diretamente envolvidos na temática. Ademais, foi objeto de diversas oitivas, debates, seminários e oficinas.<sup>60</sup> Após, o projeto de lei foi debatido exaustivamente por diversas comissões da Câmara dos Deputados e do Senado Federal<sup>61</sup>, sendo aprovado em ambas as Casas Legislativas e sancionado pelo Presidente da República.

---

<sup>59</sup> O referido Grupo de Trabalho Interministerial foi criado pelo Decreto n° 5.030, de 31 de março de 2004, integrado pelos seguintes órgãos: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, da Presidência da República, na condição de coordenadora; Casa Civil da Presidência da República; Advocacia-Geral da União; Ministério da Saúde; Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República; Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República; Ministério da Justiça e Secretaria Nacional de Segurança Pública/MJ. (BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n.º 4.559/2004. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=2AA0F15DA278794007CF9AEF857E7065.node2?codteor=256085&filename=Tramitacao-PL+4559/2004](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2AA0F15DA278794007CF9AEF857E7065.node2?codteor=256085&filename=Tramitacao-PL+4559/2004)> . Acesso em 29.10.2013)

<sup>60</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n.º 4.559/2004. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=2AA0F15DA278794007CF9AEF857E7065.node2?codteor=256085&filename=Tramitacao-PL+4559/2004](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2AA0F15DA278794007CF9AEF857E7065.node2?codteor=256085&filename=Tramitacao-PL+4559/2004)> . Acesso em 29.10.2013.

<sup>61</sup> Observem-se os amplos debates pelos quais o projeto de lei passou em diversas comissões no Congresso Nacional: “A proposição começou a tramitar na Câmara dos Deputados em 3 de dezembro de 2004. Foi distribuída às Comissões de Seguridade Social e Família; Finanças e Tributação (Art. 54 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados) e de Constituição e Justiça e de Cidadania (Mérito e Art. 54 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados). Em 16 de agosto de 2005, foi debatida por representantes do Poder Público e da sociedade civil em seminário. A proposição foi aprovada na primeira comissão, por meio de substituto da relatora deputada Jandira Feghali, em 24 de janeiro de 2005. Dentre as alterações aprovadas, constou a supressão dos crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher da abrangência da Lei n° 9.099/95 (arts. 48 e 49) e a criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, com novo procedimento (autoridade do juiz dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, com competência para os processos civis e criminais; renúncia à representação somente em audiência, perante o juiz, que poderá rejeitá-la; vedação da aplicação de penas de prestação pecuniária e de cesta básica; interrupção do prazo prescricional em caso do não cumprimento da pena restritiva de direitos) (grifou-se). Foi suprimido o artigo 30 do texto original que previa que, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, a ação penal seria pública condicionada à representação. A Comissão de Finanças e Tributação analisou e aprovou o substitutivo em 10 de novembro de 2005, com emendas referentes aos artigos 38 e 46 do substitutivo, que previam que, na elaboração de sua proposta orçamentária, o Poder Judiciário deverá prever recursos para a criação e manutenção da equipe de atendimento multidisciplinar e a inclusão de dotações orçamentárias específicas para as ações previstas. A relatora na Comissão, Yeda Crusius, entendeu que os dispositivos violavam a reserva de matéria das leis de diretrizes orçamentárias prevista no artigo 165, § 2º, da Constituição. As emendas remeteram a questão para as respectivas leis de diretrizes orçamentárias. Na Comissão de Constituição, Justiça e de Cidadania, em 13 de dezembro de 2005, o substitutivo foi aprovado na forma de um novo substitutivo, com inovações basicamente redacionais. Em 29 de novembro de 2005, foi aprovado requerimento dos líderes para que o projeto passasse a tramitar em regime de urgência constitucional. Em 8 de março de 2006, o projeto foi discutido em comissão geral no Plenário da Câmara dos Deputados. Na mesma instância, a 22 de março de 2006, foi aprovado o substitutivo da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. O projeto chegou ao Senado, para revisão, em 31 de março de 2006, onde passou a tramitar como Projeto de Lei da Câmara n° 37 de 2006. No dia 24 de maio de 2006, foi aprovado na Comissão de Constituição e Justiça, na forma do parecer da Senadora Serys Slhessarenko, que procedeu a aperfeiçoamentos formais no texto. A matéria foi encaminhada ao Plenário do Senado, onde foi analisada e aprovada no dia 4 de julho de 2006 e encaminhada à sanção presidencial em 19 de julho, por meio da Mensagem SF n° 185/06. Por meio da Mensagem n° 673, de 7 de agosto de 2006, o

A ampla participação das instituições públicas e privadas, das Casas Legislativas e do Presidente da República no processo de elaboração da lei já gera alguma dificuldade democrática para que ela seja derrubada por uma decisão do controle abstrato e concentrado tomada pela Corte Constitucional, formada por apenas onze ministros. No entanto, esse déficit de legitimidade se agrava ainda mais quando se constata que a decisão judicial não considera fatores sociais relevantes.

Pesquisas de campo apontam que, mesmo após a violência doméstica, é comum que as mulheres continuem o seu relacionamento com o agressor. Isto é, por diversas questões do contexto que envolve a violência familiar<sup>62</sup>, a vítima não se separa dele. Além disso, essas pesquisas mostram que, na percepção das pessoas, a questão cultural e o alcoolismo são as maiores causas da violência doméstica.<sup>63</sup> Os entrevistados apontaram também o exemplo dos pais e as campanhas como principais meios para prevenir a violência na relação dos casais.<sup>64</sup> Nas audiências preliminares realizadas na Justiça de primeira instância, observa-se que a

---

Presidente da República comunicou ao Congresso Nacional a sanção do projeto de lei, que se converteu na Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.” (BRASIL. Senado Federal. Informações apresentadas em 2/3/2012 pelo Presidente do Senado Federal e a Advocacia-Geral do Senado na ADI 4424. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3897992>>. Acesso em 29.10.2013. pp. 4-7)

<sup>62</sup> “A pesquisa perguntou aos entrevistados qual seria a razão para a mulher agredida continuar no relacionamento com o agressor: 24% disseram que é a falta de condições econômicas para viver sem o companheiro e 23% citaram a preocupação com a criação dos filhos. O terceiro motivo chama a atenção pela gravidade: 17% dos entrevistados acreditam que as mulheres não abandonam o agressor com medo de serem mortas caso rompam a relação. Um dado que demonstra a consciência de que muitas mulheres estão em situação de extremo risco.” (PESQUISA PERCEPÇÕES SOBRE A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER NO BRASIL. Ibope, Instituto Patrícia Galvão e Instituto Avon : 2009. Disponível em: <[http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/images/stories/PDF/pesquisas/pesq\\_ibope\\_2009.pdf](http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/images/stories/PDF/pesquisas/pesq_ibope_2009.pdf)>. Acesso em 2/10/2013. pp. 7/8)

<sup>63</sup> “Questão cultural e alcoolismo são vistas como as principais causas: 36% dos entrevistados acham que a violência doméstica ocorre por uma questão cultural, “o homem brasileiro é muito violento” e “muito homem ainda se acha dono da mulher”. Outros 38% atribuem a violência ao alcoolismo. A atribuição ao “machismo” é maior no grupo de maior escolaridade (38%). O abuso do álcool aparece mais na região Sul, no grupo com escolaridade entre a 5ª e 8ª série fundamental e especialmente nas cidades menores, onde 52% relacionam a violência doméstica ao álcool.” (PESQUISA PERCEPÇÕES SOBRE A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER NO BRASIL. Ibope, Instituto Patrícia Galvão e Instituto Avon : 2009. Disponível em: <[http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/images/stories/PDF/pesquisas/pesq\\_ibope\\_2009.pdf](http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/images/stories/PDF/pesquisas/pesq_ibope_2009.pdf)>. Acesso em 2/10/2013. pp. 17/18)

<sup>64</sup> “Exemplo dos pais e campanhas podem prevenir violência na relação dos casais: 48% dos entrevistados disseram que o “exemplo dos pais aos filhos, com um relacionamento respeitoso e igualitário”, é a atitude mais importante para que a relação entre homem e mulher se dê com respeito e sem violência. Essa porcentagem aumenta entre os mais jovens (52%) e entre os moradores da periferia (56%). A segunda opção são as “leis mais duras para punir o companheiro violento”, com 19%. 13% falam em campanhas educativas de prevenção na TV e no rádio; 11% destacam a mudança na criação dos filhos homens; e 8% em debates nas escolas, empresas, clubes e igrejas. As respostas revelam que a maioria dos entrevistados acredita em prevenção da violência a partir do exemplo dos pais e de debates nos locais onde os jovens se encontram. Apesar de vir em segundo lugar, o endurecimento das leis como forma de prevenir a violência é defendido por um número significativamente menor, 19% dos entrevistados.” (PESQUISA PERCEPÇÕES SOBRE A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER NO BRASIL. Ibope, Instituto Patrícia Galvão e Instituto Avon : 2009. Disponível em: <[http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/images/stories/PDF/pesquisas/pesq\\_ibope\\_2009.pdf](http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/images/stories/PDF/pesquisas/pesq_ibope_2009.pdf)>. Acesso em 2/10/2013. pp. 18/19)

mulher não quer a punição do agressor, tampouco que o processo seja arquivado, pois ela quer que ele mude de comportamento. Entretanto, não é uma sentença penal condenatória que fará o agressor ter uma nova forma de comportamento. Aliás, as pesquisas demonstram que, com o passar do tempo, houve uma diminuição da percepção de que a prisão resolveria o problema da violência doméstica, enquanto aumentou significativamente aqueles que defendem a participação dos agressores em grupos de reeducação.<sup>65</sup> Em grande parte das vezes, as Varas de Violência Doméstica contam com o apoio do Serviço Psicossocial, como ocorre na Justiça do Distrito Federal. Em razão disso, nos casos em que a mulher continua o seu relacionamento com o companheiro ou marido, ou quando o casal já está separado, mas a sua convivência terá de continuar em razão de possuírem filhos, a família é encaminhada para o Setor Psicossocial. Como o agressor sabe que, se ele não comparecer nas sessões psicossociais, o processo criminal voltará a correr, ele se sujeita a essa medida. Após alguns meses de tratamento, o casal aprende a conviver melhor, sem violência. Assim, o processo judicial cumpre o seu papel, não pela aplicação da pena ou pela incidência da norma jurídica, mas porque as pessoas precisavam de um tratamento psicossocial para aprender a conviver de forma harmoniosa.

De outro lado, uma decisão judicial aplicando pena alternativa de prestação de serviço à comunidade ou prestação pecuniária (provavelmente, doação de cestas básicas para instituições carentes), como quer o STF, não mudará a essência cultural e psicológica do agressor.<sup>66</sup> Pelo contrário, as consequências para a mulher, se for aplicada uma sentença penal condenatória ao agressor e não houver um tratamento psicossocial, serão ainda piores. Com efeito, em pesquisa de campo realizada sobre o tema, quando perguntados sobre as razões que levariam as mulheres a não denunciarem mais, a maioria das pessoas respondeu que era porque a denúncia somente faria aumentar a violência em casa.<sup>67</sup> Quando questionados sobre

---

<sup>65</sup> “A prisão do agressor como medida jurídica é defendida por 51% dos entrevistados, enquanto em 2006 eram 64% os que pensavam assim. Hoje, 11% defendem a participação em grupos de reeducação para agressores, uma das medidas jurídicas previstas na Lei Maria da Penha, que obriga o governo a oferecer condições para tal.” (PESQUISA PERCEPÇÕES SOBRE A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER NO BRASIL. Ibope, Instituto Patrícia Galvão e Instituto Avon : 2009. Disponível em: <[http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/images/stories/PDF/pesquisas/pesq\\_ibope\\_2009.pdf](http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/images/stories/PDF/pesquisas/pesq_ibope_2009.pdf)>. Acesso em 2/10/2013. p. 14)

<sup>66</sup> Com efeito, nos crimes mais comuns praticados no âmbito da violência doméstica (lesão corporal, injúria, calúnia, vias de fato etc.), a pena que será aplicada ao final do processo criminal é uma pena alternativa (pena pecuniária, multa, prestação de serviços à comunidade), ou seja, a própria família, ao fim e ao cabo, é que acabaria sendo penalizada.

<sup>67</sup> Perguntados sobre as razões que levariam as mulheres a não denunciarem mais as situações de violência doméstica, sendo que 28% que é porque a denúncia só faz aumentar a violência em casa; 25% porque acreditam que a denúncia desagrega o casamento; 19% atribui ao fato de haver impunidade do agressor; e 15% aponta como causa a dependência econômica. (PESQUISA PERCEPÇÕES SOBRE A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

o que acontece quando a mulher denuncia, a maioria dos entrevistados respondeu que o agressor reage e a mulher volta a ser agredida.<sup>68</sup> Inclusive, a realidade empírica tem demonstrado que diversos femicídios ocorreram após o agressor ter contra si uma ordem judicial de afastamento do lar e não aproximação da ofendida. Isso demonstra que a mudança cultural, comportamental e psicológica não é decorrência de uma decisão judicial. Além disso, retirando da discricionariedade da mulher a opção por prosseguir ou não com o processo criminal, é possível que sejam reduzidas denúncias de violência doméstica, pois, se a ela continua a convivência com o agressor, não desejará que ele seja punido.

A partir da realidade fática, surgem diversas indagações: A decisão do STF que retira da mulher o poder de decidir sobre o prosseguimento da ação penal, e de optar pela suspensão do processo e por um tratamento psicossocial, estaria protegendo a mulher contra a violência doméstica, ou, ao contrário, agravaria a vulnerabilidade da mulher e a submeteria à nova violência?

Pragmaticamente, observa-se que a decisão do STF foi proferida na contramão do contexto de tratamento psicossocial que estava se criando para mudança cultural, comportamental e psicológica dos envolvidos na situação de violência doméstica.

A questão é extremamente preocupante, sobretudo em razão da alta incidência de femicídios no Brasil, e mereceria que o seu procedimento legislativo, realizado mediante amplo debate das instituições e da sociedade em geral, fosse minimamente respeitado.<sup>69</sup> Uma questão como essa não poderia ter sido tratada da forma monológica como fez o STF, com alto nível de abstração e sem conexão com a realidade factual. Se isso não bastasse, do ponto de vista substancial, a decisão do STF parece contribuir para a violação daqueles direitos fundamentais que visava proteger.

CONTRA A MULHER NO BRASIL. Ibope, Instituto Patrícia Galvão e Instituto Avon : 2009. Disponível em: <[http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/images/stories/PDF/pesquisas/pesq\\_ibope\\_2009.pdf](http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/images/stories/PDF/pesquisas/pesq_ibope_2009.pdf)>. Acesso em 2/10/2013. p. 15)

<sup>68</sup> Quando as mulheres denunciam, 60% dos entrevistados responderam que, neste caso, nada acontece ao agressor (27%) ou o agressor reage e a mulher volta a ser agredida (33%). (PESQUISA PERCEPÇÕES SOBRE A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER NO BRASIL. Ibope, Instituto Patrícia Galvão e Instituto Avon : 2009. Disponível em: <[http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/images/stories/PDF/pesquisas/pesq\\_ibope\\_2009.pdf](http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/images/stories/PDF/pesquisas/pesq_ibope_2009.pdf)>. Acesso em 2/10/2013. p. 16)

<sup>69</sup> Pesquisa de campo demonstrou que aproximadamente 40% de todos os homicídios de mulheres no mundo são cometidos por um parceiro íntimo (PESQUISA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: FEMINICÍDIOS NO BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea). Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/130925\\_sum\\_estudo\\_femicidio\\_leilagarcia.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/130925_sum_estudo_femicidio_leilagarcia.pdf)>. Acesso em 28.10.2013. p. 1). Em pesquisa realizada em 84 países, revelou-se que o Brasil é o 7º país com mais homicídios femininos praticados pelos companheiros (WAISELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência 2012: homicídio de mulheres no Brasil*. Disponível em: <[http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/MapaViolencia2012\\_atual\\_mulheres.pdf](http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/MapaViolencia2012_atual_mulheres.pdf)>. Acesso em: 28.10.2013. p. 16).

Partindo de um julgamento como esse, a par das graves problemas que gera, é preciso, ao menos, extrair algum aprendizado. Caberia, ao menos, indagar: Quais são as deficiências do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade que podem conduzir a Corte Constitucional a tomar decisões socialmente inadequadas e que podem agravar a violação dos direitos fundamentais?

Em primeiro lugar, aquelas instituições que atuaram no processo da referida ADI comumente não participam das ações judiciais individuais em que a questão da violência doméstica é veiculada. A ADI em referência foi proposta pelo Procurador-Geral da República, que questionou a constitucionalidade dos dispositivos; o Advogado-Geral da União tem a responsabilidade de contestar a ADI; e o Supremo Tribunal Federal tem o mister constitucional de julgá-la. Todavia, nem o Ministério Público Federal nem a Advocacia-Geral da União participam dos processos individuais que envolvem violência doméstica, os quais tramitam na Justiça Estadual. Além disso, como tais processos eram revolidos na primeira instância, pouquíssimas ações individuais envolvendo a matéria haviam chegado ao Supremo Tribunal Federal.

Nas ações que veiculam a questão da violência doméstica, comumente participam os representantes do Ministério Público Estadual e da Defensoria Pública, e Advogados Privados, além, é claro, das partes envolvidas no contexto de violência doméstica. Ao final desse processo, a questão é julgada pelo juiz de direito de primeira instância e, havendo recurso, pelo Tribunal de Justiça do respectivo Estado. Em casos específicos, o Superior Tribunal de Justiça também decide a matéria. No entanto, essas instituições que atuam nas ações individuais que envolvem violência doméstica não foram ouvidas na referida ADI, tampouco são ouvidas nos processos do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade perante o STF.

Isso tudo reforça a tese de que, no controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, há um maior risco de que a Corte Constitucional tome decisões metafísicas e que podem ser, na grande maioria das vezes, inadequadas socialmente. Com efeito, se a questão tivesse chegado ao Supremo Tribunal Federal pela via do controle difuso de constitucionalidade, as partes, advogados, assistentes sociais do Serviço Psicossocial Judiciário, membros do Ministério Público, juízes de primeira instância e desembargadores de tribunais estaduais teriam a oportunidade de se manifestar e externar a problemática factual, o que poderia ter levado a Corte Constitucional a tomar uma decisão diametralmente oposta.

Além de tudo isso, há outro problema que também merece grande preocupação. No processo da ação direta de inconstitucionalidade, o Advogado-Geral da União tem a

missão constitucional de realizar a defesa do ato normativo impugnado, independentemente de quem tenha proposto a ação. Contudo, na ADI em questão – como tem ocorrido em diversos casos – a Advocacia-Geral da União entendeu que os dispositivos legais questionados seriam inconstitucionais e pugnou pela procedência dos pedidos, na forma requerida na petição inicial do Procurador-Geral da República. Portanto, se não bastasse o fato de as instituições que participam do combate à violência doméstica não terem sido ouvidas, a instituição que tem a função constitucional de defender o ato normativo impugnado na ADI não cumpre o seu papel e, ao contrário, pugna pela procedência da ação. Portanto, o ato normativo impugnado, que passou por um longo processo legislativo, com ampla discussão de diversas instituições e setores sociais, é julgada pela Corte Constitucional sem defesa.

Se isso não bastasse, o entendimento pacificado em todas as instâncias judiciais e, inclusive, no Superior Tribunal de Justiça<sup>70</sup>, que deparam com os casos concretos, era completamente oposto à decisão que foi tomada de forma solipsista pelo Supremo Tribunal Federal.

Os problemas gerados em casos como esse por julgamentos do STF, em razão das contingências que são inerentes ao controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, trazem várias inquietações sobre esse modelo: Uma decisão da Corte Constitucional, em última instância, é a melhor forma de atribuir sentido à Constituição? O controle abstrato possibilita que todas as perspectivas sejam analisadas e que as expectativas sociais sejam atingidas? Os cidadãos, as instituições públicas e privadas, os outros Poderes Constituídos e as outras instâncias judiciais, que possuem contato direto com as partes e com a matéria, conseguem ser ouvidas e influenciar a decisão do STF no controle concentrado e abstrato de constitucionalidade? O STF tem levado em consideração os efeitos dinâmicos que as leis e as

---

<sup>70</sup> Com efeito, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em 24.02.2010, no julgamento do Recurso Especial 1.097.042-DF, sob o regime dos recursos repetitivos do art. 543-C do Código de Processo Civil c/c a Resolução nº 8/2008-STJ, havia pacificado que, nos casos de lesões corporais leves de que trata a Lei Maria da Penha, é necessária a representação da vítima de violência doméstica para propositura da ação penal pelo Ministério Público: “RECURSO ESPECIAL REPETITIVO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. PROCESSO PENAL. LEI MARIA DA PENHA. CRIME DE LESÃO CORPORAL LEVE. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA. IRRESIGNAÇÃO IMPROVIDA. 1. A ação penal nos crimes de lesão corporal leve cometidos em detrimento da mulher, no âmbito doméstico e familiar, é pública condicionada à representação da vítima. 2. O disposto no art. 41 da Lei 11.340/2006, que veda a aplicação da Lei 9.099/95, restringe-se à exclusão do procedimento sumaríssimo e das medidas despenalizadoras. 3. Nos termos do art. 16 da Lei Maria da Penha, a retratação da ofendida somente poderá ser realizada perante o magistrado, o qual terá condições de aferir a real espontaneidade da manifestação apresentada. 4. Recurso especial improvido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1097042/DF. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Relator p/ Acórdão: Ministro Jorge Mussé. Terceira Seção. Julgado em 24/02/2010. DJe 21/05/2010)

outras decisões judiciais produzem no contexto político, econômico e social? Haveria problemas de legitimidade democrática quando o STF toma uma decisão no controle abstrato que julga inconstitucional lei que teve ampla participação de instituições públicas e privadas, além da aprovação do parlamento e do chefe do Executivo?

1.4.2 A ADI 1.856/RJ e a fundamentação metafísica: a dignidade da pessoa humana do animal?

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.856 foi proposta pelo Procurador-Geral da República contra a Lei Estadual do Rio de Janeiro n.º 2.895/1998, que normatiza exposições e competições entre aves das raças combatentes, incluindo as brigas de galo. A par de ser ou não a melhor decisão, o julgamento da referida ADI representa um verdadeiro abuso da fundamentação metafísica e de uma retórica que, ao invés de preservar a Constituição, a vulgariza.

De início, o Ministro Celso de Melo afirma que “essa especial tutela [da fauna], que tem por fundamento legitimador a autoridade da Constituição da República, é motivada pela necessidade de impedir a ocorrência de situações de risco que ameacem ou que façam periclitare todas as formas de vida” – e sublinhe-se – “não só a do gênero humano, mas, também, a própria vida animal, cuja integridade restaria comprometida, não fora a vedação constitucional, por práticas aviltantes, perversas e violentas contra os seres irracionais, como os galos de briga (‘gallus-gallus’).”<sup>71</sup> Estar-se-ia falando de risco de ameaçar a vida do galo? Haveria proteção constitucional à vida do galo? Como essa “proteção constitucional à vida do galo” se manifestaria no tocante à criação de animais para abate?

O Ministro Ayres Britto fundamenta que a Lei Estadual é inconstitucional com base numa “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”. Nessa linha de raciocínio, afirma que “fraternidade aqui evoca, em nossas mentes, a ideia de algo inconvivível com todo tipo de crueldade, mormente aquelas que desembocam em derramamento de sangue, mutilação de ordem física e, até mesmo, na morte do ser torturado”. E conclui: “Aliás, eu até diria que uma Constituição promulgada explicitamente sob a proteção de Deus é absolutamente repelente desse tipo de autoexecução de animais entre si – porque é uma

---

<sup>71</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1856. Relator: Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno. Julgado em 26/05/2011. DJe-198, 14-10-2011. *Revista dos Tribunais*, v. 101, n. 915, p. 379-413, 2012. p. 275/276.



autoexecução de animais entre si”.<sup>72</sup> A seguir nesse raciocínio, o abate de animais criados para alimentação humana violaria a fraternidade? Religiões ou divindades poderiam fundamentar a decisão da Corte Constitucional?

Mas não é só. Continua o Ministro Ayres Britto em seu voto: “Até porque esse tipo de crueldade caracteriza verdadeira tortura. Isso é uma tortura, e a Constituição proíbe a tortura, às expensas, no inciso III do artigo 5º.”<sup>73</sup> Essa afirmação gera diversas inquietações, mas caberia uma pergunta central: Os direitos fundamentais previstos no artigo 5º da Constituição protegem os animais?<sup>74</sup>

Após muito debate em elevado grau de abstração, o Ministro Luiz Fux pede a palavra e pondera: “Senhor Presidente, nós chegamos ao requinte de discutir se matar o galo com lei ou sem lei é inconstitucionalidade formal ou material, mas todo mundo está de acordo que nem se pode matar o galo nem a lei é inconstitucional [quis dizer “constitucional”]”.<sup>75</sup>

Quando o debate generalista e abstrato já parecia estar no fim, cria-se o argumento da dignidade da pessoa humana do animal: “A Europa está preocupada com o tratamento desumano, cruel e degradante que se dá aos animais domésticos, sobretudo nos abatedouros e também nos criadouros”. E continua o Ministro Ricardo Lewandowski: “Por quê? Porque está em jogo exatamente esse princípio básico da dignidade da pessoa humana. Quando se trata cruelmente ou de forma degradante um animal, na verdade está se ofendendo o próprio cerne da dignidade humana.”<sup>76</sup>

Assim, caberia indagar se a decisão do STF não teria sido tomada com base em argumentos demasiadamente genéricos e abstratos, desconectados da realidade. Quando invoca direitos fundamentais para proteger os animais, acaba por comparar os seres humanos

---

<sup>72</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1856. Relator: Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno. Julgado em 26/05/2011. DJe-198, 14-10-2011. *Revista dos Tribunais*, v. 101, n. 915, p. 379-413, 2012. p. 323.

<sup>73</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1856. Relator: Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno. Julgado em 26/05/2011. DJe-198, 14-10-2011. *Revista dos Tribunais*, v. 101, n. 915, p. 379-413, 2012. p. 324.

<sup>74</sup> De outro lado, mesmo se comparada a questão a seres humanos – o que jamais poderia ocorrer – deve-se lembrar que não são proibidos, por exemplo, o boxe, o MMA, lutas esportivas em que o objetivo é nocautear o oponente (um ser humano), isto é, golpeá-lo e lesioná-lo até ficar parcialmente inconsciente e não conseguir se levantar. Ou seja, trata-se de lutas em que a pessoa humana está em situação de vulnerabilidade e certamente a sua integridade física será violada, implicando-lhe sofrimento físico. Assim, o boxe e o MMA configurariam tortura?

<sup>75</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1856. Relator: Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno. Julgado em 26/05/2011. DJe-198, 14-10-2011. *Revista dos Tribunais*, v. 101, n. 915, p. 379-413, 2012. p. 333.

<sup>76</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1856. Relator: Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno. Julgado em 26/05/2011. DJe-198, 14-10-2011. *Revista dos Tribunais*, v. 101, n. 915, p. 379-413, 2012. p. 336.

aos animais irracionais. Ao se vulgarizar os direitos fundamentais, há o risco de que a sua própria força normativa seja flexibilizada.

Antes de decidir sobre a proibição das chamadas rinhas (brigas de galo), seria necessário conhecer melhor os fatos, ouvir os interessados (IBAMA, veterinários, proprietários dos animais, associações de proteção aos animais etc.) e conhecer melhor a atividade. Ao final desse procedimentalismo legitimador, independentemente da posição a ser tomada, a decisão deveria ser fundamentada em argumentos concretos e na realidade vivencial, e não na construção metafísica da “dignidade da pessoa humana do animal”. Aliás, para uma argumentação no sentido de que as brigas de galo devem ser vedadas porque não se pode impor sofrimento desnecessário aos animais, bastaria a invocação do art. 225, § 1º, inc. VII, da Constituição Federal, que expressamente veda práticas que submetam animais à crueldade.<sup>77</sup> Isto é, não seria preciso invocar preceitos com alto grau de abstração ou estender os direitos fundamentais aos animais.

A partir de decisões como essa, surgem várias indagações: O controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, por ocorrer num plano ideal e não concreto, estimularia decisões metafísicas? Quais seriam os riscos de decisões metafísicas e desconectadas da realidade social para a força normativa da Constituição?

#### 1.4.3 O controle difuso de constitucionalidade realizado pelo STF no julgamento do HC 71373/RS, de 10/11/1994

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus 71373/RS, de 10/11/1994, em decisão majoritária (e bastante controvertida – 6 votos a 4), reconheceu a inadmissibilidade da condução coercitiva do investigado (suposto pai) para a realização de exame de DNA, o que serviu de paradigma para o desenvolvimento legislativo e jurisprudencial que se seguiu sobre a institucionalização dessa matéria.<sup>78</sup> Entretanto, tal

---

<sup>77</sup> “Art. 225 (...) § 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: (...) VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.”

<sup>78</sup> “INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DNA - CONDUÇÃO DO RÉU "DEBAIXO DE VARA". Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, "debaixo de vara", para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos.”

decisão, além de ter sido muito controvertida entre os Ministros à época<sup>79</sup>, passou cada vez mais a gerar problemas do ponto de vista da efetiva proteção do direito fundamental à identidade genética.

De qualquer forma, o Poder Legislativo conformou a legislação ordinária à referida decisão, tentando criar outros mecanismos de coerção indireta para que o investigado fizesse o exame de DNA. Do mesmo modo, as demais instâncias judiciais, que decidiam em sentido diametralmente oposto, acabaram por internalizar o precedente do STF.<sup>80</sup>

Embora a decisão já fosse equivocada à época, atualmente há diversos fundamentos para dizer que o direito fundamental à identidade genética deve prevalecer sobre o interesse de o pai não ser conduzido coercitivamente para realizar exame de DNA, mas não caberia desenvolvê-los todos aqui.<sup>81</sup> De qualquer forma, há um argumento central para

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 71373/RS. Relator: Min. Francisco Rezek, Relator p/ Acórdão: Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em 10/11/1994, DJ 22-11-1996. *Ementário da Jurisprudência do STF*, Brasília, v. 1851-02.)

<sup>79</sup> Os Ministros Francisco Rezek, Ilmar Galvão, Carlos Veloso e Sepúlveda Pertence votaram por manter o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que, à época, havia determinado a condução coercitiva para exame de DNA. Em divergência, os Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello, Sidney Sanches, Néri da Silveira, Moreira Alves e Octavio Gallotti adotaram a tese de que não seria possível a condução coercitiva para a realização do exame de DNA, entendimento que, na época, foi vencedor, não obstante a grande divergência.

<sup>80</sup> Com efeito, em razão da decisão do STF, o Código Civil de 2002 previu, no seu art. 231, que “*Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa*”, bem como, no art. 232, que “*A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame*”. Pouco tempo depois, em 18/10/2004, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 301, segundo a qual “*Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade*”, para deixar claro que a presunção gerada pela recusa ao teste de DNA é relativa, pois o juiz pode, com base no conjunto probatório, julgar improcedente a ação. Para consagrar o entendimento dessa Súmula, a Lei 12.004/2009 acrescentou o art. 2º-A à Lei 8.560/1992 (Lei da Ação Investigatória de Paternidade), passando a dispor o parágrafo único desse dispositivo que “*A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético - DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório.*” Assim, fica claro que o Código Civil, a Lei 8.560/1992 e a Súmula 301 do STJ não impossibilitaram a condução coercitiva. O que ocorre é que, diante da contingência criada pela impossibilidade de condução coercitiva (coerção direta) – na decisão do HC 71373/RS –, o STJ e o legislador infraconstitucional tiveram de criar um meio de coerção indireta para que o investigado fizesse o exame de DNA, impondo-se a ele o ônus processual da presunção de paternidade.

<sup>81</sup> Como direito indisponível que é, a paternidade de uma pessoa não pode ser reconhecida com base numa ficção jurídica, em uma presunção legal, pelo simples não cumprimento de um ônus processual pelo réu, que, de forma irresponsável, nega-se a fazer exame de DNA. O direito fundamental à identidade genética compreende o conhecimento do verdadeiro pai e não a atribuição de qualquer pai à criança. Com a atribuição judicial de paternidade com base numa mera ficção, viola-se o núcleo essencial do direito fundamental à identidade genética, que pressupõe a verdade real e não uma verdade meramente formal ou processual. Aliás, a “constituição” da paternidade com base na mera presunção é capaz de violar ainda mais o direito à identidade genética, pois, além de poder atribuir um falso pai, ainda se estaria impedindo que a criança buscasse o seu verdadeiro pai. Ademais, na sociedade contemporânea, onde há uma obsessão pelo efêmero, são cada vez mais numerosos os casos de filhos gerados em relações eventuais. Por conseguinte, também são crescentes os casos de ações investigatórias de paternidade improcedentes, por exame de DNA negativo, em que a genitora da criança afirmava categoricamente que o investigado era o pai e, depois do exame, vem ajuizar ação investigatória de paternidade contra outra(s) pessoa(s). Vale dizer, o ônus da presunção da paternidade ao investigado que se nega a produzir a prova não garante nem minimamente o direito fundamental à verdadeira identidade genética, pois o exame de DNA é a única forma de se atestar com segurança a paternidade. De outro lado, é inimaginável que cortar um fio de cabelo do investigado ou pedir para que ele excrete um pouco de saliva seja demasiado

rechaçar a decisão do STF: atribuir um pai a alguém por presunção legal não é suficiente para concretizar esse direito fundamental.

Depois de dar indícios de que a decisão sobre a questão no HC 71373/RS era equivocada<sup>82</sup>, o Supremo Tribunal Federal, na sua composição plenária, durante o julgamento do RE 363889/DF, em 15.12.2011, indicou expressamente a necessidade de reanálise da decisão proferida no HC 71373/RS, de 1994, que impedia a condução coercitiva do investigado para realização de exame de DNA. Nessa nova decisão, o direito fundamental à identidade genética foi confrontado com as garantias fundamentais da coisa julgada e da segurança jurídica, numa ação investigatória de paternidade que foi ajuizada a despeito da coisa julgada que havia se operado em anterior ação investigatória de paternidade, na qual não foi realizado exame de DNA. Nesse caso, o Pleno do STF entendeu que o direito fundamental à identidade genética, como manifestação da dignidade da pessoa humana, deveria prevalecer.<sup>83</sup> O STF deixou claro que “não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser”.<sup>84</sup> Embora o STF tenha adotado, em diversas

---

interventivo na sua integridade corporal. Logo, observa-se que a condução coercitiva para realização de exame de DNA não atinge o núcleo essencial do direito à integridade corporal, haja vista que a intervenção não exige qualquer lesão ao corpo, ou ao menos essa intervenção é mínima. (LUNARDI, Fabrício Castagna. O direito fundamental à identidade genética e a condução coercitiva para realização de exame de DNA: um debate necessário. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, a. 7, n. 23, p. 308-335, abr.-jun. 2013)

<sup>82</sup> O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Questão de Ordem na Reclamação 2040, de 21.02.2002 (o conhecido caso Glória Trevi), já dava indícios de que a decisão anterior tivesse de ser revisada. Neste processo, a Corte Constitucional brasileira admitiu como meio de prova um exame de DNA realizado com a utilização da placenta da mãe (Glória Trevi), após o nascimento do filho, mesmo sem o consentimento dela. Nesse julgamento, o STF considerou que a moralidade administrativa, a persecução penal pública, o direito à honra e à imagem de policiais federais acusados de estupro da extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, e o direito à imagem da própria instituição, deveriam prevalecer em detrimento do direito da reclamante à intimidade e do direito a preservar a identidade do pai de seu filho (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem na Reclamação n.º 2040. Relator: Ministro Néri da Silveira. Tribunal Pleno. Julgado em 21/02/2002. DJ 27-06-2003. *Ementário da Jurisprudência do STF*, Brasília, v. 2116-01, p 129). Além disso, no julgamento do RE 248869, em 7.8.2003, a Segunda Turma do STF, ao analisar a legitimidade do Ministério Público para propor a ação investigatória de paternidade, entendeu que, ponderando-se o direito constitucional da necessária intervenção do advogado (art. 133 da Constituição Federal) e o direito à identidade biológica, este deveria prevalecer. Na ementa da referida decisão, ficou consignado expressamente que “o direito ao nome insere-se no conceito de dignidade da pessoa humana e traduz a sua identidade, a origem de sua ancestralidade, o reconhecimento da família, razão pela qual o estado de filiação é direito indisponível”. Também foi salientado que “O direito à intimidade não pode consagrar a irresponsabilidade paterna, de forma a inviabilizar a imposição ao pai biológico dos deveres resultantes de uma conduta volitiva e passível de gerar vínculos familiares.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 248869. Relator: Min. Maurício Corrêa. Segunda Turma. Julgado em 07/08/2003. DJ 12-03-2004. *Ementário da Jurisprudência do STF*, Brasília, v. 2143-04. p. 773).

<sup>83</sup> Com essa motivação, a Corte Constitucional decidiu por relativizar a coisa julgada havida num processo no qual não foi produzido exame de DNA – porque a pessoa não teria conseguido custear as despesas do exame – e determinou o prosseguimento de outro processo, posteriormente ajuizado, no qual se postulava a realização do exame.

<sup>84</sup> “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. (...) REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE DECLARADA EXTINTA, COM FUNDAMENTO EM COISA JULGADA, EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE ANTERIOR DEMANDA EM QUE NÃO FOI POSSÍVEL A

oportunidades, uma postura perfeccionista, o referido acórdão foi minimalista, vale dizer, se circunscreveu a dizer que a coisa julgada deveria ser relativizada em nome do direito fundamental à identidade biológica, mas o Pleno não chegou a manifestar o seu entendimento sobre a (im)possibilidade de condução coercitiva para realização de exame de DNA. Todavia, os Ministros Gilmar Mendes, Carlos Ayres Britto e Antônio Dias Toffoli deixaram transparecer, *obiter dictum*, que a decisão do STF no HC 71373/RS, em 1994, deveria ser revista, pois não seria adequada à proteção do direito fundamental à identidade genética.<sup>85</sup>

De qualquer forma, observa-se que, neste típico caso de controle difuso e concreto de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal, à época (1994), pacificou a interpretação constitucional e, ao mesmo tempo, oportunizou que o Parlamento legislasse para conformar a decisão judicial, bem como permitiu que os demais órgãos do Poder Judiciário internalizassem a decisão tomada. Ao mesmo tempo, não obistou o experimentalismo institucional, isto é, caso não fosse a melhor decisão para proteger os direitos fundamentais em jogo, o seu entendimento poderia ser alternado no futuro.

De outro lado, se essa mesma decisão fosse tomada no controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, o diálogo com o Legislativo seria de certa forma obstado, pois não poderia haver outra interpretação judicial na nova realidade social, tampouco seria permitido o experimentalismo institucional.

---

REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA, POR SER O AUTOR BENEFICÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA E POR NÃO TER O ESTADO PROVIDENCIADO A SUA REALIZAÇÃO. REPROPOSITURA DA AÇÃO. POSSIBILIDADE, EM RESPEITO À PREVALÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA IDENTIDADE GENÉTICA DO SER, COMO EMANAÇÃO DE SEU DIREITO DE PERSONALIDADE. (...) 2. Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo. 3. Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável. 4. Hipótese em que não há disputa de paternidade de cunho biológico, em confronto com outra, de cunho afetivo. Busca-se o reconhecimento de paternidade com relação à pessoa identificada. 5. Recursos extraordinários conhecidos e providos.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 363889. Relator: Ministro Dias Toffoli. Tribunal Pleno. Julgado em 02/06/2011. Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-238, divulg. 15-12-2011, public. 16-12-2011)

<sup>85</sup> Depois desse julgado (RE 363889, de 2011), em que foi relativizada a garantia fundamental da coisa julgada em nome do direito à identidade biológica, e em que três Ministros deixaram transparecer a necessidade de revisão do paradigma anterior a respeito da obrigatoriedade do teste biológico de paternidade, parece intuitivo que, caso a matéria seja novamente discutida, o STF entenderá que o direito do investigado de não fornecer um fio de cabelo ou saliva para o teste de DNA é um valor inferior ao direito fundamental à identidade biológica. Aliás, todos esses novos julgamentos do STF indicam que haverá uma mudança de entendimento acerca da (im)possibilidade de condução coercitiva do investigado para exame de DNA, a fim de proteger o direito fundamental à identidade genética. Para um estudo mais completo da questão, vide o nosso artigo: LUNARDI, Fabrício Castagna. O direito fundamental à identidade genética e a condução coercitiva para realização de exame de DNA: um debate necessário. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, a. 7, n. 23, p. 308-335, abr.-jun. 2013.

Assim, o controle difuso de constitucionalidade, ao contrário do controle concentrado, não retira a norma do ordenamento jurídico e não fecha as portas para um diálogo com o Poder Legislativo, permitindo que a tensão produtiva entre esses Poderes se instaure. Além disso, não obsta que, caso se verifique a sua incorreção e a produção de efeitos sociais indesejados, seja possível voltar atrás na interpretação da questão constitucional. Ademais, mesmo que uma decisão seja correta ao tempo em que foi proferida, mas, diante de novas possibilidades fáticas e jurídicas, tenha se tornado injusta, o controle difuso permitirá que essa decisão possa ser revisada e alterada.

A partir de casos como esse, é preciso indagar: O déficit democrático apresentado pelo controle concentrado e abstrato de constitucionalidade atinge o controle concreto e difuso? Em caso afirmativo, em que medida isso ocorre? O controle difuso e concreto não seria mais consentâneo com o experimentalismo institucional, por permitir a correção de uma decisão equivocada ou que uma decisão melhor seja tomada?

### **1.5 O controle concentrado e abstrato de constitucionalidade: uma problematização necessária**

Grande parte da doutrina constitucional brasileira tem disseminado a falsa noção de que o controle abstrato de constitucionalidade seria o grande instrumento para salvaguardar os direitos fundamentais, para que, com base nesse pseudo *topoi*, possa sustentar uma nova divisão de poderes, com a sobrevalorização do Poder Judiciário. A esse respeito, Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco afirmam que “afigura-se inquestionável a ampla predominância do controle judicial de constitucionalidade e, particularmente, do modelo de controle concentrado”. E continuam: “Cuida-se mesmo de uma nova divisão de Poderes com a instituição de uma Corte com nítido poder normativo e cujas decisões têm atributo da definitividade”.<sup>86</sup> Todavia, para se chegar a uma conclusão dessas, seria necessário aferir o papel que as instituições brasileiras têm desempenhado e, em termos empíricos, verificar se as decisões do STF no controle abstrato de constitucionalidade têm se prestado à proteção dos direitos fundamentais. O maior problema é que afirmações como essas, formuladas sem um maior aprofundamento teórico e sem base empírica, têm se disseminado entre constitucionalistas brasileiros. Aliás, esse não é um problema somente da racionalidade

---

<sup>86</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2009. p. 1083.

jurídica brasileira, pois a reprodução irrefletida da jurisprudência das Supremas Cortes tem sido uma prática comum entre constitucionalistas em diversos outros países.

Antes de se aceitar uma afirmação dessas, caberia ao menos indagar, com foco na realidade institucional e um olhar na realidade: O STF tem sido efetivo na proteção dos direitos fundamentais? Sob o pretexto de proteção da Constituição e dos direitos fundamentais, não se estaria ampliando um espaço não democrático e ineficiente de controle de constitucionalidade? A postulação de uma “nova divisão de Poderes” com atribuição à Corte Constitucional de “nítido poder normativo” não estaria gerando uma desordem na política e no direito, ocasionando conflitos intersistêmicos<sup>87</sup> em prejuízo do próprio Estado Democrático de Direito? Não se deveria dar mais importância ao controle difuso, realizado pelas mais diversas instâncias judiciais e com participação daqueles que serão atingidos pela decisão judicial?

Em recente e reveladora pesquisa, constatou-se que, entre os anos de 2000 e 2008, apenas 11% das decisões de procedência em sede de ações diretas de inconstitucionalidade mencionaram como fundamento a proteção de direitos fundamentais.<sup>88</sup> Além disso, constatou-se que 60% desses julgamentos “com base” em direitos fundamentais são, na verdade, decisões em prol de interesses corporativos.<sup>89</sup> Tais dados demonstram

---

<sup>87</sup> Sobre a diferenciação entre os sistemas jurídico e político e os riscos da interferência de um sistema em outro, é válida a lição de Marcelo Neves, embora não se refira – pelo menos, não expressamente – ao controle de constitucionalidade: “A circularidade resulta de prestações recíprocas entre os dois sistemas: assim como o direito normatiza procedimentos eleitorais e parlamentares, regula organizações partidárias e estabelece competências e responsabilidades jurídicas dos agentes políticos, a política decide legislativamente sobre a entrada de novas estruturas normativas no sistema jurídico. Mas a circularidade típica do Estado de Direito significa sobretudo uma acentuada interpenetração entre os sistemas jurídico e político: o direito põe a sua própria complexidade à disposição da autoconstrução do sistema político e vice-versa. Porém, como a complexidade de um é a desordem para o outro, isso implica uma necessidade recíproca de seleção ou de estruturação de complexidade penetrante. Daí resulta uma constante ordenação jurídica de desordem política e ordenação política de desordem política. (...) Da interferência não resulta, porém, harmonia entre o jurídico e o político, mas antes conflitos intersistêmicos.” (NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo : Martins Fontes, 2008. pp. 92/93)

<sup>88</sup> “A pesquisa mostra que os argumentos ligados à organização do Estado somam 89% das leis declaradas inconstitucionais pelo STF em sede de ADI, enquanto os problemas ligados a direitos fundamentais representaram apenas 11% das decisões de procedência.” (COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano Zaiden; ALVES, André Gomes; MEDEIROS FILHO, João Telésforo N. de. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? Um perfil das decisões de procedência em ADIs. In: *Anais do 7º Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política (ABCP)*. São Paulo : ABCP, 2010)

<sup>89</sup> “Na verdade, houve um total de apenas setenta e duas ADIs julgadas procedentes nesse tema dentro do espectro examinado, demonstrando que o tema dos ‘direitos fundamentais’ não tem sido efetivamente o grande objeto do controle concentrado de constitucionalidade. No âmbito das ADIs contra legislação federal, verifica-se que, com pequenas flutuações, as decisões de procedência relativas a direitos fundamentais não ultrapassaram 11% dos casos e, no caso das ADIs contra legislação estadual, somente se alcançou o índice de 11% no ano atípico de 2012, mais devido a uma retração do número global de julgamentos do que a um incremento de decisões nesse campo. Entre todos os casos enquadrados no âmbito dos direitos fundamentais, constatou-se que 1/4 das decisões referia-se aos direitos de igualdade e proporcionalidade (indicando falta de razoabilidade de certas leis e garantias ao processo judicial); 10% aos clássicos direitos de primeira geração, tais como

empiricamente que a salvaguarda dos direitos fundamentais não tem sido exatamente o foco do controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo STF. Além disso, talvez os direitos fundamentais estejam sendo usados desvirtuadamente como fundamento para defesa de outros interesses. Dessa forma, no sistema constitucional brasileiro, não se pode idolatrar o controle de constitucionalidade realizado pelo STF como sendo o grande remédio para a proteção dos direitos fundamentais.

Esse é apenas um exemplo de diversos casos que podem ser citados – e o serão durante este trabalho – de afirmações teórico-jurídicas de constitucionalistas brasileiros que não encontram qualquer base empírica. É preciso que, ao se definir os contornos do controle de constitucionalidade, não se tenha uma visão romantizada das instituições, devendo-se tratar da questão com um olhar na realidade. Assim, garantir pragmaticamente o equilíbrio entre os Poderes Constituídos e permitir a participação das demais instituições e dos cidadãos nos processos de tomada de decisão representa impedir que os direitos fundamentais sejam retirados da esfera popular e transformados em essencialismos fundadores de práticas despóticas de um dos Poderes em detrimento dos demais e da própria democracia.

A partir de problemas institucionais e normativos concretos, os itens anteriores já se encarregaram de problematizar a temática do controle abstrato e concentrado e do controle difuso e concreto de constitucionalidade. Os próximos capítulos têm a pretensão de elevar a temática a profundas reflexões, iniciando-se com o questionamento do próprio controle judicial de constitucionalidade.

Com efeito, partindo-se da premissa de que é necessário preservar a Constituição e os direitos fundamentais, não se chega imediatamente à conclusão de que o controle judicial de constitucionalidade é essencial ou a melhor forma de proteger esses direitos. Além disso, ao contrário do mito que se tem difundido no Brasil, uma reflexão profunda, que considere toda a complexidade existente acerca do tema, talvez conduza a concluir que o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, comparativamente ao controle difuso, não parece ser mais democrático, tampouco a melhor maneira de proteger os direitos fundamentais.

---

irretroatividade das leis e direitos de liberdade; e menos de 5% à proteção de direitos difusos e direitos da ordem social. Porém, mesmo nessa esfera de direitos fundamentais, percebe-se que parte relevante desse montante está relacionado à defesa de interesses corporativos - eis a razão para se ter uma prevalência de questões sobre isonomia e garantias processuais -, com poucos casos mais diretamente relacionados a temas de direitos voltados para um espectro mais geral da sociedade. Prevalece, sim, um certo controle corporativo de constitucionalidade, muito mais do que um controle que se volta a defender os direitos e garantias dos cidadãos em geral. Aliás, no âmbito das ADIs contra legislação federal, pode-se dizer que 60% das decisões sobre direitos fundamentais são, na verdade, decisões em prol de interesses corporativos.” (BENVINDO, Juliano Zaiden. A “última palavra”, o poder e a história: O Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 51, n. 201, jan.-mar. 2014)



Não se pretende, contudo, propor uma solução única ou perfeita para resolver os problemas expostos, senão colocar luz sobre as imperfeições do modelo atual. Assim, o presente trabalho tem mais o objetivo de levar a reflexões sobre alternativas institucionais viáveis do que apresentar uma única solução possível. Para não se furtar de ser propositivo, apresenta-se, ao final, uma possível resposta para o problema exposto, mas o objetivo precípuo é que, a partir das questões teóricas, institucionais e pragmáticas levantadas, o leitor possa encontrar diversas outras soluções para as problematizações expostas.

## **CAPÍTULO 2 – A SUSTENTAÇÃO POLÍTICA DO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE: O MELHOR PARA A POLÍTICA OU PARA OS POLÍTICOS?**

Este capítulo tem por objetivo romper com as bases sobre as quais têm se erguido as construções teóricas que alicerçam o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade. Para isso, será necessário apresentar os preceitos básicos da teoria da legislação, com amparo em autores que criticam a sobrevalorização do Judiciário e propõem um maior respeito às discordâncias e às decisões tomadas pelo parlamento. Além disso, a apropriação de estudos da ciência política, com a necessária análise crítica, será fundamental, na medida em que apontam que frequentemente as coalizões políticas majoritárias e a base governista desejam um controle de constitucionalidade forte, o que dá suporte político a este modelo.

Assim, são expostas as teses centrais das teorias do direito contemporâneas, a fim de que se possam questionar as suas próprias bases, denunciando incongruências. A partir de então, com amparo em autores que preconizam a maior valorização das legislaturas, busca-se investigar as contingências democráticas de um sistema forte de controle de constitucionalidade, que não respeita ou não dá a devida importância às discordâncias e à assunção das perspectivas do outro. Após, adentra-se em estudos da ciência política para mostrar algo que é contraintuitivo: as coalizões políticas majoritárias e o governo frequentemente apoiam um modelo de controle de constitucionalidade forte, pois acreditam que, pelo processo de nomeação dos membros da Suprema Corte, podem controlar ou influenciar as suas decisões. Por fim, demonstra-se como o Supremo Tribunal Federal teve um papel importante como ator político na Assembleia Nacional Constituinte, atingindo, em grande parte, os seus objetivos de manter a sua forma de composição e a sua competência nos moldes anteriores à Constituição Federal de 1988.

### **2.1. As teorias do direito com foco na decisão judicial**

Inicialmente, é preciso identificar alguns elementos centrais das teorias de direito contemporâneas, focadas na indeterminação do direito e na decisão judicial, que, de alguma forma, podem ter contribuído para amparar teses que defendem o expansionismo da jurisdição constitucional.

Em contraposição ao positivismo clássico, as teorias do direito contemporâneas<sup>90</sup> se debruçam no estudo de como interpretar e aplicar o direito naqueles casos em que a norma não é clara, seja em razão da ambiguidade ou vagueza dos termos da lei, seja porque as regras constitucionais, hierarquicamente superiores, possuem conceitos jurídicos indeterminados, que precisam de interpretação para sua aplicação<sup>91</sup>, o que torna insuficientes as ferramentas dadas pelo positivismo.<sup>92</sup> Nesse tocante, o positivismo jurídico não se preocupava em estudar os elementos fora do direito positivo que seriam necessários para resolver os casos difíceis, sobretudo porque isso implicaria extrapolar o seu objeto de estudo, ou ao menos admitir que haveria valoração na aplicação do direito, rompendo-se os limites entre a moral e o direito.<sup>93</sup>

Assim, as teorias do direito contemporâneas não desprezam o direito posto, mas o centro de interesse passa do legislador para o intérprete ou o juiz<sup>94</sup>, e o objeto de estudo está mais focado na indeterminação do direito, na relação intrínseca e na conexão necessária entre moral, política e direito, não somente no momento da produção da norma, mas também na sua aplicação.

Ronald Dworkin, certamente um dos grandes autores e precursores desta nova teoria do direito, critica de forma veemente o positivismo jurídico, sobretudo porque este não forneceria resposta para vários problemas que surgem diante da complexidade social. Dworkin pretende construir uma teoria geral do direito que seja, ao mesmo tempo, normativa e conceitual. Segundo ele, a parte normativa deve examinar uma variedade de temas, compreendendo a teoria da legislação, a teoria da decisão judicial e a teoria da observância da

---

<sup>90</sup> Muitos denominam de pós-positivismo essas teorias do direito contemporâneas, que focam os estudos na indeterminação do direito. Embora o termo pós-positivismo seja de certa forma impreciso e não tenha aceitação geral, Albert Calsamiglia, apontado como o primeiro autor a utilizar essa designação, denomina “postpositivistas a las teorías contemporáneas que ponen el acento en los problemas de la indeterminación del derecho y las relaciones entre el derecho, la moral y la política.” (Postpositivismo. *Doxa*, 21, n. 1, p. 209-220, 1998. p. 209.) Segundo o autor, “El postpositivismo cambia la agenda de problemas porque presta especial atención a la indeterminación del derecho. Se desplaza el centro de atención de los casos claros o fáciles a los casos difíciles”. Calsamiglia também afirma que o que interessa não é tanto averiguar as soluções do passado, senão resolver os conflitos que não estão resolvidos (Ibidem. p. 211).

<sup>91</sup> CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *Doxa*, 21, n. 1, p. 209-220, 1998. p. 209. p. 215.

<sup>92</sup> Nesse sentido, Calsamiglia: “Creo que las herramientas positivistas son adecuadas para el análisis de las normas pero la teoría positivista es incompleta porque no ofrece herramientas adecuadas para una teoría de la adjudicación.” (CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *Doxa*, 21, n. 1, p. 209-220, 1998. p. 209. p. 215)

<sup>93</sup> “Las razones que muchos positivistas tenían para enmudecer eran coherentes con su posición emotivista, pues los criterios para decidir en los casos difíciles exigen compromisos valorativos, y según su concepción de la ciencia no es posible prescribir porque el postulado de la separación entre derecho y moral no se lo permite. Ahora bien, el postpositivismo acepta que las fuentes del derecho no ofrecen respuesta a muchos problemas y que se necesita conocimiento para resolver estos casos.” (CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *Doxa*, 21, n. 1, p. 209-220, 1998. p. 212)

<sup>94</sup> CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *Doxa*, 21, n. 1, p. 209-220, 1998. p. 215.

lei, as quais tratam as questões normativas do direito, respectivamente, a partir da perspectiva de um legislador, de um juiz e de um cidadão.<sup>95</sup>

Dworkin contrapõe-se ao decisionismo do positivismo jurídico, o qual preconizava que, nos casos difíceis, diante da ausência de uma regra clara, o juiz teria o poder discricionário de decidir o caso de uma maneira ou de outra. Argumenta, assim, que o positivismo, diante dos *hard cases*, se isentava de dizer como o juiz deveria decidir.<sup>96</sup>

Com base nessas premissas, Ronald Dworkin relata que as teorias de decisão judicial mais sofisticadas que albergam o positivismo jurídico preconizam que os juízes devem aplicar o direito criado por outras instituições e não devem criar um novo direito. No entanto, reconhece que “isso é o ideal, mas por diversas razões não pode ser plenamente concretizado na prática.”<sup>97</sup> Com efeito, as leis positivadas e as regras do direito costumeiro (*Common Law*) são quase sempre vagas e devem ser interpretadas antes de se poder aplicá-las aos novos casos. O autor acrescenta que, “além disso, alguns desses casos colocam problemas tão novos que não podem ser decididos nem mesmo se ampliarmos ou reinterpretarmos as regras existentes. Portanto, os juízes devem às vezes criar um direito novo, seja essa criação dissimulada ou explícita”. E conclui: “Ao fazê-lo, porém, devem agir como se fossem delegados do poder legislativo, promulgando leis que, em sua opinião, os legisladores promulgariam caso se vissem diante do problema.”<sup>98</sup>

Uma das principais contribuições de Dworkin foi a de assentar a aplicação direta de princípios, afirmando que eles compõem o próprio direito e são normas com vinculação e coercibilidade. O autor afirma a importância dos princípios, tratando do seu significado adicional dentro de um ordenamento jurídico. Numa comunidade de princípios, a legislação não é encarada do mesmo modo que uma comunidade baseada em códigos – como acordos negociados que não têm nenhum significado adicional ou mais profundo além daquele declarado pelo texto da lei. A comunidade de princípios “trata da legislação como uma decorrência do compromisso atual da comunidade com o esquema precedente de moral política”.<sup>99</sup>

---

<sup>95</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. (trad. Nelson Boeira). 3. ed. São Paulo : Martins Fontes, 2010. p. VIII-IX.

<sup>96</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. (trad. Nelson Boeira). 3. ed. São Paulo : Martins Fontes, 2010. p. 127/128)

<sup>97</sup> *Ibidem*. p. 128/129.

<sup>98</sup> *Ibidem*. p. 128/129.

<sup>99</sup> E continua o autor: “O costume protege igualmente uma das vantagens práticas de uma comunidade de princípios: encoraja os cidadãos a basearem-se em uma análise precisa do sistema público quando eles próprios o desenvolvem e aplicam. (...) Uma comunidade de princípios é mais bem servida por uma estrutura de legislação complexa como essa, uma estrutura que inclua uma distinção entre atos legislativos performativos e explicações

Os princípios consideram os valores fundamentais de uma determinada sociedade, mostrando as ligações entre a prática jurídica e a prática social, mas também continuam a examinar a prática social de forma crítica, à luz de uma eticidade reflexiva. No entanto, a par da reconhecida importância dos princípios, não se pode deixar de mencionar a existência de objeções à originalidade judicial, vale dizer, quando o juiz se distancia do texto de lei para decidir com base em princípios.

A primeira objeção diz respeito à legitimidade de o juiz, diante da ausência de lei que regule explicitamente o caso posto a julgamento, decidir refugindo dos parâmetros dados pelo texto de lei. Esse argumento enfoca o fato de que os juízes não são eleitos e não são responsáveis perante o eleitorado, como ocorre com os legisladores.

Respondendo a tal questionamento, Dworkin diferencia argumentos de política e argumentos de princípio.<sup>100</sup> Segundo o autor, “os argumentos de princípio são argumentos destinados a estabelecer um direito individual; os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo”. E continua: “Os princípios são proposições que descrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos”.<sup>101</sup> Assim, Dworkin ressalta que, quando se trata de uma decisão política, certamente um processo político funciona melhor para definir quais são os interesses de uma determinada sociedade. No entanto, quando juiz está diante de um caso difícil, pode decidir com base em argumento de princípio – e não de política. Para Dworkin, o juiz estaria mais habilitado que o legislador para decidir com base em princípios, pois “um juiz que não é pressionado pelas demandas da maioria política, que gostaria de ver seus interesses protegidos pelo direito, encontra-se, portanto, em uma melhor posição para avaliar o argumento”.<sup>102</sup>

A segunda objeção à originalidade da decisão judicial é a de que, se um juiz criar uma nova norma e aplicá-la retroativamente ao caso em julgamento, a parte vencida será punida, não por ter infringido um dever que tinha no momento do fato, mas sim por ter violado um dever jurídico novo, criado pelo juiz após o fato. Em relação a esta objeção,

---

interpretativas desses atos.” (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. (trad. Jefferson Luiz Camargo). 2. ed. São Paulo : Martins Fontes, 2007.p. 403/404)

<sup>100</sup> Contraindo-se a Dworkin, Robert Alexy argumenta que “O conceito de princípio em Dworkin é definido de forma mais restrita que essa. Segundo ele, princípios são apenas aquelas normas que podem ser utilizadas como razões para direitos individuais. Normas que se refiram a interesses coletivos são por ele denominadas como “políticas”. A diferenciação entre direitos individuais e interesses coletivos é, sem dúvida, importante. Mas não é nem exigível nem conveniente vincular o conceito de princípio ao conceito de direito individual”. (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. (trad. Virgílio Afonso da Silva). 2. ed. São Paulo : Malheiros, 2011. p. 116)

<sup>101</sup> Ibidem. p. 141

<sup>102</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. (trad. Nelson Boeira). 3. ed. São Paulo : Martins Fontes, 2010. p. 134.

Dworkin ressalta que a tese da originalidade da decisão judicial não tem força alguma contra um argumento de princípio. Fundamenta que, “se o demandante tem um direito contra o réu, então este tem um dever correspondente, e é este dever, e não algum novo dever criado pelo tribunal, que justifica a sentença contrária a ele”.<sup>103</sup> Quando o autor da ação tem realmente o direito a uma decisão judicial em seu favor, deve ter a garantia de poder receber esse direito. Assim, “se for óbvio e incontroverso que ele tem o direito, o réu não poderá alegar ter sido injustamente surpreendido pela decisão, simplesmente porque o direito não foi criado por meio da publicação de uma lei”.<sup>104</sup> Isso não quer dizer que não foi sopesada a expectativa ou a perspectiva da parte sucumbente de não ser surpreendida por decisão judicial sem lei expressa que lhe impusesse a obrigação; pelo contrário, quer dizer que, sopesados todos os direitos, interesses e valores em jogo – inclusive o de não ser surpreendido sem lei expressa –, a decisão de conceder o direito à parte demandante, também considerando as suas expectativas e perspectivas, era a mais adequada no caso concreto.

De outro lado, Dworkin também aborda as questões atinentes à análise econômica do direito<sup>105</sup> e critica o utilitarismo econômico do positivismo jurídico, sustentando que, ao fixar o objetivo do bem-estar médio ou geral como padrão de justiça para a legislação, define o bem-estar geral como uma função do bem-estar dos indivíduos distintos. Nesse aspecto, opõe-se firmemente à ideia de que, enquanto entidade separada, uma comunidade tem algum interesse ou prerrogativa independente.<sup>106</sup> Para o autor, os indivíduos possuem direitos contra o Estado que são anteriores aos direitos criados através de legislação explícita<sup>107</sup>. Nesse sentido, “os direitos individuais são trunfos políticos que os indivíduos detêm”.<sup>108</sup>

Assim, Dworkin lança bases sólidas para uma importante e complexa teoria do direito, ao mesmo tempo conceitual e normativa, com foco numa teoria da decisão judicial, ou seja, de como o juiz deve decidir.

Em grande medida, essa teoria tem sido utilizada por outros autores para subsidiar um fortalecimento do controle judicial de constitucionalidade.

---

<sup>103</sup> Ibidem. p. 134/135.

<sup>104</sup> Ibidem. p. 134/135.

<sup>105</sup> “A análise econômica fornece padrões para identificar e medir o bem-estar dos indivíduos que compõem uma comunidade (embora a natureza desses padrões seja matéria de muita discussão) e sustenta que as questões normativas de uma teoria da legitimidade, da justiça legislativa, da jurisdição e da controvérsia, bem como do respeito à lei e de sua execução, devem todas ser resolvidas mediante a suposição de que as instituições jurídicas compõem um sistema cujo objetivo geral é a promoção do mais elevado bem-estar médio para esses indivíduos”. (Idem. Ibidem. p. XI)

<sup>106</sup> Ibidem. p. XI-XII.

<sup>107</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. (trad. Nelson Boeira). 3. ed. São Paulo : Martins Fontes, 2010. p. XIII.

<sup>108</sup> Ibidem. p. XV.

Se, de um lado, a proposta de diferenciar argumentos de política e argumentos de princípio pode ser sedutora, numa tentativa normativa de traçar os limites da atividade judicial para que não adentre questões políticas, de outro, do ponto de vista institucional, revela-se bastante complicada. Em primeiro lugar, porque pode ser extremamente difícil, no caso concreto, definir se é questão de princípio ou questão de política. De outro lado, quando se afasta do juiz Hércules de Dworkin, fica mais difícil sustentar que, mesmo em questões de princípio, o juiz estaria mais habilitado a decidir do que o parlamento.

Poder-se-ia dizer, por exemplo, que são questões de princípio as que dizem respeito à proibição pelas pessoas comuns de compra de arma de fogo; à possibilidade ou não de escrever biografias não autorizadas; à admissibilidade ou não do aborto de feto anencefálico; à realização de pesquisas com células-tronco; às cotas para afrodescendentes em universidades públicas; à exigência ou não de diploma de curso superior em jornalismo para exercer essa atividade. Em tais casos, mesmo que se assuma a posição de que se trata de questões de princípio, o que levaria a conclusão de que uma Corte Constitucional poderia tomar uma decisão melhor que o Parlamento?

No próximo capítulo, apresentar-se-á uma tentativa de trazer novas reflexões sobre esse questionamento, mas sem a pretensão de formular uma única resposta correta.

## **2.2 O respeito às discordâncias e a sua internalização no processo político de tomada de decisão**

Como se demonstrou acima, na contemporaneidade, a filosofia e a teoria do direito estão mais preocupadas em analisar como o juiz deve decidir e menos com o conceito de direito ou com uma teoria da legislação. Para traçar novos contornos à teoria da decisão judicial e exaltar o caráter eminentemente criativo da função judicial, teóricos do direito como Ronald Dworkin<sup>109</sup>, como já se demonstrou, ancoram-se em exemplos de insucesso da legislação, em hipóteses em que o dispositivo de lei é injusto ou, ao menos, quando a sua aplicação ao caso concreto traz consequências injustas. O foco da teoria do direito que desenvolvem é os *hard cases* e não aqueles casos em que a aplicação da legislação pela regra básica da subsunção é adequada.

---

<sup>109</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. (trad. Nelson Boeira). 3. ed. São Paulo : Martins Fontes, 2010; DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. (trad. Jefferson Luiz Camargo). 2. ed. São Paulo : Martins Fontes, 2007.

A par disso, autores como Jeremy Waldron, Cass Sunstein, Adam Przeworski, Mark Tushnet e Laurence Tribe criticam essas teorias, porque não levariam as divergências a sério. Defendem que deve ser respeitado o pluralismo de crenças existenciais de cada indivíduo, as diversas doutrinas religiosas, os diversos tipos de comunidades, o que implica em raízes diferentes de concepções de justiça e de moralidade.

Jeremy Waldron alerta que, para definir novos contornos à teoria do direito com foco na teoria da decisão judicial e reconhecer o caráter criativo da atividade judicial, comumente pinta-se o Parlamento com cores soturnas e atribui-se a ele uma má-fama, utilizando-se uma imagem espúria do Legislativo, como um órgão que toma decisões políticas com base em acordos, interesses eleitoreiros, discursos midiáticos, *lobbies* de grandes empresas, trocas de favores pessoais entre os parlamentares etc.<sup>110</sup> As argumentações nesse sentido, que desprestigiam a legislatura, servem para lhes retirar a credibilidade e fundamentar a possibilidade institucional de que a função do juiz seja criativa e possa ir além do texto de lei produzido pelo parlamento, argumentando-se que a decisão judicial é capaz de melhor proteger os direitos fundamentais e corrigir as distorções democráticas.

Em contraponto, cria-se uma imagem idealizada da figura do juiz<sup>111</sup>, como alguém que possui amplos poderes e conhecimento superior, capaz de proferir a melhor decisão em nome da sociedade, inclusive podendo ser contramajoritária. Com base nisso, poderia derrubar uma decisão tomada pelo parlamento, já que caberia ao Poder Judiciário ser o guardião da Constituição e proteger os direitos fundamentais, mesmo que contra a “tirania da maioria”.

Idealiza-se, num plano teórico, que a decisão proferida por um juiz, terceiro e imparcial, é tomada de acordo com o direito e o que é justo, sendo melhor do que uma decisão

---

<sup>110</sup> “Não apenas não temos os modelos de legislação normativos e aspiratórios de que precisamos, mas a nossa jurisprudência está repleta de imagens que apresentam a atividade legislativa comum como negociata, troca de favores, manobras de assistência mútua, intriga por interesses e procedimentos eleitoreiros – na verdade, como qualquer coisa, menos decisão política com princípios. E há razão para isso. Pintamos a legislação com essas cores soturnas para dar credibilidade à ideia de revisão judicial (isto é, revisão judicial da legislação, sob a autoridade de uma carta de direitos) e ao silencia que, de outra maneira, seria o nosso embaraço quanto às dificuldades democráticas ou ‘contramajoritárias’ que, às vezes, pensamos que a revisão judicial implica.” (WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. (trad. Luís Carlos Borges; Maria Appenzeller). São Paulo : Martins Fontes, 2003. p. 2)

<sup>111</sup> “Acredito que a legislação e as legislaturas têm má fama na filosofia jurídica e política, uma fama suficientemente má para lançar dúvidas quanto a suas credenciais como fontes de direito respeitáveis. (...) Isso porque o problema que percebo é que nem desenvolvemos uma teoria normativa da legislação que pudesse servir como base para criticar ou corrigir tais extravagâncias. (...) Não há nada sobre legislaturas ou legislação na moderna jurisprudência filosófica que seja remotamente compatível à discussão da decisão judicial. Ninguém parece ter percebido a necessidade de uma teoria ou de um tipo ideal que faça pela legislação o que o juiz-modelo de Ronald Dworkin, ‘Hércules’, pretende fazer pelo raciocínio adjudicatório” (WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. (trad. Luís Carlos Borges; Maria Appenzeller). São Paulo : Martins Fontes, 2003. p. 1)



política tomada pelo parlamento. Nessa perspectiva, o juiz, longe das pressões populares, estaria em melhores condições para decidir em matéria de princípios.<sup>112</sup> No entanto, é preciso indagar por que o direito criado pelos juízes se ligaria mais naturalmente à justiça, à moral e aos direitos e garantias constitucionais. Além disso, ao invés de absorver de forma acrítica as teorias da decisão judicial atuais, é necessário questionar o que levaria à conclusão de que o Judiciário, e não o Legislativo, estaria em melhores condições de dar a palavra final em matéria de controle de constitucionalidade;<sup>113</sup> ou, pelo menos, se o expansionismo do Poder Judiciário sobre a atividade legislativa não deveria ser contida em grande medida, com um maior respeito às decisões do parlamento, que, em tese, seriam mais democráticas.

A esse respeito, Adam Przeworski afirma que “para que uma comunidade governe a si mesma, é necessário que seus membros possam exercer idêntica influência em suas decisões”.<sup>114</sup> No processo judicial do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, apenas um seletivo grupo de pessoas consegue exercer influência nas decisões das Cortes de Justiça. Assim, fica à margem do processo decisório a maior parte da população. Um tribunal composto por poucos membros, com uma formação técnico-jurídica específica e compõem a mesma classe social, não é capaz de representar toda a sociedade, plural e multifacetária. Com efeito, a sociedade é formada por pessoas das mais diversas origens, classes, interesses, objetivos, não havendo como um pequeno grupo de juízes assumir todas as perspectivas que se encontram na sociedade.

Nesse mesmo sentido, Jeremy Waldron afirma que “a legislação não é apenas deliberada, administrativa ou política: é, acima de tudo, no mundo moderno, o produto de

---

<sup>112</sup> “As pessoas convenceram-se de que há algo de indecoroso em um sistema no qual uma legislatura eleita, dominada por partidos políticos e tomando suas decisões com base no governo da maioria, tem a palavra final em questões de direito e de princípios.” (...) O pensamento parece ser que os tribunais, com suas perucas e cerimônias, com seus volumes encadernados em couro e seu relativo isolamento ante a política partidária, sejam um local mais adequado para solucionar questões desse caráter.” (WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. (trad. Luís Carlos Borges; Maria Appenzeller). São Paulo : Martins Fontes, 2003. p. 5)

<sup>113</sup> “A pergunta que devemos fazer é esta: dado que o mundo jurídico, no qual os cidadãos e seus advogados deparam com existências do Estado, é, em boa parte, um mundo estatutário ou, na melhor das hipóteses, um mundo no qual o direito consuetudinário e os estatutos mesclam-se caótica e indiscriminadamente, por que, na filosofia jurídica, persistimos em formular estruturas conceituais que tornam o direito consuetudinário – o direito desenvolvido por juízes e tribunais – a questão central e interessante. Por que é que o direito feito pelos juízes, não o direito feito pela legislatura, que se liga mais naturalmente a outros valores políticos que ‘direito’, ‘justiça’, ‘legalidade’ e ‘estado de direito’ evocam? Por que é esse o nosso conceito de direito na jurisprudência, ao passo que os estatutos e a legislação se detêm na periferia dos nossos interesses filosóficos, como exemplos um tanto embaraçosos e problemáticos desse conceito, se é que são exemplos do conceito?” (WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. (trad. Luís Carlos Borges; Maria Appenzeller). São Paulo : Martins Fontes, 2003. p. 13)

<sup>114</sup> Tradução livre: “Para que una comunidad se gobierne a sí misma, es necesario que sus miembros puedan ejercer idéntica influencia en sus decisiones.” (PREZEWSKI, Adam. *Qué esperar de la democracia: límites y posibilidades del autogobierno*. Buenos Aires : Siglo XXI, 2010. p. 121)

uma assembleia – os muitos, a multidão, o populacho (os seus representantes)”.<sup>115</sup> Com efeito, uma Assembleia é um corpo heterogêneo e plural por excelência, composta por muitos cidadãos das mais diversas origens e classes, podendo representar de forma mais qualificada a sociedade. Não é possível afirmar que, numa Assembleia, todos os segmentos sociais estejam representados, sem exclusão de qualquer um, mas, consideradas as contingências, é um órgão vivo e dinâmico, que pode representar o maior número de cidadãos, dentro do que é faticamente possível. Para Waldron, a autoridade da decisão majoritária das legislaturas advém precisamente do fato de que o procedimento decisório não tenta refutar a pluralidade e as discordâncias, ou seja, não visa ao consenso. Ao contrário, pretende assegurar igual respeito à opinião de todos os envolvidos.<sup>116</sup>

Cass R. Sunstein também sustenta que, no dissenso, está um dos pilares da democracia.<sup>117</sup> Com efeito, diante das diferenças sociais, culturais, religiosas, econômicas, de origem, de raça, enfim, de toda a diversidade existente na sociedade, é comum e inclusive desejável que se discorde sobre direitos. Assim, o cerne da política não está na produção do consenso, senão na possibilidade de que as discordâncias sobre direitos possam ser manifestadas, respeitadas, internalizadas e, a partir de então, instituíam-se os direitos.<sup>118</sup>

Em razão de toda essa diversidade, é também natural que a sociedade discorde a respeito da justiça, o que determinará a maneira como cada cidadão pensa politicamente. Considerando que o direito é fruto da política, as divergências sobre justiça e política serão determinantes na produção do direito.<sup>119</sup> Em razão disso, como conclui Waldron<sup>120</sup>, é imprescindível um processo político para que as discordâncias morais sejam expostas e os debates possam acontecer. Assim, ao menos em regra, o direito, como fonte institucional,

---

<sup>115</sup> E continua o autor: “Os juízes erguem-se acima de nós no seu solitário esplendor, com seus livros, seu saber e seu isolamento das condições da vida comum. Se não estão sozinhos na banca, estão rodeados por um número bem pequeno de íntimos de distinção familiar, com os quais podem cultivar relações de espírito acadêmico, erudição e virtude exclusiva. Um parlamento, em contraste, é um corpo rebelde, muitas vezes maior.” (WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. (trad. Luís Carlos Borges; Maria Appenzeller). São Paulo : Martins Fontes, 2003. p. 37)

<sup>116</sup> WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford : Oxford University Press, 2004. p. 72.

<sup>117</sup> SUNSTEIN, Cass R. *Legal Reasoning and Political Conflict*. New York : Oxford University Press, 1996.

<sup>118</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política & teorias do Estado*. 7. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2010. p. 109/110).

<sup>119</sup> “Somos muitos, e discordamos a respeito da justiça. A maneira como pensamos sobre tal discordância determinará a maneira como pensamos sobre política. E, como o direito é fruto da política, a maneira como pensamos sobre essa discordância determinará, em certa medida, a maneira como pensamos sobre o direito positivo.” (WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. (trad. Luís Carlos Borges; Maria Appenzeller). São Paulo : Martins Fontes, 2003. p. 43)

<sup>120</sup> “Como discordamos quanto a qual posição deve prevalecer e ser aplicada em nome da comunidade, precisamos de um processo – um processo político – para determinar qual deve ser essa posição. E precisamos de uma prática de registro e implementação de posições desse tipo por meio de indivíduos e agências que atuam em nome da comunidade.” (WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. (trad. Luís Carlos Borges; Maria Appenzeller). São Paulo : Martins Fontes, 2003. p. 44/45)

deve ser produzido no seio do Parlamento e não por um número reduzido de juristas, que, por maior que seja a sua capacidade intelectual e de sintetizar as divergências, jamais conseguirá representar a diversidade social.

Waldron mostra que, nos países que não permitem que a legislação seja invalidada pelo *judicial review*, as próprias pessoas podem decidir, pelo processo legislativo ordinário, se querem o aborto, as ações afirmativas e o casamento gay, se querem punir a expressão pública ao ódio racial e, ainda, se deve haver restrição de gastos dos candidatos nas eleições. Se eles discordam sobre quaisquer desses assuntos, eles podem eleger representantes para deliberar e resolver a questão por votação no Legislativo.<sup>121</sup> Waldron afirma que foi isso o que aconteceu, por exemplo, na Grã-Bretanha nos anos 1960 – onde não havia *judicial review* –, quando o Parlamento debatia as questões sobre a liberalização da lei do aborto, a legalização da relação homossexual consentida entre adultos e a abolição da pena de morte. Em cada matéria, a deliberação pública ampla foi baseada em sérios debates na Câmara dos Comuns. Para Waldron, a qualidade dos debates refuta a afirmação de que os legisladores são incapazes de lidar com essas questões de forma responsável. Além disso, os resultados desse processo lançam dúvidas sobre as alegações comuns de que as maiorias populares não defenderão os direitos das minorias. Segundo Waldron, a mesma qualidade dos debates parlamentares sobre questões essenciais existe em países como Canadá, Austrália e Nova Zelândia – onde não existe um *judicial review* forte e onde a última palavra em matéria constitucional é do parlamento.<sup>122</sup> Assim, as críticas de Waldron dirigem-se aos sistemas fortes de controle de constitucionalidade.

Waldron pontua, no entanto, que, nos Estados Unidos, as pessoas ou os seus representantes nos Legislativos estaduais ou federais podem abordar tais questões se eles quiserem, mas eles não têm certeza de que as suas decisões prevalecerão, pois, se alguém discordar da decisão legislativa, poderá levar a questão ao tribunal, e a visão que prevalecerá ao final será a dos juízes.<sup>123</sup>

---

<sup>121</sup> “In countries that do not allow legislation to be invalidated in this way, the people themselves can decide finally, by ordinary legislative procedures, whether they want to permit abortion, affirmative action, school vouchers, or gay marriage. They can decide among themselves whether to have laws punishing the public expression of racial hatred or restricting candidates' spending in elections. If they disagree about any of these matters, they can elect representatives to deliberate and settle the issue by voting in the legislature.” (WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, v. 115, p. 1346-1407, 2006. p. 1349)

<sup>122</sup> WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, v. 115, p. 1346-1407, 2006. pp. 1349/1350.

<sup>123</sup> WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, v. 115, p. 1346-1407, 2006. p. 1350.

Muitos defensores do *judicial review* utilizam o argumento de que um órgão independente e contramajoritário seria imprescindível para fazer face à tirania da maioria, o que seria o principal fundamento para esse poder dado aos juízes. No entanto, considerando que a tirania da maioria, no sentido empregado, representa a negação de direitos, Waldron afirma que esse argumento (tirania da maioria) sempre estará em jogo em qualquer desacordo sobre direitos. Em toda divergência sobre direitos, aqueles favoráveis a determinado direito poderão afirmar que o direito defendido pelo lado oposto é potencialmente tirânico. Assim, por exemplo, os fumantes podem pensar que as leis que os proíbem de fumar em lugares fechados são tirânicas. De outro lado, há casos em que ambos os lados podem alegar que o lado oposto é tirânico. Por exemplo, os defensores do direito ao aborto podem dizer que a proibição é tirânica contra as mulheres, enquanto aqueles favoráveis à vida do feto afirmarão que a permissão do aborto seria tirânica para o feto. Da mesma forma, poder-se-ia afirmar que a ação afirmativa é tirânica para aqueles não estão incluídos nas cotas, ou que a não implementação das ações afirmativas é tirânica para aqueles que estão incluídos nas ações afirmativas.<sup>124</sup>

Com base nessas considerações, Waldron pondera que, mesmo se fosse verdadeira a afirmação de que as decisões tomadas por maioria tendem a ser tirânicas porque podem ir contra os direitos das minorias, é preciso lembrar que as decisões dos tribunais também são tomadas por majorias. Assim, para Waldron, ou se pode dizer que tirania é tirania independentemente de como (e entre quem) a decisão tirânica é tomada, ou se pode afirmar que – o que ele defende – o aspecto majoritário, na verdade, reduz a tirania, na medida em que haveria pelo menos uma coisa não-tirânica sobre a decisão, qual seja, o fato de que ela não foi

---

<sup>124</sup> “I believe that this common argument is seriously confused. Let us grant, for now, that tyranny is what happens to someone when their rights are denied. The first thing to acknowledge is that, according to this definition, tyranny is almost always going to be at stake in any disagreement about rights. In any disagreement about rights, the side in favor of the more expansive understanding of a given right (or the side that claims to recognize a right that the other denies) will think that the opposite side's position is potentially tyrannical. For example, the peyote smokers will think the subjection of their sacraments to generally applicable narcotics laws is tyrannical. Opponents of campaign finance laws will think those laws are tyrannical. But it is an open question whether they are right. Some of these claims about tyranny are no doubt correct. But they do not become correct simply because they are asserted. Indeed, in some cases, there will be allegations of tyranny on both sides of a rights issue. Defenders of abortion rights think the pro-life position would be tyrannical to women; but the pro-life people think the pro-choice position is tyrannical to another class of persons (fetuses are persons, on their account). Some think that affirmative action is tyrannical; others think the failure to implement affirmative action programs is tyrannical. And so on.” (WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, v. 115, p. 1346-1407, 2006. pp. 1395/1396)

tomada de uma forma que tiranicamente sejam excluídas certas pessoas de participar de igual para igual da decisão.<sup>125</sup>

Sob esse viés, a par dos excessos que a tese pode ter, realmente poder-se-ia ao menos questionar se não seria menos tirânica uma decisão tomada por uma assembleia – formada por pessoas de diversas classes socioeconômicas, raciais, profissionais etc. – do que uma decisão construída dentro de uma Corte Constitucional, constituída por poucos membros com uma idêntica formação profissional e com um nível socioeconômico muito semelhante. De qualquer forma, o argumento contramajoritário do *judicial review*, baseado no combate à “tirania da maioria”, parece perder um pouco sua força.

Partindo dessas premissas, Waldron argumenta que a revisão judicial da legislação é inadequada como um modo de tomada de decisão final em uma sociedade livre e democrática.<sup>126</sup> Nesse sentido, afirma que os desacordos sobre direitos não são irrazoáveis e que as pessoas podem discordar sobre direitos e ainda levar os direitos a sério. Para isso, elas precisam adotar procedimentos para resolver as suas discordâncias que respeitem as diversas opiniões dos milhões de cidadãos, cujos direitos estão em jogo nessas divergências, e tratá-los como iguais nesse processo. Além disso, esse processo deve garantir que as questões difíceis e complexas sobre direitos sejam tratadas com responsabilidade e pelo modo deliberativo. A esse respeito, Waldron afirma que o processo legislativo ordinário pode fazer isso e que, como regra, uma camada adicional de revisão final pelos tribunais pouco acrescenta ao processo, exceto quando presentes algumas circunstâncias específicas que justificariam os custos do *judicial review* em determinado momento, tais como patologias peculiares, disfunções das instituições legislativas, culturas de políticos corruptos, legados de racismo e outras formas endêmicas de preconceito. Assim, para Waldron, o *judicial review* deveria ser utilizado com grande grau de humildade e timidez, ao invés de ser pregado como epítome do

---

<sup>125</sup> “Is the tyranny of a political decision aggravated by the fact that it is imposed by a majority? I leave aside the pedantic point that a court may also reach its decision by majority voting. Is tyranny by a popular majority (e.g., a majority of elected representatives, each supported by a majority of his constituents) a particularly egregious form of tyranny? I do not see how it could be. Either we say that tyranny is tyranny irrespective of how (and among whom) the tyrannical decision is made, or we say—and this is my view—that the majoritarian aspect actually mitigates the tyranny, because it indicates that there was at least one non-tyrannical thing about the decision: It was not made in a way that tyrannically excluded certain people from participation as equals.” (WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, v. 115, p. 1346-1407, 2006. p. 1396)

<sup>126</sup> WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, v. 115, p. 1346-1407, 2006. p. 1348.

respeito dos direitos e como um elemento normal e desejável normativamente na moderna democracia constitucional.<sup>127</sup>

Mark Tushnet também defende uma forma fraca de controle de constitucionalidade, como ocorre no Canadá, na Nova Zelândia e no Reino Unido.<sup>128</sup> Contudo, numa perspectiva bem mais radical, Tushnet defende a tese de que deveria ser proposta uma emenda constitucional que pusesse fim ao *judicial review* nos Estados Unidos. Segundo ele, as Cortes Constitucionais, na função de controle de constitucionalidade, se apresentam antidemocráticas e contrárias ao autogoverno do povo. Sobretudo em razão disso, Tushnet propõe que se parta de uma premissa hipotética em que seja oferecida uma emenda constitucional com o seguinte teor: “Exceto quando autorizado pelo Congresso, nenhum tribunal dos Estados Unidos ou de qualquer Estado individual tem o poder de rever a constitucionalidade das leis aprovadas pelo Congresso ou pelos legislativos estaduais.” Ele chama isso de Emenda Constitucional do Fim da Revisão Judicial (*End Judicial Review Amendment - EJRA*).<sup>129</sup>

Segundo Tushnet, os progressistas e liberais devem abandonar a ideia de tribunais como principal recurso, por questões de princípio democrático e de estratégia política. O princípio básico é que as pessoas devem ser capazes de governar a si mesmas. Nesse sentido, o *judicial review* ficaria no caminho do autogoverno, mas o constitucionalismo não. O constitucionalismo, concebido como a imposição sobre o povo de restrições ao seu próprio poder, pode ser implementado através de políticas, de acordo com os valores mais profundos de que são titulares e encontram expressão na Constituição.<sup>130</sup>

Com base em Waldron, Tushnet indaga por que, em caso de desacordo sobre a interpretação razoável, os votos da maioria de um tribunal composto por nove juízes devem

---

<sup>127</sup> WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, v. 115, p. 1346-1407, 2006. p. 1406

<sup>128</sup> TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton : Princeton University Press, 2008. p. 24

<sup>129</sup> “Suppose that liberals offered a constitutional amendment along these lines: ‘Except as authorized by Congress, no court of the United States or of any individual state shall have the power to review the constitutionality of statutes enacted by Congress or by state legislatures.’ Let’s call it the End Judicial Review Amendment (EJRA). I offer this formulation in part simply to focus the discussion, but also as a serious proposal. Progressives and liberals should abandon courts as a principal resource, for reasons of democratic principle and political strategy. Principle: The basic principle, of course, is that people ought to be able to govern themselves. Judicial review stands in the way of self-government. Constitutionalism- the imposition on the people of restrictions on their own power-does not. The reason is that constitutionalism can be implemented through politics as people listen to arguments about why some policies they might initially prefer are inconsistent with deeper values they hold, values that find expression in the Constitution.” (TUSHNET, Mark. Democracy versus Judicial Review: Is It Time to Amend the Constitution?. *Dissent*, Philadelphia, v. 52, n. 2, pp. 59-63, Spring 2005. p. 59)

<sup>130</sup> TUSHNET, Mark. Democracy versus Judicial Review: Is It Time to Amend the Constitution?. *Dissent*, Philadelphia, v. 52, n. 2, pp. 59-63, Spring 2005. p. 59.

prevalecer sobre os votos da maioria dos cem senadores e mais de quatrocentos representantes do Parlamento norte-americano. Segundo Tushnet, são dadas respostas por liberais contemporâneos centradas na desconfiança da política e do povo, mas elas não devem ser atraentes para os democratas.<sup>131</sup>

Tushnet afirma que a sua proposta seria aplicada apenas com o objetivo de impedir a revisão judicial para derrubada de leis elaboradas pelo Congresso, ou de ações do governo autorizadas pelo Congresso. Assim, os tribunais poderiam fazer valer os direitos constitucionais, exceto quando contrariasse o que o Parlamento determinou.<sup>132</sup>

Segundo Tushnet, a alteração teria como modelo uma disposição da Constituição da Holanda, um país conhecido por não ter violações generalizadas das liberdades civis, um bom exemplo de que sociedades democráticas razoavelmente decentes podem evitar abusos não-liberais sem ter de recorrer aos tribunais. Entretanto, Tushnet afirma que a proposta de eliminar a revisão judicial seria mais limpa.<sup>133</sup>

Essa emenda constitucional, para Tushnet, daria ao Congresso outro papel, qual seja, como legislador nacional, poderia autorizar expressamente o *judicial review* para as questões constitucionais que ele desejasse. Assim, ao eliminar o *judicial review* por emenda constitucional, caberia ao Congresso, por meio de lei ordinária, novamente criá-lo, medida que permitiria que o parlamento extinguisse esse poder judicial quando quisesse, bem como o delimitasse. Ele justifica que isso deveria ocorrer por razões de princípio, pois a decisão deveria caber ao povo.<sup>134</sup>

---

<sup>131</sup> TUSHNET, Mark. Democracy versus Judicial Review: Is It Time to Amend the Constitution?. *Dissent*, Philadelphia, v. 52, n. 2, pp. 59-63, Spring 2005. p. 59.

<sup>132</sup> TUSHNET, Mark. Democracy versus Judicial Review: Is It Time to Amend the Constitution?. *Dissent*, Philadelphia, v. 52, n. 2, pp. 59-63, Spring 2005. p. 60.

<sup>133</sup> "The amendment is modeled on a provision in the constitution of the Netherlands, a country not noted for widespread violations of civil liberties. Reasonably decent democratic societies can avoid illiberal abuses without having to call on the courts. But, as Judge Robert Bork once suggested, such an amendment could enable Congress to override a court decision holding a federal statute unconstitutional by a two-thirds (or even a majority) vote in both houses (with a parallel provision for state legislatures and state laws). I think the proposal to eliminate judicial review is cleaner. The aim-decreasing progressives' reliance on the courts to do what we can't persuade the people to do-can be carried out in many ways." (TUSHNET, Mark. Democracy versus Judicial Review: Is It Time to Amend the Constitution?. *Dissent*, Philadelphia, v. 52, n. 2, pp. 59-63, Spring 2005. p. 60)

<sup>134</sup> "The amendment would give Congress another role: The national legislature can expressly authorize judicial review either in respect to a particular statute or to some or even all constitutional claims. All the proposal really does is resolve a long-standing constitutional controversy over how much power Congress already has to eliminate judicial review. The Constitution gives Congress the power to "regulate" the jurisdiction of the lower courts and "make exceptions" to the jurisdiction of the Supreme Court. Some scholars believe that these provisions allow Congress to eliminate judicial review by statute. The proposal would do so directly, and then allow Congress to create judicial review when it wanted to. Why should Congress have that power? Again, for reasons of principle. A democrat can hardly object if the people believe that they should restrain themselves by using the courts. And, once again, reasons matter. Liberals think that there are good arguments for judicial review. But if their reasons are really good, then they should be able to persuade people to put the courts back

Para Tushnet, um obstáculo para a EJRA seria a nostalgia liberal em relação ao período Warren na Corte Constitucional, que, decidindo casos importantes como *Brown versus Board of Education*, *Roe versus Wade*, e *Lawrence versus Texas*, ofuscaram a importância da legislação, fornecendo a base para garantias fundamentais de liberdade e segurança. No entanto, sem subestimar a sua importância, Tushnet afirma que essas mudanças decorreram, em grande parte, dos movimentos sociais. Assim, sustenta a EJRA tendo como premissa a ideia de que o desenvolvimento constitucional nessas questões não foi exclusividade do *judicial review*, pois foi produzido tanto pelos movimentos sociais quanto pela Suprema Corte.<sup>135</sup>

Mesmo autores contrários a um *judicial review* forte, como Laurence Tribe e Jeremy Waldron, entretanto, discordam da proposição de Tushnet. Com efeito, Tribe afirma que suprimir o *judicial review* e concentrar poderes no Congresso não parece ser a melhor medida, pois acabaria com a independência do Presidente e dos legislativos estaduais. Tribe partilha do objetivo de desarmar o Judiciário por um desejo de ver mais o eleitorado dialogar sobre questões constitucionais, mas isso não quer dizer que a votação dos 535 membros do Congresso estadunidense é preferível a raciocinar sobre as nossas diferenças na linguagem do princípio constitucional.<sup>136</sup>

Waldron, por sua vez, concorda com a ideia de que as pessoas merecem um fórum para trabalhar as suas divergências sobre os direitos, ou seja, um modelo mais abrangente do que a votação por maioria entre os nove juízes não eleitos da Suprema Corte dos EUA.<sup>137</sup>

---

into the constitutional picture.” (TUSHNET, Mark. *Democracy versus Judicial Review: Is It Time to Amend the Constitution?*. *Dissent*, Philadelphia, v. 52, n. 2, pp. 59-63, Spring 2005. p. 61)

<sup>135</sup> “One obstacle to doing so is liberal nostalgia for the Warren Court. The Warren Court's accomplishments obscured the importance of legislation in providing the foundation for fundamental guarantees of liberty and security. Without understating the social and political importance of decisions such as *Brown v. Board of Education*, *Roe v. Wade*, and *Lawrence v. Texas*, we should also pay attention to the underside of those landmarks. (...) My proposed EJRA is likewise premised on the idea that constitutional development is produced as much by mobilized social movements as by the Supreme Court. The question is, who is mobilized?” (TUSHNET, Mark. *Democracy versus Judicial Review: Is It Time to Amend the Constitution?*. *Dissent*, Philadelphia, v. 52, n. 2, pp. 59-63, Spring 2005. p. 61)

<sup>136</sup> “If the proposed disarming of the judiciary is driven by a wish to see more of the electorate engage in dialogue about constitutional questions, I share this goal. But my hunch is that muffling the Supreme Court's constitutional voice would in the end yield less, not more, public deliberation about what the Constitution means by the ‘equal protection of the laws’, the ‘free exercise of religion’, or the ‘establishment of religion’. Division about such concepts within as well as outside the Court says reasonable people seem to differ. But it doesn't follow that polling the 535 members of Congress is preferable to reasoning about our differences in the language of constitutional principle.” (TRIBE, Laurence H. In: TRIBE, Laurence H.; WALDRON, Jeremy; TUSHNET, Mark. *On Judicial Review: Laurence H. Tribe, Jeremy Waldron, and Mark Tushnet debate*. *Dissent*, Philadelphia, v. 52, n. 3, pp. 81-86, Summer 2005. p. 83)

<sup>137</sup> “Tushnet is right: the people deserve a forum for working through their disagreements about rights that is more inclusive than majority voting among nine unelected justices.” (WALDRON, Jeremy. In: TRIBE, Laurence H.; WALDRON, Jeremy; TUSHNET, Mark. *On Judicial Review: Laurence H. Tribe, Jeremy Waldron, and Mark Tushnet debate*. *Dissent*, Philadelphia, v. 52, n. 3, pp. 81-86, Summer 2005. p. 83)



Todavia, Waldron defende um sistema fraco de *judicial review*, e não a sua extinção, razão pela qual é contrário à proposta de Tushnet. Waldron propõe um modelo de *judicial review* semelhante ao britânico, em que os tribunais não podem revogar a lei por entendê-la incompatível com a Constituição. Mas, neste modelo, os tribunais podem emitir uma declaração de incompatibilidade (*Declaration of Incompatibility*), a qual pode ser usada para autorizar procedimentos legislativos mais rápidos para corrigir o problema. Assim, nesse sistema fraco de *judicial review*, deixa-se a decisão final sobre a constitucionalidade com os representantes do povo no parlamento, mas usam-se os tribunais para despertar a atenção da comunidade para tais questões de direito e para ajudar os legisladores a ver esses problemas.<sup>138</sup> Portanto, ao invés de extinguir o *judicial review*, como quer Tushnet, Waldron propõe a implementação de um sistema fraco de *judicial review*, oferecendo-se para uma democracia constitucional “o melhor de dois mundos”.<sup>139</sup>

A par da importância dessas teorias, que lançam novas luzes sobre a temática e permitem maiores reflexões, qualquer resposta absolutizante sobre o melhor modelo de *judicial review*, ou sobre a tese de sua extinção, seria inadequada sem antes analisar o contexto institucional e a cultura política de cada país. Nesse ínterim, nota-se que até mesmo Waldron afirma que elas devem ser consideradas com certo grau de relatividade, admitindo desenvolver as suas teses sob as premissas de que as sociedades democráticas apresentam um bom funcionamento. Aliás, ele próprio assume que não quer defender que a revisão judicial da legislação seja inadequada em todas as circunstâncias, mas, em vez disso, pretende mostrar que a revisão judicial é inadequada para as sociedades razoavelmente democráticas cujos

---

<sup>138</sup> “My first reaction was applause; my second reaction was defensive. My third response is to quibble about details. Tushnet's EJRA talks about ending judicial review-but "review" can mean different things. British courts can review parliamentary legislation. Their highest court recently found provisions of the Anti-Terrorism, Crime and security Act incompatible with the rights laid down in the European Convention and the Human Rights Act. Now, the British courts can't declare the anti-terrorist legislation unconstitutional: they can't remove it from the statute book or decline to apply it to the case in front of them. But their review does have an effect. They can issue a Declaration of Incompatibility, and that can be used to authorize fast-track legislative procedures to rectify the problem. This is what we call weak judicial review. It leaves the ultimate decision to the representatives of the people in Parliament, but it uses courts to bring issues of right to the attention of the community. It may not always be easy for legislators to see what issues of rights are embedded in the legislative proposals brought before them; courts can help them see this, particularly if courts are not distracted by the issues I mentioned earlier about the legitimacy of their own decision making.” (WALDRON, Jeremy. In: TRIBE, Laurence H; WALDRON, Jeremy; TUSHNET, Mark. On Judicial Review: Laurence H. Tribe, Jeremy Waldron, and Mark Tushnet debate. *Dissent*, Philadelphia, v. 52, n. 3, pp. 81-86, Summer 2005. pp. 84/85)

<sup>139</sup> “So I wonder whether Tushnet intends his EJRA proposal to preclude weak as well as strong judicial review. I know this is a quibble from the point of view of an argument put forward mainly as a provocation. But if we are ever to be serious about taking back the Constitution from the courts, would not this form of weak review offer a constitutional democracy perhaps the best of both worlds?” (WALDRON, Jeremy. In: TRIBE, Laurence H; WALDRON, Jeremy; TUSHNET, Mark. On Judicial Review: Laurence H. Tribe, Jeremy Waldron, and Mark Tushnet debate. *Dissent*, Philadelphia, v. 52, n. 3, pp. 81-86, Summer 2005. p. 85)

principais problemas sejam que seus membros discordam sobre direitos – e não que as suas instituições legislativas sejam disfuncionais.<sup>140</sup>

De qualquer forma, esses autores têm grande mérito em colocar em xeque o lugar comum de que a proteção da Constituição deve se dar por um sistema forte de controle de constitucionalidade. Com efeito, é preciso questionar por que o constitucionalismo estaria ligado ao controle judicial de constitucionalidade com uma relação de necessidade. Não há base teórica nem empírica consistente para dizer, em geral, que o controle judicial de constitucionalidade é um desdobramento necessário da ideia central de constitucionalismo e de proteção da Constituição. Em abstrato, sem considerar as peculiaridades de cada país, não é correto supor que os juízes da Corte Constitucional estejam em melhores condições que representantes eleitos pelo povo para tomar decisões políticas sobre a conformidade de leis com a Constituição. O constitucionalismo deve assegurar um arranjo institucional que garanta a supremacia da Constituição sobre a tomada de decisões políticas do processo legislativo comum, mas não a supremacia da Corte Constitucional sobre o Legislativo.

Essas objeções trazem profundas contribuições para se pensar um modelo mais democratizante e, sobretudo, geram inquietações sobre os rumos do crescente papel da revisão judicial no Brasil, quando, a pretexto de proteger a Constituição, há o desempenho excessivo de intervenções judiciais na atividade legislativa. Nesse contexto, será preciso indagar acerca da legitimidade e dos limites que devem ser impostos ao controle judicial de constitucionalidade, sobretudo ao controle concentrado, diante dos seus efeitos gerais e abstratos.

Todavia, há sérias dúvidas de que a classe política dos demais Poderes Constituídos seja desfavorável a um sistema forte de controle de constitucionalidade. Se a Corte Constitucional é tão antidemocrática, o que a sustentaria institucionalmente no cenário político nacional? Se a Corte é realmente tão invasiva nas atribuições do Executivo e do Legislativo, o que faria os seus líderes políticos sustentarem um controle de constitucionalidade forte no Brasil? Há razões para que o partido de governo fortaleça e fomente o poder judicial do controle de constitucionalidade?

Essas questões não são comumente desenvolvidas em obras de constitucionalistas brasileiros, mas têm sido objeto de pesquisa e reflexão por diversos cientistas políticos,

---

<sup>140</sup> “I have not sought to show that the practice of judicial review of legislation is inappropriate in all circumstances. Instead I have tried to show why rightsbased judicial review is inappropriate for reasonably democratic societies whose main problem is not that their legislative institutions are dysfunctional but that their members disagree about rights.” (WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, v. 115, p. 1346-1407, 2006. p. 1406)

sobretudo norte-americanos, que lançam novas luzes sobre a temática, como se discutirá no próximo capítulo.

### **2.3 Explicações político-institucionais à disseminação e ao fortalecimento do *judicial review*: a verdade por trás do mito**

Os constitucionalistas que criticam um modelo forte de *judicial review* e o ativismo judicial de Cortes Constitucionais comumente afirmam que estas estariam usurpando insidiosamente a competência legislativa do Parlamento ou decidindo questões de políticas públicas inerentes ao governo. De um lado, a história constitucional tem demonstrado que os Poderes Executivo e Legislativo são suficientemente fortes para decidir politicamente os rumos da nação e, inclusive, para legitimamente limitar os poderes do Judiciário quando este os exorbite, dentro do funcionamento normal de um ordenamento constitucional que adota o sistema de freios e contrapesos. Então, quais razões levariam os Poderes Executivo e Legislativo a tolerar – e, inclusive, em alguns casos, a fomentar – o ativismo judicial e um modelo de controle de constitucionalidade forte das Cortes Constitucionais?

Dentro de uma lógica linear, poder-se-ia dizer que há uma disputa constante de poder entre os membros dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Contudo, talvez um controle forte de constitucionalidade e um ativismo judicial da Corte Constitucional sejam convenientes aos interesses do Chefe do Poder Executivo, dos parlamentares aliados ao governo e dos partidos políticos com maior representatividade no Parlamento.

Uma abordagem puramente jurídica da questão institucional que envolve o controle de constitucionalidade seria incompleta, pois talvez deixasse de lado aquilo que origina e sustenta o *judicial review* dentro da ordem constitucional e do sistema judicial, que é o sistema político. Como adiante se demonstrará, o próprio governo e as coalizões políticas majoritárias se servem do controle de constitucionalidade para resolver conflitos políticos.<sup>141</sup>

A partir dessas indagações e suposições, faz-se necessária a abordagem da temática a partir das contribuições de cientistas políticos que têm se debruçado sobre a análise

---

<sup>141</sup> “A purely technical approach to the law misses the constant, creative interplay between the judiciary and the political system. Adjudication is one of many methods in government for resolving political conflict.” (FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process*. Princeton, New Jersey : Princeton University Press, 1988. pp. 4/5)

institucional desse fenômeno, perspectivas que não são muito comuns dentre juristas e constitucionalistas brasileiros, mas são centrais para um estudo percuciente da questão.

Dentre eles, os cientistas políticos Keith Whittington<sup>142</sup>, Ran Hirschl<sup>143</sup>, Louis Fisher<sup>144</sup>, Mark Graber<sup>145</sup>, Tom Ginsburg<sup>146</sup>, Terri Peretti<sup>147</sup>, George Lovell<sup>148</sup>, Kevin McMahon<sup>149</sup> e Thomas Keck<sup>150</sup>, por diferentes caminhos e perspectivas, afirmam que o *judicial review* é tolerado e muitas vezes incentivado por autoridades políticas eleitas. Segundo eles, o controle judicial de constitucionalidade seria um dos muitos instrumentos dos quais os políticos se utilizam para fazer prevalecer os seus propósitos, sob o disfarce de interpretação constitucional. Portanto, tais autores trabalham fora da lógica linear de que a Cortes Constitucionais tiveram ascensão nas últimas décadas em razão da capacidade dos seus juízes, de que foram criadas e se mantêm em razão da necessidade de assegurar os direitos protegidos nas Constituições escritas, ou de que o chefe do Executivo e os parlamentares seriam contrários ao *judicial review*. Pelo contrário, mostram que o componente político é determinante para o fenômeno do aumento do poder das Cortes Constitucionais e para a ampliação, em âmbito mundial, do controle judicial de constitucionalidade.<sup>151</sup>

---

<sup>142</sup> WHITTINGTON, Keith E. “Interpose Your Friendly Hand”: Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court. In: *American Political Science Review*, Princeton, v. 99, n. 4, pp. 583-596, nov. 2005.

<sup>143</sup> HIRSCHL, Ran. *Toward Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge : Harvard University Press, 2004; HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts. *The Annual Review of Political Science*, v. 11, pp. 93-118, 2008.

<sup>144</sup> FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process*. Princeton, New Jersey : Princeton University Press, 1988.

<sup>145</sup> GRABER, Mark A. Constructing judicial review. *Annual review of political Science*, Maryland, Baltimore, v. 8, n. 1, pp. 425-451, mar. 2005.

<sup>146</sup> GINSBURG, Tom. The global spread of constitutional review. In: WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. *The Oxford Handbook of Law and Politics*. New York : Oxford University Press, 2008. pp. 81-98.

<sup>147</sup> PERETTI, Terri. *In Defense of a Political Court*. Princeton : Princeton University Press, 1999.

<sup>148</sup> LOVELL, George. *Legislative Deferrals: Statutory Ambiguity, Judicial Power, and American Democracy*. New York : Cambridge, 2003.

<sup>149</sup> MCMAHON, Kevin. *Reconsidering Roosevelt on Race: How the Presidency Paved the Road to Brown*. Chicago : University Chicago Press, 2004.

<sup>150</sup> KECK, Thomas. *The Most Activist Supreme Court in History: The Road to Modern Judicial Conservatism*. Chicago : University Chicago Press, 2004.

<sup>151</sup> Para Ran Hirschl, por exemplo: “A political sphere conducive to the judicialization of such purely political questions is therefore at least as significant in its emergence and sustainability as the contribution of courts and judges. It is naive to assume that core political questions of the type described in this article could have been transferred to courts without at least the implicit support of influential political stakeholders. This should come as no surprise to those who view courts as political institutions. Like any other political institution, they do not operate in an institutional or ideological vacuum. Their establishment does not develop and cannot be understood separately from the concrete social, political, and economic struggles that shape a given political system. Political deference to the judiciary and the consequent judicialization of mega-politics — indeed, the profound expansion of judicial power more generally—are an integral part and an important manifestation of those struggles. A political quest for legitimacy, or for lowering risks or costs, is often what drives deference to the judiciary, in cases involving hotly contested political issues. In short, everything is political.” (HIRSCHL, Ran.

Keith Whittington, analisando o exercício do *judicial review* pela Suprema Corte dos EUA, afirma que, quando os agentes políticos eleitos são impedidos de implementar plenamente a sua própria agenda política, eles podem favorecer um exercício ativo da jurisdição constitucional pela Corte Constitucional, a fim de superar esses obstáculos e romper com o *status quo*.<sup>152</sup> Além disso, segundo o autor, autoridades eleitas do governo atual que têm medo de perder o poder podem tentar reforçar a autoridade judicial e colocar os seus aliados nos tribunais, na esperança de que a revisão judicial seja usada contra autoridades do futuro governo (nos EUA, da mesma forma que no Brasil, a indicação dos juízes da Suprema Corte é feita pelo Presidente da República).<sup>153</sup>

Seguindo essa mesma lógica, Tom Ginsburg afirma que, para as autoridades políticas eleitas que temem estar fora do poder no futuro, o controle de constitucionalidade por um tribunal independente seria um fórum alternativo de assegurá-los na política, o que mitigaria o risco de perda eleitoral.<sup>154</sup> Ginsburg relata que, na última sessão parlamentar da autoridade palestina antes da tomada do poder pelo Hamas, foi aprovada a lei que criou um tribunal constitucional com poderes para derrubar a legislação, um caso notável de preservação hegemônica – embora a resposta imediata do novo parlamento empossado tenha sido substituir essa lei.<sup>155</sup> Para corroborar essa mesma tese, Ran Hirschl apresenta o caso de

---

The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts. *The Annual Review of Political Science*, v. 11, pp. 93-118, 2008. p. 109)

<sup>152</sup> “When current elected officials are obstructed from fully implementing their own policy agenda, they may favor the active exercise of constitutional review by a sympathetic judiciary to overcome those obstructions and disrupt the status quo. This provides an explanation for why current officeholders might tolerate an activist judiciary. This dynamic is illustrated with case studies from American constitutional history addressing obstructions associated with federalism, entrenched interests, and fragmented and cross-pressured political coalitions.” (WHITTINGTON, Keith E. “Interpose Your Friendly Hand”: Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court. In: *American Political Science Review*, Princeton, v. 99, n. 4, pp. 583-596, nov. 2005. p. 583)

<sup>153</sup> “Similarly, current government officials who are fearful of losing power may attempt to build up judicial authority and entrench their allies in the courts in the hopes that judicial review will be used against future government officials.” (WHITTINGTON, Keith E. “Interpose Your Friendly Hand”: Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court. In: *American Political Science Review*, Princeton, v. 99, n. 4, pp. 583-596, nov. 2005. p. 583)

<sup>154</sup> “Parties that believe they will be out of power in the future are likely to prefer constitutional review by an independent court, because the court provides an alternative forum of political *insurance* that mitigates the risk of electoral loss. On the other hand, stronger political parties will have less of a desire for independent judicial review, since they believe they will be able to advance their interests in the post-constitutional legislature.” GINSBURG, Tom. The global spread of constitutional review. In: WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. *The Oxford Handbook of Law and Politics*. New York : Oxford University Press, 2008. pp. 81-98. pp. 83/84.

<sup>155</sup> “More recently, the last parliamentary session of the Palestinian Authority before the takeover of Hamas passed a law establishing a constitutional court empowered to strike legislation, a conspicuous case of hegemonic preservation (though the immediate response of the new parliament was to supersede this law).” (GINSBURG, Tom. The global spread of constitutional review. In: WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. *The Oxford Handbook of Law and Politics*. New York : Oxford University Press, 2008. p. 91)

Israel, onde, com a Revolução Constitucionalista de 1992, foi estabelecido o *judicial review* com o objetivo de apoiar políticos que representavam a burguesia secular de Israel, cuja hegemonia política se tornava cada vez mais ameaçada. Assim, os representantes políticos desse grupo encontraram na delegação de formulação de políticas ao tribunal uma maneira eficiente de superar crescentes reações populares contra a sua hegemonia ideológica e evitar consequências negativas do seu contínuo declínio no controle da arena de tomada de decisões majoritárias.<sup>156</sup> Hirschl também afirma, em estudo comparado, que, no Canadá, na Nova Zelândia e na África do Sul, a constitucionalização pode ser mais bem entendida como uma estratégia para elites políticas ameaçadas se manterem no poder, através do isolamento da formulação de políticas contra a ameaça democrática de pressões populares.<sup>157</sup>

Embora algum exagero possa ser cometido quando se ressalta apenas um aspecto da questão para subsidiar uma tese, já que esse fenômeno é comumente influenciado por diversas variáveis dentro da situação específica de cada país, os casos acima citados reforçam a ideia de que as elites políticas dominantes, diante da incerteza política, se utilizam do fortalecimento da Corte Constitucional para se manterem no poder.

Considerando o contexto estadunidense, Whittington afirma que juízes devem ter boas razões para levantar objeções contra as ações do governo, bem como as autoridades

---

<sup>156</sup> “The 1992 constitutional revolution in Israel presents a nearly ideal illustration of my explanation of judicial empowerment. The hands that guided the constitutionalization of rights and the establishment of judicial review in Israel are entirely visible. They were driven by purely political interests not by their subordination to some invisible evolutionist or structural forces or by the devotion of politicians to some elevated vision of human rights or national unity. The 1992 constitutional entrenchment of rights and the establishment of judicial review in Israel were initiated and supported by politicians representing Israel’s secular bourgeoisie, whose political hegemony in the majoritarian policymaking arena had become increasingly threatened. The political representatives of this group found the delegation of policymaking authority to the court an efficient way to overcome the growing popular backlash against its ideological hegemony and, perhaps more importantly, an efficient way to avoid the potentially negative consequences of its continuously declining control over the majoritarian decision-making arena.” (HIRSCHL, Ran. *The Political Origins of Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Four Constitutional Revolutions*. *Law & Social Inquiry*, Chicago, v. 25, n. 1, pp. 91–149, jan. 2000. p. 106)

<sup>157</sup> “The causal mechanisms behind the trend toward constitutionalization and judicialization in divided polities have not been adequately delineated by the major theories of constitutional transformation. As I have shown in this article, the “consociational,” evolutionist, systemic need-based (or the “ungovernability”), “new institutionalist,” and electoral markets models cannot explain, for example, the recent history of constitutional entrenchment of rights and judicial review in Israel, Canada, New Zealand, and South Africa (to mention only the four cases I have examined in this paper). My brief analysis of constitutional politics in the above polities reveals that the wave of constitutionalization in these countries can be more productively understood, on the basis of an interest-based hegemonic struggle approach, as a conscious strategy undertaken by threatened political and economic elites seeking to preserve their hegemony through the insulation of policymaking from the democratic menace of popular political pressures. Moreover, what I have called the “hegemonic preservation” thesis serves as a reminder that seemingly humanitarian constitutional reforms often mask an essentially self-serving agenda. The constitutionalization of rights, in other words, is often not so much the cause or a reflection of a progressive revolution in a given polity, as it is a means by which preexisting and ongoing sociopolitical struggles in that polity are carried out.” (HIRSCHL, Ran. *The Political Origins of Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Four Constitutional Revolutions*. *Law & Social Inquiry*, Chicago, v. 25, n. 1, pp. 91–149, jan. 2000. pp. 138/139)

eleitas devem ter bons motivos para se absterem de sancionar juízes por levantar tais objeções. Isto é, haveria um suporte político para o *judicial review*.<sup>158</sup>

Assim, a forma de nomeação dos membros da Corte Constitucional torna possível que o governo alinhe o perfil da Corte de acordo com as suas preferências políticas.<sup>159</sup> Nesse sentido, Ran Hirschl afirma que haveria dois fatores que podem facilitar o consciente empoderamento da Corte Constitucional pelas elites políticas, quais sejam, um nível suficiente de certeza que a Corte é suscetível de produzir decisões que, em geral, servirão melhor aos seus interesses e às suas preferências ideológicas; e a confiança pública generalizada acerca da imparcialidade política do poder judicial, pois a diferença entre direito e política legitima fundamentalmente o sistema da separação de poderes.<sup>160</sup>

Desse modo, o poder de controle de constitucionalidade dos tribunais pode ser um instrumento valioso para os propósitos de uma coalizão política que compõe a base governista, a fim de superar as barreiras que impedem que seus objetivos políticos sejam atingidos. Para Whittington, haveria dois requisitos ou premissas para que essa afirmação seja razoável, quais sejam, a constatação de que os tribunais costumam ser ideologicamente favoráveis ao governo e a ideia de que a revisão judicial é realmente útil para as atuais maiorias políticas.<sup>161</sup>

Para amparar a sua primeira premissa, Whittington afirma que é improvável que as maiorias políticas apoiem os tribunais ideologicamente divergentes delas e incapazes de

---

<sup>158</sup> WHITTINGTON, Keith E. “Interpose Your Friendly Hand”: Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court. In: *American Political Science Review*, Princeton, v. 99, n. 4, pp. 583-596, nov. 2005. p. 583.

<sup>159</sup> “Most routinely, the political appointments process creates regular opportunities for elected officials to bring the Court into line with political preferences.” (WHITTINGTON, Keith E. “Interpose Your Friendly Hand”: Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court. In: *American Political Science Review*, Princeton, v. 99, n. 4, pp. 583-596, nov. 2005. p. 583)

<sup>160</sup> “In general, two factors may facilitate conscious judicial empowerment and reduce the short-term *risk* of those who voluntarily hand policymaking authority over to the judiciary. The first condition is a sufficient level of certainty among those initiating the transition to juristocracy that the judiciary in general and the Supreme Court in particular are likely to produce decisions that, by and large, will better serve their interests and reflect their ideological preferences. In this regard, a growing body of literature tends to refute the proposition that supreme courts are simply guardians of the rule of law without any other complementary or contradictory political interests. According to this body of literature, supreme courts are inclined to rule in accordance with national metanarratives, prevailing ideological and cultural propensities, and the interests of ruling elites (Smith 1997; Knight and Epstein 1996; Epstein and Walker 1995; Mishler and Sheehan 1993; Koh 1988; Tushnet 1988; Dahl 1957) (...) A second condition that reduces the short-term *risk* for those who voluntarily hand power over to courts is the existence of widespread public trust in the political impartiality of the judiciary. The appearance of political dependence would collapse the distinction between law and politics on which the fundamental legitimacy of separation of powers system depends.” (HIRSCHL, Ran. *The Political Origins of Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Four Constitutional Revolutions*. *Law & Social Inquiry*, Chicago, v. 25, n. 1, pp. 91-149, jan. 2000. pp. 116/120)

<sup>161</sup> WHITTINGTON, Keith E. “Interpose Your Friendly Hand”: Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court. In: *American Political Science Review*, Princeton, v. 99, n. 4, pp. 583-596, nov. 2005. p. 584.

trabalhar em conjunto com elas para atingir objetivos políticos comuns. No entanto, isso não quer dizer que os presidentes e os partidos políticos nunca serão surpreendidos por decisões judiciais contrárias aos seus interesses, proferidas por juízes por eles nomeados, mas apenas que o Tribunal frequentemente compartilha das sensibilidades constitucionais e ideológicas dos líderes políticos.<sup>162</sup> A esse respeito, Ran Hirschl mostra que, de acordo com estudos comparativos acerca dos procedimentos de nomeação dos juízes das Cortes Constitucionais de diversos países, essa nomeação sempre tem uma importante dimensão política, não importando a forma como esse processo de nomeação é construído. Por conseguinte, as características demográficas, as propensões culturais e ideológicas dos juízes das Cortes Constitucionais tendem a ser parecidos com o resto da elite política nesses países.<sup>163</sup>

De acordo com a segunda premissa de Whittington, a revisão judicial é realmente útil para as atuais maiorias políticas, como já se expôs. A utilidade para os legisladores de outros poderes judiciais, como o poder de interpretar as leis e fazê-las cumprir, é bastante evidente. Entretanto, é menos evidente a utilidade, para os legisladores atuais, do poder judicial de controle de constitucionalidade, haja vista que este instrumento tem por escopo retirar do ordenamento jurídico leis aprovadas pelo parlamento. De qualquer forma, fica mais fácil de notá-la quando se observa que o controle de constitucionalidade pode ser utilizado para anular leis passadas, aprovadas por coalizões políticas anteriores, de modo que o Tribunal pode, mediante este mecanismo, modificar a base legislativa. Assim, quando as coalizões políticas atuais são incapazes para modificar a base legislativa, os tribunais

---

<sup>162</sup> WHITTINGTON, Keith E. “Interpose Your Friendly Hand”: Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court. In: *American Political Science Review*, Princeton, v. 99, n. 4, pp. 583-596, nov. 2005. p. 584.

<sup>163</sup> “Political power holders often possess some control over the personal composition of national high courts. As a recent comparative study of judicial appointment procedures concludes, no matter how the process is constructed, it always has an important political dimension (Maleson & Russell 2006). Consequently, the demographic characteristics, cultural propensities, and ideological tilts of supreme court judges in most countries are likely to match the rest of the political elite in these countries. As Dahl (1957, p. 291) observes with regard to the US Supreme Court, ‘it is unrealistic to suppose that a Court whose members are recruited in the fashion of the Supreme Court justices would long hold to norms of rights of justice that are substantially at odds with the rest of the political elite.’ The appeal of judicialization is even more evident in polities facing deep divisions along secular/ religious lines. Most constitutional court judges have had a general legal education and are familiar with Western law’s basic principles and methods of reasoning. More often than not, the judges’ educational background, cultural propensities, and social milieu are closer to those of the urban intelligentsia and top state bureaucrats than to any other social group. Constitutional courts are established and funded by the state. Their judges are appointed by state authorities, often with the approval of political leaders. A judge’s record of adjudication is well known at the time of his or her appointment. What is more, the very logic of modern constitutional law and courts—with their state-driven legitimacy and authority, procedural rules of engagement, methods and styles of reasoning, and often measured approach to politically charged questions—seems intrinsically consonant with a moderate approach to issues of religion and state.” (HIRSCHL, Ran. *The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts. The Annual Review of Political Science*, v. 11, pp. 93-118, 2008. p. 109)



poderiam utilmente fazer este trabalho para elas.<sup>164</sup> Por exemplo, num sistema federativo, quando há coalizões políticas heterogêneas, líderes políticos podem ser incapazes de mobilizar parlamentares aliados em torno de determinada política, que, no entanto, é vista com simpatia por “juízes aliados”.<sup>165</sup>

Contudo, Whittington também ressalta que um “amistoso” controle de constitucionalidade não significa necessariamente que o Tribunal simplesmente atenderá as vontades dos líderes políticos. Com efeito, os políticos não sabem com certeza o que os juízes farão quando questionada a constitucionalidade de determinada legislação. Embora os líderes políticos possam esperar que o Tribunal agirá de determinada maneira em dado caso, ele poderá muito bem “decepcioná-los”.<sup>166</sup>

Em outras ocasiões, para Whittington, os juízes podem muito bem decidir com base nos seus próprios entendimentos acerca do direito constitucional, mesmo quando tais entendimentos não são compartilhados pelos líderes políticos, ou quando os seus efeitos não são por estes desejáveis. Nesses casos em que o resultado do controle judicial de constitucionalidade se torna indesejável para o Presidente ou para líderes políticos, a lógica será bem diferente da exposta até aqui. Se a obstrução da Corte Constitucional aos interesses das coalizões políticas for relativamente pequena, o capital político acumulado da Corte pode encorajar apenas que os líderes políticos cedam à posição judicial ou busquem contornar a decisão do Tribunal. Todavia, nos casos em que a obstrução é mais grave, tal como nas situações em que a Corte obstaculiza as principais políticas do governo, a reação política pode ser mais grave e a força do Tribunal pode ser testada. Assim, nem todos os casos de controle de constitucionalidade se traduzem no atendimento dos interesses dos líderes políticos, mas a possibilidade de controle de constitucionalidade favorável aos seus interesses os leva a tolerar os casos em que as decisões judiciais lhes são indesejáveis politicamente e a incentivá-los quando a Corte se comporta de maneira politicamente útil aos seus interesses.<sup>167</sup>

---

<sup>164</sup> WHITTINGTON, Keith E. “Interpose Your Friendly Hand”: Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court. In: *American Political Science Review*, Princeton, v. 99, n. 4, pp. 583-596, nov. 2005. p. 584.

<sup>165</sup> WHITTINGTON, Keith E. “Interpose Your Friendly Hand”: Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court. In: *American Political Science Review*, Princeton, v. 99, n. 4, pp. 583-596, nov. 2005. p. 585.

<sup>166</sup> WHITTINGTON, Keith E. “Interpose Your Friendly Hand”: Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court. In: *American Political Science Review*, Princeton, v. 99, n. 4, pp. 583-596, nov. 2005. p. 585.

<sup>167</sup> WHITTINGTON, Keith E. “Interpose Your Friendly Hand”: Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court. In: *American Political Science Review*, Princeton, v. 99, n. 4, pp. 583-596, nov. 2005. p. 585.

Desse modo, Whittington considera que existem três barreiras comuns à bem-sucedida ação da agenda política das coligações na política norte-americana, em que o *judicial review* se torna extremamente útil, quais sejam: a) o federalismo; b) os interesses entrenchados (*entrenched interests*); e c) a heterogeneidade da coalizão política. Nessa linha, mostra como cada um desses obstáculos à agenda política pode ser superado pelo *judicial review* – o que justificaria o suporte político ao controle de constitucionalidade – e como o ativismo judicial da Corte Constitucional pode ser útil à política em determinados casos.<sup>168</sup>

Whittington ressalta que, nos Estados Unidos, o contexto federativo talvez tenha sido o mais importante fator para gerar apoio das autoridades nacionais ao *judicial review*. Com efeito, o apoio das autoridades nacionais à revisão judicial adveio da imposição, pela Corte Constitucional, da sua agenda constitucional compartilhada com a política nacional nos Estados recalcitrantes, isto é, contra atores que impedem objetivos políticos nacionais. Com efeito, historicamente, os Estados-membros dos EUA têm ocupado mais a atenção da Corte Constitucional do que o governo federal, pois, na prática, são o principal alvo do controle de constitucionalidade. Whittington ressalta que a Suprema Corte norte-americana derrubou as políticas estaduais e locais em bem mais de 1.100 casos, enquanto rejeitou políticas federais em apenas mais de 150 casos.<sup>169</sup>

A esse respeito, Whittington relata que a independência dos governos estaduais e municipais em relação ao governo nacional é uma fonte de resistência dentro do regime constitucional que as autoridades políticas nacionais pretendem estabelecer. Essa mesma dificuldade teria levado defensores da reforma constitucional da década de 1780 (nos EUA) a buscar um governo nacional forte, com capacidade para disciplinar os atores políticos subnacionais. No entanto, apesar de os membros da assembleia constituinte (*constitutional convention*) não estarem dispostos a dar ao Congresso o poder de diretamente vetar discricionariamente leis estaduais, redigiram uma cláusula de que a Constituição é superior a leis estaduais contrárias, o que implica a possibilidade de controle de constitucionalidade pela

---

<sup>168</sup> WHITTINGTON, Keith E. “Interpose Your Friendly Hand”: Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court. In: *American Political Science Review*, Princeton, v. 99, n. 4, pp. 583-596, nov. 2005. p. 585/586.

<sup>169</sup> WHITTINGTON, Keith E. “Interpose Your Friendly Hand”: Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court. In: *American Political Science Review*, Princeton, v. 99, n. 4, pp. 583-596, nov. 2005. p. 586.

Suprema Corte norte-americana das ações dos Estados-membros.<sup>170</sup> Assim, fica claro que o *judicial review* possibilita o controle das leis estaduais pela Suprema Corte, a fim de “assegurar a supremacia da Constituição”.

Tom Ginsburg também enfatiza o federalismo como sendo uma das principais explicações para a fundação e a sustentação do *judicial review* nos Estados Unidos. Para ele, sempre que existirem dois órgãos ou níveis diferentes de produção normativa com competências territoriais diferentes, haverá um potencial conflito de competências. Assim, um terceiro órgão neutro pode servir a ambos os níveis de governo para resolver essas disputas quando elas surgirem. Além disso, no sistema federalista, será comum que os Estados-membros criem barreiras protecionistas, prejudicando o livre comércio. Neste caso, um terceiro órgão neutro na forma de tribunal poderá avaliar se a legislação estadual prejudica o compromisso do livre comércio em âmbito nacional, previsto na Constituição.<sup>171</sup> Assim, observa-se como o *judicial review* revela-se um instrumento importante para o federalismo. Entretanto, pensando-se em âmbito mundial, há vários países que adotaram o sistema do *judicial review* e não são Estados Federados, mas Unitários. Ou seja, o controle judicial de constitucionalidade pode ser um instrumento útil ao federalismo, mas o federalismo não é a única justificativa possível para se adotar o *judicial review*.

Na linha de raciocínio de Whittington, uma segunda barreira à agenda das coligações na política norte-americana – que também pode ser superada pelo *judicial review* – é, como já se expôs, a existência dos interesses entrenchados (*entrenched interests*). Segundo o autor, os interesses entrenchados podem muitas vezes frustrar a reforma e beneficiar um poderoso *status quo* da legislação norte-americana. Assim, da mesma forma que Presidentes tomam iniciativas para contornar obstáculos legislativos, tribunais podem ser um veículo alternativo útil para uma pretendida reforma, mesmo por parte das coalizões políticas majoritárias.<sup>172</sup>

A terceira barreira à pauta das lideranças políticas, que pode ser superada pelo *judicial review*, é a turbulência de coalizões políticas heterogêneas, segundo Whittington. Os partidos políticos norte-americanos muitas vezes são coalizões turbulentas e a unidade do

---

<sup>170</sup> WHITTINGTON, Keith E. “Interpose Your Friendly Hand”: Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court. In: *American Political Science Review*, Princeton, v. 99, n. 4, pp. 583-596, nov. 2005. p. 586.

<sup>171</sup> GINSBURG, Tom. The global spread of constitutional review. In: WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. *The Oxford Handbook of Law and Politics*. New York : Oxford University Press, 2008. pp. 81-98. pp. 83/84.

<sup>172</sup> WHITTINGTON, Keith E. “Interpose Your Friendly Hand”: Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court. In: *American Political Science Review*, Princeton, v. 99, n. 4, pp. 583-596, nov. 2005. p. 588.

partido pode ser conseguida em detrimento de compromissos políticos substanciais. Assim, para os líderes de facções internas do partido do governo, o *judicial review* pode oferecer os meios para permitir a discordância intracoalizãõ e, potencialmente, para desfazer os compromissos políticos que tiveram que ser feitos nas arenas políticas e legislativas em nome da unidade da coalizãõ. Assim, o recurso a uma amigável revisãõ judicial pode suavizar as relações legislativas de membros de coalizões políticas turbulentas, proporcionando alguma medida de adicional segurança para os compromissos centrais de líderes partidários e Presidentes. Portanto, mesmo a invalidaçãõ judicial de lei federal recente – aprovada pelos parlamentares dos mandatos em curso – não será necessariamente indesejável por líderes políticos atuais.<sup>173</sup>

Whittington também ressalta que o *judicial review* pode ser um aliado das lideranças políticas para que essas possam superar coalizões políticas internamente pressionadas (*cross-pressured political coalitions*). Nesse tocante, imperioso observar que há algumas questões com as quais os políticos não podem lidar facilmente. Os eleitores dos parlamentares inividuais podem estar fortemente divididos sobre determinado assunto, ou ser hostis a uma política que o parlamento gostaria de adotar. Assim, as lideranças partidárias, incluindo Presidentes e líderes no Legislativo, devem, por vezes, igualmente gerenciar coalizões políticas profundamente divididas e internamente pressionadas. Quando deparam com tais situações, as autoridades eleitas podem procurar os tribunais para resolver a questãõ polêmica, a fim de contornar a inércia legislativa. Nesses casos, as autoridades eleitas do Executivo e do Legislativo prefererem procurar o Judiciário para resolver a questãõ política, mesmo que a decisãõ judicial possa ser incerta ou desfavorável, pois pretendem evitar as consequências políticas e eleitorais negativas que uma tomada de decisãõ lhes acarretaria. Diante da impopularidade da decisãõ que precisa ser tomada, os líderes da coalizãõ e os políticos pressionados preferem transferir a culpa da decisãõ controversa para o Tribunal, a fim de preservar o seu apoio eleitoral e a unidade da coalizãõ.<sup>174</sup>

---

<sup>173</sup> WHITTINGTON, Keith E. “Interpose Your Friendly Hand”: Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court. In: *American Political Science Review*, Princeton, v. 99, n. 4, pp. 583-596, nov. 2005. p. 589.

<sup>174</sup> WHITTINGTON, Keith E. “Interpose Your Friendly Hand”: Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court. In: *American Political Science Review*, Princeton, v. 99, n. 4, pp. 583-596, nov. 2005. p. 591/592.

Assim, Whittington conclui que a Corte Constitucional pode ser capaz de “interpor sua mão amiga” para ajudar na tarefa política dos líderes políticos e seus afiliados, por intermédio do exercício do “poder independente” de revisão judicial.<sup>175</sup>

Tudo isso mostra como talvez não seja verdadeira a conclusão de que o exercício contramajoritário do controle de constitucionalidade desagrade os líderes políticos atuais. Além disso, explica como uma postura ativista da Corte Constitucional no controle de constitucionalidade é tolerada e muitas vezes incentivada pelas autoridades políticas eleitas do Executivo e do Legislativo.

Esse aporte teórico permite comparações e reflexões importantes, considerando as peculiaridades do sistema institucional e dos arranjos políticos brasileiros. Com efeito, a partir da teoria política acima exposta, é possível indagar como o controle de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil foi ampliado nos planos normativo e pragmático. Para tanto, exige-se uma análise institucional e interna, isto é, a aferição das instituições brasileiras e de como os Poderes Constituídos se relacionam entre si. De qualquer forma, o aporte teórico da ciência política e uma análise comparativa às instituições norte-americanas podem trazer importantes contribuições para a aferição do contexto brasileiro.

Razões semelhantes às que foram acima expostas talvez sirvam para explicar como, no Brasil, a Constituição Federal de 1988 e emendas constitucionais posteriores ampliaram o controle abstrato e concentrado de constitucionalidade. Talvez não haja uma verdadeira disputa de poder entre o Presidente da República, os congressistas e os membros do Supremo Tribunal Federal, mas uma acomodação de interesses políticos. Isto é, no Brasil, assim como nos Estados Unidos, talvez o controle de constitucionalidade realizado pela Corte Constitucional seja útil aos líderes políticos do Congresso Nacional e ao governo federal, sobretudo para superar os entraves do federalismo, dos interesses entrenchados (*entrenched interests*) – que impedem o desenvolvimento de determinados setores – e da heterogeneidade da coalizão política.

Em primeiro lugar, no Brasil, os Ministros do Supremo Tribunal Federal também são nomeados pelo Presidente da República, após aprovação do Senado Federal. Assim, não é difícil constatar que o Chefe do Executivo historicamente nomeia para esse cargo pessoas com quem possui alguma relação pessoal, ou que têm um perfil consentâneo com a política governamental, ou, mais especificamente, que possuem entendimento na linha das decisões

---

<sup>175</sup> WHITTINGTON, Keith E. “Interpose Your Friendly Hand”: Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court. In: *American Political Science Review*, Princeton, v. 99, n. 4, pp. 583-596, nov. 2005. p. 594.

que serão favoráveis à política governamental, ao partido do governo ou aos seus líderes partidários. Com efeito, a indicação de determinada pessoa para o cargo de Ministro do STF comumente ocorre após uma conversa reservada com o Presidente da República, que, a seguir, será submetida a uma sabatina no Senado Federal, onde os senadores indagarão o candidato sobre diversos temas, inclusive sobre casos importantes que estão submetidos ao julgamento do STF.

Tais considerações sobre a forma política de nomeação para os cargos de Ministro do STF demonstram que talvez, no Brasil, o chefe do Executivo e os parlamentares da mesma coalizão política do governo não sejam contrários ao controle de constitucionalidade realizado pelo STF, pois, de certa forma, moldam o perfil da Corte de acordo com os seus interesses políticos.

Além disso, é possível que a Corte Constitucional brasileira também sirva aos interesses do governo federal contra os Estados-membros. No Brasil, não existe sobreposição de lei federal em detrimento de lei estadual ou municipal, mas apenas uma divisão de competências legislativas, estabelecidas pela Constituição Federal, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Entretanto, em diversos casos, a definição dos limites da competência legislativa de cada ente federado fatalmente acaba necessitando de interpretação constitucional. Nesse sentido, sendo questionada a constitucionalidade de uma dessas leis em razão da invasão da competência legislativa do outro ente federado, caberá ao STF decidir a questão no controle abstrato e concentrado de constitucionalidade. Além disso, havendo, por outra razão (não legislativa), conflito federativo entre os entes federados, há competência originária do STF para julgar a causa. Assim, o STF, integrante do Poder Judiciário da União, composto por Ministros nomeados pelo Presidente da República após aprovação da indicação pelo Senado Federal, é quem julgará a controvérsia federativa. Pela análise dessa sistemática, já é intuitivo que haverá uma prevalência dos interesses da União sobre os interesses dos Estados e dos Municípios.

Em pesquisa empírica coordenada pelos Professores Alexandre Araújo Costa e Juliano Zaiden Benvido, da Universidade de Brasília, demonstrou-se que, no período analisado (junho de 1999 a maio de 2010, da ADI 2010 à ADI 4009), 30% (582) das ações diretas de inconstitucionalidade foram propostas contra atos normativos federais; 1% (27) contra atos normativos municipais; e 69% (1303) das ADIs foram propostas contra atos

normativos estaduais.<sup>176</sup> Isso denota que a grande maioria das ações diretas de inconstitucionalidade volta-se contra atos normativos dos Estados, o que reforça a conclusão de que o controle abstrato de constitucionalidade revela-se útil para o federalismo e, sobretudo, para os interesses da União.

Isso talvez explique por que o controle abstrato de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal é tolerado pelo governo federal e pelos congressistas, sendo inclusive desejado um certo ativismo judicial, pois podem ser úteis aos seus interesses.

O controle de constitucionalidade também tem sido um mecanismo utilizado no Brasil para superar o problema dos “interesses intrincheirados” (*entrenched interests*), ou seja, quando a própria base aliada ou a coalização política majoritária está dividida internamente. Não havendo consenso sobre determinada questão, que precisa ser legislada, o Congresso Nacional comumente fica inerte, desejando que o Supremo Tribunal Federal resolva a questão. Isso aconteceu, por exemplo, com a questão do direito de greve dos servidores públicos. Nesse tocante, diante da divisão existente dentro da base aliada ao governo, nunca foi editada lei para regular essa matéria. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto dos Mandados de Injunção n.º 670<sup>177</sup>, n.º 708<sup>178</sup> e n.º 712<sup>179</sup>, em 2007, determinou que houvesse a aplicação das Leis 7.701/1988 e 7.783/1989, que disciplinava o direito de greve dos trabalhadores em geral, aos servidores públicos civis, haja vista a falta de disciplina legal a esta categoria, enquanto o Congresso Nacional não legislasse sobre a matéria. A questão é que, mesmo após essa decisão, o parlamento nunca conseguiu consenso mínimo para votar a matéria, nem mesmo dentro da própria base aliada ao governo.

De outro lado, o controle de constitucionalidade realizado pelo STF também se revela útil aos interesses das lideranças políticas no que se refere à superação da pressão interna existente nas coalizões políticas em razão da insuperável controvérsia sobre certos temas. Com efeito, é comum que parlamentares e inclusive eleitores tenham divergências intransponíveis acerca de determinadas questões. Como já foi demonstrado, o parlamento,

---

<sup>176</sup> COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano Zaiden; ALVES, André Gomes; MEDEIROS FILHO, João Telésforo N. de. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? Um perfil das decisões de procedência em ADIs. In: *Anais do 7º Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política (ABCP)*. São Paulo : ABCP, 2010.

<sup>177</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n.º 670. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Relator p/ Acórdão: Ministro Gilmar Mende. Tribunal Pleno. Julgado em 25/10/2007. DJe-206, 31-10-2008. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 207-01, p. 11.

<sup>178</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n.º 708. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 25/10/2007. DJe-206, 31-10-2008. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 207-02, p. 471.

<sup>179</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n.º 712. Relator: Ministro Eros Grau. Tribunal Pleno. Julgado em 25/10/2007. DJe-206, 31-10-2008, v. 2339-03, p. 384.

composto por membros das mais diversas classes é, ao menos em tese, mais capacitado para internalizar as discordâncias e tomar uma melhor decisão política sobre a questão. No entanto, haveria um ônus político para o partido, em razão da possibilidade de cisão do partido ou rompimento da coalizão, e para os parlamentares eleitos, em razão da impopularidade da medida a ser adotada. Em razão disso, também no Brasil há algumas questões com as quais os políticos não conseguem lidar facilmente.

Nesses casos, embora o parlamento seja o fórum próprio para tais discussões, os parlamentares desejam que o Judiciário tome uma decisão e assumam o ônus político da impopularidade da medida. É o caso, por exemplo, da questão do aborto de fetos anencefálicos, do reconhecimento da instituição da união estável aos casais homoafetivos, dentre outras. Nesse tocante, observa-se que o chefe do Executivo e os congressistas deliberadamente deixaram de analisar temas extremamente controversos, não só permitindo como também desejando que a decisão final da questão ficasse a cargo do STF.

Portanto, deve ser desfeito o mito de que os parlamentares e o chefe do Executivo são contrários a um modelo forte de controle judicial de constitucionalidade. A análise institucional leva à outra conclusão, qual seja, a de que frequentemente o chefe do Executivo, as coalizões políticas ligadas ao governo e os parlamentares toleram e, inclusive, em alguns casos, fomentam o controle judicial de constitucionalidade realizado pelo STF.

Todavia, dizer que autoridades políticas eleitas frequentemente desejam um controle judicial de constitucionalidade forte realizado pelo STF não é o mesmo que afirmar que isso é útil à democracia e aos interesses da sociedade. Como afirma Louis Fischer, “para os membros do Congresso, fugir destas questões, alegando que o Tribunal deve tomar a decisão final, é tentador, mas irresponsável.”<sup>180</sup> Com efeito, a permanente tensão entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário é imprescindível para que seja resguardada a democracia e para que o Estado não se degenere para uma autocracia, sempre indesejável. Então, se os membros dos Poderes Constituídos não resguardarão, por si sós, o equilíbrio e a tensão permanente e produtiva que deve haver, será preciso pensar em mecanismos e instituições que resguardem esse equilíbrio, ou um maior equilíbrio possível.

De qualquer forma, conhecer a realidade institucional e a forma como os membros dos Poderes Constituídos se relacionam é fundamental para desmistificar a ideia de que eles estão sempre em confronto entre si, ou de que os parlamentares e o Presidente da República

---

<sup>180</sup> Tradução livre da seguinte frase: “For members of Congress to shy away from these issues, claiming that the Court must make the ultimate determination, in tempting but irresponsible” (FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process*. Princeton, New Jersey : Princeton University Press, 1988. p. 5)



seriam contrários a um controle de constitucionalidade forte. Ter como pressuposto essa realidade será imprescindível para pensar em instituições que realmente garantam o equilíbrio entre os Poderes Constituídos e permitam uma maior democratização e participação dos cidadãos e das diversas instituições no processo de constituição de sentido para o texto constitucional.

#### **2.4 A Assembleia Nacional Constituinte e o Supremo Tribunal Federal como ator político: reflexões acerca da influência política no fortalecimento do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade no Brasil**

Em primeiro lugar, é preciso deixar claro que não se pretende, neste item, questionar os dispositivos constitucionais em razão da forma política como eles foram discutidos e aprovados, tampouco os interesses que estão por trás da sua aprovação. O que se objetiva é desmistificar algumas afirmações que têm se disseminado no ambiente jurídico brasileiro, inclusive por renomados constitucionalistas.

Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gonet Branco afirmam que “a nossa Constituição se entregou, por inteiro, à guarda dessa Corte [STF]”, porque ela sabia que “a sua integridade dependeria, exclusivamente, da dignidade de seus juízes”.<sup>181</sup> Essa afirmação não seria, em tese, tão preocupante, não fosse o fato de que reflete a ideia de respeitados autores e é compartilhada por diversos constitucionalistas brasileiros, o que tem servido para legitimar um avanço do controle judicial de constitucionalidade sobre searas que antes pertenciam quase que exclusivamente aos demais Poderes Constituídos.

Para confirmar ou desmistificar um argumento desses, é preciso analisar o berço da Constituição, ou seja, os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, instância representativa do poder constituinte originário. No entanto, uma análise puramente teórica seria insuficiente para esse propósito, razão pela qual é imprescindível aferir a teoria do poder constituinte à luz da real capacidade de manifestação da soberania popular e da forma como se deram as estratégias políticas que culminaram na aprovação do texto final produzido pela Assembleia Nacional Constituinte.

---

<sup>181</sup> “Não por acaso, ao instituir o Supremo Tribunal Federal, a nossa Constituição se entregou, por inteiro, à guarda dessa Corte, mesmo sabendo – ou porque soubesse –, que a sua integridade dependeria, exclusivamente, da dignidade de seus juízes, que de armas eles não dispõem.” (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 155)

O poder constituinte é um poder onipotente, imanente e expansivo de produção das normas constitucionais, que não pode ser enclausurado pelo direito ou pelo constitucionalismo.<sup>182</sup> Por isso, dizer-se que ele é absoluto, ilimitado, embora esteja sujeito a condicionantes materiais, históricas e culturais. Além disso, é um poder transcendente<sup>183</sup>, pois não se exaure com a promulgação da Constituição, permanecendo externo ao direito. Por isso, pode-se afirmar que o poder constituinte é transconstitucional, pois, mesmo após a promulgação da Constituição, permanece latente, não se transformando em poder constituído.<sup>184</sup> O poder constituinte permanece acima e ao lado da Constituição. Para Antonio Negri, o paradigma de poder constituinte “é aquele de uma força que irrompe, quebra, interrompe, desfaz todo equilíbrio preexistente e toda continuidade possível. O poder constituinte está ligado à ideia de democracia, concebida como poder absoluto.”<sup>185</sup>

Entretanto, nas Constituições democráticas brasileiras, historicamente o poder constituinte manifesta-se numa assembleia, ou seja, indiretamente, por intermédio de representantes eleitos. Assim, é preciso investigar se a vontade soberana do povo consegue se expressar na constituinte em toda a sua amplitude.

Paulo Bonavides afirma que a constante contestação da legitimidade do poder e da ordem social no Brasil é um reflexo não da crise da constituição, senão de uma “crise constituinte”, isto é, da inadequação do sistema político e da ordem social ao atendimento das necessidades básicas da ordem social. Segundo Bonavides, o problema constitucional brasileiro estaria fundado na contradição existente entre a constituição formal e a constituição material, ou seja, entre a constituição promulgada pela constituinte e a realidade social, o que geraria uma crise permanente.<sup>186</sup> Assim, para o autor, o poder constituinte do povo, na crise constituinte, é condenado a tornar-se mero símbolo formal, referendando os conteúdos constitucionais de outro poder constituinte, o das forças reais de poder.<sup>187</sup>

Considerando essas premissas e a ideia de que o poder constituinte do povo, como poder absoluto, é a grande manifestação da soberania, Gilberto Bercovici afirma que o problema central é o fato de que a soberania brasileira, como soberania de um Estado

---

<sup>182</sup> NEGRI, Antonio. *O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. (trad. Adriano Pilatti). Rio de Janeiro : DP&A, 2002. p. 7-12.

<sup>183</sup> NEGRI, Antonio. *O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. (trad. Adriano Pilatti). Rio de Janeiro : DP&A, 2002. p. 12.

<sup>184</sup> SALDANHA, Nelson. *O poder constituinte*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1986. p. 83.

<sup>185</sup> NEGRI, Antonio. *O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. (trad. Adriano Pilatti). Rio de Janeiro : DP&A, 2002. p. 21.

<sup>186</sup> BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1991. pp. 5-12.

<sup>187</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo : Malheiros, 1998. pp. 169-171.

periférico, é uma “soberania bloqueada”.<sup>188</sup> Segundo o autor, a soberania, no Brasil, nunca se manifestou plenamente. Assim, para Bercovici, a crise constituinte “está ligada aos bloqueios à manifestação da soberania plena no Brasil”.<sup>189</sup>

De um lado, é certo que a Constituição de 1988 foi a mais democrática dentre as Constituições brasileiras, que reconheceu um longo catálogo de liberdades e direitos civis, e previu muitas normas retificadoras das desigualdades sociais. Entretanto, talvez não se possa negar que, em muitos aspectos, também houve certos bloqueios à manifestação da soberania popular plena.

Nesse sentido, alguns relatos históricos mostram que a jurisdição constitucional e os poderes do Supremo Tribunal Federal foram colocados na Constituição Federal sob muita barganha política e jogo de interesses. Ou seja, durante a Assembleia Nacional Constituinte, o Supremo Tribunal Federal também participou – e obviamente continua participando – do jogo político com os demais Poderes Constituídos, sobretudo para consolidação e concentração de poder.

A esse respeito, os cientistas políticos Andrei Koerner e Lígia Barros de Freitas, com base em pesquisa de fontes primárias, relatam que “os ministros do STF foram importantes atores na Constituinte, construindo alianças com os parlamentares de centro e centro-direita, para que apoiassem a preservação do tribunal.”<sup>190</sup> A atuação do STF no processo constituinte ocorreu, basicamente, de três formas: como arena decisória, como recurso estratégico e como instância legitimadora da nova Constituição.<sup>191</sup>

Durante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte (ANC), o STF teve intensa participação como ator político, sendo frequentemente mobilizado pelos conservadores como recurso estratégico – para que fizessem prevalecer seus interesses – nos principais conflitos que surgiam sobre os poderes da Constituinte e os Poderes Constituídos, sobre as regras internas da ANC e sobre a duração do mandato do Presidente Sarney. Os ministros do STF tiveram grande participação como opinantes constitucionais sobre diversos temas da Constituinte, bem como atuaram intensamente como representantes institucionais do Poder Judiciário na criação e na manutenção de prerrogativas institucionais. Além disso, a sua

---

<sup>188</sup> BERCOVICI, Gilberto. O Poder Constituinte do Povo no Brasil: Um Roteiro de Pesquisa sobre a Crise Constituinte. *Lua Nova*, São Paulo, n. 88, pp. 305-325, 2013. p. 316.

<sup>189</sup> BERCOVICI, Gilberto. O Poder Constituinte do Povo no Brasil: Um Roteiro de Pesquisa sobre a Crise Constituinte. *Lua Nova*, São Paulo, n. 88, pp. 305-325, 2013. p. 317.

<sup>190</sup> KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo. *Lua Nova*, São Paulo, n. 88, pp. 141-184, 2013. pp. 162/163.

<sup>191</sup> KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo. *Lua Nova*, São Paulo, n. 88, pp. 141-184, 2013. p. 142.

atuação política foi determinante para a disciplina constitucional da composição da Corte, da quantidade e da forma de nomeação dos seus ministros, da sua competência e do modelo do controle de constitucionalidade.<sup>192</sup>

Em troca do apoio dos membros da Constituinte na preservação do STF, os ministros desta Corte proferiam decisões conservadoras e de restrição à ANC, o que ia ao encontro da agenda que os políticos de centro e centro-direita defendiam. Como relatam Andrei Koerner e Lígia Freitas, durante o processo constituinte, “o STF está pareado às Forças Armadas, ministros e militares se completam como os braços legal e armado da manutenção da ordem e sustentação do presidente, para bloquear avanços na elaboração da nova Constituição e projetar para o futuro a situação existente.” Assim, esses políticos de centro e centro-direita faziam o uso estratégico do STF para bloquear decisões que consideravam indesejáveis por parte da ANC.<sup>193</sup>

Ao fim, o STF, em geral, logrou êxito na sua participação como ator político. Com efeito, permaneceu como órgão de cúpula e representante máximo do Poder Judiciário. Além disso, manteve a forma de ingresso de seus ministros, nomeados pelo Presidente da República após aprovação do Senado Federal, sem reserva de vagas para juízes de carreira. Também conseguiu manter os modelos de controle concentrado e de controle difuso de constitucionalidade, mas com ampliação dos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade – o STF defendia que essa legitimidade deveria continuar restrita ao Procurador-Geral da República.<sup>194</sup>

---

<sup>192</sup> KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo. *Lua Nova*, São Paulo, n. 88, pp. 141-184, 2013. p. 179.

<sup>193</sup> “Enfim, a mobilização dos ministros para manter o STF tal como existia e para bloquear outras inovações na Constituinte pode ser entendida, por um lado, como parte da estratégia geral dos conservadores em manter intacta a estrutura institucional existente e, assim, assegurar que a ANC não ultrapassaria os limites de uma revisão constitucional. À medida que não houvesse a reorganização política fundamental dos poderes constituídos, o caráter derivado e limitado da Constituinte seria implicitamente confirmado. A preservação do STF era a da própria ordem constitucional moribunda de que era o intérprete supremo. Assim, a própria insistência dos ministros na manutenção institucional do STF expressava sua aliança com os conservadores. Por outro lado, o apoio dos conservadores à demanda dos ministros pela preservação do STF resultava da intenção destes de frear as mudanças na Constituinte e era a contrapartida ao apoio dos ministros à agenda que defendiam, especialmente no que concernia ao reiterado uso estratégico que faziam do STF para bloquear decisões que consideravam indesejáveis por parte da ANC.” (KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo. *Lua Nova*, São Paulo, n. 88, pp. 141-184, 2013. p. 181)

<sup>194</sup> “Essa atuação foi em grande parte bem-sucedida, pois foi mantida a posição institucional do STF como cúpula do Poder Judiciário e como representante de um dos poderes da República, a forma de organização do tribunal, com ministros vitalícios, nomeados pelo presidente da República com aprovação do Senado e sem vagas reservadas aos juízes de carreira. Sobre suas atribuições, os ministros do STF tiveram sucesso parcial, por um lado, ao se manter a combinação de instrumentos de controle concentrado e de controle difuso da constitucionalidade de normas, com acesso parcialmente ampliado, e, ainda, a não previsão do controle concentrado da legalidade de atos do Executivo. Porém, contrariando a posição desses ministros e acolhendo as demandas de entidades e associações de juristas, a Constituinte decidiu pela criação do STJ com poderes de garantir leis federais e de uniformização da jurisprudência e pela eliminação dos principais instrumentos de

Isso demonstra que, do ponto de vista pragmático, a escolha do STF como órgão estatal que deve dar a última palavra em matéria constitucional não foi produto de um amplo debate popular, em que os membros da sociedade resolveram delegar para este órgão as decisões sobre questões constitucionais, porque “a sua integridade dependeria, exclusivamente, da dignidade de seus juízes”.<sup>195</sup> Pelo contrário, a conformação institucional do STF na Constituição de 1988 foi resultado de disputas na arena política, na qual os ministros do STF também participaram intensamente, como atores políticos com interesses talvez não tão democráticos, mas, sobretudo, para autopreservação e para manutenção dos seus poderes (competências) na ordem constitucional.

Mostrando-se a realidade, não se pretende afirmar que as normas constitucionais que instituíram o modelo de controle judicial de constitucionalidade devam ser desrespeitadas ou normativamente questionadas, mas apenas que esses dispositivos foram fruto do mesmo processo constituinte das demais normas constitucionais originárias. E, mais, o mesmo jogo político que fez parte desse momento constitucional também é o que move rotineiramente o processo legislativo. Nesse ínterim, a cúpula do Poder Judiciário não fica à sua margem, pois, pelo contrário, é um importante ator político. Aliás, essas movimentações políticas que legitimam o próprio processo legislativo são as mesmas que legitimam a opção política pelo controle de constitucionalidade. Portanto, as normas constitucionais que amparam a adoção do controle de constitucionalidade no Brasil não estão acima das demais normas constitucionais e não existe nenhuma vontade popular que se incline a dar mais poderes e legitimidade ao Judiciário do que ao Legislativo e ao Executivo.

De outro lado, isso não quer dizer que todo o Judiciário participe do jogo político ou seja suscetível a ele. Enquanto, nos EUA, os juízes de primeira instância – inclusive – são nomeados por um processo político ou eleitoral<sup>196</sup>, no Brasil, ingressam no cargo mediante

---

concentração de poderes no tribunal, criados pelo regime militar: a advocatária, a interpretação de lei em tese, a arguição de relevância e o Conselho da Magistratura. Enfim, contrariando posições mais gerais entre os conservadores, ampliou a gama de direitos fundamentais e criou novas garantias para sua eficácia.” (KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo. *Lua Nova*, São Paulo, n. 88, pp. 141-184, 2013. p. 179)

<sup>195</sup> Como afirmaram Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 155)

<sup>196</sup> Nos EUA, os juízes federais de primeira instância são indicados pelo presidente da República e confirmados pelo Senado. De outro lado, o processo de escolha dos juízes estaduais varia em cada Estado-membro dos EUA. A depender do Estado, os juízes estaduais são indicados pelo governador ou pelo Poder Legislativo estadual, ou, ainda, são eleitos pela população. Aliás, em 33 dos 50 Estados norte-americanos, os juízes são eleitos (FREITAS, Vladimir Passos de. A Justiça Estadual nos Estados Unidos. *Revista On-line Administração da Justiça*, Instituto Brasileiro de Administração do Sistema Judiciário. Disponível em: <<http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=159>>. Acesso em: 16 abr. 2014).

aprovação em concurso público. Assim, no Brasil, como os juízes de primeira instância não passaram por um processo político de indicação e escolha, possuem uma maior independência – poder-se-ia dizer que quase completa – em relação à classe política. Isso talvez justifique por que, no Brasil, as decisões de primeira instância são menos políticas, ou, ao menos, têm menor possibilidade de serem influenciadas pela classe política. Nos tribunais de segunda instância brasileiros, no entanto, 1/5 dos membros são nomeados de forma política, enquanto os demais membros são oriundos da própria magistratura de primeira instância. Nestes tribunais, portanto, a influência política pode ser um pouco maior, mas ainda limitada a um pequeno grupo de magistrados.

Talvez isso também justifique por que, no Brasil, é outorgado ao Supremo Tribunal Federal um amplo espectro de competências constitucionais, o que não ocorre, por exemplo, nos Estados Unidos. Neste país, para a classe política, não há a necessidade de que a sua Suprema Corte tenha tantas competências jurisdicionais, haja vista que os próprios juízes federais de primeira instância são nomeados politicamente. De outro lado, no Brasil, reduzir as competências do Supremo Tribunal Federal implicaria deixar as decisões nas mãos das instâncias judiciais inferiores, compostas por magistrados não escolhidos de forma política, ou seja, em que a classe política teria pouca ou nenhuma influência.

No Supremo Tribunal Federal, atualmente, tramitam mais de 68 mil processos<sup>197</sup>. Do ponto de vista da administração judiciária, haveria uma conclusão lógica de que as competências constitucionais da Suprema Corte devem ser reduzidas. Daí surge a pergunta: Por que reduzi-las? Uma possível resposta dos constitucionalistas seria a de que as demais instâncias judiciais ainda continuam violando muito os direitos fundamentais e outras normas constitucionais, e é preciso garantir a autoridade da Constituição. Se essa pergunta fosse feita a um cientista político, talvez a resposta fosse que, com esse amplo espectro de competências, o STF acumula poder, e, além disso, é provável que a classe política tenha interesse que a Corte Constitucional possa decidir todas as causas “constitucionais” em última instância, pois nela terá – ou, ao menos, suporá que possui – poder de exercer influência política.

Talvez essa tese seja corroborada pelo fato de que, durante os trabalhos da Constituinte, foi rejeitada a proposição que pretendia que o Supremo Tribunal Federal fosse composto somente por magistrados de carreira. Do ponto de vista jurídico-constitucional,

---

<sup>197</sup> Segundo estatísticas do próprio STF, em 7.11.2013, havia um acervo de 68.826 processos tramitando nessa Corte Constitucional. (ESTATÍSTICAS DO STF: ACERVO ATUAL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=acervoatual>>. Acesso em 7.11.2013.

poder-se-ia pensar que essa proposta garantiria maior independência dos membros do STF e inclusive garantiria que os seus membros já tivessem experiência como julgadores, o que, em tese, proporcionaria melhores decisões. De outro lado, um argumento de juristas favoráveis à nomeação desvinculada da carreira da magistratura era o de que há a necessidade de oxigenação da Corte, ou seja, de que outros profissionais do direito também tragam as suas visões e experiências. Mas daí os cientistas políticos talvez perguntassem: Isso interessa aos políticos que compõem a assembleia constituinte? Por que a classe política teria interesse em criar uma Corte Constitucional independente da política?

Nesse aspecto, observa-se que a Constituição Federal de 1988 ampliou sobremaneira o controle abstrato de constitucionalidade, como já se expôs no capítulo anterior. Uma das propostas na ANC foi a de ampliar o rol de legitimados para propor as correspondentes ações de controle abstrato, o que efetivamente acabou sendo aprovado. Quando atualmente os constitucionalistas falam em ampliação dessa legitimidade ativa, correlacionam essa medida com um aumento do poder do STF no controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, o que permite que quase todas as questões sejam submetidas à apreciação do STF. No entanto, é preciso lembrar que o STF, na época dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, era contrário a essa ampliação de legitimidade, pois pretendia que ela continuasse sendo apenas do Procurador-Geral da República. Daí surgiria a indagação: Por que o STF não quis ampliar o seu próprio poder no controle abstrato de constitucionalidade, permitindo que pudesse julgar mais matérias, mas essa medida foi tomada pelos parlamentares que compunham a ANC? Novamente, talvez exista uma divergência entre o discurso jurídico convencional e uma análise da ciência política. Os juristas comumente associam essa medida a uma ideia de democratização do acesso ao STF, oportunizando que mais legitimados possam defender a ordem constitucional. Talvez um cientista político, analisando a questão, diria que mais matérias poderão ser analisadas pelo STF, onde é possível uma maior influência política, que pode, inclusive, controlar as instâncias inferiores do Poder Judiciário.

Esta última análise é apenas uma suposição. Entretanto, talvez ela ganhe mais força quando se recorda das discussões em torno da Emenda Constitucional 3/1993, que criou a ação declaratória de constitucionalidade. Toda a lei é presumidamente constitucional, conceito repetido pelos livros de direito constitucional. Então, se toda a lei é presumidamente constitucional e, por isso, deve ser normalmente aplicada, por que criar uma ação do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade para declarar a constitucionalidade da lei? Nesse tocante, a resposta que denota o cunho político da medida foi dada pelos próprios

juristas e constitucionalistas: a ação declaratória de constitucionalidade é uma medida de interesse do governo que objetiva que o STF possa impedir que as instâncias judiciais inferiores, nos casos concretos, reconheçam incidentalmente a inconstitucionalidade de determinada norma. Assim, o STF consegue impor a sua interpretação e controlar as demais instâncias judiciais. A esse respeito, talvez um cientista político, se analisasse a questão, assim complementarmente: desse modo, a classe política, que tem maior influência no STF, consegue impedir que todas as demais instâncias judiciais declarem inconstitucional uma norma cuja aplicação interessa ao governo.

Com essas indagações, não se quer dizer que toda a decisão do STF seja pautada pela influência da classe política, até mesmo porque diversas questões decididas pela Corte são indiferentes aos políticos em geral. Também não se pode afirmar categoricamente que o controle difuso de constitucionalidade é imune à influência política, até porque, em última instância, mesmo nesse modelo de controle, é o STF quem dá a última palavra sobre a interpretação constitucional. Todavia, no controle difuso e concreto de constitucionalidade, realizado por todas as instâncias judiciais, parece haver um menor “controle político” das decisões judiciais.

A partir daí, é preciso questionar se o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade seria mais efetivo que o controle difuso e concreto para a proteção dos direitos fundamentais, ou, ao contrário, se seria apenas um instrumento que atende mais aos interesses da classe política. O ponto central é colocar em xeque o discurso convencional de que o controle abstrato de constitucionalidade é mais efetivo porque impede que as instâncias judiciais inferiores decidam de forma equivocada sobre a interpretação constitucional, e de que o STF, como Corte Constitucional, teria mais aptidão para proteger a Constituição. Enfim, quando se perquire o modelo de controle de constitucionalidade mais adequado ao sistema constitucional brasileiro, o que não se pode admitir é que o discurso de proteção de direitos fundamentais seja utilizado retoricamente para legitimar interesses de determinadas lideranças políticas.



## **CAPÍTULO 3 – OS MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A CAPACIDADE DAS INSTITUIÇÕES: PERSPECTIVAS E ALTERNATIVAS AO SISTEMA BRASILEIRO**

Neste capítulo, tem-se por objetivo explorar as especificidades dos diversos modelos de controle de constitucionalidade, sobretudo no tocante à participação dos Poderes Legislativo e Judiciário, o que permitirá importantes reflexões, a fim de oferecer perspectivas e alternativas ao modelo brasileiro. Também serão analisados os modelos de controle de constitucionalidade propostos na Assembleia Nacional Constituinte para a Constituição brasileira de 1988 e os debates políticos que foram travados em torno dessa questão. Para que os diversos modelos de controle de constitucionalidade sejam analisados como alternativas – viáveis ou não – à luz do contexto social e político brasileiro, serão aferidas as sensibilidades jurídicas brasileiras, com base no embate entre racionalidade jurídica e legitimidade. A seguir, analisar-se-á a capacidade das instituições brasileiras para adotar um ou outro modelo de controle de constitucionalidade. Por fim, serão realizadas reflexões sobre como controlar o controle de constitucionalidade, à luz do contexto brasileiro e das suas instituições.

### **3.1 Os diversos sistemas de controle de constitucionalidade**

Analisar os modelos de controle de constitucionalidade permitirá traçar algumas reflexões e alternativas ao sistema brasileiro, com base na sua realidade institucional. Os países que possuem controle de constitucionalidade geralmente adotam uma constituição rígida, ou seja, em que ela possui hierarquia superior às demais leis e tem um processo mais dificultoso para sua alteração.

O controle judicial abstrato de constitucionalidade surgiu na Áustria, em 1920, com base na proposta de Hans Kelsen. Esse modelo atribui ao Tribunal Constitucional o poder de invalidar, com efeitos gerais e abstratos, determinada lei. Segundo esse sistema, se a Corte Constitucional opta por declarar a invalidade de determinada lei ou dispositivo legal, o Poder Legislativo nada poderá fazer – já que a norma inconstitucional deixa de integrar validamente o ordenamento jurídico –, a não ser editar nova lei com o mesmo conteúdo, que poderá novamente ser derrubada pela Corte Constitucional. De outro lado, se o Tribunal Constitucional declarar a constitucionalidade da lei, ou optar por uma sentença interpretativa, aditiva, substitutiva ou exortativa – quando admitidas tais modalidades de sentença –, o

Parlamento poderá se contrapor à decisão judicial para, pela via legislativa, dar regramento diferente do que foi decidido pela Corte de Justiça.<sup>198</sup>

O sistema norte-americano de controle de constitucionalidade, por sua vez, permite à Corte Suprema invalidar uma lei somente com efeitos concretos.<sup>199</sup> Assim, neste modelo, não se permite que o Judiciário declare a inconstitucionalidade de uma lei com efeitos *erga omnes*. Com efeito, inexistente, nos Estados Unidos, o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade. Não se olvida que, no sistema norte-americano, há a obrigatoriedade de respeito aos precedentes judiciais da Suprema Corte (*stare decisis*). No entanto, como o reconhecimento de inconstitucionalidade somente vale para o caso concreto, permite-se, ao menos em tese, que o governo continue aplicando uma lei inconstitucional, o que, todavia, quando levado ao Judiciário, continuará sendo reconhecido como inconstitucional. Assim, o modelo norte-americano, ao menos teoricamente, permite um maior embate institucional entre os Poderes Executivo e Legislativo, de um lado, e o Judiciário, de outro. Entretanto, diante da adoção da força extraordinária dos precedentes, a aplicação, pelo Executivo ou pelo Legislativo, de norma declarada inconstitucional pela Suprema Corte será desestimulada e rechaçada pouco a pouco.<sup>200</sup>

De outro lado, alguns países latino-americanos, tais como Bolívia, Colômbia, Chile, Equador, Peru, Costa Rica e Guatemala, adotam um sistema de controle de constitucionalidade que permite consulta prévia ao Tribunal Constitucional sobre a constitucionalidade de determinado projeto de lei. Em alguns deles, a manifestação do Tribunal é vinculante para o Parlamento, mas, em outros, não.<sup>201</sup>

O sistema constitucional canadense possui uma Carta de Direitos super-rígida ou super-majoritária, com um processo extremamente dificultoso para sua alteração. Além disso, adota um modelo de controle de constitucionalidade abstrato, ou seja, com efeitos *erga omnes*. Entretanto, a Seção 33 da Carta de Direitos e Liberdades do Canadá de 1982 permite que o Parlamento canadense possa aprovar uma lei, com maioria absoluta dos presentes, declarando expressamente que essa lei é válida não obstante os direitos da Carta

---

<sup>198</sup> Kelsen, Hans. *Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution*. *The Journal of Politics*, v. 4, n. 2, pp. 183-200, may 1942.

<sup>199</sup> LINARES, Sebastián. El diálogo democrático entre las cortes y las instituciones representativas. *Revista Mexicana de Sociología*, México, a. 70, n. 3, p. 487-539, jul.-set. 2008. p. 490.

<sup>200</sup> LINARES, Sebastián. El diálogo democrático entre las cortes y las instituciones representativas. *Revista Mexicana de Sociología*, México, a. 70, n. 3, p. 487-539, jul.-set. 2008. p. 492/493.

<sup>201</sup> LINARES, Sebastián. El diálogo democrático entre las cortes y las instituciones representativas. *Revista Mexicana de Sociología*, México, a. 70, n. 3, p. 487-539, jul.-set. 2008. p. 493.

(*notwithstanding a right included in the charter*)<sup>202</sup>. Por conseguinte, a lei ou a parte da lei que contém a cláusula *notwithstanding* será imune ao controle de constitucionalidade pela Corte de Justiça. No sistema canadense, essa cláusula *notwithstanding* também poderá ser usada de maneira repressiva. Com efeito, caso o Parlamento não tenha usado a cláusula preventivamente e a Corte de Justiça tenha declarado inconstitucional determinada lei, poderá o Parlamento usar a cláusula *notwithstanding* e revalidar essa lei.<sup>203</sup> Assim, no sistema canadense, existe um grande embate interinstitucional, onde o Parlamento possui a última palavra em termos de controle de constitucionalidade.

As constituições flexíveis, como já foi exposto, são aquelas cujo processo de alteração não é diferente em relação às demais leis ordinárias. Ao contrário do que é por vezes dito, a existência de uma constituição rígida não é requisito necessário para o controle de constitucionalidade. Como adiante se demonstrará, também é possível a adoção de *judicial review* em países que possuem constituições flexíveis, embora seja menos frequente.

Em sistemas que adotam constituições flexíveis, há, segundo Sebastián Linares, três possibilidades.

O primeiro modelo é aquele em que textos constitucionais têm a mesma hierarquia de leis ordinárias aprovadas pelo Congresso e o Poder Judiciário não tem poder de declarar a inconstitucionalidade dessas leis. Trata-se do sistema conhecido como “modelo de Westminster”, que foi adotado durante séculos por países da *Common Law*. O Reino Unido (até 1998), a Nova Zelândia (até 1999) e o Canadá (até 1982) tiveram esse sistema.<sup>204</sup> Ao contrário do que se poderia pensar, esse modelo não significava o esvaziamento dos direitos individuais. Pelo contrário, no modelo de Westminster, entendia-se que os direitos individuais estavam bem protegidos, na medida em que se asseguravam a todos a igualdade de participação na elaboração das leis. Assim, de acordo com esse sistema, o Parlamento tinha a última palavra em matéria de direitos fundamentais.

O segundo modelo é aquele em que os textos constitucionais, embora possam ser reformados pelo procedimento legislativo comum, possuem maior hierarquia que leis comuns e, além disso, o Poder Judiciário pode exortar o Parlamento a mudar determinada lei

---

<sup>202</sup> Canadian Charter of Rights and Freedoms: “33.(1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter.”

<sup>203</sup> Canadian Charter of Rights and Freedoms: “33. (...) (4) Parliament or a legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1).”

<sup>204</sup> LINARES, Sebastián. El diálogo democrático entre las cortes y las instituciones representativas. *Revista Mexicana de Sociología*, México, a. 70, n. 3, p. 487-539, jul.-set. 2008. p. 499.

considerada incompatível com textos constitucionais. Este sistema, denominado de “exortativo” (*hortatory*), vige no Reino Unido desde 1998 e na Nova Zelândia desde 1999.

No Reino Unido, em 1998, houve a aprovação do *Human Rights Act*. No entanto, de acordo com o modelo adotado, tal Carta de Direitos pode ser modificada pelo mesmo procedimento utilizado para as leis comuns. Além disso, o Poder Judiciário não tem a possibilidade de invalidar as leis promulgadas pelo Parlamento, podendo apenas declarar a sua incompatibilidade frente à Convenção Europeia de Direitos Humanos e a outros Protocolos de Direitos<sup>205</sup>. Essa declaração de incompatibilidade não invalida a lei, mas abre para o Parlamento a possibilidade de revogá-la.<sup>206</sup> De outro lado, se o Judiciário continuar não aplicando tal lei reconhecida incompatível com a Convenção, passa a haver uma tensão produtiva entre tais Poderes Constituídos. Assim, uma vez reconhecida a incompatibilidade, o Judiciário deverá exortar o Legislativo a revogar a lei incompatível com a Convenção.

Na Nova Zelândia, em 1990, foi editado o *New Zealand Bill of Rights Act*, que tinha por objetivo fortalecer o sistema de proteção dos direitos fundamentais, sem, no entanto, retirar a autoridade do Parlamento. Embora não contemplasse textualmente o sistema de declaração de incompatibilidade, em 1999, a Corte Suprema da Nova Zelândia reconheceu para si a possibilidade de declarar a incompatibilidade de lei comum frente à Carta de Direitos, à semelhança do que prevê o *Human Rights Act* britânico, de 1998.<sup>207</sup> Assim, a Nova Zelândia também passou a adotar o sistema exortativo.

Por fim, também é possível um modelo em que a constituição flexível, embora não possua um processo de reforma mais dificultoso, tem maior hierarquia que leis comuns, com um modelo de controle de constitucionalidade que permite invalidar leis inconstitucionais. Trata-se do sistema adotado por Israel desde 1994.<sup>208</sup> Esse modelo é

---

<sup>205</sup> O *Human Rights Act* do Reino Unido prevê a declaração de incompatibilidade de leis em relação à Convenção Europeia de Direitos Humanos e a outros Protocolos de Direitos, mas não a declaração de incompatibilidade de leis em relação ao próprio *Human Rights Act*. O item 1 da introdução do *Human Rights Act* define que os “*Convention Rights*” protegidos pela Carta são os direitos e liberdades fundamentais previstos nos arts. 2 a 12 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, nos arts. 1º a 3º do Primeiro Protocolo, no art. 1º do Trigésimo Terceiro Protocolo e nos arts. 16 a 18 da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

<sup>206</sup> *Human Rights Act* de 1988: “Section 4. Declaration of incompatibility. (...) (2) If the court is satisfied that the provision is incompatible with a Convention right, it may make a declaration of that incompatibility. (...) (4) If the court is satisfied — (a) that the provision is incompatible with a Convention right, and (b) that (disregarding any possibility of revocation) the primary legislation concerned prevents removal of the incompatibility, it may make a declaration of that incompatibility. (...) (6) A declaration under this section (“a declaration of incompatibility”) — (a) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of the provision in respect of which it is given; and (b) is not binding on the parties to the proceedings in which it is made.”

<sup>207</sup> LINARES, Sebastián. El diálogo democrático entre las cortes y las instituciones representativas. *Revista Mexicana de Sociología*, México, a. 70, n. 3, p. 487-539, jul.-set. 2008. p. 504.

<sup>208</sup> LINARES, Sebastián. El diálogo democrático entre las cortes y las instituciones representativas. *Revista Mexicana de Sociología*, México, a. 70, n. 3, p. 487-539, jul.-set. 2008. p. 499.

semelhante ao que é atualmente aplicável no Reino Unido e na Nova Zelândia, com a diferença de que é possível ao Poder Judiciário reconhecer a inconstitucionalidade e invalidar a lei.<sup>209</sup>

Assim, fica claro que os modelos de controle difuso e de controle concentrado de constitucionalidade em Cortes Judiciais, com a última palavra em matéria constitucional, não são os únicos sistemas possíveis, tampouco os melhores, nem significa que deixar a decisão final ao Parlamento implica uma menor proteção à Constituição e aos direitos fundamentais.

Após se analisarem os diversos sistemas de controle de constitucionalidade, não se pode, *a priori*, dizer que um seja melhor que outro em termos de proteção dos direitos fundamentais. Para uma conclusão dessas, seria necessário analisar empiricamente a capacidade das instituições Legislativas e Judiciais de cada um desses países e aferir empiricamente os resultados práticos do controle de constitucionalidade, o que não cabe nos limites deste trabalho.

Por conseguinte, será importante estudar alguns modelos que foram propostos na Assembleia Nacional Constituinte para a Corte Constitucional brasileira, até que se chegasse à conformação atual.

### **3.2 Os modelos de Corte Constitucional propostos para o Brasil na Assembleia Nacional Constituinte**

Durante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, foram elaboradas três principais propostas sobre a estrutura do STF. A primeira delas formulava a criação de um tribunal constitucional ou um tribunal das garantias constitucionais, que seria uma Corte autônoma com a competência exclusiva para decidir questões constitucionais, composta por

---

<sup>209</sup> Em Israel, no ano de 1992, foram editados a *Human Dignity and Liberty Basic Law* e a *Freedom of Occupation Basic Law*, com o objetivo de conferir maior proteção aos direitos fundamentais. Em 1994, o Parlamento reformou a *Freedom of Occupation Law* para inserir uma cláusula *notwithstanding*, bastante semelhante à canadense, de modo que uma lei pode ser aprovada não obstante qualquer contradição com a Lei Fundamental. Assim, o Congresso poderia fazer valer essa cláusula se houvesse aprovação da maioria absoluta do Parlamento (no Canadá, basta maioria dos presentes). Tal modificação passou a valer quatro anos após essa alteração. Em 1995, a Suprema Corte israelense, em decisão inovadora, considerou que tais Cartas de Direitos possuíam supremacia em relação às demais leis comuns do Congresso. Além disso, a Suprema Corte entendeu que poderia invalidar leis ordinárias contrárias a essas Leis Fundamentais. De qualquer forma, diante da cláusula *notwithstanding*, se não usada preventivamente, bastará que o Parlamento aprove novamente a lei declarada inconstitucional invocando tal cláusula para restaurar a sua validade (LINARES, Sebastián. El diálogo democrático entre las cortes y las instituciones representativas. *Revista Mexicana de Sociología*, México, a. 70, n. 3, p. 487-539, jul.-set. 2008. p. 506-508). Assim, o Parlamento israelense dá a última palavra no embate Legislativo-Judiciário.

ministros temporários, ou escolhidos pelo Congresso Nacional, ou, ainda, pelos três Poderes Constituídos. Esse modelo foi defendido por Vivaldo Barbosa (PDT/RJ) na subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, com base em proposta formulada pela Ordem dos Advogados do Brasil. Também foi a proposta apresentada na subcomissão dos direitos políticos, dos direitos coletivos e das garantias, pelo relator Lysâneas Maciel (PDT/RJ), com base na formulação de José Paulo Bisol, então relator da comissão da soberania e dos direitos e garantias do homem.<sup>210</sup>

A segunda proposta formulava a criação de uma seção especializada dentro do STF para julgar as questões constitucionais, a qual seria composta por ministros temporários. De acordo com esse modelo, o STF permaneceria com a competência para unificar a jurisprudência acerca da interpretação da legislação federal, mantendo-se com ministros vitalícios. Foi apresentada pela Associação Paulista de Magistrados (APAMAGIS) e defendida na subcomissão por Michel Temer (PMDB/SP), sendo apoiada pelo presidente José Costa (PMDB/AL).<sup>211</sup>

Por fim, a terceira proposta era a de manter o STF com a sua estrutura, composição e forma de escolha dos seus membros, bem como manter a sua competência, permanecendo como tribunal constitucional, federal e de cassação, com ministros vitalícios. Essa tese era defendida por Maurício Corrêa (PDT/DF) e apoiada pelo próprio STF, pela AMB e pelo governo, tendo sido sustentada em audiências públicas pelo ministro Sydney Sanches, pelo jurista Milton dos Santos Martins e pelo então Ministro da Justiça Paulo Bossard.<sup>212</sup>

Nesse contexto, também gerou muita polêmica a discussão sobre os legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade. O governo federal e o STF defendiam que a legitimidade deveria ser mantida com exclusividade ao Procurador Geral da República. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) apoiavam a tese de que a legitimidade deveria pertencer a qualquer cidadão, bastando apenas demonstrar que era titular do direito. Até mesmo os constituintes que eram favoráveis a uma manutenção da estrutura e competência do STF defendiam a

---

<sup>210</sup> KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo. *Lua Nova*, São Paulo, n. 88, pp. 141-184, 2013. p. 163.

<sup>211</sup> KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo. *Lua Nova*, São Paulo, n. 88, pp. 141-184, 2013. pp. 163/164

<sup>212</sup> KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo. *Lua Nova*, São Paulo, n. 88, pp. 141-184, 2013. p. 164.

ampliação da legitimidade ativa.<sup>213</sup> Também havia a proposta de que tribunais superiores e tribunais de justiça pudessem propor a ADI.

Diversas foram as emendas e os destaques de emendas propostos e discutidos sobre essa matéria, sobretudo em relação à composição do STF, às garantias dos seus membros e à competência desse tribunal. Merece relevo o destaque proposto por Nelson Jobim (PMDB/RS) na comissão de sistematização, que pretendia mudar a composição do STF para 16 membros, com mandato de 8 anos, sendo 5 indicados pelo Presidente da República, 6 pela Câmara dos Deputados e 5 pelo próprio STF. Estas últimas vagas seriam reservadas aos magistrados de carreira. Jobim defendia que os ministros do STF deveriam ocupar mandato temporário, ao fundamento de que esse tribunal teria competência para o controle concentrado e o controle difuso de constitucionalidade, enquanto juízes somente seriam vitalícios nos países em que havia apenas controle difuso, como nos Estados Unidos.<sup>214</sup>

A outra proposta pretendia suprimir a competência do STF para uniformização da jurisprudência relativa à interpretação de leis federais.

Os debates na Assembleia Nacional Constituinte foram marcados por intensa polarização política, com a participação de diversos grupos de interesse, sendo retratados como de direita, de centro ou de esquerda.

No tocante ao controle de constitucionalidade, às suas atribuições e ao órgão que deveria exercer esse poder, também houve grande polarização. Os grupos de direita buscavam preservar a competência e a composição do STF, o qual deveria continuar ocupando as funções de tribunal supremo e de Corte Constitucional, com poderes para o controle de constitucionalidade, composto por uma magistratura profissional.<sup>215</sup> Os grupos de esquerda propunham que as controvérsias sobre as leis fossem resolvidas pelo Poder Legislativo, por uma delegação deste ou por um tribunal, e que houvesse ampla participação popular no Judiciário.<sup>216</sup> O Supremo Tribunal Federal, como ator político, aliou-se aos grupos de centro e de centro-direita.

Ao final, o STF conseguiu, na maior parte, atingir os seus propósitos, com a permanência de vitaliciedade dos seus ministros, forma de escolha e competência

---

<sup>213</sup> KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo. *Lua Nova*, São Paulo, n. 88, pp. 141-184, 2013. p. 165.

<sup>214</sup> KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo. *Lua Nova*, São Paulo, n. 88, pp. 141-184, 2013. p. 169.

<sup>215</sup> KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo. *Lua Nova*, São Paulo, n. 88, pp. 141-184, 2013. pp. 144/145.

<sup>216</sup> KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo. *Lua Nova*, São Paulo, n. 88, pp. 141-184, 2013. p. 145.

constitucional. Foi criado o Superior Tribunal de Justiça com a competência para uniformizar a jurisprudência nacional sobre interpretação de lei federal, função que antes era exercida pelo STF. No tocante à legitimidade para a propositura da ADI, houve uma grande ampliação – ao contrário do que pretendia o STF –, mas não constaram dentre os legitimados os cidadãos, os tribunais de justiça e os tribunais superiores.

A definição do modelo de controle de constitucionalidade adotado pela Constituição Federal de 1988 não pôs fim aos debates em torno da temática, nem no plano normativo, tampouco no plano investigativo e acadêmico. Com efeito, no plano normativo-constitucional, a Emenda Constitucional n.º 3/1993 criou a ação declaratória de constitucionalidade e a Emenda Constitucional n.º 45/2004 instituiu a Súmula Vinculante. De outro lado, o avanço da própria postura do STF no exercício do controle de constitucionalidade tem gerado uma nova discussão dos limites desse poder e do próprio modelo adotado.

De qualquer forma, não se pode concluir, em teoria, que o sistema de controle judicial de constitucionalidade é melhor que o controle legislativo, como decisão final nessa matéria. Também não se pode afirmar que um modelo de controle judicial de constitucionalidade forte seja preferível a um modelo de controle fraco, que privilegia mais a atividade legislativa. Para uma conclusão a esse respeito, seria preciso analisar as peculiaridades de cada país e de cada modelo, dentro do contexto em que está inserido. Com base nisso, propõe-se, no item seguinte, investigar a sensibilidade jurídica brasileira e a tensão existente entre racionalidade jurídica e legitimidade, à luz do contexto social brasileiro.

### **3.3 Sensibilidades jurídicas, racionalidade e legitimidade**

No Brasil, há a cultura jurídica de estabelecer o saber jurídico apropriado particularizadamente como fonte de poder e de legitimidade. Nesse sentido, é comum, no meio jurídico e no âmbito judicial, sobrevalorizar a racionalidade jurídica, como fonte para a solução de todos os problemas sociais, em detrimento da legitimidade.

Numa análise antropológica, Roberto Kant de Lima, considerando a forma como são resolvidos os conflitos sociais dentro dos processos judiciais, faz uma diferenciação entre as sensibilidades jurídicas – que também chama de sentidos de justiça ou descoberta da verdade – nos EUA e no Brasil. A esse respeito, mostra como, no sistema americano, o estabelecimento da verdade, o controle social e a solução dos conflitos ocorrem, dentro do



processo, pela lógica adversária, que atribui valor ao saber local, à argumentação, ao entendimento e ao convencimento, onde a decisão das partes prevalece sobre a autoridade do Estado na solução dos conflitos, pois o consenso das partes legitima a decisão. No Brasil, ao contrário, prevalece, no processo, a lógica do contraditório, do dissenso infinito; há a sobreposição do interesse público sobre o privado; existe uma confusão entre os interesses públicos – atribuídos ao Estado e aos seus funcionários –, e os interesses da sociedade, do público em geral. Por conseguinte, no sistema institucional brasileiro, os saberes particulares e especializados são sinônimos de poder e não precisam do consenso, pois o consenso não legitima, sendo que a legitimidade da decisão estatal é oriunda do saber especializado e particularizado de uma autoridade. Assim, Roberto Kant de Lima afirma que, no Brasil, a sensibilidade jurídica é de que os funcionários públicos, em nome do interesse público, poderiam substituir os interesses dos hipossuficientes, ou seja, dos cidadãos que não conhecem os seus direitos e, por isso, não poderiam exercitá-los. Por conseguinte, conclui que, no Brasil, “a legitimação se dá por um saber particularizado, pertencente a uma elite que reivindica seu poder de decisão sobre a sociedade, através de seu pertencimento e de sua fusão com o Estado: é a *Rule by Law*”, em uma contraposição que o autor faz ao *Rule of Law* que existiria nos EUA.<sup>217</sup>

Diferentemente do que ocorre nos processos de tomadas de decisão política do parlamento, em que prevalece a lógica adversária, no âmbito judicial brasileiro a lógica é contraditória, em que o saber particularizado converte-se em poder público. Na seara legislativa, ao contrário, utilizam-se as formas de convencimento, de entendimento e de persuasão pela argumentação. No Judiciário, existe uma lógica desigual entre os interlocutores, em que prevalecerá o argumento de autoridade, pois o julgador ouve os argumentos das partes, mas é ele quem decide, não precisando convencê-las pelo seu argumento, pois ele é “melhor” porque detém autoridade, porque possui um conhecimento especializado, porque o juiz, como terceiro e imparcial, está em melhores condições de dizer qual parte possui razão. Nesse sentido, no Judiciário brasileiro, mesmo as decisões colegiadas

---

<sup>217</sup> “É claro que estamos diante de dois mitos de legitimação da normatividade e de seus agentes. Em um deles, a origem social do direito, confundido com a lei, engloba em uma mesma categoria linguística – *Law* – as duas esferas da normatividade, propondo sua subordinação não aos desígnios do Estado, mas aos interesses da sociedade. É a sensibilidade do *Rule of Law*. No outro, a legitimação se dá por um saber particularizado, pertencente a uma elite que reivindica seu poder de decisão sobre a sociedade, através de seu pertencimento e de sua fusão com o Estado: é a *Rule by Law*.” (LIMA, Roberto Kant de. Sensibilidades jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada. *Anuário Antropológico*, Brasília, n. 2, p. 25-51, jul.-dez. 2009. p. 44)

obedecem a esse modelo, pois são tomadas por contagem de votos, e não pelo consenso entre os seus membros.<sup>218</sup>

No entanto, será que a sensibilidade jurídica brasileira seria a de confiar mais nas decisões do Judiciário do que nas decisões do Legislativo? Os cidadãos brasileiros confiam nas suas instituições? A perspectiva que outorga mais poderes à racionalidade jurídica é uma sensibilidade jurídica dos cidadãos, ou dos juristas brasileiros?

É preciso ressaltar que, muitas vezes, esse modelo de sobrevalorização da racionalidade jurídica por parte de algumas instituições estatais cria uma oposição entre os interesses públicos – do Estado ou dos seus funcionários – e os interesses da sociedade. Surge o argumento de que a sociedade, por não deter o conhecimento particularizado dos operadores do direito, não tem condições de decidir por si própria. As pessoas leigas, hipossuficientes no sentido técnico-jurídico, não estariam aptas a tomar as suas próprias decisões, precisando que o Estado tutele seus interesses.<sup>219</sup> A partir disso, é comum ouvir entre juristas e constitucionalistas brasileiros que o povo teria voluntariamente delegado ao Judiciário o controle de constitucionalidade e a proteção dos direitos humanos, por ter conhecimentos técnico-jurídicos que lhe permite a melhor decisão em matéria de interpretação e aplicação da Constituição e das leis.

---

<sup>218</sup> Roberto Kant de Lima fez um importante estudo na perspectiva comparada entre os sistemas judiciais brasileiro e estadunidense. Nessa pesquisa, mostra como a lógica do sistema judicial brasileiro é contraditória, enquanto, no sistema judicial estadunidense, é adversária. Sob o modelo do *trial by jury*, nos EUA até mesmo os tipos penais são negociados entre as partes e, caso o cidadão não concorde com o tipo penal que lhe é imposto, pode pedir que a acusação penal ou cível seja submetida ao júri, no qual (também diferentemente do Brasil), seus pares (cidadãos) o julgarão por uma decisão consensuada (e não pela soma dos votos). Sobre as diferenças entre a lógica do contraditório e a lógica adversária, o autor assim ensina: “Outra consequência é que os conceitos que se baseiam nas formas de convencimento, entendimento (*understanding*) e persuasão pela argumentação mostram-se inadequados para analisar o que ocorre no mundo do direito brasileiro, pois estão fundados na prévia e suposta igualdade dos interlocutores. Aqui, dada a desigualdade legal e explícita entre os interlocutores, é o argumento de autoridade que prevalece na administração dos conflitos e não a autoridade do argumento, que convence as partes envolvidas. Isto se reflete também nos debates jurídicos e políticos, que levam a que decisões coletivas se constituam na soma de decisões singulares, mesmo quando elas são proferidas em espaços coletivos, como os tribunais de segunda e terceira instâncias. Os saberes particulares não precisam do consenso, e nem o desejam, para concordar, porque o consenso não legitima, pelo contrário, “contamina” suas formas particularizadas de acessar o conhecimento jurídico.” (LIMA, Roberto Kant de. Sensibilidades jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada. *Anuário Antropológico*, Brasília, n. 2, p. 25-51, jul.-dez. 2009. pp. 43/44)

<sup>219</sup> “Essa contradição oficializada estabelece, então, uma confusão entre os interesses públicos – atribuídos não só ao Estado, mas a seus funcionários – e os interesses da sociedade, do público em geral, no sentido de interesses sociais. Tal confusão faz com que, dotados de autoridade, os funcionários públicos, inclusive, se julguem com a capacidade de substituir os interesses dos *hipossuficientes*, isto é, daqueles cidadãos que supostamente não conhecem seus direitos e, por isso, não podem exercitá-los, ou seja, dos cidadãos que ignoram, que não têm conhecimento de seus direitos e por esta razão não os exercem, como se o simples conhecimento se confundisse com o seu exercício.” (LIMA, Roberto Kant de. Sensibilidades jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada. *Anuário Antropológico*, Brasília, n. 2, p. 25-51, jul.-dez. 2009. pp. 43/44)

Nesse tocante, sob uma perspectiva realista, não se trata da proteção realizada pela Corte Constitucional contra o arbítrio do Poder Legislativo, sob a acusação de que este seria capaz de sufragar o direito das minorias em benefício das majorias. O Poder Legislativo também realiza controle de constitucionalidade ao debater, votar e aprovar um projeto de lei. O controle abstrato de constitucionalidade realizado pela Corte Constitucional é, pragmaticamente, a sobreposição da sua interpretação (ato de vontade) em detrimento da interpretação constitucional realizada pelo Parlamento. Vale dizer, é a sobreposição da decisão “jurídica” da Corte Constitucional sobre a decisão “política” do Parlamento. Mas o que levaria um país a adotar um modelo institucional que outorga à racionalidade jurídica da Corte Constitucional o poder de se sobrepor (pelo controle de constitucionalidade) à legitimidade do Parlamento? Por que se difundiu entre constitucionalistas brasileiros a sabedoria convencional de que o controle judicial de constitucionalidade é um desdobramento necessário da ideia central de constitucionalismo e de força normativa da Constituição? Quais circunstâncias levariam a concluir que os discursos judiciais de aplicação do direito seriam melhores que os discursos de justificação<sup>220</sup> dos parlamentos? Por que racionalidade jurídica seria melhor que legitimidade?

Como já se expôs, existe um forte componente político e institucional que leva alguns países a adotar o modelo de controle judicial (e não legislativo) como decisão final sobre a constitucionalidade. Mas, além disso, também parece haver um elemento irracional, um ato de fé em determinadas instituições em detrimento de outras, um fundamento místico que leva a acreditar que a decisão da Corte Constitucional é melhor ou mais legítima que a decisão política do parlamento.

Quando determinada lei aprovada pelo parlamento é submetida à revisão judicial, o debate público sobre direitos e sobre a escolha política se reduz a um debate sobre tecnicismo jurídico entre os membros da Corte Constitucional, mascarando por vezes uma escolha política ou moral dos julgadores. Então, ao menos em abstrato, parece não haver boas razões para confiar mais na escolha da “melhor interpretação” pelos juízes do Tribunal

---

<sup>220</sup> Discursos de justificação são aqueles que devem preceder à elaboração da norma, e os discursos de aplicação são os que devem nortear a atividade judicial. Assim, analisar argumentos de política, para aferir se a norma abstrata é boa ou não, é a melhor solução ou não, deve ou não ser editada, é inerente ao processo legislativo. Na atividade de aplicação da norma pelo Judiciário, é inegável que existe certa dose de valoração e de criatividade, intrínseca à função jurisdicional. No entanto, a pretexto de aplicar uma decisão melhor ou mais justa, não pode o juiz ignorar a norma, por entender que ela não trouxe a melhor solução em abstrato. A justificação acerca da melhor norma em abstrato é incumbência do Poder Legislativo, não do Judiciário. Utilizar indiscriminadamente discursos de justificação para se dar uma interpretação contrária à norma constitucional implica confundir direito com política, o que, levado às últimas consequências, acabaria com o próprio direito, já que tem a função de controlar a política.

Constitucional do que na escolha política e moral explícita do parlamento, composta por diversos membros.

Analisando a realidade brasileira, Juliano Zaiden Benvindo constata que o constitucionalismo brasileiro está se incrementando em termos de racionalidade jurídica, mas se enfraquecendo em termos de legitimidade.<sup>221</sup> O autor conclui que, “sem limites, há o contínuo risco do monólogo e da construção arbitrária do conteúdo decisório, o que é um sério ataque à democracia constitucional.”<sup>222</sup> Entretanto, talvez o sistema judicial brasileiro e o controle judicial de constitucionalidade se incrementem em termos de racionalidade jurídica sem que essa seja uma opção da sociedade. A esse respeito, é preciso indagar se a sensibilidade jurídica que confia mais nos saberes apropriados particularizadamente é dos juristas ou da sociedade em geral.

Em pesquisa de campo realizada no primeiro semestre de 2013, constatou-se que os brasileiros confiam pouco nas suas instituições em geral e, especificamente, nos partidos políticos, nas instituições legislativas e no Judiciário. Na declaração espontânea, apenas 34% da população afirmaram que confiam no Poder Judiciário, embora o índice de pessoas que afirmaram que procurariam o Judiciário para resolver seus conflitos seja de 86% a 92%, a depender da espécie de litígio. De outro lado, a confiança nas instituições parlamentares é ainda menor, pois a pesquisa mostrou que apenas 17% dos entrevistados confiam no Congresso Nacional e somente 5% nos partidos políticos.<sup>223</sup> Além disso, outras pesquisas de campo demonstraram que, em questões polêmicas como a admissão de união estável entre casais homoafetivos<sup>224</sup> e a legalização das drogas<sup>225</sup>, a maioria da população (dos

---

<sup>221</sup> “Quando se fala que o constitucionalismo brasileiro caminha para um processo que, se parece incrementar-se em termos de racionalidade, enfraquece-se em termos de legitimidade, está-se apenas aplicando aquela premissa a nossa prática constitucional. Isso porque ela assume, de antemão, que a racionalidade tem limites, que o discurso jurídico é altamente falível e que, portanto, talvez a racionalidade hoje apresentada como justificadora da nova postura do Supremo Tribunal Federal – mais interventiva em assuntos diversos de interesse social, por exemplo – simplifique demasiadamente a complexidade em que ela naturalmente se insere. Em outras palavras, talvez as mensagens normalmente retratadas pelos argumentos lançados nas decisões do Supremo Tribunal Federal espelhem concepções de uma racionalidade que se justifica a partir de premissas que não são objeto de maior reflexão e, portanto, são metafísicas. Como consequência, a legitimidade de suas decisões se enfraquece.” (BENVINDO, Juliano Zaiden. *Ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal: um debate sobre os limites da racionalidade*. In: GUERRA, Luiz. (Org.). *Temas contemporâneos do direito: homenagem ao bicentenário do Supremo Tribunal Federal*. Brasília : Guerra, 2011. p. 560-582)

<sup>222</sup> *Ibidem*.

<sup>223</sup> RELATÓRIO ICJ (ÍNDICE DE CONFIANÇA NA JUSTIÇA). Brasil: Fundação Getúlio Vargas, 1º semestre 2013. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/11220/Relat%20ICJBrasil%20-%201%20Semestre%20-%202013.pdf?sequence=1>>. Acesso em 5.11.2013. pp. 13, 14, 21 e 22.

<sup>224</sup> Indagados sobre a quem deveria caber a decisão em casos como este, 40% dos entrevistados apontam a própria população, via plebiscito. Na sequência, o mais legitimado para decidir seria o STF, indicado por 24% dos entrevistados. Sendo que, entre os que conhecem o STF, ele é o mais citado como principal responsável para esse tipo de decisão (41% das menções para o STF frente a 30% para plebiscito). Não podemos, pois, afirmar

entrevistados) entende que tais matérias devem ser decididas pelos próprios cidadãos, via plebiscito, e não pelos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo.

Sem desconsiderar as inúmeras circunstâncias que podem interferir nas respostas, uma leitura possível desses dados pode levar a concluir que as pessoas pretendem participar mais dos processos de tomada de decisão, decidindo diretamente as questões políticas ou constitucionais que envolvem alguma polêmica e que atingem toda a coletividade. Isto é, o povo tem vontade de Constituição, de participar da tomada de decisão sobre questões polêmicas, de estar inserido no projeto constitucional. Isso talvez coloque em xeque a afirmação de que a sensibilidade jurídica brasileira seria de privilegiar a racionalidade jurídica em detrimento da legitimidade. Ou melhor, talvez essa supervalorização da racionalidade jurídica seja uma perspectiva dos juristas, mas não dos cidadãos brasileiros.

Aliás, talvez não seja verdadeira a premissa de que os cidadãos preferem confiar decisões políticas aos Poderes Constituídos a tomar eles próprios as suas decisões sobre as questões que envolvem toda a população e os rumos da nação. Esta pode até ser uma visão dos juristas sobre a população, mas talvez não seja uma visão do povo sobre os juristas e sobre a racionalidade jurídica.

Além disso, a referida pesquisa de campo demonstrou que parcela significativa preferiu confiar decisões dessa natureza ao STF ou ao Legislativo, sendo que a menor parte (mas não irrisória) preferiria confiar na decisão do Poder Executivo. Ao se internalizar essas divergências, esses dados podem indicar que os cidadãos pretendem ter uma maior participação direta no processo de tomada de decisão sobre questões polêmicas, mas sem excluir a participação das demais instituições, sobretudo dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo.

Isso traz diversas inquietações em relação ao atual modelo de tomada de decisões e, inclusive, em relação ao *judicial review*, deixando latentes algumas questões: No controle

---

que existe uma percepção social de que o STF está interferindo com competências do Poder Legislativo. (...) O terceiro colocado, no que concerne à responsabilidade para este tipo de decisão, é o Legislativo, com 18% das indicações e, por último, aparece o Executivo, com 11%. Os dados mostram que, entre os Poderes instituídos, o Judiciário, via STF, é quem goza de maior legitimidade decisória para casos com esse teor.” (FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a Supremo protagonista?. *Lua Nova*, São Paulo, n. 88, pp. 429-469, 2013. pp. 457/458).

<sup>225</sup> “Na opinião de 39% dos entrevistados que acompanharam a decisão do STF sobre a marcha da maconha, a decisão sobre a legalização das drogas deveria se dar via plebiscito. Em segundo lugar, como o mais legitimado a decidir sobre legalização das drogas aparece o STF, com 19% das menções, tecnicamente empatado com o Legislativo, com 18%. E, por fim, o Executivo, com 13% das menções. Outra vez, nesse caso, não podemos afirmar se existe a percepção de interferência, ainda que legítima, do STF no âmbito do Congresso Nacional.” (FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a Supremo protagonista?. *Lua Nova*, São Paulo, n. 88, pp. 429-469, 2013. pp. 462/463)

de constitucionalidade, haveria mecanismos para promover uma redução do déficit democrático do controle de constitucionalidade ao invés de aceitar a submissão à racionalidade jurídica solipsista e paternalista do Supremo Tribunal Federal? Como pensar em formas de permitir uma maior participação dos cidadãos e de outras instituições públicas e privadas, além dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário? Como o povo poderia influenciar e controlar o processo de tomada de decisão do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade?

### **3.4 A capacidade das instituições: por uma teorização mais consentânea com a realidade institucional**

Um estudo adequado do controle de constitucionalidade pressupõe a análise institucional do país que se considera. Desse modo, a importação de teorias e perspectivas estrangeiras sem considerar a realidade institucional interna não é capaz de dar soluções adequadas para a problematização do controle de constitucionalidade no Brasil. A esse respeito, Cass Sunstein e Adrian Vermeule criticam as teorias que debatem as questões interpretativas em altos níveis de abstração em termos de democracia, legitimidade e autoridade da Constituição, mas não são capazes de resolver problemas práticos. Em contraste, entendem que é mais promissor focar em dois aspectos negligenciados, quais sejam, a capacidade das instituições e os efeitos dinâmicos produzidos na esfera pública e particular.<sup>226</sup>

Como já foi salientado, é perceptível um expansionismo do Poder Judiciário brasileiro em termos institucionais, que passa cada vez mais a ocupar espaços que antes eram de exclusividade dos Poderes Executivo e Legislativo. Entretanto, ao enfrentar o debate sobre o sistema de freios e contrapesos, não se pode deixar de analisar a realidade das instituições, bem como os resultados práticos do desempenho das suas funções. Descurar da questão

---

<sup>226</sup> “Typically, interpretive issues are debated at a high level of abstraction, by asking questions about the nature of interpretation, or by making large claims about the nature of interpretation, or by making large claims about democracy, legitimacy, authority, and constitutionalism. But most of the time, large-scale claims of these kinds cannot rule out any reasonable view about interpretation. (...) Part of our goal here is to demonstrate the futility of efforts to show that abstract ideals can resolve disagreements about appropriate interpretive methods. (...) By contrast, we urge that it is far more promising to focus on two neglected issues. The first has to do with institutional capacities. (...) The second issue involves the dynamic effects of any particular approach – its consequences for private and public actors of various sorts.” (SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Michigan Law Review*, v. 101, p. 885-951, fev. 2003. p. 885-886)

empírica pode significar naufragar em elucubrações metafísicas com resultados totalmente indesejáveis, sobretudo do ponto de vista democrático.

Nos países em que o Legislativo se apresenta através de um órgão com mais problemas de corrupção ou mais burocrático e a sociedade civil tem menos capacidade de mobilização, talvez seja mais fácil justificar a presença de um Judiciário mais ativista. Todavia, o problema é que, nesses casos, a pró-atividade judicial talvez impeça que a própria sociedade se mobilize e que o Legislativo corrija os seus problemas. Assim, ao invés de decidir pelo Legislativo, talvez seja mais produtivo que o Judiciário atue com uma postura de apenas corrigir aspectos pontuais, problemas de corrupção ou inerentes ao processo legislativo, mas deixe que o Parlamento decida politicamente a questão substancial.

Outra temática que merece ser analisada à luz da realidade institucional concreta é o déficit democrático do controle de constitucionalidade. Nesse aspecto, o controle difuso e concreto de constitucionalidade, realizado de forma incidental em determinado processo, cuja decisão atinge apenas as partes que dele participaram, não parece ser tão problemático do ponto de vista da legitimidade democrática.

De outro lado, no procedimento das ações de controle abstrato de constitucionalidade, realizado no Supremo Tribunal Federal, observa-se que a ausência de participação daqueles que serão atingidos pela decisão é um traço marcante. Com efeito, a ação direta de inconstitucionalidade – principal ação do controle abstrato – têm apenas um reduzido rol de legitimados ativos. Se isso não bastasse, embora o art. 103, § 3º, da Constituição Federal estabeleça que o Advogado-Geral da União está obrigado a defender a constitucionalidade da lei impugnada,<sup>227</sup> por diversas vezes, o interesse do governo federal é a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo impugnado, razão pela qual, nesses casos, não haverá defesa da lei e, por conseguinte, inexistirá contraditório efetivo. Foi o que aconteceu, por exemplo, no processo da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.424, proposta contra os artigos 12, inciso I, e 16, ambos da Lei n.º 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). Assim, uma lei elaborada democraticamente e que obedeceu ao processo legislativo de formação, com ampla participação dos representantes do povo, com a consideração de todos os argumentos e opiniões dos parlamentares, poderá ser declarada inconstitucional sem que haja qualquer defesa da sua constitucionalidade.

---

<sup>227</sup> “Art. 103 (...) § 3º - Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.”

Se isso não bastasse, o déficit democrático do controle concentrado de constitucionalidade também é marcante na fase decisória. Com efeito, nos julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal de ações do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, não há propriamente um debate entre os seus membros, pois cada um deles vai para a sessão plenária com um voto pronto, ocorrendo comumente apenas a sua leitura e uma singular contagem dos votos individuais. Com efeito, recente pesquisa demonstrou que a grande maioria dos votos dos Ministros do STF nos julgamentos colegiados não possui qualquer consideração aos argumentos dos seus pares.<sup>228</sup> Assim, um voto mais fundamentado, com pesquisa empírica e análise profícua da complexidade da matéria que está sendo julgada tem o mesmo peso de um voto com fundamentação rasa, ou que apenas acompanha o relator ou a divergência. Por conseguinte, cada Ministro seleciona um número limitado de perspectivas e dificilmente se deixa influenciar pelas perspectivas do outro. Nesse sentido, do ponto de vista da absorção da diversidade e da reflexividade de cada argumento, o processo decisório do Supremo Tribunal Federal é bastante limitado.

Isso se agrava quando se observa que, em aproximadamente 1/3 dos julgamentos do STF em ações do controle abstrato, as decisões são tomadas por maioria, ou seja, com divergência entre os Ministros.<sup>229</sup> Vale dizer, em grande parte dos julgamentos do STF, há divergência entre os seus membros, mas o processo decisório não comporta uma verdadeira forma de internalização dessas divergências.

Se esse procedimento decisório for comparado a uma lei editada pelo parlamento, o caráter antidemocrático do controle concentrado pode ser ainda mais grave. Para que uma lei federal entre em vigor no Brasil, é necessário que seja aprovada por maioria na Câmara dos Deputados, que conta com 513 deputados federais, e no Senado Federal, que possui 81 senadores. Em cada uma dessas casas legislativas, o projeto de lei precisa ser discutido e aprovado pelas comissões de constituição e justiça e pelas comissões temáticas, sendo que, somente após, será levado ao plenário da respectiva Casa. Além disso, após a ampla discussão e a sua aprovação pelas duas Casas Legislativas, ainda é necessário que o projeto de lei seja

---

<sup>228</sup> “Levando o argumento às últimas consequências, haveria até 53 votos, dos 66 totais, sem qualquer confronto de ideias com os votos anteriores. Isso evidenciaria um cenário no qual os ministros trabalham sozinhos em seus votos, aderindo à corrente que mais se afina com suas conclusões na sessão de julgamento.” (KLAFKE, Guilherme Formá. *Vícios no Processo Decisório do Supremo Tribunal Federal*. 176 f. Monografia (Especialização). Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2010. p. 119.

<sup>229</sup> A pesquisa empírica analisou os 267 acórdãos do STF em ações do controle abstrato de constitucionalidade (ADI, ADC e ADPF), proferidos entre 21.6.2006 e 10.1.2010, sendo que, desse total, 181 decisões foram unânimes quanto ao resultado final e 86 não o foram. (SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani. *Accountability e jurisprudência do STF: estudo empírico de variáveis institucionais e estrutura das decisões*. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paulo; SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo : Malheiros, 2012. pp. 75-116. p. 85)



sancionado pelo Presidente da República. Não obstante esse longo processo legislativo, em contrapartida, basta uma maioria de 6 votos a 5 no Supremo Tribunal Federal para que a lei seja declarada inconstitucional.

Portanto, observa-se que o controle concentrado de inconstitucionalidade possui um grande déficit de legitimidade, seja em relação aos legitimados ativos e passivos do processo, seja no concernente ao processo decisório.

A par da discussão teórica acerca dos graves problemas inerentes ao procedimento das ações do controle concentrado, mister ilustrar como isso tem sido devastador do ponto de vista pragmático.

Aqui, é importante retomar o caso do julgamento da ADI 4.424, proposta contra a Lei Maria da Penha, que foi exposto no primeiro capítulo. O Projeto de Lei 4.559/2004, que deu origem à Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), foi elaborado pelo Grupo de Trabalho Interministerial formado por pelo menos oito órgãos do Poder Executivo Federal, inclusive os mais importantes dentro da sua estrutura.<sup>230</sup> Além disso, participaram da elaboração do referido projeto o Consórcio de Organizações Não-Governamentais Feministas, sendo amplamente discutido com representantes da sociedade civil e órgãos diretamente envolvidos na temática. O referido projeto também foi objeto de diversas oitivas, debates, seminários e oficinas.<sup>231</sup> Por fim, foi debatido exaustivamente por diversas comissões da Câmara dos Deputados e do Senado Federal<sup>232</sup>, sendo aprovado em ambas as Casas Legislativas e

---

<sup>230</sup> O referido Grupo de Trabalho Interministerial foi criado pelo Decreto nº 5.030, de 31 de março de 2004, integrado pelos seguintes órgãos: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, da Presidência da República, na condição de coordenadora; Casa Civil da Presidência da República; Advocacia-Geral da União; Ministério da Saúde; Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República; Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República; Ministério da Justiça e Secretaria Nacional de Segurança Pública/MJ. (BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.559/2004. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=2AA0F15DA278794007CF9AEF857E7065.node2?codteor=256085&filename=Tramitacao-PL+4559/2004](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2AA0F15DA278794007CF9AEF857E7065.node2?codteor=256085&filename=Tramitacao-PL+4559/2004)> . Acesso em 29.10.2013)

<sup>231</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.559/2004. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=2AA0F15DA278794007CF9AEF857E7065.node2?codteor=256085&filename=Tramitacao-PL+4559/2004](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2AA0F15DA278794007CF9AEF857E7065.node2?codteor=256085&filename=Tramitacao-PL+4559/2004)> . Acesso em 29.10.2013.

<sup>232</sup> Observem-se os amplos debates pelos quais o projeto de lei passou em diversas comissões no Congresso Nacional: “A proposição começou a tramitar na Câmara dos Deputados em 3 de dezembro de 2004. Foi distribuída às Comissões de Seguridade Social e Família; Finanças e Tributação (Art. 54 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados) e de Constituição e Justiça e de Cidadania (Mérito e Art. 54 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados). Em 16 de agosto de 2005, foi debatida por representantes do Poder Público e da sociedade civil em seminário. A proposição foi aprovada na primeira comissão, por meio de substituto da relatora deputada Jandira Feghali, em 24 de janeiro de 2005. Dentre as alterações aprovadas, constou a supressão dos crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher da abrangência da Lei nº 9.099/95 (arts. 48 e 49) e a criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, com novo procedimento (autoridade do juiz dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, com competência para os processos civis e criminais; renúncia à representação somente em audiência, perante o juiz, que poderá rejeitá-la; vedação da aplicação de penas de prestação pecuniária e de cesta básica; interrupção do prazo prescricional em caso do não cumprimento da pena restritiva de direitos) (grifou-se). Foi suprimido o artigo 30 do texto original que

sancionado pelo Presidente da República. Todavia, o STF, mediante a votação de apenas 11 Ministros – restando, ainda, vencido o Presidente Ministro Cezar Peluso –, declarou inconstitucional dispositivos da Lei Maria da Penha. Isso, por si só, já denota que é muito limitada a capacidade institucional do STF, no controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, para assumir todas as expectativas e perspectivas dos atingidos pela decisão e das instituições judiciais e não-judiciais que atuam na prevenção e repressão ao combate da violência doméstica. Caso se considere que os atores que participam do processo do controle abstrato de constitucionalidade (Procurador-Geral da República, Advogado-Geral da União etc.) sequer participam dos processos judiciais individuais que tratam da violência doméstica, fica ainda mais evidente a ausência da capacidade institucional do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade para dar uma resposta adequada para a questão, ou que permita a participação democrática.

Ademais, pesquisa empírica demonstrou que, considerando os 267 acórdãos do STF proferidos em controle concentrado de constitucionalidade entre junho de 2006 a janeiro de 2010, apenas 2% dos votos dos Ministros do STF fizeram alguma menção ao histórico legislativo das leis impugnadas.<sup>233</sup> Isso quer dizer que, pragmaticamente, o STF não costuma considerar o debate institucional e popular que dá origem à lei objeto do controle abstrato de constitucionalidade.

---

previa que, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, a ação penal seria pública condicionada à representação. A Comissão de Finanças e Tributação analisou e aprovou o substitutivo em 10 de novembro de 2005, com emendas referentes aos artigos 38 e 46 do substitutivo, que previam que, na elaboração de sua proposta orçamentária, o Poder Judiciário deverá prever recursos para a criação e manutenção da equipe de atendimento multidisciplinar e a inclusão de dotações orçamentárias específicas para as ações previstas. A relatora na Comissão, Yeda Crusius, entendeu que os dispositivos violavam a reserva de matéria das leis de diretrizes orçamentárias prevista no artigo 165, § 2º, da Constituição. As emendas remeteram a questão para as respectivas leis de diretrizes orçamentárias. Na Comissão de Constituição, Justiça e de Cidadania, em 13 de dezembro de 2005, o substitutivo foi aprovado na forma de um novo substitutivo, com inovações basicamente redacionais. Em 29 de novembro de 2005, foi aprovado requerimento dos líderes para que o projeto passasse a tramitar em regime de urgência constitucional. Em 8 de março de 2006, o projeto foi discutido em comissão geral no Plenário da Câmara dos Deputados. Na mesma instância, a 22 de março de 2006, foi aprovado o substitutivo da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. o projeto chegou ao Senado, para revisão, em 31 de março de 2006, onde passou a tramitar como Projeto de Lei da Câmara nº 37 de 2006. No dia 24 de maio de 2006, foi aprovado na Comissão de Constituição e Justiça, na forma do parecer da Senadora Serys Slhessarenko, que procedeu a aperfeiçoamentos formais no texto. A matéria foi encaminhada ao Plenário do Senado, onde foi analisada e aprovada no dia 4 de julho de 2006 e encaminhada à sanção presidencial em 19 de julho, por meio da Mensagem SF nº 185/06. Por meio da Mensagem nº 673, de 7 de agosto de 2006, o Presidente da República comunicou ao Congresso Nacional a sanção do projeto de lei, que se converteu na Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.” (BRASIL. Senado Federal. Informações apresentadas em 2/3/2012 pelo Presidente do Senado Federal e a Advocacia-Geral do Senado na ADI 4424. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?sequebjetoincidente=3897992>>. Acesso em 29.10.2013. pp. 4-7)

<sup>233</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani. Accountability e jurisprudência do STF: estudo empírico de variáveis institucionais e estrutura das decisões. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paulo; SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo : Malheiros, 2012. pp. 75-116. pp. 90/91

De outro lado, o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade no Brasil, pelas suas peculiaridades, também proporciona um considerável desequilíbrio federativo. Com efeito, nesse modelo de controle, realizado pelo Supremo Tribunal Federal, os Estados-membros não tem oportunidade de se manifestar ou, ao menos, essa oportunidade é muito limitada. De um lado, é verdade que a Constituição Federal autoriza a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal e o Governador de Estado ou do Distrito Federal a propor ações do controle concentrado de constitucionalidade.<sup>234</sup> Também é verdade que, caso seja impugnada uma lei ou um ato normativo estadual, o órgão estadual responsável pela sua edição será intimado para prestar informações. No entanto, caso a controvérsia verse sobre a competência estadual ou federal para legislar sobre determinada matéria, e seja proposta uma ação declaratória de constitucionalidade sobre determinada lei federal, não haverá manifestação de órgãos estaduais.

Além disso, caso algum legitimado diverso dos entes estaduais proponha ação direta de inconstitucionalidade em face de determinada lei ou ato normativo estadual, a defesa do ato impugnado será realizada pela Advocacia-Geral da União, apenas com prestação de informações pelo órgão estadual, parecer do Procurador-Geral da República e julgamento pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, neste caso, também há um desequilíbrio federativo, pois o órgão estadual apenas poderá prestar informações sobre a edição da lei. Nem é preciso dizer que, em caso de interesse federal, a Advocacia-Geral da União não apresentará defesa da lei ou do ato normativo estadual. Além disso, mesmo que se considerasse a prestação de informações do órgão estadual uma defesa, é intuitivo que o peso das manifestações dos entes federais (Advocacia-Geral da União e Procuradoria-Geral da República), que sempre participam do processo de controle de constitucionalidade, é muito maior.

Portanto, o controle de constitucionalidade apresenta muitos problemas do ponto de vista de legitimidade democrática e também sob a perspectiva do equilíbrio federativo. Mas é preciso perquirir se esses problemas são ou não compensados por outras vantagens.

A esse respeito, é comum a afirmação de que o controle abstrato e concentrado de constitucionalidade tem servido para a proteção dos direitos fundamentais, inclusive sendo um mecanismo para salvaguardar os direitos das minorias contra a “tirania da maioria”, uma

---

<sup>234</sup> CF/1988: “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.”

contingência da democracia. Entretanto, consoante já salientado, pesquisa empírica realizada sobre a jurisdição constitucional do STF demonstrou que, entre os anos de 2000 e 2008, apenas 11% das decisões de procedência em sede de ações diretas de inconstitucionalidade mencionaram a proteção de direitos fundamentais, além do que, dentre elas (11%), 60% eram, na verdade, decisões em prol de interesses corporativos.<sup>235</sup> Isso comprova empiricamente que os direitos fundamentais não têm sido o principal foco do STF no controle abstrato de constitucionalidade e que podem estar sendo usados desvirtuadamente como fundamento para defesa de outros interesses. Portanto, a justificativa de proteção de direitos fundamentais não é empiricamente válida para sustentar o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade em detrimento da legitimidade democrática e do equilíbrio federativo.

De outro lado, tais problemas levantados em relação a esse modelo talvez não atinjam o controle difuso e concreto de constitucionalidade, ou, ao menos, talvez não o atinjam na mesma medida. Talvez a importância do controle difuso e concreto esteja sendo subestimada na realidade institucional brasileira, pois parece ser qualitativamente superior ao controle abstrato e concentrado.

Alguns constitucionalistas como Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco sustentam que “a Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103 (...)). Também afirmam que isso permitiu que “(...) praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas.”<sup>236</sup> Entretanto, os dados estatísticos acerca dos processos que tramitam no STF demonstram exatamente o contrário.

Com efeito, dos 68.833 processos que tramitavam no STF até 2/10/2013, apenas 2.028 veiculam ações do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, ou seja, o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade ocorre em apenas 2,9% dos processos que atualmente (2/10/2013) compõe o acervo do STF.<sup>237</sup> Além disso, do total de 2.417 ações diretas de inconstitucionalidade (que compõem a maioria das ações do controle concentrado)

---

<sup>235</sup> BENVINDO, Juliano Zaiden. A “última palavra”, o poder e a história: O Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 51, n. 201, jan.-mar. 2014.

<sup>236</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1104.

<sup>237</sup> ESTATÍSTICAS DO STF: ACERVO PROCESSUAL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=acervoatual>>. Acesso em 2/10/2013.

já julgadas pelo STF desde a Constituição Federal de 1988 até o dia 30/9/2013, apenas 602 (24,91%) foram julgadas procedentes e 157 (6,50%) parcialmente procedentes; enquanto 893 (36,95%) não foram sequer conhecidas, 447 (18,49%) foram julgadas improcedentes e 318 decisões (13,16%) não foram identificadas.<sup>238</sup>

Esses dados mostram que não se pode dizer que o controle concreto de constitucionalidade tenha perdido importância, ou que tenha deixado de ocupar a pauta do STF. Pelo contrário, o controle difuso e concreto continuou sendo, mesmo após a Constituição Federal de 1988, o principal mecanismo de controle judicial de constitucionalidade, ao menos em termos numéricos.

Além disso, também se deveria levar em consideração que diversas questões constitucionais são decididas pelas instâncias judiciais inferiores e não chegam à Suprema Corte. Com efeito, no Judiciário brasileiro, tramitam mais de 92,2 milhões de processos<sup>239</sup>, em que pode ser realizado o controle difuso de constitucionalidade. Com efeito, a cada aplicação do direito ao caso concreto, os juízes incidentalmente analisam a constitucionalidade dos atos normativos infraconstitucionais, ou garantem a aplicação direta dos dispositivos constitucionais.

Portanto, considerando somente as ações que tramitam no Supremo Tribunal Federal, constata-se que o quantitativo de processos que tem por objeto o controle abstrato e concentrado de constitucionalidade é ínfimo, se comparado com a quantidade de ações em que ocorre o controle concreto e difuso de constitucionalidade. Caso se considere todos os processos que tramitam nas demais instâncias judiciais, constatar-se-á que o percentual de processos em que há controle abstrato no STF passa a ser irrisório, ao menos em termos quantitativos. É claro que, numa ação do controle abstrato no STF, a sentença produz efeitos para todos. Mas não é menos verdade que o entendimento do STF exposto numa ação do controle difuso também serve de paradigma para que as demais instâncias judiciais sigam tal decisão.

De qualquer forma, parece que o controle difuso e concreto não perdeu a sua importância em detrimento do controle abstrato de constitucionalidade. Pelo contrário, atualmente permanece tendo o lugar central que tradicionalmente ocupava mesmo antes da

---

<sup>238</sup> ESTATÍSTICAS DO STF: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adi>>. Acesso em 2/10/2013.

<sup>239</sup> RELATÓRIO JUSTIÇA EM NÚMEROS 2012. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros/relatorios>>. Acesso em 17.10.2013. p. 298.

Constituição Federal de 1988. De outro lado, se os constitucionalistas não têm dado a merecida atenção ao controle difuso, isso é outra questão.

Com efeito, nos estudos dos constitucionalistas brasileiros, as peculiaridades do controle difuso e concreto de constitucionalidade comumente não são tratadas em profundidade. A grande maioria dos autores que defendem a expansão da jurisdição constitucional ou dos que propõem uma autocontenção judicial e um maior respeito às decisões políticas das legislaturas desenvolvem os seus discursos com base nas características do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, ou seja, sem considerar as peculiaridades da questão institucional brasileira e do controle difuso e concreto.

É exatamente nesse hiato que reside o objeto deste estudo, que pretende ressaltar as diferenças entre esses dois modelos, a fim de perquirir se as críticas dirigidas ao *judicial review* atingem o controle difuso de constitucionalidade, ou se o atingem na mesma medida do que em relação ao controle concentrado.

### 3.5 Quem controla o controlador?

Como já foi exposto, para aferir os modelos de controle de constitucionalidade e chegar a alguma conclusão sobre aquele que melhor atenda aos critérios de legitimidade democrática e de aptidão para a proteção dos direitos fundamentais, é preciso analisar a capacidade institucional e a realidade política de cada país. De outro lado, é certo que conferir o poder de controlar a constitucionalidade ao órgão mais representativo ou ao mais imparcial não será capaz, por si só, de garantir decisões corretas e justas. Da mesma forma, seria ilusório acreditar num arranjo político-institucional de controle de constitucionalidade que seja indene de máculas, incorruptível ou cujas decisões sejam sempre sinônimos de justiça. Assim, tão importante quanto definir alguma autoridade ou órgão dentro da estrutura estatal para decidir o sentido do texto constitucional é estabelecer os mecanismos institucionais de controle desse poder. Em outras palavras, é necessário perquirir: Quem controla o controlador?<sup>240</sup>

---

<sup>240</sup> “‘Quem controla dos controladores?’ Se não conseguir encontrar uma resposta adequada para esta pergunta, a democracia, como advento do governo invisível, está perdida. Mais que de uma promessa não-cumprida, estaríamos aqui diretamente diante de uma tendência contrária às premissas: a tendência não ao máximo controle do poder por parte dos cidadãos, mas ao máximo controle dos súditos por parte do poder.” (BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. (trad. Marco Aurélio Nogueira). 8. ed. São Paulo : Paz e Terra, 2000. p. 43)

Comparando-se os diversos modelos constitucionais, é possível constatar que geralmente há algum controle interinstitucional ou popular exercido sobre o órgão responsável por exercer o controle de constitucionalidade.

Como já se expôs, a Carta de Direitos e Liberdades do Canadá, na Seção 33, permite que o seu Parlamento possa aprovar uma lei, com maioria absoluta dos presentes, declarando expressamente que essa lei é válida não obstante os direitos da Carta (*notwithstanding a right included in the charter*), ou seja, admite que esta lei ou parte dela não se sujeite à revisão judicial. Além disso, poderá o Parlamento canadense usar a cláusula *notwithstanding* para revalidar uma lei declarada inconstitucional pelo Judiciário.<sup>241</sup> Assim, no modelo constitucional canadense, o Poder Legislativo controla o controlador, ou seja, tem o poder de revisar uma decisão judicial do controle de constitucionalidade.

No Reino Unido, o Poder Judiciário não tem a possibilidade de invalidar as leis promulgadas pelo Parlamento, podendo apenas declarar a sua incompatibilidade frente à Convenção Europeia de Direitos Humanos e exortar o Legislativo a revogar a lei incompatível. Todavia, o Judiciário poderá continuar não aplicando tal lei reconhecida incompatível com a Convenção, o que gera uma tensão produtiva entre tais Poderes Constituídos. Assim, de um lado, nos casos concretos judicializados, o Poder Judiciário dá a última palavra em termos de controle de constitucionalidade; de outro lado, em geral e em abstrato, o Legislativo continua tendo a decisão final em termos de controle de constitucionalidade, pois a lei declarada judicialmente incompatível com a Convenção continua tendo vigência e validade no sistema jurídico enquanto o parlamento não se manifestar sobre isso.

No Brasil, houve uma opção política, expressamente inserida na Constituição Federal, de que o Judiciário realizaria o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, seja no controle difuso, seja no controle concentrado. Assim, em princípio, estaria conferindo ao Judiciário o poder de decidir por último. Entretanto, caberia perquirir: Quais seriam os mecanismos institucionais para garantir a supremacia da Constituição, ao invés da supremacia da Corte Constitucional? Isto é, como garantir a supremacia da Constituição, mas não a supremacia da Corte Constitucional sobre os demais Poderes Constituídos e sobre a própria Constituição? Haveria como pensar em controle de constitucionalidade e, ao mesmo tempo, garantir que o direito não seja simplesmente aquilo que onze membros da Corte Constitucional querem que ele seja? Enfim, existiriam mecanismos para que os cidadãos, a

---

<sup>241</sup> LINARES, Sebastián. El diálogo democrático entre las cortes y las instituciones representativas. *Revista Mexicana de Sociología*, México, a. 70, n. 3, p. 487-539, jul.-set. 2008. p. 494-496.

sociedade civil organizada e as instituições pudessem controlar o controle judicial de constitucionalidade?

Para buscar uma alternativa viável e mais democrática, Conrado Hübner Mendes propõe que, no Brasil, o controle de constitucionalidade deve efetivamente ser realizado pelo Judiciário, mas que a palavra final deveria ficar com o Poder Legislativo, mediante o mecanismo da emenda constitucional. Para sustentar isso, afirma que não há qualquer dispositivo na Constituição Federal que permita o controle judicial de constitucionalidade de emendas constitucionais.<sup>242</sup>

Com efeito, a definição sobre a possibilidade de revisão judicial de emenda constitucional ocorreu em 1993, a partir da decisão do STF no julgamento da medida cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 926,<sup>243</sup> mas esse poder judicial não está expresso na Constituição Federal, e é altamente questionável. Assim, se fosse vedado o controle de emendas constitucionais, quando o STF entendesse que determinada lei é inconstitucional, poderia o Congresso Nacional, mediante o mecanismo de emenda constitucional, fazer prevalecer a decisão legislativa sobre a decisão judicial, vale dizer, o Legislativo daria a última palavra em termos de controle de constitucionalidade.

Aliás, nos Estados Unidos, a Suprema Corte não pode exercer a revisão judicial das emendas constitucionais. Em contraponto, o processo de edição de emendas constitucionais nos EUA é extremamente dificultoso, o que torna mais laboriosa a possibilidade de derrubada de uma decisão judicial pelo Legislativo norte-americano.

No Brasil, ao revés, o processo de edição de emendas constitucionais é bem mais facilitado, embora tenha um procedimento mais dificultoso que o exigido para os demais atos normativos. De um lado, uma emenda constitucional exige aprovação, em 2 turnos de

---

<sup>242</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro : Elsevier, 2008. pp. 161-171.

<sup>243</sup> “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 03/93. - I.P.M.F. (IMPOSTO PROVISÓRIO SOBRE MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA, CRIADO PELA LEI COMPLEMENTAR N. 77/93). - IMUNIDADE DOS ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS (ART. 150, IV, "A", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). - FEDERAÇÃO (ARTIGOS 1º, 18, 60, PAR. 4º, I.). 1. AS NORMAS DE UMA EMENDA CONSTITUCIONAL, EMANADAS, QUE SÃO, DE CONSTITUINTE DERIVADA, PODEM, EM TESE, SER OBJETO DE CONTROLE, MEDIANTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, QUANDO CONFRONTADAS COM NORMAS ELABORADAS PELA ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE (ORIGINARIA) (ART. 202, I, "A"). (...) 4. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA, POR VOTAÇÃO UNÂNIME, PARA TAL FIM, COM A SUSPENSÃO DOS EFEITOS DO PAR. 2. DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 03/93, NO PONTO EM QUE RETIRAM, PARA AS FINALIDADES CONSTANTES DO "CAPUT", A IMUNIDADE DE QUE TRATA O ART. 150, INC. VI, "A", DA CONSTITUIÇÃO.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 926. Relator: Ministro Sydney Sanches. Tribunal Pleno. Julgado em 01/09/1993. DJ 06-05-1994, p. 10484. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 152-01, p. 85)



votação, pelo quórum qualificado de 3/5 dos membros de cada casa legislativa.<sup>244</sup> No entanto, quando existe consenso entre a maioria, esse processo tem um tramitar muito rápido. Tanto é que, no Brasil, até 18.11.2013, com pouco mais de 25 anos da Constituição Federal de 1988, já haviam sido editadas 75 emendas constitucionais, além das 6 emendas constitucionais de revisão. Apenas para fazer uma comparação, até a mesma data, em 226 anos da Constituição dos EUA (de 1787), houve apenas 27 emendas.

Considerando o direito comparado, não haveria nenhuma novidade caso se admitisse, no Brasil, a possibilidade de que o Legislativo, através do mecanismo de emenda, desse a última palavra em matéria constitucional. Além dos EUA, o sistema canadense também não admite o controle de emendas constitucionais. Isso, no entanto, não quer dizer que, considerando a realidade institucional brasileira, deixar ao Legislativo a decisão final em termos de controle de constitucionalidade seja a melhor opção.

Nesse aspecto, poder-se-ia afirmar que, do ponto de vista da possibilidade de controle do controlador, o Legislativo tem de prestar contas ao povo (*accountability*) e, assim, os cidadãos poderiam exercer pressão para mudar uma decisão tomada pelo parlamento em controle de constitucionalidade. Por conseguinte, num plano ideal, outorgar ao Legislativo o poder de controlar o controle judicial de constitucionalidade, é uma alternativa. Entretanto, se essa alternativa seria viável no Brasil, ou se seria a melhor, é absolutamente questionável. Essa é uma reflexão que deve permanecer sempre em aberto.

De outro lado, mesmo que se possa eleger uma instituição como sendo a melhor para dar a decisão final em matéria de controle de constitucionalidade, essa instituição sempre poderá tomar uma decisão equivocada. Considerando a complexidade e as contingências inerentes a qualquer modelo de controle, será preciso perquirir qual será a forma institucional utilizada para corrigir esses erros ou distorções cometidas pelo controlador.

No Brasil, como já exposto, há um entendimento bastante consolidado de que a palavra final em termos de controle de constitucionalidade é do Judiciário, bem como que é possível o controle judicial de emendas constitucionais. Caso se assumisse essa premissa como verdadeira e seja levado em consideração que o Judiciário pode tomar uma decisão equivocada, caberia questionar quais seriam os mecanismos para que esse erro possa ser corrigido.

---

<sup>244</sup> “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) § 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.”

Quando se analisa o modelo de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade adotado no Brasil, a resposta para essa indagação talvez seja que praticamente inexistente controle sobre os julgamentos da Corte Constitucional brasileira, bem como será muito difícil corrigir uma decisão equivocada no futuro. Com efeito, até poderá o Poder Legislativo fazê-lo, já que uma decisão do STF no controle abstrato de constitucionalidade não obsta que o Legislativo aprove nova lei com o mesmo conteúdo da anteriormente declarada inconstitucional. Entretanto, as conjunturas institucionais desincentivam-no a editar nova lei contrária a uma decisão já tomada pelo STF, pois será provável que ele declare inconstitucional essa nova lei com o mesmo conteúdo. Tanto é que, proferida uma decisão pelo STF no controle abstrato, o Parlamento recebe esse pronunciamento como “decisão tomada”, para utilizar a expressão comumente citada dentro do Congresso Nacional. Assim, fica extremamente difícil controlar o poder de revisão judicial no controle abstrato e concentrado de constitucionalidade.

De outro lado, quando se trata de controle difuso e concreto, o poder judicial de controle de constitucionalidade fica mais diluído entre as instâncias judiciais, permitindo ampla participação da sociedade e das mais diversas instituições. Além disso, como as decisões das instâncias judiciais inferiores estão sujeitas a recurso, o risco de decisões equivocadas é menor, ou, ao menos, haverá a possibilidade de instâncias judiciais superiores corrigirem os erros de instâncias judiciais inferiores.

O procedimento do controle difuso e concreto certamente não elimina a possibilidade de que erros sejam cometidos ou de que uma decisão injusta seja tomada. Aliás, nenhum procedimento seria capaz de impedir isso. Mas, em termos de controle do poder controlador, não é somente isso o que importa. O que deve ser ressaltado é que, no controle difuso e concreto de constitucionalidade, mesmo após a decisão judicial para o caso individual transitar em julgado, eventual erro na interpretação constitucional poderá ser corrigido no futuro para outros casos, ou se poderá tomar uma decisão melhor diante da análise dos efeitos dinâmicos das decisões judiciais equivocadas. Assim, o controle difuso de constitucionalidade permite que se reconheçam as contingências de uma decisão judicial e mantém uma porta aberta para que, no futuro, possa ser dada uma nova interpretação.

Portanto, para que haja possibilidade de controle daquele que exerce o controle de constitucionalidade, é preciso que o órgão estatal que decide por último esteja sempre aberto à crítica das instituições e dos cidadãos, para que, com base em pressões populares ou numa nova visão sobre a questão, esse poder possa ceder e mudar a decisão. Nessa perspectiva, comparativamente ao controle concentrado e abstrato, no controle difuso e concreto de

constitucionalidade, o poder de revisão judicial fica mais diluído entre as diversas instâncias judiciais, além do que permite um maior controle interno e externo, das diversas instituições e dos cidadãos.

Por fim, é preciso responder a pergunta formulada no título: Quem controla o controlador? No controle concentrado e abstrato, aparentemente, ninguém; no controle difuso e concreto, as partes, as instituições judiciais e não-judiciais, públicas e privadas, e os cidadãos.

## **CAPÍTULO 4 – O CONTROLE CONCENTRADO E ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE, A METAFÍSICA E O PATERNALISMO INSTITUCIONAL: REFLEXÕES CRÍTICAS À LUZ DA IMPLEMENTAÇÃO CONTINUADA DO PROJETO CONSTITUCIONAL E DA IDENTIDADE DO SUJEITO CONSTITUCIONAL**

Este capítulo tem por objetivo aprofundar as reflexões e as críticas sobre como vem sendo exercido o controle abstrato e concentrado de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, pretende-se questionar as bases da idealização da Corte Constitucional como a instituição que deve tomar decisões em nome da sociedade, sob o fundamento de proteção da Constituição.

Nesse contexto, pretende-se demonstrar que, em grande parte dos julgamentos, tem havido um certo abuso de fundamentações metafísicas, dissociadas do mundo vivencial. Sob essa perspectiva, será necessário indagar se o controle concentrado de constitucionalidade, por ser realizado em abstrato, não proporcionaria decisões mais metafísicas. A partir disso, apresentam-se reflexões sobre os seus riscos para a força normativa da constituição. A seguir, mostra-se como o paternalismo institucional da Corte Constitucional pode obstaculizar o desenvolvimento da autonomia dos cidadãos na esfera pública, pois subtrai a sua cidadania, a sua autonomia, as suas responsabilidades, bem como os transforma em massa. Por fim, cumpre analisar as bases da interpretação constitucional pela sociedade aberta, bem como perquirir a identidade do sujeito constitucional. Com base nessas teorizações, será possível investigar se o controle abstrato e concentrado de constitucionalidade realmente consegue manter o caráter performativo do direito e a necessária abertura para o futuro, ou se, ao contrário, representa uma cristalização da Constituição e uma obstaculização ao projeto constitucional.

### **4.1 As decisões metafísicas do STF e os riscos para a força normativa da Constituição**

Como já se referiu na introdução deste trabalho, o termo metafísica é polissêmico, bem como há muita controvérsia acerca do seu uso. Sem desconsiderar a complexidade do seu significado e a limitação de qualquer tentativa de defini-lo, o vocábulo metafísica será utilizado aqui no sentido que lhe confere a crítica habermasiana, como uma racionalidade

transcendental que não dá a devida consideração ao mundo vivencial e à intersubjetividade, calcada numa filosofia da consciência, em que o sujeito cognoscente tem um acesso privilegiado à verdade.

Assim, a abertura para a pós-metafísica estaria na filosofia da linguagem, que substitui a filosofia da consciência. O trabalho de constituição do mundo, sob o viés filosófico, deixa de ser uma tarefa da subjetividade transcendental para se transformar em estruturas gramaticais<sup>245</sup>.

Jürgen Habermas<sup>246</sup>, intitulando-se pós-metafísico, procura apoio em Kant (mas com um novo modo de situar a razão)<sup>247</sup>, na sociologia (teoria dos sistemas) e na filosofia da linguagem. Para Habermas, a ruptura com o que é moderno não se deveu tanto à modificação do método, senão muito mais em razão da ruptura que houve nos motivos do pensamento. Segundo o autor, “*quatro motivos* caracterizam a ruptura com a tradição”, quais sejam,

---

<sup>245</sup> HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos* (trad. Flávio Beno Siebeneichler). 2. ed. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2002. p. 15.

<sup>246</sup> HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos* (trad. Flávio Beno Siebeneichler). 2. ed. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2002.

<sup>247</sup> Kant, ao constatar essa impureza da filosofia, propõe desenvolvê-la a partir de uma depuração de tudo o que é empírico, buscando uma Filosofia Pura. Nesse ponto, Kant acusa Platão de não ter se afastado do mundo sensível na busca de um referencial de inteligibilidade universal. Assim, Kant pretende extirpar da filosofia as razões empíricas, os elementos circunstanciais do mundo sensível, a fim de que a Filosofia Pura apresente apenas princípios *a priori*. (KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. (trad. Guido Antônio de Almeida). São Paulo : Discurso Editorial – Barcarolla, 2009. p. 61-65). Ao tratar da filosofia moral, Kant pretende expurgar do seu conteúdo tudo aquilo que possa ser empírico e pertença à Antropologia. Segundo o autor, “a lei moral, em sua pureza e genuinidade (...) não deve ser buscada em nenhum outro lugar senão em uma Filosofia pura” (Ibidem. p. 69-71) Para Kant, “a que mistura esses princípios puros com os empíricos não merece sequer o nome de uma Filosofia (...), muito menos o de uma Filosofia moral, porque, justamente com essa confusão, acaba por derogar à pureza dos costumes eles próprios, procedendo contrariamente ao seu próprio fim” (Ibidem. p. 75-77). Assim, Kant extrai os conceitos morais da razão, sendo desconsiderado qualquer conhecimento empírico e meramente contingente. Para o autor, é nessa pureza da sua origem que está a dignidade dos conceitos morais e a sua dignidade para servirem como princípios práticos supremos. Na pureza da sua filosofia moral, Kant cria o conceito abstrato e idealizado de “boa vontade”, que corresponde àquilo que é absoluta e irrestritamente bom (Ibidem. p. 179). Para determinar o que significa essa abstração (a boa vontade), Kant retira da vontade todos os impulsos que poderiam resultar na observância da lei, de modo que a pessoa deve proceder de tal maneira que a sua máxima se torne uma lei universal (Ibidem. p. 133). Logo, surge para o indivíduo um princípio objetivo, necessário para a boa vontade, que “chama-se um *mandamento* (da razão) e a fórmula do mandamento chama-se *imperativo*” (Ibidem. p. 185). Segundo a filosofia moral kantiana, esses imperativos da vontade mandam hipotética ou categoricamente. Os imperativos hipotéticos são aqueles que representam a necessidade prática de uma ação como meio para conseguir outra coisa que se quer; o imperativo categórico, por sua vez, representa uma ação como objetivamente necessária em si mesma, sem referência a qualquer outro fim (Ibidem. p. 189-191). Assim, para Kant, “o imperativo categórico é um único apenas e, na verdade, este: *age apenas segundo a máxima pela qual possas ao mesmo tempo querer que ela se torne uma lei universal.*” (Ibidem. p. 213-215). Segundo o autor, desse imperativo uno, podem ser derivados todos os imperativos do dever. Em razão disso, infere que “o imperativo universal do dever poderia ter o seguinte teor: *age como se a máxima de tua ação devesse se tornar por tua vontade uma lei universal da natureza*” (Ibidem. p. 215). Kant leva ao extremo o universalismo platônico. A esse respeito, constata-se que a abstração do acesso cognitivo à ideia do bem, para as formulações de Platão, equivale ao imperativo categórico, para a metafísica kantiana. De qualquer modo, Kant mantém o desiderato de fundamentar o direito na metafísica, ficando claro que todo o seu esforço é concentrado em depurar o discurso da filosofia, retirando dela elementos irracionais ou religiosos.

“pensamento pós-metafísico, guinada linguística, modo de situar a razão e inversão do primado da teoria frente à prática, ou seja, superação do logocentrismo”<sup>248</sup>.

Nesse tocante, Habermas critica o próprio Nietzsche<sup>249</sup>, pois, quando este recusa o platonismo, não consegue se desvencilhar do desejo de ter um acesso cognitivo privilegiado à verdade, nem se afasta do conceito tradicional forte de teoria. Para Habermas, o conceito enfático de teoria – que pretendia tornar o mundo compreensível a partir de estruturas internas – somente pôde ser superado quando se impuseram as premissas básicas do pensamento pós-metafísico. Habermas defende que somente com a racionalidade do método científico, apoiado em procedimentos, pode se decidir sobre a possibilidade de uma proposição ser verdadeira ou falsa<sup>250</sup>.

Na visão habermasiana, o mundo encontra o seu ponto de apoio na prática do entendimento da linguagem. Segundo Habermas, a formação linguística do consenso se dá pelas interações que ocorrem no espaço e no tempo, bem como é independente das tomadas de posição autônomas dos participantes da comunicação. Assim, conclui que “a guinada linguística havida na filosofia preparou os meios conceituais através dos quais é possível analisar a razão incorporada no agir comunicativo”<sup>251</sup>.

O direito da pós-modernidade<sup>252</sup>, nesse ambiente filosófico pós-metafísico, é um construto discursivo e vivencial, não podendo ser dissociado do contexto histórico, político,

---

<sup>248</sup> HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos* (trad. Flávio Beno Siebeneichler). 2. ed. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2002. p. 14.

<sup>249</sup> Com Nietzsche, ocorre uma ruptura com o pensamento metafísico. O autor faz duras críticas aos filósofos que o antecederam, desprezando a metafísica dos conceitos formados a partir de abstrações a-históricas. Para Nietzsche, “todos eles pensam, como é velho costume entre filósofos, de maneira essencialmente a-histórica; quanto a isso não há dúvida. O caráter tosco da genealogia da moral se evidencia já no início, quando se trata de investigar a origem do conceito e do juízo ‘bom’.” (NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da moral*. (trad. Paulo César de Souza). São Paulo : Companhia das Letras, 2009. p. 16). Nietzsche pretende desconstruir as próprias bases da metafísica clássica e também da medieval (Ibidem. p. 16/17). O autor é um marco da passagem para a filosofia pós-moderna, com o desaparecimento do sujeito transcendental. Há um desprezo da metafísica (tanto clássica quanto cristianizada) e de todo o discurso racionalista que nasceu com Platão.

<sup>250</sup> HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos* (trad. Flávio Beno Siebeneichler). 2. ed. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2002. p. 14.

<sup>251</sup> HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos* (trad. Flávio Beno Siebeneichler). 2. ed. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2002. p. 52/53.

<sup>252</sup> A era da pós-modernidade emerge como um construto, sobretudo social, político, científico, histórico e filosófico, com ideias reacionárias às concepções e às ideologias associadas à modernidade, sendo menos categorizantes, menos formalistas, mais abertas, propondo novos valores e uma nova compreensão da precariedade de si mesma. A pós-modernidade é uma desconstrução de tudo aquilo que é moderno. Atualmente, não se tem uma definição precisa do que seja a pós-modernidade, mas se sabe o que ela não é. Segundo Bauman, “Se, de um ponto de vista moderno, o relativismo era um problema com que lidar e afinal superar na teoria e na prática, do ponto de vista pós-moderno, a relatividade do conhecimento (isto é, sua ‘inserção’ na própria tradição sustentada em comum) é um traço duradouro do mundo” (BAUMAN, Zygmunt. *Legisladores e intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais*. (trad. Renato Aguiar). Rio de Janeiro : Zahar, 2010. p. 19). Bauman também faz a seguinte diferenciação entre a modernidade e a pós-modernidade: “A oposição entre modernidade e pós-modernidade foi empregada aqui a serviço da teorização dos três últimos séculos da história

econômico, social e cultural em que se vive, pois se sabe que não é atemporal, pois, pelo contrário, é precário, limitado e multidimensional, um construto do seu tempo.

Atualmente, muitas das decisões do STF são rotuladas de metafísicas, por serem fundamentadas com base numa racionalidade transcendental, que se distancia do mundo vivencial e da intersubjetividade, e por terem uma excessiva autorreferenciabilidade, como se os seus membros tivessem um acesso privilegiado à verdade. Desse modo, a elevação dos debates a níveis por demais abstratos e a desconsideração de que, ao fim e ao cabo, há um problema do mundo real para ser solucionado têm levado a Corte Constitucional brasileira a tomar decisões que, do ponto de vista da racionalidade argumentativa e da legitimidade, são absolutamente questionáveis.

Além disso, é também possível associar as decisões do STF ao universalismo platônico<sup>253</sup>, na medida em que, por diversas vezes, poder-se-ia criticar a Corte Constitucional

européia ocidental (ou da história dominada pela Europa Ocidental), vistos da perspectiva da práxis intelectual. Esta prática é que pode ser moderna ou pós-moderna; a dominância de um ou outro dos dois mundos (sem exclusividade) distingue modernidade e pós-modernidade como períodos da história intelectual. Mesmo que a ideia de modernidade e pós-modernidade como períodos históricos sucessivos seja considerada duvidosa (quando se aponta, com acerto, que as duas práticas coexistem, embora em proporção variável, no interior de cada uma das eras, e que só é possível falar de domínio de um outro padrão como tendência), a distinção entre elas ainda é útil, nem que seja como ‘tipos ideais’; na verdade, essa distinção avança um pouco no sentido de revelar a essência das controvérsias intelectuais correntes e a extensão das estratégias intelectuais disponíveis”. (...) A visão tipicamente moderna do mundo é a de uma totalidade em essência ordenada; a presença de um padrão desigual de distribuição de probabilidades possibilita um tipo de explicação dos fatos que – se correta – é, ao mesmo tempo, uma ferramenta de predição e (se os recursos exigidos estiverem disponíveis) de controle. Esse controle (‘domínio da natureza’, ‘planejamento’ ou ‘desenho’ da sociedade) é quase de imediato associado à ação de ordenamento, compreendida como a manipulação de probabilidades (tornando alguns eventos mais prováveis, outros menos prováveis). Sua efetividade depende da adequação do conhecimento à ordem ‘natural’. Tal conhecimento adequado é, em princípio, alcançável.” (BAUMAN, Zygmunt. *Legisladores e intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais*. (trad. Renato Aguiar). Rio de Janeiro : Zahar, 2010. p. 17/18). O mesmo autor refere que: “A visão pós-moderna do mundo é, em princípio, a de um número ilimitado de modelos de ordem, cada qual gerado por um conjunto relativamente autônomo de práticas. A ordem não precede as práticas e, por conseguinte, não pode servir como medida externa de sua validade. Cada qual dos muitos modelos de ordem só faz sentido em termo das práticas que os validam. Em cada caso, a validação introduz critérios que são desenvolvidos no interior de uma tradição particular; eles são sustentados pelos hábitos e crenças de uma ‘comunidade de significados’ e não admitem outros testes de legitimidade” (BAUMAN, Zygmunt. *Legisladores e intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais*. (trad. Renato Aguiar). Rio de Janeiro : Zahar, 2010. p. 19). Do ponto de vista filosófico, reconhecem-se as pretensões abusivas da racionalidade humana, buscando-se a superação do mito da sociedade moderna, que seria capaz de revelar verdades eternas, imutáveis, a-históricas, bem como reconhecem-se as consequências desastrosas da crença nesse mito. Concebe-se que a verdade não é um dado, não pode existir independente da racionalidade humana. A verdade é diuturnamente construída e reconstruída pela mente humana através da linguagem.

<sup>253</sup> Platão defende uma ordem social e política ordenada racionalmente, com um fundamento ideal, não circunstancial. Esse fundamento ideal estaria fora do mundo real e seria a noção abstrata, universal, absoluta e atemporal da ideia do bem comum (PLATÃO. *A república*. (trad. Ana Paula Pessoa). São Paulo : Sapienza, 2005. p. 264). Ao conferir um caráter ético à política, propõe um abandono das noções míticas e poéticas, que eram ligadas a diversas divindades e que não poderiam fornecer o critério de Justiça. No entanto, para Platão, somente o filósofo, e não o homem prático, teria o acesso cognitivo à ideia abstrata do bem, fundamento da Justiça. Assim, segundo o autor, a natureza do bem universal comunica-se à personalidade do filósofo. Por conseguinte, a ordem social justa seria aquela instituída a partir do conhecimento filosófico da ideia do bem. Portanto, Platão prega um universalismo como paradigma da política, no sentido de uma perspectiva teórica que

brasileira ao argumento de que esta pretende impor à sociedade a sua ideia abstrata de bem. Ou seja, a Corte Constitucional, muitas vezes, decide contrariamente aos interesses sociais, aos debates parlamentares e às discussões que legitimaram a aprovação da lei<sup>254</sup>, como se tivesse legitimidade para impor a moral particular dos seus membros à moral universal da sociedade.

Nesse sentido, dentre grande parte dos constitucionalistas brasileiros, é comum a afirmação de que uma norma é constitucional ou inconstitucional porque assim decidiu o STF. É como se os Ministros da Corte Constitucional tivessem um acesso privilegiado à verdade ou à justiça. Assim, poder-se-ia cotejar a associação platônica da natureza do bem universal à personalidade do filósofo<sup>255</sup> com a ideia de que uma decisão é justa ou está de acordo com a Constituição porque assim decidiu a Corte Constitucional. Ou seja, é como se a natureza do bem universal e da justiça se comunicasse à personalidade do membro da Suprema Corte.

Desse modo, vale aqui a preocupação aristotélica de manter a pluralidade social, pois uma sociedade política se constitui exatamente numa multidão de pessoas. Se fosse possível estabelecer uma perfeita unidade de pensamento em torno do que é justo ou constitucional, seria necessário evitá-la, já que isso implicaria destruir a sociedade política. A essência da sociedade política e do pluralismo é não apenas o grande número de pessoas, senão também o fato de serem elas diferentes e pensarem de forma diversa sobre as diversas temáticas do mundo vivencial.<sup>256</sup> Nesse sentido, partindo de uma base filosófica particularista,

---

ênfatiza a noção de aquisição da consciência do bem comum como fundamento da política, ou seja, como ponto de partida para a formação de uma ordem social (PLATÃO. *Cartas e epigramas*. (trad. de Edson Bini.). Bauru : Edipro, 2011. p. 63).

<sup>254</sup> Como no caso exposto no primeiro capítulo, em que o STF, no julgamento da ADI 4.424, tomou uma decisão solipsista e contrária aos debates que antecederam a aprovação da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) e à jurisprudência consolidada dos demais tribunais brasileiros.

<sup>255</sup> Para Platão, o filósofo se afasta da realidade e enxerga um outro mundo, em que há a metáfora da realidade. Sendo a realidade tudo o que é perceptível aos sentidos, o filósofo desvia o olhar da realidade e afasta-se dela, entrando no âmbito do intelecto. Para descrever isso, Platão utiliza-se da sua conhecida alegoria da caverna, segundo a qual o homem, ao adquirir o conhecimento filosófico, sai da caverna para encontrar o sol, deixa o mundo real e vai para outro mundo, o mundo ideal, perfeito, da consciência filosófica, do acesso cognitivo à ideia do bem. Isso é o que se chama de ascese de alma (PLATÃO. *A república*. (trad. Ana Paula Pessoa). São Paulo : Sapienza, 2005. p. 284). Além disso, o universalismo platônico põe ênfase nas qualidades intrínsecas da personalidade do governante. Assim, o bom governo seria aquele em que o bem comum abstrato estivesse interiorizado na alma do governante, de tal sorte que isso somente aconteceria se os governantes praticassem a filosofia ou os filósofos se tornassem governantes (Ibidem. p. 284-286).

<sup>256</sup> Contrapondo-se ao paradigma universalista platônico, Aristóteles desenvolve seus estudos sobre política com base numa perspectiva particularista e com grande preocupação em manter a pluralidade social. Nesse ínterim, critica a unidade do Estado proposta por Platão, argumentando que uma sociedade política se constitui exatamente numa multidão de pessoas (ARISTÓTELES. *A política*. (trad. Roberto Leal Ferreira). São Paulo : Martins Fontes, 2006. p. 256). Além disso, para Aristóteles, não se pode tratar igualmente os desiguais, tampouco desigualmente os iguais, pois seria contrário à própria natureza (Ibidem. p. 63). É preciso respeitar as individualidades, de modo que o melhor governo será aquele que permita que cada indivíduo encontre a melhor



poder-se-ia dizer que a melhor forma de preservar a Constituição e garantir os direitos nela previstos é aquela que permita que cada indivíduo encontre a melhor maneira de desenvolver as suas potencializadas e a sua autonomia dentro da sociedade.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, em diversas oportunidades, tem tomado decisões metafísicas, dissociadas do mundo vivencial, impondo a sua moral à moral da sociedade, o seu modo de vida ao modo de vida social, a sua racionalidade jurídica à razão comunicativa, discursiva e vivencial da sociedade.

Como já se demonstrou, muitas vezes os Ministros do STF elevam o discurso a um nível tão alto de abstração que se esquecem de apreciar as particularidades do caso concreto, resolvendo problemas teóricos enquanto os problemas concretos são deixados em segundo plano. Mas não é só. Em diversos julgados do STF, já foram invocadas poesias e divindades como fundamento explícito das decisões.

Para exemplificar, retoma-se aqui o caso da ADI 1856, em que o STF julgou inconstitucional a Lei Estadual 2.895/1998 do Estado do Rio de Janeiro, que regulamentava competições esportivas entre animais, incluindo brigas de galo. Nesse caso, como já exposto, houve um abuso de fundamentos abstratos. O Ministro Celso de Mello afirmou que “essa especial tutela [da fauna], que tem por fundamento legitimador a autoridade da Constituição da República, é motivada pela necessidade de impedir a ocorrência de situações de risco que ameacem ou que façam periclitarem todas as formas de vida”, e sublinhe-se, “não só a do gênero humano, mas, também, a própria vida animal, cuja integridade restaria comprometida, não fora a vedação constitucional, por práticas aviltantes, perversas e violentas contra os seres irracionais, como os galos de briga (*‘gallus-gallus’*).”<sup>257</sup> Assim, com essa argumentação, parece estar comparando a vida humana com a vida de um galo. Mas o uso de argumentação metafísica também foi marcante no voto do Ministro Ayres Britto, quando fundamenta que a referida Lei Estadual é inconstitucional com base numa “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”. Nessa linha de raciocínio, afirma que “fraternidade aqui evoca, em nossas mentes, a ideia de algo inconvivível com todo tipo de crueldade, mormente aquelas que desembocam em derramamento de sangue, mutilação de ordem física e, até mesmo, na morte do ser torturado”.

---

maneira de ser feliz, mesmo que prefira a vida contemplativa à vida ativa e política (Ibidem. p. 59). Ademais, buscar desmedidamente a unidade e a igualdade entre todos os cidadãos, sem respeitar a diversidade, seria fonte de eternas subversões, criando comportamentos facciosos (Ibidem. p. 199).

<sup>257</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1856. Relator: Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno. Julgado em 26/05/2011. DJe-198, 14-10-2011. *Revista dos Tribunais*, v. 101, n. 915, p. 379-413, 2012. p. 275/276.

Mas não é somente a metafísica o problema. A utilização da vontade divina também foi utilizada na fundamentação do Ministro Ayres Britto: “Aliás, eu até diria que uma Constituição promulgada explicitamente sob a proteção de Deus é absolutamente repelente desse tipo de autoexecução de animais entre si - porque é uma autoexecução de animais entre si”.<sup>258</sup>

Nesse mesmo acórdão, o Ministro Ricardo Lewandowski aplicou o postulado da dignidade da pessoa humana para dizer que não se poderiam permitir as brigas de galo: “Quando se trata cruelmente ou de forma degradante um animal, na verdade está se ofendendo o próprio cerne da dignidade humana.”.<sup>259</sup>

Outro problema da fundamentação das decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade é o uso excessivo de argumentos retóricos, com a citação de literatura geral, sem qualquer relação com o julgamento, consoante demonstrado em pesquisa empírica.<sup>260</sup>

Além de tudo isso, mesmo quando o STF usa precedentes jurisprudenciais na fundamentação, a sua argumentação comumente não desce à análise do caso concreto. A esse respeito, pesquisas empíricas constataram que, em 88,70% dos votos dos Ministros do STF em julgamento de ações do controle abstrato, houve um baixo grau de comparação entre os precedentes citados e os casos em análise.<sup>261</sup>

Assim, a aferição dos julgados do STF é importante para traçar alguns diagnósticos. Parece que, no controle abstrato de constitucionalidade, há um maior risco de que sejam tomadas decisões metafísicas, pois não há um caso concreto sendo julgado. Quando a discussão ocorre num plano ideal e não com base num caso concreto, é mais comum que se parta para discursos abstratos, com uma preocupação para resolver problemas teóricos no plano do intelecto, mas sem a necessária consideração das questões concretas, do mundo

---

<sup>258</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1856. Relator: Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno. Julgado em 26/05/2011. DJe-198, 14-10-2011. *Revista dos Tribunais*, v. 101, n. 915, p. 379-413, 2012. p. 323.

<sup>259</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1856. Relator: Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno. Julgado em 26/05/2011. DJe-198, 14-10-2011. *Revista dos Tribunais*, v. 101, n. 915, p. 379-413, 2012. p. 336.

<sup>260</sup> Com efeito, em pesquisa empírica realizada em 267 acórdãos do STF em julgamentos de ações do controle abstrato de constitucionalidade, houve 3.290 citações de legislação, 1.990 citações de precedentes, 45 citações de súmulas, 1.123 citações de literatura, 189 de pareceres e 21 de manifestações em audiências públicas. (SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani. *Accountability e jurisprudência do STF: estudo empírico de variáveis institucionais e estrutura das decisões*. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paulo; SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo : Malheiros, 2012. pp. 75-116. p. 88)

<sup>261</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani. Três desafios para melhorar a jurisdição constitucional brasileira. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paulo; SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo : Malheiros, 2012. pp. 19-52. p. 35.

vivencial. Com efeito, se não há um fato para ser julgado, as elucubrações podem partir para um nível por demais abstrato, que não analisa os reais interesses que podem estar em jogo, já que os possíveis atingidos não poderão se manifestar nesse processo do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade.

A partir disso, também é preciso indagar quais seriam os principais problemas do abuso de decisões metafísicas, desconectadas da realidade vivencial, para a força normativa da Constituição e para a efetiva proteção dos direitos fundamentais.

Opondo-se frontalmente à concepção de Lassalle<sup>262</sup>, Konrad Hesse defende a força normativa da Constituição (*Die normative Kraft der Verfassung*). Hesse concorda que a norma constitucional não tem existência autônoma e isolada da realidade fática, mas a sua essência reside na sua vigência, vale dizer, existe uma pretensão de eficácia, de que seja concretizada na realidade social. Há, assim, uma relação de interdependência entre a realidade e a norma constitucional,<sup>263</sup> mas a Constituição não é apenas uma expressão do ser, uma simples expressão fática da realidade ou das forças sociais e políticas, pois implica a imposição de um dever-ser para a sociedade. A Constituição não pode ser separada do contexto social a que se destina, mas não se confunde com ele.<sup>264</sup> Para Hesse, quanto mais conectada com a realidade social, maior será a força normativa da Constituição.<sup>265</sup> Nesse sentido, defende que a interpretação constitucional deverá ser submetida ao princípio da ótima concretização da norma, segundo o qual a interpretação adequada é a que consegue concretizar de forma excelente o sentido da proposição normativa dentro das condições reais existentes na sociedade.<sup>266</sup> Da mesma forma, o autor conecta o Direito Constitucional com outras ciências da realidade, tais como a História, a Sociologia e a Economia, afirmando que o

---

<sup>262</sup> Ferdinand Lassalle escreveu o seu opúsculo “A Essência da Constituição”, com defesa intransigente do sufrágio universal, igual e direto para os cidadãos, como meio para o povo conquistar maior espaço no Estado e implementar reformas sociais. Nesse contexto, afirmava que a Constituição real e verdadeira era a soma dos fatores reais de poder, estes entendidos como o poder exercido, por exemplo, pelo rei, pelo exército, pela aristocracia etc. Em relação ao povo, dizia que tinha um poder inorgânico, vale dizer, não organizado, mas que poderia um dia impor a sua supremacia. Portanto, Lassalle fazia a distinção entre a Constituição escrita e a Constituição real, dizendo que a primeira não passava de simples folha de papel, enquanto a segunda era a Constituição verdadeira, pois refletia a soma dos fatores reais de poder (LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. (trad. Aurélio Wander Bastos). 6. ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2001. p. 23). Sustentava que todo o país sempre possuiu e possui a sua Constituição real e efetiva, já que não seria possível um país onde não houvesse fatores reais de poder. Ademais, para Lassalle, o que mudava com os tempos eram as Constituições escritas em folha de papel (Ibidem. pp. 25/27). O autor preconizava que aquilo que está escrito numa folha de papel como sendo a Constituição não tinha força por si própria, não seria durável, tampouco teria qualquer valor caso não se justificasse e se fundasse nos fatores reais e efetivos de poder (Ibidem. pp. 37/40). Fica claro, assim, que Ferdinand Lassalle entendia que a Constituição escrita não tinha qualquer força normativa por si própria.

<sup>263</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. (trad. Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 14.

<sup>264</sup> Ibidem. p. 22/23.

<sup>265</sup> Ibidem. p. 20/24.

<sup>266</sup> Ibidem. p. 22/23.

Direito Constitucional, para poder se impor e subsistir, deve preservar a consciência de seus limites.<sup>267</sup>

Nesse sentido, a Corte Constitucional têm um importante papel na concretização das normas constitucionais. Entretanto, as decisões da Corte Constitucional no controle de constitucionalidade que não reconhecem os seus próprios limites e que se distanciam por demais do mundo real, por não considerarem variáveis fáticas ou por serem incumpríveis, podem levar ao enfraquecimento do caráter obrigatório das normas constitucionais e comprometer a própria força normativa da Constituição.

Quando, por exemplo, a Corte Constitucional brasileira, na ADI 1.856, utiliza-se do princípio da dignidade da pessoa humana para proteger a vida do galo, está vulgarizando esse princípio fundamental. Da mesma forma, quando o STF, no julgamento da ADI 4.424 (proposta contra os artigos 12, inciso I, e 16, ambos da Lei nº 11.340/2006 – Lei Maria da Penha), invoca a dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade para impedir que a mulher decida se quer ou não prosseguir com a ação penal contra o seu convivente, transforma um sujeito em objeto de direito e distorce o próprio conteúdo desses princípios constitucionais. Assim, ao vulgarizar direitos fundamentais ou distorcer o seu conteúdo, o STF enfraquece a própria norma constitucional, reduzindo-lhe a força normativa.

Portanto, é intuitivo que o controle abstrato de constitucionalidade favorece decisões metafísicas da Corte Constitucional. Se no controle difuso e concreto isso já seria problemático, no controle concentrado e abstrato há uma potencialização da preocupação com as decisões metafísicas, porque os efeitos são gerais e abstratos e porque existe um maior risco de cristalização do direito.

Tudo isso se agrava diante de uma visão paternalista da Corte Constitucional, que é levada a acreditar que, por ter acesso privilegiado a um conhecimento especializado, pode sobrepor a sua moralidade à moralidade pública.

## **4.2 O paternalismo institucional do Supremo Tribunal Federal no Brasil**

Já se expôs que, na sociedade pós-moderna e pós-convencional, o Poder Judiciário tem a importante função de fazer valer o direito como forma de organização político-social. Para tanto, deve atuar na correção de desvios, como garantia da própria estrutura do Estado

---

<sup>267</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. (trad. Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 26/27.

Democrático de Direito. Todavia, a intervenção excessiva do Poder Judiciário nas estruturas políticas, sociais e econômicas pode frear o desenvolvimento, na medida em que a racionalidade jurídica possui limites cognitivos em relação às mais diversas áreas do saber e atua, de certa maneira, para a manutenção e estabilização de um determinado contexto em que está inserida.

O indivíduo, a sociedade e as instituições não podem ser transformados em meros objetos administrados, como se tivessem que ser tutelados por uma instituição detentora de conhecimentos superiores e supremos. A retórica da racionalidade jurídica, calcada em *topois* como a democracia e o Estado de Direito, não pode pretender infantilizar os sujeitos e as instituições, como se estes fossem apenas destinatários de uma ordem jurídica capaz de resolver todos os problemas a partir do seu autorreferenciamento.

As instituições estatais devem proporcionar que os indivíduos, no espaço público, e a sociedade civil organizada assumam as suas responsabilidades na condução das mudanças sociais, ao invés de criarem um falso sentimento de que os males da sociedade decorrem por culpa da lei, do legislador ou da lentidão do Poder Judiciário.

Assim, a ordem jurídica estabelecida e a postura paternalista das Cortes Constitucionais vão minando a possibilidade de crítica autônoma, na medida em que se passa a compreender a decisão judicial da Corte como a mais justa e melhor para a sociedade, como se a sociedade organizada fosse incapaz de tomar as suas próprias decisões.<sup>268</sup>

Nesse sentido, a tutela paternalista é paradoxal, pois elimina exatamente aquilo que ela pretende preservar. Ao centralizar o debate constitucional, retira do espaço público as discussões sobre os direitos constitucionais. O paternalismo institucional subtrai dos cidadãos a sua própria cidadania, a sua autonomia, a possibilidade de refletir sobre as suas responsabilidades individuais e coletivas, a capacidade de mobilização coletiva para cobrar mudanças, a possibilidade de aprender com os próprios desacertos e, a partir deles, evoluir. Enfim, pretendendo proteger os cidadãos, o paternalismo institucional os reduz à condição de massa, facilmente manipulável.<sup>269</sup>

---

<sup>268</sup> “Ambas as tendências levaram a relações em que tanto o poder perde em visibilidade e acessibilidade como a sociabilidade individual perde a capacidade de submeter as normas sociais à crítica autônoma. Por isso a “sociedade órfã” ratifica paradoxalmente o infantilismo dos sujeitos, já que a consciência de suas relações sociais de dependência diminui. Indivíduo e coletividade, transformados em meros objetos administrados, podem ser facilmente conduzidos por meio da reificação e dos mecanismos funcionais da sociedade industrial moderna.” (MAUS, Ingeborg. *Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 58, p. 183-202, nov. 2000. p. 184/185)

<sup>269</sup> Como ressalta Menelick de Carvalho Netto, “Ela [a tutela paternalista] subtrai dos cidadãos exatamente a cidadania, o respeito à sua capacidade de autonomia, à sua capacidade de aprender com os próprios erros, preservando eternamente a minoridade de um povo reduzido à condição de massa (de uma não-cidadania),”

Para Ingeborg Maus, “acompanha essa evolução uma representação da Justiça por parte da população que ganha contornos de veneração religiosa”. E conclui que “qualquer crítica sobre a jurisdição constitucional atrai para si a suspeita de localizar-se fora da democracia e do Estado de direito, sendo tratada pela esquerda como uma posição exótica.”<sup>270</sup> Embora Maus faça a crítica a esse paternalismo judicial utilizando supostos freudianos para explicar uma problemática da sociologia jurídica<sup>271</sup>, o que pode ser inadequado do ponto de vista metodológico ou epistemológico, parece que essa intervenção judicial excessiva do Judiciário, como um tutor da ordem jurídica, é realmente prejudicial para a autonomia e o desenvolvimento das instituições e da sociedade.

Com esse discurso, as Cortes Constitucionais passam a decidir, à luz de uma racionalidade jurídica e com o argumento da “proteção da Constituição”, questões morais, políticas e econômicas, ou seja, nenhuma matéria pode escapar do controle de constitucionalidade. Nesse ambiente, crescem o risco de discursos fundamentalistas, de que a Corte Constitucional estaria autorizada a decidir o sentido das normas constitucionais com base em princípios suprapositivos e “valores fundamentais” por ela própria estabelecidos<sup>272</sup>, a fim de se atingir a concretização de direitos fundamentais e a verdadeira justiça, porque caberia a ela – e não ao indivíduo, à sociedade ou as outras instituições – revelar, em última instância, o verdadeiro sentido da Constituição.

---

manipulável e instrumentalizada por parte daqueles que se aprendam como os seus tutores, como os seus defensores, mas que, ainda que de modo inconsciente, creem a priori e autoritariamente na sua superioridade em relação aos demais e, assim, os desqualificam como possíveis interlocutores.” (CARVALHO NETTO, Menelick de. Prefácio. In: ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. (trad. Menelick de Carvalho Netto). Belo Horizonte : Mandamentos, 2003. p. 11.

<sup>270</sup> MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 58, p. 183-202, nov. 2000. p. 185.

<sup>271</sup> “Enquanto a uma prática judiciária quase religiosa corresponde uma veneração popular da Justiça, o superego constitucional assume traços imperceptíveis, coincidindo com formações “naturais” da consciência e tornando-se portador da tradição no sentido atribuído por Freud. Por conta de seus métodos específicos de interpretação constitucional, atua o TFC menos como “Guardião da Constituição” do que como garantidor da própria história jurisprudencial, à qual se refere legitimamente de modo auto-referencial. Tal história fornece-lhe fundamentações que não necessitam mais ser justificadas, sendo somente descritas retrospectivamente dentro de cada sistema de referências.” (MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 58, p. 183-202, nov. 2000. p. 192)

<sup>272</sup> Nesse sentido, a crítica de Ingeborg Maus ao Tribunal Federal Constitucional Alemão: o “TFC submete todas as outras instâncias políticas à Constituição por ele interpretada e aos princípios suprapositivos por ele afirmados, enquanto se libera ele próprio de qualquer vinculação às regras constitucionais. “*Legibus solutus*”: assim como o monarca absoluto de outrora, o tribunal que disponha de tal entendimento do conceito de Constituição encontra-se livre para tratar de litígios sociais como objetos cujo conteúdo já está previamente decidido na Constituição “corretamente interpretada”, podendo assim disfarçar o seu próprio decisionismo sob o manto de uma “ordem de valores” submetida à Constituição.” (MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 58, p. 183-202, nov. 2000. p. 191/192)

Esse discurso de sobrevalorização do Judiciário e de reificação do indivíduo, da sociedade e das instituições tem sido recorrente em decisões do controle de constitucionalidade realizado pelas Cortes Constitucionais. Com a reiteração, a aceitação acrítica e a institucionalização dessas práticas, há sérios riscos de que se instaure uma autocracia do Poder Judiciário<sup>273</sup>, uma verdadeira regressão a de valores pré-democráticos como parâmetros de integração social.<sup>274</sup>

Além disso, na medida em que a racionalidade jurídica da Corte Constitucional seduz com recurso a “valores superiores” e a sociedade apenas absorve de forma acrítica a “justiça” das suas decisões, existe um perigo cada vez maior de que a sociedade deposite no Judiciário a função de ditar os rumos da própria sociedade e, por conseguinte, a função de traçar os padrões de conduta que deverão ser obedecidos.<sup>275</sup> E esse risco é ainda maior quando a decisão da Corte Constitucional é tomada em sede de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, ou seja, quando os efeitos da decisão são gerais e abstratos, pois, em tais casos, o Judiciário dita o próprio dever-ser.

No Brasil, existe um sentimento generalizado de que os cidadãos devem exigir os seus direitos, de que a adoção de um modelo de Estado de Bem Estar Social deve proporcionar uma vida digna a todos os brasileiros, de que o Estado deve atuar na correção das desigualdades, enfim, de que o Estado deve proporcionar tudo. Embora seja defensável que o Estado proporcione condições mínimas para a promoção das mudanças sociais, de uma vida digna e do bem estar do seu povo, também é essencial que os cidadãos assumam a sua parcela de responsabilidade na condução do Estado. Talvez tenha chegado o momento de

---

<sup>273</sup> Embora com distinções fundamentais, os regimes totalitários, autocráticos e autoritários possuem pontos simétricos. A diferença é bem definida por Lenio Streck e José Luis Bolzan de Moraes: “O totalitarismo está em oposição ao Estado Liberal, diferindo do autoritário – este significa que a soberania está fora do alcance e da vigilância da maioria – e do autocrático – este está ligado ao exercício do poder por direito próprio.” (STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política & teorias do Estado*. 7. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2010. pp. 133/134)

<sup>274</sup> “Quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social — controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática. No domínio de uma Justiça que contrapõe um direito “superior”, dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado e da sociedade, é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social.” (MAUS, Ingeborg. *Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 58, p. 183-202, nov. 2000. p. 187)

<sup>275</sup> “Nos estímulos sociais a uma Justiça pronta para expandir seu âmbito de ação, encerra-se o círculo da delegação coletiva do superego da sociedade.” (MAUS, Ingeborg. *Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 58, p. 183-202, nov. 2000. p. 191)

perguntar o que os cidadãos brasileiros podem fazer pelo Estado, e não somente o que o Brasil pode fazer pelos brasileiros.<sup>276</sup>

Tem sido comum ouvir da sociedade que, caso não seja tomada determinada medida, a questão será judicializada. Aliás, esse discurso tem estado presente inclusive na fala de governantes<sup>277</sup> e também de parlamentares, quando afirmam que, caso a Casa Legislativa não tome determinada decisão política, o caso será submetido ao Supremo Tribunal Federal. Parece existir um certo fascínio das pessoas por transferir o seu destino para a Corte Constitucional, como se os cidadãos e as instituições fossem incapazes de tomar as suas próprias decisões.<sup>278</sup>

Se, de um lado, as instituições devem proporcionar a participação democrática dos cidadãos, de outro, os cidadãos devem assumir as suas responsabilidades, inclusive para criar as regras que deverão regular o convívio social. O destino da sociedade deve ser construído por ela própria, com o auxílio das instituições; mas transferir toda responsabilidade para a Corte Constitucional implica renunciar à própria cidadania.<sup>279</sup>

---

<sup>276</sup> Parafrazeando-se o discurso de John Kennedy, ex-Presidente dos Estados Unidos: "My fellow Americans, ask not what your country can do for you, ask what you can do for your country." (Discurso proferido em 1961, por John F. Kennedy, então Presidente dos Estados Unidos da América).

<sup>277</sup> Nesse sentido, por exemplo, quando o Congresso derrubou os vetos da presidente Dilma Rousseff à lei que muda a divisão dos royalties do petróleo, a fim de houvesse uma divisão mais igualitária desses recursos, beneficiando Estados e municípios que não produzem petróleo, as primeiras palavras do Governador do Estado do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral foram as seguintes: "Nós vamos aguardar a publicação da lei. Assim que ela for materializada, nós vamos ao STF". E continuou: "A presidente Dilma foi clara como água nas razões do veto. Só que não levaram nada disso em consideração. Mas a Suprema Corte brasileira está aí para isso. Para garantir a democracia." (RJ, SP e ES vão recorrer ao STF contra derrubada dos vetos dos royalties. *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 07/03/2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/1242268-estados-produtores-de-petroleo-va-recorrer-ao-stf-contraderrubada-dos-royalties.shtml>>. Acesso em 6/9/2013)

<sup>278</sup> Situação bastante marcante ocorreu quando o Deputado Federal Natan Donadon foi condenado criminalmente pelo Supremo Tribunal Federal e, ao ser submetido à Câmara dos Deputados para perda do mandato parlamentar, esta Casa Legislativa votou pela continuidade do mandato parlamentar, mesmo preso. A Mesa da Câmara dos Deputados recorreu ao Supremo Tribunal Federal, contra a decisão da própria casa legislativa. Em entrevista ao *Jornal Folha de São Paulo*, publicada em 3/9/2013, "O presidente da Câmara, Henrique Eduardo Alves (PMDB-RN), disse nesta terça (3) que a manutenção do mandato do deputado Natan Donadon (ex-PMDB-RO) promoveu o maior desgaste da história na imagem da Casa, superando até mesmo episódios do período da ditadura. (...) De acordo com Alves, é preciso que o STF resolva a situação para que o Congresso também possa dar um desfecho ao caso Donadon sem correr o risco de tomar um tipo de atitude hoje e ser obrigado a voltar atrás devido a uma nova decisão do STF." (MOTTA, Severino. Presidente da Câmara diz que caso Donadon foi 'maior dano' sofrido pela Casa na história. *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 3/9/2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/09/1336414-presidente-da-camara-diz-que-caso-donadon-foi-maior-dano-sofrido-na-historia-da-casa.shtml>>. Acesso em 6/9/2013).

<sup>279</sup> Essa preocupação também é manifestada por Marcelo Cattoni: "A moda do momento é transferir o nosso destino e o nosso exercício da cidadania para o Supremo Tribunal Federal, sob a desculpa da incapacidade dos cidadãos brasileiros de exercerem a sua cidadania. Nós já fizemos isso em relação aos imperadores, em relação à Presidência da República, em relação aos militares. (...) vamos, agora, transferir para o Supremo Tribunal Federal e para o Judiciário tal responsabilidade? (...) Nos temos é de parar de transferir as nossas responsabilidades." (CATTONI, Marcelo. *Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional*. Belo Horizonte : Mandamentos, 2006. p. 79/80)



Isso não quer dizer que as instituições estatais devem ser omissas, tampouco que deve se suprimir o controle judicial de constitucionalidade. Pelo contrário, a função do Poder Judiciário como um todo é essencial para a prevalência da Constituição e para a correção das distorções sociais. Com efeito, o controle judicial de constitucionalidade é fundamental na correção das disfunções democráticas, na proteção dos direitos das minorias e na defesa dos direitos fundamentais. No entanto, diante de escolhas políticas que não afrontem a base constitucional e o núcleo dos direitos fundamentais, o Poder Judiciário como um todo e a Corte Constitucional em especial devem respeitar o espaço conferido aos Poderes Legislativo e Executivo, às demais instituições públicas e privadas, e à sociedade em geral, que devem assumir as suas responsabilidades.

Assim, em termos de controle de constitucionalidade, o Poder Judiciário deve atuar mais na correção pontual de distorções, deixando que os cidadãos construam autonomamente, no espaço público, junto com as suas instituições representativas, o projeto social e as escolhas políticas que lhes cabem.

Dessa forma, o controle difuso de constitucionalidade, realizado de forma pontual por qualquer instância judicial, e que permite a participação daqueles que serão atingidos pela decisão judicial, é mais consentâneo com a necessidade de não interferência demasiada no processo de evolução social. Em contrapartida, no controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, são maiores os riscos de que o Judiciário, pela Corte Constitucional, invada um espaço de decisão política que deveria ser reservado aos demais Poderes Constituídos e à sociedade, já que os efeitos da decisão judicial, nesta modalidade de controle de constitucionalidade, serão gerais e abstratos.

Portanto, o controle difuso de constitucionalidade permite que o Poder Judiciário seja um interlocutor com os demais Poderes Constituídos, com as instituições e com os cidadãos, coparticipantes na implementação do projeto constitucional e destinatários da Constituição.

#### **4.3 A implementação do projeto constitucional fora da Corte Constitucional**

É bastante comum a afirmação de que a Corte Constitucional é o intérprete último da Constituição ou o ator principal na sua implementação. Com base na identidade do sujeito constitucional ou na sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, já seria possível lançar

dúvidas sobre uma afirmação dessas. Entretanto, qualquer análise a esse respeito seria incompleta se não houvesse uma aferição empírica e reflexiva, o que ora se propõe.

Como mostra Ran Hirschl, existe um conjunto considerável de pesquisas comparativas com base em política, sociologia e políticas públicas entre diversos países que sugere que há fatores importantes que podem explicar a variação da “explicação jurisdicional” na realização efetiva dos direitos constitucionais, ou seja, que podem mostrar que a evolução em termos de proteção a direitos fundamentais ocorreu por fatores diversos da criação das Cortes Constitucionais ou da instituição das Cartas de Direitos. As referidas pesquisas apontam que, das aproximadamente 170 Constituições escritas do mundo, cerca de três quartos fazem referência ao direito à educação, e quase a metade ao direito à saúde. Além disso, mais Constituições escritas também incluem uma proteção genérica do “direito à vida” ou à “dignidade humana”, e vários tratados regionais e internacionais de direitos humanos protegem uma variedade de direitos materiais. Em contrapartida, “ao mesmo tempo, o real fornecimento de educação, saúde ou habitação varia drasticamente em todo o mundo”, como pondera Hirschl.<sup>280</sup> A partir disso, ele mesmo questiona: “O que pode explicar essa diferença? Quais os países que se saíram melhor do que os outros, e por quê? Como grande parte da variação é explicada por diferenças entre pertencimento a textos constitucionais e a sua interpretação *versus* outros fatores que estão além do domínio constitucional formal?”.<sup>281</sup> Para Hirschl, as perguntas “como e por que” não podem ser respondidas simplesmente olhando para as disposições constitucionais ou para a jurisprudência sobre direitos sociais. Assim, conclui que a ênfase exagerada no papel dos tribunais, como mártires da concretização dos direitos sociais, pode dificultar – ao invés de fazer avançar – a explicação sobre essa questão.<sup>282</sup>

---

<sup>280</sup> Tradução livre do seguinte trecho: “At the same time, the actual provision of education, healthcare, or housing, varies dramatically across the world.” (HIRSCHL, Ran. From comparative constitutional law to comparative constitutional studies. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 1, pp. 1-12, jan. 2013. p. 8)

<sup>281</sup> Tradução livre do seguinte trecho: “What may explain this gap? Which countries have fared better than others, and why? How much of the variance is explained by differences among pertinent constitutional texts and their interpretation versus other factors that lie beyond the formal constitutional domain?”. (HIRSCHL, Ran. From comparative constitutional law to comparative constitutional studies. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 1, pp. 1-12, jan. 2013. p. 8)

<sup>282</sup> “Second, the study of constitutional jurisprudence seems limited without the study of its actual capacity to induce real, on-the-ground change, independently or in association with other factors. A considerable body of research in comparative politics, sociology, and public policy suggests that there are important factors that explain the cross-jurisdictional variance in actual realization of constitutional rights and the implementation of landmark court rulings pertaining to these rights. The comparative constitutional discourse on social rights provides merely one illustration of the puzzling disconnect between the study of rights and realities in comparative constitutional law. Of the world’s approximately 170 written constitutions, roughly three-quarters make reference to a right to education, and nearly half to a right to health care. Most written constitutions also

Nesse tocante, Hirschl mostra como, ao contrário da esfera constitucional, a política governamental, com base em fatores políticos, parece importar muito quando se trata da realização socioeconômica de direitos. Nesse tocante, cita o exemplo do Brasil, mostrando como o governo federal, no período de 2003 a 2009, com uma agenda social-progressista, introduziu uma série de políticas sociais e novas prioridades de gastos que visava erradicar a pobreza e o analfabetismo. Os resultados mostraram que, no Brasil, a população, nesse período, aumentou de 176 para 198 milhões, enquanto o coeficiente Gini, que mede o analfabetismo, apontou queda dessa taxa de 0,581 para 0,544, ou seja, a taxa de analfabetismo caiu de 13,6% para menos de 10%, e a taxa de mortalidade infantil por 1.000 nascidos vivos caiu de 35,8 para 22,6. A partir desses dados, Hirschl argumenta que as disposições sobre direitos sociais e econômicos na Constituição brasileira não mudaram, sendo que melhorias impressionantes na redução da pobreza no Brasil foram alcançadas por políticas governamentais específicas, não por reformas constitucionais ou pela jurisprudência constitucional mais progressista, quando comparada com a jurisprudência nos anos anteriores ao período da pesquisa.<sup>283</sup>

Com efeito, o Poder Executivo é uma instituição fundamental para a implementação do projeto constitucional e para o desenvolvimento da nação, sobretudo no que diz respeito à formulação, desenvolvimento e execução de políticas públicas que concretizem os direitos fundamentais. Assim, as políticas públicas destinadas à redução da

---

include a generic protection of “the right to life” or of “human dignity.” And, several key regional and international human rights regimes protect a variety of subsistence rights. At the same time, the actual provision of education, healthcare, or housing, varies dramatically across the world. What may explain this gap? Which countries have fared better than others, and why? How much of the variance is explained by differences among pertinent constitutional texts and their interpretation versus other factors that lie beyond the formal constitutional domain? These key “how and why” questions cannot be answered simply by looking at constitutional provisions or social rights jurisprudence. The overemphasis on the role of courts (or, for that matter, on philosophizing, sometimes without having a wide, truly comparative factual basis, about how *should* courts decide) can hinder rather than advance a coherent explanation of the studied phenomenon.” (HIRSCHL, Ran. From comparative constitutional law to comparative constitutional studies. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 1, pp. 1-12, jan. 2013. pp. 7/8)

<sup>283</sup> “Unlike the constitutional sphere, government policy—shaped, in turn, by political factors—seems to matter a great deal when it comes to the realization of socioeconomic rights. Luiz Inácio Lula da Silva became president of Brazil on January 1, 2003. Lula, as he is known popularly, has been advocating a socialist-progressive agenda. His administration introduced a series of social policies and new spending priorities aimed at eradicating poverty and illiteracy in Brazil. The results have been nothing short of staggering. From 2003 to 2009, the number of poor people in Brazil dropped from 58.2 million to 41.5 million while the overall population increased from 176 million to 198 million. The Gini-coefficient fell from 0.581 to 0.544; the illiteracy rate dropped from 13.6 percent to less than 10 percent; and the infant mortality rate per 1,000 live births fell from 35.8 to 22.6. The social and economic rights provisions in the Constitution of Brazil have not changed since 1988. The impressive improvements in alleviating poverty in Brazil have been achieved by targeted government policies, not by constitutional reforms or by more progressive constitutional jurisprudence as compared to jurisprudence in the pre-Lula years.” (HIRSCHL, Ran. From comparative constitutional law to comparative constitutional studies. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 1, pp. 1-12, jan. 2013. p. 8)

miserabilidade social, à implementação de políticas de saúde, ao investimento em escolas públicas de qualidade e de fácil acesso à população e à redução da desigualdade social, por exemplo, são medidas tomadas pelo governo que implementam normas constitucionais e o projeto constitucional previsto na Constituição Federal de 1988.

Além disso, no processo legislativo, o Presidente da República também interpreta a Constituição, pois pode vetar um projeto de lei, por entender que ele é inconstitucional, ou, ao contrário, sancioná-lo, quando atender à Constituição e aos interesses públicos.

De outro lado, o Poder Legislativo, no âmbito da sua função primária, conforma as normas constitucionais no plano infraconstitucional, sobretudo em relação aos chamados direitos institucionais, que necessitam que instituições regulamentem a sua proteção e forma de exercício. Com efeito, houve interpretação constitucional quando, no plano infraconstitucional, os parlamentares decidiram a forma de concretização da norma do art. 226 da Constituição Federal, que prevê a proteção à família, conforme estabelecido nos arts. 1.511 a 1590 do Código Civil; quando o Poder Legislativo disciplinou o direito à herança (art. 5º, XXX, da CF), sob o título “Direito das Sucessões”, nos arts. 1.784 a 2.027 do Código Civil; quando regulamentou o direito constitucional à propriedade (art. 5º, *caput* e incs. XXII e XXIII, da CF) nos arts. 1.196 a 1510 do Código Civil; quando normatizou a proteção constitucional às crianças e adolescentes (art. 227 da CF) pela edição da Lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); ou quando deu concretude para a restrição constitucional à interceptação telefônica (art. 5º, XII, CF) com a edição da Lei 9.296/1996. Nessa mesma perspectiva, o Poder Legislativo institucionalizou o Sistema Único de Saúde, previsto constitucionalmente (art. 198, CF), pela Lei 8.080/1990; o direito social de previdência social (arts. 201 e 202, CF), pela edição das Leis 8.212/1991 e 8.213/1991; o direito constitucional à educação (arts. 205 a 214, CF) na Lei 9.394/1996; e a proteção ao meio ambiente (art. 225, CF), com a promulgação Lei 9.605/1998. Esses são apenas alguns dos vários casos que podem ser citados de implementação legislativa de normas constitucionais e de direitos fundamentais.<sup>284</sup>

---

<sup>284</sup> Da mesma forma, para fazer cumprir as normas constitucionais que preveem a punição pelos atos de improbidade administrativa (art. 15, V, e art. 37, § 4º, CF), o Poder Legislativo precisou interpretar a Constituição e disciplinar, por intermédio da Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), quais atos configurariam improbidade administrativa, quais seriam as suas sanções, a forma de gradação das punições e o procedimento da ação judicial de improbidade. Da mesma forma, para concretizar a norma constitucional que prevê a proteção da família (art. 226, CF), o Legislativo interpretou a Constituição de forma a permitir a sua institucionalização nos arts. 1.511 a 1590 do Código Civil, assegurando, ainda, a igualdade entre os cônjuges, os seus direitos patrimoniais, a não distinção entre filhos concebidos no casamento e fora dele, e entre filhos consanguíneos e adotivos, etc. Além disso, dentro da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, comissões parlamentares têm o mister específico de analisar a constitucionalidade do projeto de lei.

Além da concretização institucional de direitos constitucionais, o Poder Legislativo também deve atuar regularmente a fim de adaptar o projeto constitucional para harmonizar os princípios constitucionais com as necessidades de uma sociedade em constante mutação.<sup>285</sup>

De outro lado, as outras instâncias judiciais, como os tribunais superiores, os tribunais de segunda instância e os juízos de primeira instância, também realizam interpretação constitucional. Com efeito, nos mais de 92,2 milhões de processos que tramitam no Judiciário brasileiro, comumente haverá interpretação de uma questão constitucional. É o caso, por exemplo, do contraditório, da ampla defesa, da preservação da igualdade entre as partes, ou da análise acerca de qual direito constitucional deve prevalecer no caso. Por exemplo, quando o juiz decide um pedido de liberdade provisória, precisa avaliar, dentro de parâmetros técnicos, qual direito deve prevalecer, se o direito à liberdade do indivíduo, ou o direito à segurança da sociedade.

Além disso, outras instituições estatais, sobretudo órgãos e agências do Poder Executivo, também interpretam e decidem questões constitucionais. As agências reguladoras – que fomentam, regulamentam e fiscalizam determinadas atividades específicas – interpretam a Constituição não somente em relação aos seus próprios limites constitucionais de atuação, mas também no tocante à livre iniciativa, ao livre comércio, à vedação do monopólio e ao abuso do poder econômico, à proteção dos consumidores etc. Mesmo quando tais questões chegam aos Tribunais, é dado grande peso à interpretação realizada pelo órgão ou agência específica, ou, ainda, em muitas vezes, o Judiciário afirma que se trata de questão técnica, de opção política ou discricionariedade administrativa, nas quais ele não deve intervir. Vale dizer, em tais questões, os órgãos e agências estatais têm, em grande parte das vezes, a única palavra em matéria de interpretação constitucional.<sup>286</sup>

Ademais, não somente as atuais instituições estatais são responsáveis pela interpretação constitucional, mas também instituições privadas e cidadãos.

---

<sup>285</sup> “Constitutional law is constantly shaped by people operating through the executive and legislative branches. Through this rich and dynamic political process, the Constitution is regularly adapted to seek a harmony between legal principles and needs of a changing society.” (FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process*. Princeton, New Jersey : Princeton University Press, 1988. p. 15)

<sup>286</sup> Louis Fischer tem interpretação semelhante acerca dessa questão, considerando a realidade dos EUA: “The Supreme Court nevertheless recognizes that each branch of government, in the performance of its duties, must initially interpret the Constitution. Those interpretations are given great weight by the Court; sometimes they are the controlling factor. When courts decide to duck a case by using threshold devices of standing and other techniques, the political branches have the first and last word on constitutional issues. Indeed, they have the only word.” (FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process*. Princeton, New Jersey : Princeton University Press, 1988. pp. 5/6)

Atualmente, tem sido bastante difundido, no âmbito do Direito Civil e do Direito Constitucional, a questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, vale dizer, a aplicação dos direitos fundamentais entre particulares. Assim, quando uma associação, mesmo sem previsão em lei, garante o contraditório antes de expulsar determinado sócio por infração ao estatuto social, está interpretando e concretizando a Constituição (art. 5º, inc. LV, CF). Da mesma forma, quando uma empresa promove modificações estruturais no seu estabelecimento para permitir o fácil acesso a cadeirantes e deficientes visuais, está efetivando a norma do art. 224 da Constituição Federal.

O cidadão também interpreta e dá concretude a Constituição. É o que ocorre quando, por exemplo, deixa de pagar um tributo e o impugna porque a sua instituição desrespeitou o princípio da anualidade (art. 150, III, b, CF); quando o cidadão impede que a polícia entre na sua residência sem um mandado judicial e fora das demais hipóteses do art. 5º, inc. XI, da Constituição Federal, em respeito à sua inviolabilidade de domicílio; ou, ainda, quando exige a gratuidade do registro civil do seu filho, por ser reconhecidamente pobre (art. 5º, LXXVI, CF).

Da mesma forma, interpretam e dão sentido à Constituição os cidadãos que vão às ruas para manifestarem o seu pensamento (art. 5º, inc. V, CF) e pedir investimento governamental na concretização de políticas públicas que garantam os direitos sociais à saúde e à educação (art. 6º, CF); que protestam contra a malversação de recursos públicos em obras superfaturadas; que postulam medidas contra as violações ao meio ambiente (art. 225, CF); ou que se reúnem em movimentos para reivindicar moradia (art. 6º, CF).

Assim, fica claro, empiricamente, que o projeto constitucional é um empreendimento comum, aberto, multifacetário, realizado pelas mais diversas instituições e por todos os cidadãos, um projeto que não pode ser reduzido a um único ator, muito menos à Corte Constitucional.

#### **4.4 A sociedade aberta dos intérpretes da constituição e a teoria discursiva: contra a tentativa do STF de privatizar a Constituição Federal**

Por diversas vezes, tem-se visto na doutrina constitucional a afirmação de que é a jurisdição constitucional quem dá o sentido da Constituição, e, inclusive, como constou na fala do Ministro do Supremo Tribunal Federal Joaquim Barbosa durante o julgamento da ação penal n.º 470 (caso conhecido como processo do “mensalão”): “A Constituição é aquilo que o

Supremo Tribunal Federal diz que é”. Tal afirmação não é nova, pois inclusive é a frase que marca a biografia do ex-juiz da Suprema Corte dos EUA Charles Evans Hughes: “Nós estamos sob uma Constituição, mas a Constituição é o que os juizes dizem que ela é.”<sup>287</sup>

De um lado, é certo que, com base nas impressões externadas por um Ministro da Corte Constitucional brasileira, ou por um juiz da Suprema Corte dos EUA, não se pode concluir que seja o reflexo do pensamento de todo um tribunal, ou de todos os constitucionalistas. Mas, quando se observa que muitos constitucionalistas brasileiros e estrangeiros contemporâneos desenvolvem o estudo do direito constitucional apenas reproduzindo de forma acrítica a jurisprudência das Cortes Constitucionais, as afirmações acima se tornam muito mais preocupantes. Primeiramente, porque a Corte Constitucional passa a decidir questões constitucionais fundamentais de forma solipsista e sem a necessária crítica por parte dos constitucionalistas. Em segundo lugar, porque os constitucionalistas, quando focados somente em repetir a jurisprudência da Corte Constitucional, deixam de contribuir para o próprio desenvolvimento do constitucionalismo, omitindo-se em relação às suas funções de reflexão e crítica, que são essenciais.<sup>288</sup>

Então, como “devolver” a Constituição para a sociedade, contra a apropriação exclusiva pela Corte Constitucional? A partir das reflexões sobre essa inquietação, poder-se-ia afirmar que “a Constituição é aquilo que o Supremo Tribunal Federal diz que é”?

Na filosofia contemporânea, tem sido amplamente aceito como ponto de partida o fato de que o juiz não é o único intérprete e aplicador da Constituição, pois essa é uma atividade também reproduzida pelos mais diversos atores sociais e pelos próprios cidadãos, destinatários das normas. Nesse sentido, Peter Häberle propõe uma “interpretação constitucional pela e para uma sociedade aberta”, de modo que “os critérios de interpretação

---

<sup>287</sup> Tradução livre da frase: “We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is”. Para contextualizar a frase, cita-se o trecho da obra de Hughes em que ela se encontra: “I have the highest regard for the courts. My whole life has been spend in work conditioned upon respecto for the courts. (...) We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is, and the judiciary is the safeguard of our liberty and of our property under the Constitution. I do not want to see any direct assault upon the courts, nor do I want to see any indirect assault upon the courts.” (HUGHES, Charles Evans. *Addresses and papers*. New York : G.P. Putnam's Sons, 1908. p. 139)

<sup>288</sup> Nesse sentido, a crítica de Ran Hirschl: “Nonetheless, much (though certainly not all) of the contemporary literature is focused on questions of jurisprudence. Often excluded from the canonical discourse are other crucial questions, such as the real-life impact of constitutional jurisprudence and its efficacy in planting the seeds of social change; how constitutions reflect and shape nationhood and identity; how constitutions construct, not merely constrain, politics (e.g., by framing the goals and interests people believe they can pursue in politics); the actors and factors involved in demanding or bringing about constitutional transformation; the place of constitutionalism, national and trans-national, in the emerging global economic order; or the ever-increasing judicialization of politics worldwide and its impact on the legitimacy of the courts and the quality of democratic governance more generally”. (HIRSCHL, Ran. *From comparative constitutional law to comparative constitutional studies*. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 1, pp. 1-12, jan. 2013. p. 3)

constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade”.<sup>289</sup> Häberle identifica a interpretação constitucional com a democracia liberal, preconizando que a interpretação é mais um dos elementos da sociedade aberta.

Partindo de outra matriz filosófica, Jürgen Habermas também propõe que não se reduza a interpretação constitucional a um só ator político. Habermas tece objeções à teoria de Dworkin, ao argumento de que este pressupõe que o juiz esteja altamente qualificado – seja por seus conhecimentos e habilidades profissionais, seja por suas próprias virtudes pessoais – a representar os cidadãos e a garantir inteiramente a integridade da comunidade jurídica (juiz “Hércules”).<sup>290</sup> Habermas defende que “Dworkin oscila entre a perspectiva de cidadãos que legitima os deveres judiciais e a perspectiva de um juiz que tem a pretensão de um privilégio cognitivo, apoiando-se apenas em si mesmo, no caso em que a sua própria interpretação diverge de todas as outras”.<sup>291</sup>

Nesse ponto, Habermas utiliza expressamente a doutrina de Peter Häberle para criticar o juiz “Hércules” de Dworkin e para fundamentar a sua teoria do agir comunicativo<sup>292</sup>, sustentando que “isso sugere que se ancorem as exigências ideais feitas à teoria do direito no ideal político de uma ‘sociedade aberta dos intérpretes da constituição’, ao invés de apoiá-las no ideal da personalidade de um juiz, que se distingue pela virtude e pelo acesso privilegiado à verdade”.<sup>293</sup>

A crítica de Habermas a Dworkin não diz respeito à legitimidade do juiz para decidir, tampouco pretende vinculá-lo ao texto de lei, pois apenas pretende acrescentar aos supostos de Dworkin o fato de que a interpretação das normas é construtiva e decorrente de

---

<sup>289</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. (trad. Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 12/13 e 40.

<sup>290</sup> Ibidem. p. 276/277.

<sup>291</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. v. 1. (trad. Flávio Beno Siebeneichler). Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2010. p. 276/277.

<sup>292</sup> Embora Habermas utilize Dworkin, em muitos pontos, para fundamentar o desenvolvimento das suas teorias (entre elas, a interpretação construtiva), o critica porque este entende o direito como um meio de integração social, aplicável numa comunidade solidária por demais abstrata. Tentando corrigir um dos supostos da teoria de Dworkin, Habermas enfatiza que, “nas sociedades complexas, essas relações de reconhecimento mútuo, que se produzem em formas de vida concreta através do agir comunicativo, só se deixam generalizar abstratamente através do direito”. E continua: “Entretanto, é possível ampliar as condições concretas de reconhecimento através do mecanismo da reflexão do agir comunicativo, ou seja, através da prática da argumentação, que exige de todo o participante a assunção das perspectivas de todos os outros” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. v. 1. (trad. Flávio Beno Siebeneichler). Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2010. p. 277).

<sup>293</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. v. 1. (trad. Flávio Beno Siebeneichler). Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2010. p. 278.



um empreendimento comum, que tem base na comunicação pública (agir comunicativo) dos cidadãos, que é concreta, discursiva e vivencial.<sup>294</sup>

Com a teoria do agir comunicativo<sup>295</sup>, Habermas substitui a razão prática pela razão comunicativa.<sup>296</sup> A ação comunicativa permite a criação de direitos, que os membros de uma sociedade se reconhecem e se atribuem reciprocamente. Desse modo, reconhece a ligação entre o princípio do discurso, os direitos fundamentais e o princípio da democracia.<sup>297</sup>

Com base no princípio do discurso, na autonomia pública e privada e no agir comunicativo, o povo assume a construção do direito pelo próprio exercício da comunicação, quando os cidadãos se reconhecem livres e iguais. Os cidadãos são, ao mesmo tempo, criadores e destinatários da ordem jurídica.<sup>298</sup>

Assim, a estrutura da argumentação não pode ser hermética, voltada apenas para um número reduzido de especialistas; ao contrário, a argumentação deve servir para as interações entre os interlocutores e com o cotidiano. Com efeito, todos aqueles que vivem no contexto regulado pelo direito são, ao mesmo tempo, criadores, destinatários e intérpretes da

---

<sup>294</sup> “E continua: “O juiz singular tem que conceber sua interpretação construtiva como um empreendimento comum, sustentado pela comunicação pública dos cidadãos.” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. v. 1. (trad. Flávio Beno Siebeneichler). Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2010. p. 278)

<sup>295</sup> Habermas desenvolve a sua teoria do agir comunicativo com a premissa de que ela não pode se limitar simplesmente ao acesso lógico-semântico ao discurso jurídico. Nesse sentido, a correção dos juízos normativos não pode ser explicada com base em uma teoria da verdade, pois os direitos são construtos sociais que não admitem essa concepção do verdadeiro e do falso. A correção do juízo normativo exige aceitabilidade racional apoiada em argumentos. A validade de um juízo somente pode ser definida através de condições de validade (argumento válido ou inválido), e isso somente é possível através do discurso, vale dizer, pelo caminho da fundamentação que se desenvolva argumentativamente. (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. v. 1. (trad. Flávio Beno Siebeneichler). Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2010. p. 281/282)

<sup>296</sup> “A razão comunicativa, ao contrário da figura clássica da razão prática, não é uma fonte de normas do agir. Ela possui um conteúdo normativo, porém somente na medida em que o que age comunicativamente é obrigado a apoiar-se em pressupostos pragmáticos de tipo contrafactual”. (Ibidem. p. 20)

<sup>297</sup> “Nesse ponto, é possível enfeixar diferentes linhas de argumentação, a fim de fundamentar um sistema de direitos que faça jus à autonomia privada e pública dos cidadãos. Esse sistema deve contemplar os direitos fundamentais que os cidadãos são obrigados a se atribuir mutuamente, caso queiram regular sua convivência com os meios legítimos do direito positivo” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. v. 1. (trad. Flávio Beno Siebeneichler). Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2010. p. 154). Dessa forma, Habermas mostra como a legitimidade surge paradoxalmente à legalidade e desenvolve “um modo próprio de interpretar o conceito de autonomia, na linha de uma teoria do discurso, o qual torna possível reconhecer o nexo interno entre direitos humanos e soberania do povo”. (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. v. 1. (trad. Flávio Beno Siebeneichler). Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2010. p. 154)

<sup>298</sup> Habermas: “Por esta razão, o direito vigente tem que ser um direito legítimo. E ele só pode satisfazer a esta condição se for constituído de acordo com procedimentos da formação democrática da opinião e da vontade, que fundamentam a suposição da aceitabilidade racional dos resultados. Aquilo que dá direito à participação política liga-se com a expectativa de um uso público da razão: como legisladores democráticos, os cidadãos não podem fechar-se às exigências informais que resultam de uma orientação pelo bem comum. O que foi dito acima parece sugerir que a razão prática tem sua sede exclusiva no exercício de uma autonomia política, que permite aos destinatários do direito entender-se, ao mesmo tempo, como seus autores.” (HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. (trad. Flávio Siebeneichler). Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2003. p. 73).

norma. Dentro de um Estado Democrático de Direito, todo o cidadão tem o direito de participar, de forma direta ou indireta, da criação das leis, seja através da eleição dos seus representantes, seja através de grupos de pressão para a aprovação das leis que interessem a esse grupo,<sup>299</sup> seja pela construção de direitos pelo agir comunicativo, quando os cidadãos discursiva e vivencialmente se reconhecem como livres e iguais.

Além disso, uma vez em vigor a lei, é inegável que os padrões de conduta por ela disciplinados de forma abstrata precisam ser interpretados pela sociedade. Portanto, todos aqueles que vivem no contexto da norma são, direta ou indiretamente, seus intérpretes. Dessa forma, a sociedade aberta, quando interpreta a norma, leva em consideração todas as demais normas existentes no sistema jurídico, os princípios constitucionais, a racionalidade, os padrões de justiça<sup>300</sup>.

Logo, o direito é vivencial, é criado e recriado pela própria sociedade. Com efeito, a sociedade é destinatária, mas, ao mesmo tempo, criadora, intérprete e recriadora da norma.<sup>301</sup>

A forma como a sociedade se comporta em razão do direito – questão a que se dedica especialmente a sociologia jurídica – é elemento de extrema relevância na criação, incorporação e recriação da norma dentro do sistema jurídico, sendo, inclusive, crucial na aplicação do direito pelo Judiciário. Aliás, a consideração pelo juiz desse procedimento de assimilação e interpretação pela sociedade da lei é uma questão que envolve a própria legitimidade da decisão judicial.

Portanto, a participação da sociedade tanto no processo de criação da lei, quanto no processo de interpretação e assimilação dela, criando e recriando o direito, é um fator de legitimação social do próprio direito. A sociedade não pode ser tratada como mero objeto de

---

<sup>299</sup> HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. (trad. Flávio Siebeneichler). Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2003. p. 37.

<sup>300</sup> “Como princípio do direito, a justiça delimita e harmoniza os desejos, pretensões e interesses conflitantes na vida social da comunidade. Uma vez adotada a ideia de que todos os problemas jurídicos são problemas de distribuição, o postulado da justiça equivale a uma exigência de igualdade na distribuição ou partilha de vantagens ou cargas.” (ROSS, Alf. *Direito e justiça*. (trad. Edson Bini). 2. ed. Bauru, SP : Edipro, 2007. p. 313)

<sup>301</sup> Nesse sentido: “Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição” (HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. (trad. Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 15)

regulação, senão como sujeito ativo do seu próprio destino.<sup>302</sup> As forças sociais e privadas devem ocupar papel fundamental na interpretação constitucional, razão pela qual devem ser desenvolvidas novas formas de participação da sociedade multicultural e pluralista na condição de intérpretes em sentido amplo da Constituição.

Desse modo, no controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, observa-se que o processo de interpretação constitucional se fecha para a sociedade, pois poucos atores sociais podem participar desse processo, e os destinatários da decisão não podem influenciar na tomada de decisão. Com efeito, no processo do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade realizado no Brasil, determinado legitimado propõe a ação, o Advogado-Geral da União tem a missão de defender a constitucionalidade da lei (e muitas vezes não o faz), o Procurador-Geral da República se manifesta e os Ministros do Supremo Tribunal Federal decidem a questão constitucional. A possibilidade de realização de audiências públicas – ainda pouco utilizada – tem servido apenas como argumento pseudo legitimador desse modelo de controle.

Assim, a prática tem demonstrado que, no controle concentrado de constitucionalidade que se desenvolveu no Brasil, tem sido vedada a participação dos atingidos pela decisão e das forças sociais e populares no processo. Ou seja, as decisões no controle concentrado de constitucionalidade têm sido tomadas de forma solipsista, sem que possam ser influenciadas ou construídas discursivamente junto com os atores sociais e a sociedade em geral.<sup>303</sup>

De outro lado, o controle difuso de constitucionalidade, mesmo com as suas contingências, proporciona a manifestação de todos aqueles membros da sociedade que serão atingidos pela decisão judicial, na condição de parte do seu processo individual, possam se manifestar.

---

<sup>302</sup> Nesse sentido: HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. (trad. Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 33.

<sup>303</sup> A esse respeito, Menelick de Carvalho Netto ressalta que "É importante registrar o tremendo esforço que Peter Häberle empreende para poder afirmar a existência de uma comunidade aberta de intérpretes da Constituição na Alemanha, o que para nós é um suposto, um ponto básico de partida há mais e cem anos. É claro que não é mais possível a artificialidade da visão kelseniana absolutamente superada, como salientou o próprio Prof. Lênio Streck. A autoridade encarregada de aplicar a Constituição não pode fazer o que bem quiser do texto constitucional, há limites, esses limites são intersubjetivamente compartilhados, e a maior garantia de qualquer constituição chama-se cidadania, uma cidadania viva e atuante, zelosa de seus direitos." (CARVALHO NETTO, Menelick. *A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos Fundamentais*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte : Del Rey, 2003. pp. 141-163. p. 163)

Nesse mesmo íterim, torna-se necessário problematizar o controle judicial de constitucionalidade frente à identidade do sujeito constitucional.

#### **4.5 A identidade do sujeito constitucional e o controle difuso de constitucionalidade: pela Constituição como um projeto aberto**

Como se demonstrou no item anterior, dentre grande parte dos membros da Suprema Corte brasileira existe uma verdadeira tentativa de privatização da Constituição, ou seja, de redução solipsista da própria identidade do sujeito constitucional. A esse respeito, Ran Hirschl critica a forma limitada como ocorrem atualmente os estudos de direito constitucional, que restringem o seu objeto à análise da jurisprudência constitucional, sem a aferição da sua real capacidade de indução sobre grandes transformações, independentemente ou em associação com outros fatores. Para ele, o discurso constitucional comparativo fornece apenas uma ilustração da intrigante desconexão entre os estudos dos direitos e as realidades no direito constitucional comparado.<sup>304</sup>

A perspectiva técnico-jurídica que vê na Corte Constitucional o intérprete exclusivo da Constituição, ou o ator principal na sua implementação, é muito limitada e não condiz com a realidade empírica. Em primeiro lugar, é preciso ressaltar que, na grande maioria das vezes, a interpretação constitucional realizada pelas mais diversas instituições e pelos cidadãos são sedimentadas sem que a questão constitucional seja submetida à Corte Constitucional.<sup>305</sup>

Além disso, um texto constitucional escrito é necessariamente aberto e sujeito a múltiplas interpretações, cujos sentidos serão construídos, desconstruídos e reconstruídos pelas gerações atuais e futuras, à luz de determinada realidade social e momento histórico. Os cidadãos são herdeiros de uma Constituição já estabelecida, concebida por uma geração fundadora, mas devem continuar o projeto constitucional, que é discursivo e vivencial, e é um projeto comum. A Constituição, como qualquer outra prática comunicativa, precisa ser

---

<sup>304</sup> HIRSCHL, Ran. From comparative constitutional law to comparative constitutional studies. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 1, pp. 1-12, jan. 2013. pp. 7/8.

<sup>305</sup> “The Constitution undergoes constant interpretation and reinterpretation by legislators and executive officials. Constitutional questions are considered when Congress debates legislation and when Presidents decide to sign or veto bills presented to them. The Attorney General and the Comptroller General analyze (and resolve) many constitutional questions, as do general counsels in the agencies. Actions by the political branches, over the course of years, help determine the direction and result of a Supreme Court decision. Often constitutional issues are hammered out without the need for litigation.” (FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process*. Princeton, New Jersey : Princeton University Press, 1988. p. 5)

interpretada e reinterpretada dentro do seu próprio tempo e do contexto social em que está inserida. Nesse sentido, as normas constitucionais possuem um caráter performativo, pois as perspectivas normativas estarão abertas às gerações posteriores, que se apropriarão criticamente do projeto constitucional e deverão ser protagonistas da própria história constitucional.<sup>306</sup>

Michel Rosenfeld desenvolve a ideia de identidade do sujeito constitucional com base na democracia e no pluralismo universalizantes. Nesse sentido, “para se estabelecer a identidade constitucional através dos tempos é necessário fabricar a tessitura de um entrelaçamento do passado dos constituintes com o próprio presente e ainda com o futuro das gerações vindouras”. Desse modo, ainda que a intenção dos membros da Assembleia Nacional Constituinte fosse acessível, permaneceria a discussão sobre em que medida e extensão ela deveria ser vinculante para uma geração subsequente. De qualquer forma, como a intenção dos constituintes pode ser apreendida em diversos níveis de abstração, sempre haverá possibilidade de a identidade constitucional ser reinterpretada e reconstruída.<sup>307</sup>

De outro lado, um texto constitucional escrito é inevitavelmente incompleto e passível de múltiplas interpretações possíveis. Diante dessa incompletude e incerteza do texto constitucional, as constituições devem permanecer abertas à interpretação, o que significa que, por diversas vezes, estarão sujeitas a duas ou mais interpretações conflitantes, que parecem ser igualmente defensáveis.<sup>308</sup>

A operação de interpretação de uma norma constitucional que protege determinado direito fundamental é bem mais complexa do que a simples afirmação de que eles devem ser concretizados no plano material. A luta por novas inclusões também pode gerar novas exclusões e demandas por novas inclusões. A ampliação dos direitos de determinado grupo pode gerar a restrição aos direitos de outros. O alargamento do rol de direitos fundamentais também gera uma reinterpretação dos conceitos de liberdade e igualdade, requerendo uma releitura da própria conformação dos direitos fundamentais.<sup>309</sup>

---

<sup>306</sup> Nesse sentido, a lição de Habermas: “The only supposition here is that citizens must see themselves as heirs to a founding generation, carrying on with the common project. Like any other communicative practice, constitutional law-making has a performative meaning. It provides a normative perspective from which later generations can critically appropriate the constitutional mission and its history.” (HABERMAS, Jürgen. On law and disagreement: some comments on interpretative pluralism. *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, pp. 187-194, jun. 2003. p. 193)

<sup>307</sup> ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. (trad. Menelick de Carvalho Netto). Belo Horizonte : Mandamentos, 2003. pp. 17/18.

<sup>308</sup> ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. (trad. Menelick de Carvalho Netto). Belo Horizonte : Mandamentos, 2003. pp. 18/19.

<sup>309</sup> “O constitucionalismo, ao lançar na história a afirmação implausível de que somos e devemos ser uma comunidade de homens, mulheres e crianças livres e iguais, lançou uma tensão constitutiva à sociedade moderna

Assim, por exemplo, quando o Estado lança mão de ações afirmativas, criando cotas raciais e sociais, também reduz o número de vagas para aqueles que não estão nelas incluídos, gerando exclusão. Quando se amplia o prazo de licença-maternidade de quatro para seis meses, reduzem-se as chances de emprego das mulheres em idade fértil comparativamente aos homens. Quando se assegura um percentual de vagas em concursos públicos para portadores de necessidades especiais, impede-se que outras pessoas não incluídas nessa situação sejam nomeadas para o cargo. Quando o STF afirmou que não seria possível a condução coercitiva do suposto pai numa ação investigatória de paternidade, impediu que os filhos pudessem conhecer a sua verdadeira identidade genética, o seu verdadeiro pai biológico. A depender do contexto histórico e do momento, uma interpretação havida como constitucional pode se tornar inconstitucional e vice-versa. Assim, por exemplo, se, em determinado momento, houver uma maior participação de negros ou pardos em universidades públicas, a política de cotas raciais talvez passe a ser desnecessária, tornando-se inconstitucional.

Portanto, não se pode dizer que a Corte Constitucional é exclusivamente quem dá os horizontes de sentido da Constituição, tampouco que ela aprisiona o sentido das normas constitucionais. Aliás, nem mesmo o Poder Constituinte Originário ou o Poder Constituinte Derivado podem aprisionar o sentido da Constituição. Mais uma emenda constitucional ou mais uma interpretação da Corte Constitucional não serão necessariamente modificadoras da realidade social. Na lição de Louis Fischer, “as Constituições não governam somente por textos, mesmo quando interpretadas por um órgão supremo de juízes”. Com efeito, “as Constituições desenham a sua vida a partir de forças externas ao direito: a partir de ideias, de costumes, da sociedade, bem como com o diálogo constante entre as instituições políticas”.<sup>310</sup>

O sentido da norma constitucional será definido de acordo com o plano factual. Uma norma constitucional ou uma interpretação da Corte Constitucional dissociadas da realidade correrão sérios riscos de perder eficácia social. Por exemplo, se o Supremo Tribunal Federal decidir que o direito fundamental à moradia, previsto no art. 6º da Constituição

---

que sempre conduzirá à luta por novas inclusões, pois toda inclusão é também uma nova exclusão. E os direitos fundamentais só poderão continuar como tais se a própria Constituição, como a nossa expressamente afirma no § 2º do seu art. 5º, se apresentar como a moldura de um processo permanente aquisição de novos direitos fundamentais. Aquisições que não representarão apenas alargamento da tábua de direitos, mas, na verdade, redefinições integrais dos nossos conceitos de liberdade e de igualdade, requerendo nova releitura de todo o ordenamento à luz das novas concepções dos direitos fundamentais.” (CARVALHO NETTO, Menelick. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos Fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte : Del Rey, 2003. pp. 141-163. p. 154)

<sup>310</sup> Tradução livre do seguinte parágrafo: “Constitutions do not govern by text alone, even as interpreted by a supreme body of judges. Constitutions draw their life from forces outside the law: from ideas, customs, society, and the constant dialogue among political institutions”. (FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process*. Princeton, New Jersey : Princeton University Press, 1988. p. 11)

Federal brasileira, impõe ao Estado o dever de construir moradias para todas as pessoas, independentemente da sua capacidade econômica e de pagamento pela sua residência, aparentemente estaria dando uma concretização ótima para o texto constitucional, mas certamente tal interpretação careceria de eficácia social, por absoluta impossibilidade orçamentária de realização no plano material.

Da mesma forma, uma interpretação da Corte Constitucional que seja incumprível pela sociedade não terá eficácia social. Como já se referiu, os horizontes de sentido das normas constitucionais não são dados exclusivamente pela Corte Constitucional. Mesmo no plano factual, observa-se que a interpretação da Constituição é dada pelos cidadãos em geral, pelas instituições públicas e privadas, que interpretam a Constituição e a aplicam na maior medida das suas possibilidades fáticas e jurídicas.

Portanto, é preciso superar a visão solipsista da Corte Suprema e a perspectiva reducionista da racionalidade jurídica que pretendem restringir o projeto constitucional ao âmbito do direito ou ao estudo da jurisprudência constitucional, e que supervalorizam a Corte Constitucional como o principal ator na concretização dos direitos sociais.

Assim, dizer que a Constituição é aquilo que a Corte Constitucional quer que ela seja é colocar uma cortina de fumaça entre o discurso jurídico-constitucional e a compreensão da realidade, do constitucionalismo e da Constituição.<sup>311</sup> Além disso, prejudica a implementação do projeto constitucional, já que todas as instituições e os cidadãos devem assumir as suas responsabilidades na concretização dos direitos fundamentais.

Pretender privatizar a Constituição ou aprisionar a identidade do sujeito constitucional num único órgão é trair o constitucionalismo e a própria Constituição.<sup>312</sup> O Supremo Tribunal Federal não é o órgão único, tampouco a instituição prevalecente em termos de interpretação da Constituição. O Presidente da República, o Parlamento, as instâncias judiciais inferiores, as demais instituições públicas e privadas e os cidadãos são igualmente importantes na interpretação das normas constitucionais. O projeto constitucional

---

<sup>311</sup> Conforme Michel Rosenfeld, “se levarmos em conta que da perspectiva fragmentada e limitada de um juiz constitucional singular, por exemplo, que, na melhor das hipóteses, tem um acesso parcial e incompleto à realidade empírica do constituinte e a mais pálida e fugidia intuição da realidade das gerações futuras, parece ser absolutamente impossível desenvolver um quadro coerente da auto-identidade constitucional com base exclusivamente no que lhe é empírica e historicamente acessível.” (ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. (trad. Menelick de Carvalho Netto). Belo Horizonte : Mandamentos, 2003. pp. 42/43)

<sup>312</sup> “A identidade constitucional não pode se fechar, a não ser ao preço de trair o próprio constitucionalismo como demonstra Michel Rosenfeld”. (CARVALHO NETTO, Menelick. *A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos Fundamentais*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte : Del Rey, 2003. pp. 141-163. p. 154)

é multilateral, aberto, expansivo, latente e inclusivo, fazendo parte do dia a dia das instituições e dos cidadãos.<sup>313</sup>

Nesse sentido, a identidade do sujeito constitucional é complexa, fragmentada, multifacetária, parcial, aberta ao futuro e incompleta.<sup>314</sup> Além disso, a identidade do sujeito constitucional é plural, pois deverá sempre incluir o outro, ou seja, deve transcender os limites da própria subjetividade.<sup>315</sup> Assim, ela não pode ser circunscrita ao Poder Constituinte Originário, nem à Corte Constitucional, tampouco ao Poder Legislativo, nem mesmo ao povo. A identidade constitucional também não é apenas a soma dessas subjetividades, pois estará sempre incompleta e aberta ao futuro.<sup>316</sup>

De qualquer forma, o controle difuso de constitucionalidade, ao não centralizar num único órgão judicial a decisão sobre inconstitucionalidade e ao permitir a participação das partes e de diversos atores em todas as instâncias judiciais, está mais aberto aos sujeitos constitucionais. Além disso, no controle difuso realizado pela primeira instância, a capacidade de proteção aos direitos constitucionais é muito mais imediata, além do que, pela proximidade com as partes, tem mais capacidade para refletir a opinião pública.<sup>317</sup>

---

<sup>313</sup> A esse respeito, Louis Fisher também fundamenta que a Corte Constitucional não é a instituição exclusiva na interpretação constitucional, tampouco a dominante: “The customary identification of the Supreme Court as the exclusive source of constitutional law is far too limiting. The Supreme Court is not the sole or even dominant agency in deciding constitutional questions. Congress and the President have an obligation to decide constitutional questions. For members of Congress to shy away from these issues, claiming that the Court must make the ultimate determination, is tempting but irresponsible. Constitutional issues generally turn not so much on technical legal analysis of particular provisions but rather on a choice between competing sections that contain conflicting political and social values. The Court needs the conscientious guidance and participation of the legislative and executive branches. Equally important are the judgments of state courts and the general public.” (FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process*. Princeton, New Jersey : Princeton University Press, 1988. p. 5)

<sup>314</sup> Segundo Michel Rosenfeld, “(...) podemos concluir que a identidade constitucional surge como algo complexo, fragmentado, parcial e incompleto. Sobretudo no contexto de uma constituição viva, de uma *living constitution*, a identidade constitucional é o produto de um processo dinâmico sempre aberto à maior elaboração e à revisão.” E continua: Do mesmo modo, a matéria constitucional (*the constitutional subject*) – de qualquer modo que seja definida – parece condenada a permanecer incompleta e sempre suscetível de maior definição, de maior precisão.” (ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. (trad. Menelick de Carvalho Netto). Belo Horizonte : Mandamentos, 2003. p. 23)

<sup>315</sup> “Na medida em que o constitucionalismo deve se articular com o pluralismo, ele precisa levar o outro na devida conta, o que significa que os constituintes devem forjar uma identidade que transcenda os limites da própria subjetividade.” (ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. (trad. Menelick de Carvalho Netto). Belo Horizonte : Mandamentos, 2003. p. 36)

<sup>316</sup> “Uma vez admitido que o sujeito constitucional só pode adquirir identidade no domínio intersubjetivo circunscrito pelo discurso constitucional, deve resultar claro que a personificação do sujeito constitucional deve ser evitada. Nem os constituintes, nem os intérpretes da Constituição, nem os que se encontram sujeitos às suas prescrições são propriamente o sujeito constitucional. Todos eles formam parte do sujeito constitucional e pertencem a ele, mas o sujeito constitucional enquanto tal só pode ser apreendido mediante expressões de sua auto-identidade no discurso intersubjetivo que vincula todos os atores humanos que estão e serão reunidos pelo mesmo conjunto de normas constitucionais.” (ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. (trad. Menelick de Carvalho Netto). Belo Horizonte : Mandamentos, 2003. pp. 40/41)

<sup>317</sup> “The responsiveness of courts to the social community is even more immediate at the local level. District courts reflect public opinion on such matters as civil rights, labor relations, and sentencing of Vietnam resisters.”



De outro lado, como o controle abstrato de constitucionalidade é concentrado na Corte Constitucional, este órgão decide de forma solipsista, minimizando a participação dos diversos sujeitos constitucionais do processo decisório. Isso não quer dizer que a sociedade estará inerte ou que não participará da reinterpretação da decisão da Corte Constitucional, mas apenas que, no processo de decisão do controle abstrato e concentrado, a maior parte dos sujeitos constitucionais é excluída ou, pelo menos, tem minimizada a sua participação.

Assim, a preocupação com uma decisão solipsista do Supremo Tribunal Federal é maior no controle concentrado e abstrato de constitucionalidade do que no controle difuso e concreto. Isso porque, no controle abstrato, poucos atores participam do processo, além do que o STF não poderá voltar atrás depois de tomada uma decisão que julga inconstitucional determinado ato normativo. E será difícil que o Congresso Nacional, ao menos no curto prazo, proponha nova lei com o mesmo conteúdo daquela declarada inconstitucional.

De outro lado, no controle concreto e difuso, a Corte Constitucional pode fazer uma construção jurídica após ouvir as diversas instâncias judiciais, bem como todas as partes que já se manifestaram nos processos. Com efeito, no controle concreto e difuso, é possível uma maior interação das diversas instâncias judiciais – e, ao final, do próprio STF – com outros órgãos do governo e com outras instituições públicas e privadas, num processo que apura o significado da Constituição. Nesse sentido, o controle difuso é um processo de aprendizado que colhe informações, impressões, que observa a dinâmica das interpretações constitucionais e os seus efeitos dinâmicos dentro e fora da arena judicial, com a participação dos três Poderes Constituídos de todos os entes da federação, das demais instituições públicas e privadas e dos cidadãos em geral, sem cristalizar o sentido da Constituição, permitindo uma abertura para o futuro.

Assim, comparativamente ao controle concentrado, o controle difuso de constitucionalidade, embora também tenha as suas contingências, respeita mais os sujeitos constitucionais, o caráter performativo da Constituição, o diálogo com as outras instituições e os cidadãos e a necessária abertura da constituição para o futuro.

## **CAPÍTULO 5 – A RECONSTRUÇÃO DO CONTROLE CONCRETO E DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE: REAÇÕES CRÍTICAS PELA DEMOCRACIA E PELO EXPERIMENTALISMO INSTITUCIONAL**

Após três capítulos que tiveram por escopo precípuo desconstruir algumas premissas do discurso convencional sobre o controle abstrato de constitucionalidade, neste capítulo, tem-se o objetivo de fazer uma reconstrução do controle concreto e difuso de constitucionalidade, mas não sem as necessárias reflexões, indagações e problematizações. Assim, será preciso questionar se este modelo, a par das contingências, não seria mais consentâneo com uma postura de respeito e consideração à autonomia pública dos cidadãos e à necessidade de não interferência demasiada no processo de evolução social, sobretudo porque é realizado de forma pontual pelas diversas instâncias judiciais, porque admite a participação daqueles que serão atingidos pela decisão e porque permite que possíveis erros de decisão sejam corrigidos no futuro.

Para tanto, inicialmente, desenvolve-se o paradoxo entre controle de constitucionalidade, constitucionalismo e democracia. Após, são lançadas as premissas para reflexões que precisam ser feitas acerca dos mecanismos para redução do déficit de legitimidade do controle de constitucionalidade no Brasil. A seguir, demonstra-se a necessidade de preservação da responsabilidade política do Legislativo e dos cidadãos no processo de tomada de decisão sobre questões que atingem a todos. Nesse contexto, apresentam-se teorias procedimentalistas, que partem do pressuposto de que uma decisão judicial somente será legítima se aqueles que serão por ela atingidos puderem participar do seu processo e influenciar nessa decisão. Por fim, busca-se um modelo de controle de constitucionalidade mais consentâneo com a realidade institucional e com a democracia. Assim, lançam-se as bases para a reconstrução do controle difuso de constitucionalidade como um canal de interlocução e de participação do Judiciário no projeto constitucional, que deve ser compartilhado com toda a sociedade.

### **5.1 Controle de constitucionalidade, constitucionalismo e democracia**

No Brasil, é recorrente entre os constitucionalistas em geral o discurso convencional de que o controle judicial de constitucionalidade é um desdobramento necessário da ideia central de constitucionalismo e de supremacia da Constituição. Da mesma

forma, estabeleceu-se como lugar comum a ideia de que o controle judicial de constitucionalidade seria imprescindível para assegurar as condições democráticas, sobretudo para garantir que a “tirania da maioria” não viole direitos das minorias. Todavia, essas ideias não podem ser aceitas sem antes algumas reflexões, que talvez subvertam essa lógica linear. Nesse ínterim, é necessário indagar: Há realmente uma relação de essencialidade entre democracia e constitucionalismo? É possível democracia e constitucionalismo sem controle judicial concentrado e abstrato de constitucionalidade?

Explicar a relação entre democracia e constitucionalismo é uma tarefa difícil. Em primeiro lugar, porque há várias concepções de democracia. Além disso, a depender da perspectiva, a relação entre democracia e constitucionalismo vai da extrema repulsa até a mais estreita conjunção.

Segundo uma concepção liberal, o processo democrático de criação de leis legítimas pressuporia determinada forma de institucionalização jurídica, estabelecida numa “lei fundamental”. Assim, a constituição (“lei fundamental”) seria uma condição necessária e suficiente para o processo democrático. Nesse sentido, as regras constitutivas que tornam possível a democracia não podem limitar a prática democrática através de normas impostas a partir de fora. Nessa acepção, a constituição seria inerente à democracia.<sup>318</sup>

De outro lado, numa concepção republicana de democracia, a substância da constituição deveria surgir “de um processo inclusivo de formação da opinião e da vontade dos cidadãos; caso contrário, ela entraria em conflito com a soberania do povo”. Nessa acepção, parte-se de uma ideia de autodeterminação democrática do povo, acostumado com a liberdade e que possui um “auto-entendimento político-ético”.<sup>319</sup> Nesse sentido, a interpretação republicana de democracia adquire um sentido procedimentalista, em que são assegurados tanto os direitos de liberdade como os direitos políticos de participação.

A concepção habermasiana de democracia, por sua vez, parte da ideia de autolegislação, que exige que “os que estão submetidos ao direito, na qualidade de destinatários, possam entender-se também enquanto autores do direito”.<sup>320</sup> Nessa acepção, “o princípio da democracia resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e a

---

<sup>318</sup> HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. (trad. Flávio Siebeneichler). Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2003. p. 159.

<sup>319</sup> HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. (trad. Flávio Siebeneichler). Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2003. p. 160.

<sup>320</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. (trad. Flávio Beno Siebeneichler). v. 1. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2010. p. 157.

forma jurídica”, entrelaçamento que seria a “gênese lógica de direitos”.<sup>321</sup> Assim, para Habermas, haveria a cooriginalidade entre o direito e o princípio da democracia, na medida em que a lógica do direito forma um processo circular, no qual o código do direito e o princípio da democracia se constituiriam de modo cooriginário.<sup>322</sup> Nesse sentido, a democracia seria um mecanismo para produção de direito legítimo, com base no princípio do discurso, na autonomia política dos cidadãos, nos direitos fundamentais à participação e na ação comunicativa. Em razão dessas características, a concepção habermasiana de democracia é comumente chamada de democracia discursiva.

Roberto Mangabeira Unger, sob outra matriz filosófica, concebe a democracia como um procedimento para criar o novo, como uma forma institucional e coletiva de imaginação que, ao reconhecer a imperfeição de todas as ordens históricas que podem existir, providencia meios para a sua própria correção.<sup>323</sup>

Robert Dahl, por sua vez, afirma que, embora nenhum modelo de democracia possa reivindicar aceitação universal, é útil considerar a democracia ideal como um sistema político que pode ser projetado para os membros de uma associação que estavam dispostos a tratar uns aos outros, para objetivos políticos, como politicamente iguais.<sup>324</sup> Dahl afirma que a democracia possui duas dimensões. Segundo a primeira dimensão, cada critério e cada instituição política pressupõem a existência de um conjunto executável de direitos e oportunidades que os cidadãos podem optar por exercer e agir. Os critérios de democracia ideal implicam, por exemplo, o direito efetivado por cidadãos de terem cada um de seus votos contados de forma igual. Além disso, também implica um complexo executável de direitos e oportunidades, para participar da eleição de representantes; para a liberdade de expressão; para a investigação, discussão e deliberação no sentido mais amplo; para formar associações com os outros para a ação política; para exercer direitos e oportunidades para a cidadania; e muito mais. No entanto, esses direitos e oportunidades não podem ser meramente obrigações

---

<sup>321</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. (trad. Flávio Beno Siebeneichler). v. 1. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2010. p. 158.

<sup>322</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. (trad. Flávio Beno Siebeneichler). v. 1. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2010. p. 158.

<sup>323</sup> Nas palavras do autor, “a democracia é, entre outras coisas, um procedimento para criar o novo. É a forma institucional e coletiva da imaginação. É a ordem que, ao reconhecer a imperfeição de todas as ordens históricas que podem existir no mundo, providencia os meios para sua própria correção.” (UNGER, Roberto Mangabeira. A constituição do experimentalismo democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 257, p. 57-72, mai.-ago. 2011. p. 70)

<sup>324</sup> “Although no model of democracy can claim universal acceptability, it is useful to consider ideal democracy as a political system that might be designed for members of an association who were willing to treat one another, for political purposes, as political equals.” (DAHL, Robert A. A Democratic Paradox?. *Political Science Quarterly*, v. 115, n. 1, pp. 35-40, Spring 2000. p. 37)

morais abstratas. Para que as instituições democráticas básicas existam na realidade, os direitos e as oportunidades necessárias também devem existir não simplesmente no papel, mas como direitos e oportunidades que são exequíveis e eficazes por lei e na prática.<sup>325</sup> A segunda dimensão da democracia, para Dahl, seria a participação efetiva na vida política. A existência contínua de uma ordem democrática parece exigir que os cidadãos, ou pelo menos alguns deles, efetivamente participem da vida política, exercendo seus direitos e agindo com base nas oportunidades a eles garantidas. Obviamente, esta segunda dimensão é importante; no entanto, seria um erro, segundo Dahl, considerar a democracia apenas na sua segunda dimensão.<sup>326</sup>

Portanto, diante das diversas acepções do significado de democracia, que podem ser entendidas como complementares ou como divergentes, constata-se que até mesmo a sua definição é carregada de grande complexidade. A partir disso, já se pode ter uma noção de que a relação entre democracia e constitucionalismo estará marcada por distintas visões e, sobretudo, por grande divergência.

A esse respeito, Stephen Holmes afirma que o constitucionalismo é essencialmente antidemocrático, já que “a função básica de uma Constituição é retirar certas decisões do processo democrático, isto é, atar as mãos da comunidade”.<sup>327</sup>

Antonio Negri entende democracia como poder absoluto, procedimento absoluto de liberdade capaz de irromper todo o equilíbrio existente e a continuidade possível, voltado para o futuro. Com base nessa concepção, afirma que “(...) a democracia também resiste à constitucionalização: de fato, a democracia é teoria do governo absoluto, ao passo que o constitucionalismo é teoria do governo limitado e, portanto, prática da limitação da democracia.”<sup>328</sup> Assim, Negri entende que existe uma “luta mortal entre democracia e constitucionalismo, entre o poder constituinte e as teorias e práticas dos limites da democracia”.<sup>329</sup>

---

<sup>325</sup> DAHL, Robert A. A Democratic Paradox?. *Political Science Quarterly*, v. 115, n. 1, pp. 35-40, Spring 2000. pp. 37/38

<sup>326</sup> DAHL, Robert A. A Democratic Paradox?. *Political Science Quarterly*, v. 115, n. 1, pp. 35-40, Spring 2000. p. 38.

<sup>327</sup> Tradução livre da frase: “La función básica de una Constitución es separar ciertas decisiones del proceso democrático, es decir, atar las manos de la comunidad.” (HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Org.) *Constitucionalismo y democracia*. México : Fondo de Cultura Económica, 1999. p. 217-262)

<sup>328</sup> NEGRI, Antonio. *O poder constituinte em crise: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. (trad. Adriano Pilatti). Rio de Janeiro : DP&A, 2002. p. 8.

<sup>329</sup> NEGRI, Antonio. *O poder constituinte em crise: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. (trad. Adriano Pilatti). Rio de Janeiro : DP&A, 2002. p. 21.

Outros autores, por sua vez, afirmam que constitucionalismo e democracia são essencialmente interligados. Menelick de Carvalho Netto, por exemplo, entende que “uma Constituição não é constitucional se não for democrática; que a democracia só é democrática se observar os limites constitucionais”.<sup>330</sup>

Ao contrário do que ambas as teses preconizam, o que existe entre democracia e constitucionalismo é uma relação paradoxal. O constitucionalismo pretende conformar a soberania popular no texto constitucional e, para isso, a aprisiona com a forma jurídica e em determinadas instituições, ao mesmo tempo em que proporciona que o poder estatal seja exercido com representatividade popular e com participação dos cidadãos nas instituições democráticas. Ao mesmo tempo em que regula a soberania popular, proporciona que ela não seja aniquilada pelo poder econômico ou político. Assim, há uma tensão entre constitucionalismo e democracia<sup>331</sup>, que deve ser permanente e que é produtiva.

A própria Constituição, a bem da estruturação do Estado, limita a participação democrática. Assim ocorre, por exemplo, com a exigência constitucional de idade mínima para que os cidadãos possam concorrer a determinados cargos eletivos. Além disso, há limitação à participação democrática quando a Constituição impede que um Presidente da República seja eleito para um terceiro mandato; quando prevê a exigência de quantitativo mínimo de cidadãos para que possam propor projeto de lei; quando deixou de prever a iniciativa popular para apresentação de proposta de emenda constitucional; quando estabelece determinados requisitos para que um partido político possa ser criado; quando restringe os legitimados para a propositura do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade.

Além disso, paradoxalmente, existem limitações à democracia com alto grau de legitimidade democrática. É o caso, por exemplo, da Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar 135/2010). Neste caso, os cidadãos, utilizando-se da iniciativa popular, propuseram projeto de lei que limita a candidatura de políticos que tenham condenações criminais ou por

---

<sup>330</sup> CARVALHO NETTO, Menelick. Prefácio. In: CATTONI, Marcelo. *Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional*. Belo Horizonte : Mandamentos, 2006. p. 19-28. p. 22.

<sup>331</sup> Vera Karam de Chueiri e Miguel G. Godoy entendem que essa tensão deve ser potencializada, pois ela permite a concretização de direitos e a ampliação das condições democráticas: “É possível concluir, portanto, que a democracia só se realiza se determinadas condições jurídicas estiverem presentes. E essas condições são justamente os princípios e as regras estabelecidos pela constituição. Ao mesmo tempo, a constituição só adquire um sentido perene se está situada em um ambiente radicalmente democrático. Nesse sentido, a tensa e produtiva relação entre constitucionalismo e democracia, fundada na relação entre poder constituinte e soberania, pode ser mais bem compreendida a partir da proposta de democracia deliberativa defendida por Carlos S. Nino e Roberto Gargarella, pois, longe de ignorar a tensão imanente a essa relação, pode e deve, ao contrário, potencializá-la em favor da concretização de direitos e da ampliação do rol democrático.” (CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel G. Constitucionalismo e democracia, soberania e poder constituinte. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 159-174, jan.-jun. 2010. p. 171)

improbidade administrativa, ou tenham renunciado ao mandato. Neste caso, a sociedade pretendia limitar a candidatura de determinados políticos, ou seja, impedir que os próprios cidadãos pudessem votar em determinados políticos. Assim, é possível que uma decisão da Corte Constitucional que limita a democracia seja baseada numa norma constitucional ou infraconstitucional legítima e altamente democrática.

Portanto, a opção política por um sistema de controle judicial de constitucionalidade concentrado e abstrato, que dá ao Supremo Tribunal Federal o papel de Corte Constitucional e o poder de decidir em última instância sobre questões constitucionais, talvez não seja o mais democrático, mas isso também não significa que, abstratamente, seja extremamente prejudicial à democracia.

Mark Graber afirma que existe um novo paradigma para pensar o poder judicial das Cortes Constitucionais no *judicial review*. Segundo o autor, a ideia de que o *judicial review* é política e democraticamente construído estaria substituindo a ideia de que ele é uma instituição desviante da democracia.<sup>332</sup> Mark Graber afirma que “juristocracia é uma escolha democrática”<sup>333</sup>.

Entretanto, seria mais correto – ou, ao menos, mais confortável – dizer que a juristocracia é uma opção política, nem sempre a mais democrática. Com efeito, a qualificação do *judicial review* como democrática ou não depende de cada momento histórico e da forma como a Corte Constitucional desempenha essa função, em dado contexto. Se é certo que o controle de constitucionalidade encontra fundamento político, não é tão certo que seja democrático. Uma Constituição outorgada por um regime ditatorial pode prever um controle de constitucionalidade forte, em que os membros da Corte Constitucional, nomeados pelo ditador, tendem a conformar decisões do governo. Por exemplo, a Constituição brasileira de 1967/1969, outorgada pelo regime militar, previu o controle judicial de constitucionalidade, que era exercido pelo Supremo Tribunal Federal.

Da mesma forma que o poder político do Presidente da República e dos seus aliados numa ditadura é antidemocrático, o controle judicial de constitucionalidade numa ditadura também pode dar suporte ao mesmo regime ditatorial. Como já foi demonstrado, durante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, o Supremo Tribunal Federal

---

<sup>332</sup> “The new paradigm for thinking about judicial power is now fully formed. Its mantra, ‘judicial review is politically constructed,’ is replacing previous chants that ‘judicial review is a deviant institution in American democracy’ (Bickel 1962, p. 18). Judicial review is democratically as well as politically constructed.” (GRABER, Mark A. Constructing judicial review. *Annual review of political Science*, Maryland, Baltimore, v. 8, n. 1, pp. 425-451, mar. 2005. p. 446)

<sup>333</sup> Tradução livre da frase: “Juristocracy is a democratic choice.” (GRABER, Mark A. Constructing judicial review. *Annual review of political Science*, Maryland, Baltimore, v. 8, n. 1, pp. 425-451, mar. 2005. p. 446)

estava, em grande medida, aliado às coalizões políticas de centro e de centro-direita para frear as mudanças institucionais que permitissem uma maior participação popular – inclusive no controle de constitucionalidade –, atuando como um ator político marcadamente conservador. Assim, podem-se lançar sérias dúvidas acerca da tese de que o controle de constitucionalidade, da forma como instituído, tenha sido uma opção tão democrática.

Além disso, mesmo que a opção política constitucional pelo controle judicial de constitucionalidade tenha sido fruto de um processo amplamente democrático, isso nada garante que a Corte Constitucional desempenhará a sua função de forma a tomar decisões que sejam favoráveis às opções democráticas. A esse respeito, o próprio Graber afirma que o entendimento de que a revisão judicial é democraticamente construída não a imuniza do desafio democrático.<sup>334</sup>

Como observa Samuel Freeman, não há nada de antidemocrático na revisão judicial de leis que infringem a igualdade de direitos fundamentais básicos como as liberdades de consciência, de pensamento e de associação, de escolha de profissão, o direito à participação política e, enfim, a liberdade de escolher a própria forma de vida. Ao revés, a revisão judicial é antidemocrática quando contraria decisões majoritárias com o escopo de preservar o poder e os privilégios de elites sociais e econômicas contra mudanças que tenham como objetivo permitir que cada cidadão alcance a sua independência e exerça efetivamente seus direitos fundamentais.<sup>335</sup>

Nesse tocante, Waldron concorda com Freeman quando este afirma que não há nenhuma maneira possível de projetar um processo político que garanta que os resultados alcançados, com a satisfação das exigências procedimentais, sempre correspondam a critérios morais e a decisões substantivamente certas e justas, mas enfatiza que também não há

---

<sup>334</sup> GRABER, Mark A. Constructing judicial review. *Annual review of political Science*, Maryland, Baltimore, v. 8, n. 1, pp. 425-451, mar. 2005. pp. 446.

<sup>335</sup> “My concern has been to establish that the standard basis for objecting to the institution of judicial review - that it is inconsistent with democracy and majority rule - involves a misconception of the nature of legislative power and a shortsighted conception of democracy. There is nothing undemocratic (and it is disingenuous to claim there is) about the judicial review of laws that infringe against the equality of such fundamental moral rights as liberty of conscience and freedom of thought, freedom of association, freedom of occupation and choice of careers, political participation, and, more generally, the freedom to pursue one's own plan of life. Judicial review is undemocratic when it contravenes majority decisions in order to maintain the power and legal privileges of elite social and economic classes against social change and economic reforms designed to enable each citizen to achieve independence and to effectively exercise these fundamental rights. Our Court has taken both directions.” (FREEMAN, Samuel. Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review. *Law and Philosophy*, v. 9, n. 4, pp. 327-370, nov. 1990. p. 367.)



nenhuma garantia de que os procedimentos de um julgamento pela Corte Constitucional conduzirão a um resultado justo.<sup>336</sup>

Dessa forma, a depender do país e do momento histórico, pode-se afirmar, com Graber, que a “democracia jurídica” ou a “juristocracia” – democracias onde existe um sistema judicial forte de controle de constitucionalidade – é provavelmente superior a algumas formas de democracia e inferior a outras.<sup>337</sup> Com efeito, é possível que o perfil da Corte Constitucional esteja alinhado com coalizões políticas majoritárias e, para efetivar a agenda política de governo, tome decisões que são contrárias aos partidos de oposição ou com menos força política. Todavia, pode ser que, num sistema político pouco democrático, as decisões da Corte Constitucional sejam importantes e necessárias para o seu aperfeiçoamento democrático. Assim, tendo os tribunais que fazer escolhas políticas quando as legislaturas se recusam a agir, o *judicial review* pode ser o melhor meio institucional que as democracias imperfeitas têm à sua disposição para melhorar a responsabilidade política.<sup>338</sup>

Por exemplo, na Inglaterra, onde não há um sistema de controle judicial de constitucionalidade forte, o governo, sem qualquer intervenção judicial, presta adequadamente, ao menos como regra, saúde e educação para a população. No Brasil, ao revés, as pessoas carentes já esperam que, caso o governo não forneça saúde ou educação de forma adequada, elas poderão se socorrer do Poder Judiciário, para que as necessidades mínimas sejam atendidas. Isto é, no Brasil, fatores como a desigualdade social e um maior índice de pessoas na zona da pobreza impõem uma atuação judicial mais forte. Assim, a ineficiência do governo ou a falta de recursos destinados a essas áreas fazem com que um Poder composto por membros não eleitos talvez seja a melhor forma de, em casos específicos,

---

<sup>336</sup> “The question is, however, one of procedures. I agree with Professor Freeman's statement that "there is no practicable way to design a political procedure which would guarantee that the results reached by satisfying its requirements would always correspond to [a given set of] moral criteria". Substantively unjust decisions are always possible out-comes of even the best designed political process. I agree, therefore, with his observation in a footnote that "no political procedure is an instance of perfect procedural justice". What I want to emphasize in these comments is that that point applies to the judicial review of legislation also. There is no guarantee that the procedures of a Supreme Court hearing will secure a just outcome. That a case comes before the justices, that they listen to argument and make their decision, and that that decision disposes of the case finally - that describes a particular process. It is no part of our understanding of that decision-process that an exercise of it will be invalid if the decision that emerges is substantively wrong or unjust.” (WALDRON, Jeremy. *Freeman's Defense of Judicial Review. Law and Philosophy*, v. 13, pp. 27-41, 1994. pp. 28/29)

<sup>337</sup> “Juridical democracy or juristocracy is likely superior to some forms of democracy and inferior to others.” (GRABER, Mark A. *Constructing judicial review. Annual review of political Science*, Maryland, Baltimore, v. 8, n. 1, pp. 425-451, mar. 2005. pp. 446/447)

<sup>338</sup> “Having courts make policy choices when legislatures refuse to act may be the best institutional means that imperfect democracies have for improving political accountability. If elected officials will not take responsibility for making policy, they can at least be called to account for the policies made by their judicial appointees.” (GRABER, Mark A. *Constructing judicial review. Annual review of political Science*, Maryland, Baltimore, v. 8, n. 1, pp. 425-451, mar. 2005. pp. 446/447)

atender as necessidades básicas dos cidadãos. Embora, ideologicamente, a atuação judicial não seja a forma mais democrática de implementação de políticas públicas constitucionalmente previstas, talvez seja a melhor forma que, pragmaticamente, a nossa democracia imperfeita tenha à disposição no momento.

Como ressalta Cass Sunstein, tribunais têm a responsabilidade de garantir a legalidade e evitar a arbitrariedade, mas uma decisão que faz a administração cumprir a lei pode ou não produzir a regulação mais sensata. Segundo o autor, em abstrato, podem-se imaginar cenários em que o *judicial review* pode ser indispensável ou desastroso. Embora não haja critérios claros para avaliar se uma revisão judicial agressiva na seara administrativa produz “benefícios líquidos”, em alguns contextos, uma postura de revisão judicial agressiva pode aumentar a incidência de legalidade, impedir arbitrariedades, fazer controles regulatórios importantes e, inclusive, salvar vidas.<sup>339</sup>

Como já foi exposto, a realidade empírica demonstra que não há uma relação necessária entre constitucionalismo e controle judicial de constitucionalidade, tampouco entre democracia e controle de constitucionalidade pelo Legislativo. É possível que, em determinado modelo de Estado, coexistam democracia, constitucionalismo e *judicial review* (ex.: EUA, Brasil etc.), assim como, em outro modelo, democracia, constitucionalismo e Legislativo dando a palavra final em matéria de controle de constitucionalidade (ex.: Nova Zelândia, Reino Unido etc.).<sup>340</sup> De outro lado, há países com regimes autoritários que instituíram um controle forte de constitucionalidade, exatamente com objetivos antidemocráticos, para perpetuar determinadas elites no poder.

Aliás, uma questão ainda pouco estudada diz respeito ao controle de constitucionalidade em regimes autoritários. Ginsburg relata que, na última sessão parlamentar da autoridade palestina antes da tomada do poder pelo Hamas, foi aprovada uma lei que criou um tribunal constitucional com poderes para derrubar a legislação, um caso

---

<sup>339</sup> “The question whether aggressive judicial review of administrative action has produced ‘net benefits’ poses difficulty most notably because of the absence of clear criteria by which to make the assessment. Courts have the responsibility both to ensure legality and to prevent arbitrariness, and a decision to bring about compliance with the governing statute may or may not produce more sensible regulation. The absence of clear criteria and the lack of good empirical data make it exceptionally difficult to evaluate the strengths and weaknesses of aggressive judicial review. In the abstract, one could imagine scenarios in which such review would be alternatively indispensable and disastrous. Nonetheless, there is some basis for believing that aggressive judicial review has, in many settings, increased the incidence of legality, prevented arbitrariness, ensured against undesirable regulation, and brought about regulatory controls that have saved lives or otherwise accomplished considerable good.” (SUNSTEIN, Cass R. On The Costs and Benefits of Aggressive Judicial-Review of Agency Action. *Duke Law Journal*, Durham, v. 38, n. 3, pp. 522-537, jun. 1989. pp. 536-537)

<sup>340</sup> Como ressalta Dieter Grimm, “não há nem uma contradição fundamental nem conexão necessária entre controle judicial de constitucionalidade e democracia”. (GRIMM, Dieter. *Jurisdição Constitucional e Democracia. Revista de Direito de Estado*, Rio de Janeiro, a. 1, n. 4, p. 3-22, out.-dez. 2006. p. 6)

notável de preservação hegemônica – embora a resposta imediata do novo parlamento empossado tenha sido a de substituir essa lei.<sup>341</sup> Outro exemplo é o caso do Irã, em que o Conselho dos Guardiões exercita o controle de constitucionalidade para constranger as instituições políticas democraticamente eleitas na República Islâmica. Neste caso, o Conselho de Guardiões preserva uma facção em particular e é usada por não-liberais do regime para manter o controle.<sup>342</sup> Esses casos concretos reforçam empiricamente a tese de que as elites políticas dominantes, diante da incerteza política, se utilizam do fortalecimento da Corte Constitucional para se manterem no poder.

Portanto, essa relação entre constitucionalismo e democracia, entre forma jurídica e liberdade política, entre racionalidade jurídica e legitimidade, pode ser concebida como uma tensão permanente e produtiva que, ao mesmo tempo, organiza o Estado em instituições e deve ser hábil a não sufocar a vontade popular.

Assim, somente as circunstâncias históricas, sociais, culturais e políticas de determinado país, em dado momento, podem dizer se o controle judicial de constitucionalidade é imprescindível para garantir uma ordem constitucional democrática, e em que medida. Com efeito, para aferir se as condições democráticas para a tomada de decisões políticas e a proteção dos direitos fundamentais podem ser mais bem resguardadas com ou sem o controle judicial de constitucionalidade, é preciso fazer um julgamento pragmático, com base na estrutura institucional e no funcionamento (adequado ou não) do parlamento e das outras instituições democráticas. Com base nessas questões, inclusive, é que se deve analisar se os procedimentos majoritários do parlamento devem ser a única forma de tomada de decisão compatível com a democracia – modelo em que é o parlamento que julga a constitucionalidade das normas –, ou se a interpretação da Constituição deve ser delegada a

---

<sup>341</sup> “More recently, the last parliamentary session of the Palestinian Authority before the takeover of Hamas passed a law establishing a constitutional court empowered to strike legislation, a conspicuous case of hegemonic preservation (though the immediate response of the new parliament was to supersede this law).” (GINSBURG, Tom. The global spread of constitutional review. In: WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. *The Oxford Handbook of Law and Politics*. New York : Oxford University Press, 2008. p. 91)

<sup>342</sup> “The comparative study of constitutional review is just beginning. This section considers issues that deserve greater attention as the field goes forward. One set of cases that has not adequately been theorized or studied concerns the establishment of constitutional review in authoritarian contexts. These authoritarian cases, in which review serves functional needs in the political system, clearly have little to do with the rights hypothesis, and are better accounted for by the political theories of judicial empowerment. For example, Iran’s Council of Guardians exercises review for Islamicity and has served to constrain the democratically elected political institutions in the Islamic Republic. This draws on long religious traditions of Islamic constraint on the state, but with the twist that it now serves to preserve a particular faction and is used by the illiberal elements of the regime to maintain control (Shambayati 2004). The basic idea of using the courts to limit a competing faction because of political uncertainty seems to fit this case.” (GINSBURG, Tom. The global spread of constitutional review. In: WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. *The Oxford Handbook of Law and Politics*. New York : Oxford University Press, 2008. p. 92)

outro órgão estatal, teoricamente independente dos demais Poderes Constituídos, da política e das pressões populares, como o Judiciário.<sup>343</sup>

Assim, se é certo que as condições democráticas e a ordem constitucional devem ser protegidas, é altamente duvidoso que a melhor forma de fazer isso seja através de um Corte Constitucional. No entanto, não se pode dizer *a priori* que, no plano factual, o controle judicial de constitucionalidade seja prejudicial à democracia, mesmo que a decisão judicial seja tomada por um procedimento com grandes deficiências democráticas. Logo, avaliar se o controle judicial de constitucionalidade contribui ou não para a democracia, dadas as suas próprias contingências democráticas, depende fundamentalmente dos regimes democráticos específicos de cada país e da sua fundamentação em bases empíricas.

Com efeito, não se deve apenas selecionar alguns princípios democráticos e algumas características da democracia para concluir, categoricamente, que o controle judicial de constitucionalidade é contrário à democracia, pois ele pode contribuir para preservar as condições democráticas de tomada de decisão.<sup>344</sup> De qualquer forma, o tribunal constitucional não pode tomar como sua função primeira a de fazer escolhas políticas em nome dos cidadãos, pois a sua função, mesmo em democracias imperfeitas, deve ser de corrigir e assegurar as condições para que as instituições democráticas, o parlamento e os cidadãos possam deliberar democraticamente.<sup>345</sup>

---

<sup>343</sup> “Whether judicial review is needed to maintain the requirements of a democratic constitution is then dependent on social and historical circumstances. It is a matter for factual determination whether the overall balance of democratic justice can be more effectively established in a democratic regime with or without judicial review. This in the end is how we must assess claims that majoritarian legislative procedures are the only form of decision-making consistent with democracy; or that the legislature should make decisions according to its own view of the constitution; or that it should have exclusive authority to interpret the constitution. These contentions can be made only with respect to specific democratic regimes, and their justification must proceed on empirical grounds.” (FREEMAN, Samuel. *Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review. Law and Philosophy*, v. 9, n. 4, pp. 327-370, nov. 1990. pp. 361/362)

<sup>344</sup> “A primary point of my argument has been that one cannot dogmatically single out a feature of democratic constitutions (such as majority rule, or political accountability, or even equal political participation) and conclude that judicial review is undemocratic because it does not meet the demands of this standard. More than one principle is needed to characterize democratic ideals, and we cannot categorically say judicial review is not under certain conditions an effective institution for maintaining these principles. If so, then *the a priori* philosophical claim that judicial review is inherently undemocratic is unfounded.” (FREEMAN, Samuel. *Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review. Law and Philosophy*, v. 9, n. 4, pp. 327-370, nov. 1990. p. 362)

<sup>345</sup> “A discussão sobre o tribunal constitucional – sobre o seu atavismo ou automodéstia – não pode ser conduzida *in abstracto*. Quando se entende a constituição como interpretação e configuração de um sistema de direitos que faz valer o nexo interno entre autonomia privada e pública, é bem-vinda uma jurisprudência constitucional ofensiva (offensiv) em casos nos quais se trata da imposição do procedimento democrático e da forma deliberativa na formação política da opinião e da vontade: tal jurisprudência é até exigida normativamente. Todavia, temos que livrar o conceito de política deliberativa de conotações excessivas que colocariam o tribunal constitucional sob pressão permanente. Ele não pode assumir o papel de um regente que entra no lugar de um sucessor menor de idade.” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: um Faticidade e Validade*. v. 1 (trad. Flávio Beno Siebeneichler). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. p. 346)

Portanto, parece que, em determinados regimes, o controle judicial de constitucionalidade pode representar um instrumento útil para a preservação das condições democráticas, a par das próprias contingências democráticas do seu procedimento de tomada de decisão. Logo, será preciso aferir em que medida ele pode ser útil e de que forma o seu próprio déficit democrático pode ser reduzido.

## 5.2 Reduzindo o déficit democrático do controle de constitucionalidade

Muito se fala a respeito de tornar as instituições mais democráticas. Especificamente no controle de constitucionalidade, existe uma preocupação constante em relação ao seu papel contramajoritário e ao seu déficit de legitimidade democrática. Mas caberia inicialmente indagar: A democracia seria um valor importante para o povo brasileiro? Por que tornar o controle de constitucionalidade mais democrático?

Robert Dahl, com base em pesquisas realizadas em países europeus em 1996, aponta que, em muitas das mais antigas e estáveis democracias, os cidadãos possuem pouca confiança em algumas instituições democráticas fundamentais, mas, paradoxalmente, a maioria dos cidadãos continua acreditando na conveniência da democracia. Vale dizer, existiria uma discrepância entre os baixos níveis de satisfação com a forma como a democracia funciona e os altos níveis de crença na ideia de que a democracia é preferível a qualquer outro regime.<sup>346</sup>

Essa percepção parece ser muito semelhante à realidade brasileira atual. Recentemente, no Brasil, o descontentamento com a atual política econômica levou, a partir de junho de 2013, mais de um milhão de brasileiros às ruas das diversas cidades do país<sup>347</sup>.

---

<sup>346</sup> “In many of the oldest and most stable democratic countries, citizens possess little confidence in some key democratic institutions. Yet most citizens continue to believe in the desirability of democracy. Let me offer some of the most telling evidence for this paradox. In his study of the four southern European democracies, Leonardo Morlino found a discrepancy between the low levels of satisfaction with “the way democracy works” and the high levels of belief in the view that democracy is preferable to any other regime. More recently, Hans-Dieter Klingemann has shown that in the most highly democratic countries, including those both of older creation and of newer vintage, a very high proportion of citizens support democracy as an ideal form of government. Yet with few exceptions, only a minority of citizens in these countries have much confidence in the performance of their governments.” (DAHL, Robert A. *A Democratic Paradox?*. *Political Science Quarterly*, v. 115, n. 1, pp. 35-40, Spring 2000. p. 36)

<sup>347</sup> Segundo levantamento realizado pela Confederação Nacional de Municípios (CNM), no dia 20 de junho de 2013, os protestos foram realizados em pelo menos 438 cidades de todos os estados brasileiros, totalizando quase 2 milhões de manifestantes. (Quase 2 milhões de pessoas participaram de manifestações em 438 cidades. Empresa Brasil de Comunicação, Brasília, 21.6.2013. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/noticias/brasil/2013/06/quase-2-milhoes-de-brasileiros-participaram-de-manifestacoes->

Em pesquisa de campo realizada apenas com pessoas que participavam dos protestos, a maioria dos manifestantes dizia não se sentir representada por partido (89%), nem pela classe política brasileira (83%). Além disso, a pesquisa apontou que a maior reivindicação dos manifestantes era por mudanças no ambiente político.<sup>348</sup> Em outra pesquisa realizada com as pessoas em geral, de forma não induzida (sem respostas prontas), os entrevistados disseram que as manifestações tinham como um dos principais motivos o combate à corrupção e o descontentamento contra os políticos em geral.<sup>349</sup> Todavia, nenhuma das pessoas entrevistadas respondeu que seria contrária à democracia.

Uma possível leitura dessas pesquisas de campo seria a de que, embora se reconheçam os problemas e as contingências de um governo democrático e haja um descontentamento com os políticos em geral, o povo brasileiro continua acreditando na democracia. Isto é, a democracia, a par das suas contingências pragmáticas, é um valor muito importante para o povo brasileiro.

No entanto, permaneceriam algumas indagações: Se as pessoas não confiam nas instituições democráticas, por que elas apoiam a democracia? Quando elas dizem que apoiam a democracia, o que elas pretendem apoiar?

Robert Dahl sugere que a democracia pode ser vista tanto como um ideal, mas também sob a perspectiva de um conjunto de práticas e instituições reais. De um lado, poderia ser concebida como uma meta, um objetivo ou um padrão, que é talvez inatingível, mas ainda

---

em-438-cidades>. Acesso em 26.10.2013). De outro lado, outras fontes mostram que, no dia 20.6.2013, as manifestações levaram em torno de 1 milhão de pessoas apenas em 25 capitais do país (Manifestações levam 1 milhão de pessoas às ruas em todo país. Jornal Folha de São Paulo, São Paulo, 21.6.2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/06/1298755-manifestacoes-levam-1-milhao-de-pessoas-as-ruas-em-todo-pais.shtml>>. Acesso em 26.10.2013).

<sup>348</sup> Quando indagados sobre quais as reivindicações que os levavam às ruas, 38% dos entrevistados apontaram a questão do transporte público como *primeiro motivo* de mobilização, sendo que, na sequência, aparecem as reivindicações por mudanças no ambiente político (30%). Quando considerada a soma de todas as questões mencionadas pelos manifestantes, 65% reivindicavam mudanças no atual ambiente político, 54% no transporte público e 37% na área da saúde. Na pesquisa de campo, o IBOPE Inteligência ouviu 2002 manifestantes em oito capitais brasileiras (São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Porto Alegre, Recife, Fortaleza, Salvador e Distrito Federal), no dia 20 de junho. Segundo a pesquisa, a margem de erro é dois pontos percentuais e o intervalo de confiança é 95%. (89% dos manifestantes não se sentem representados por partidos. IBOPE, 25/06/2013. Disponível em: <<http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Paginas/89-dos-manifestantes-nao-se-sentem-representados-por-partidos.aspx>>. Acesso em 26.10.2013)

<sup>349</sup> O IBOPE realizou pesquisa de campo, nos dias 19 e 20 de junho de 2013, com 1008 pessoas. Indagados sobre se sabiam ou ouviram falar dos motivos das manifestações, 59% afirmou que um dos fundamentos era o aumento das passagens do transporte público; 32% que era um movimento contra a corrupção; 31% que as reivindicações tinham na pauta maiores investimentos na educação; 18% disseram que as manifestações eram contra os políticos em geral; 18% contra as empresas de ônibus; e 18% contra a inflação. Dos entrevistados, apenas 6% haviam participado das manifestações. Tal pesquisa foi realizada com 1008 pessoas e não foi induzida, ou seja, não havia respostas prontas, sendo colhidas as respostas dadas espontaneamente pelos entrevistados. (PESQUISA DE OPINIÃO PÚBLICA SOBRE AS MANIFESTAÇÕES. IBOPE : Junho de 2013. Disponível em: <[http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Documents/JOB\\_0948\\_BRASIL%20-%20Relatorio%20de%20tabelas.pdf](http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Documents/JOB_0948_BRASIL%20-%20Relatorio%20de%20tabelas.pdf)>. Acesso em 25.10.2013. p. 55)

assim de grande relevância para julgar sistemas políticos como sendo democráticos ou não-democráticos, mais democráticos ou menos democráticos, movendo-se em direção a uma maior democracia ou em direção ao declínio da democracia. Além disso, também poderia servir para moldar estratégias de democratização, para conceber instituições políticas adequadas.<sup>350</sup> Com base nisso, Dahl acredita ser possível, embora não totalmente certo, que muitos cidadãos pensam a democracia de ambas as maneiras, ou seja, como um ideal a ser atingido e também como um governo realmente existente e exemplificado, ao menos em aspectos importantes, em seu próprio sistema político.<sup>351</sup>

De qualquer forma, parece claro que, no plano factual, a soberania popular e a democracia não são identificáveis imediatamente no parlamento ou nos processos legislativos pela regra da maioria. Há outras instituições que são importantes para a preservação da democracia e para a correção das distorções numa democracia imperfeita do mundo real. O parlamento é um poder estatal, a ser exercido por representantes eleitos, de acordo com as normas constitucionais e para o bem do povo. Mas, como delegatário do povo, não se identifica perfeitamente com este, tampouco com o poder constituinte que o origina.<sup>352</sup> Assim, o Legislativo não é a única instituição que personifica a democracia, a soberania popular ou o povo, embora talvez seja a mais importante. Há outras instituições democráticas que atuam paralelamente ao Legislativo e que, inclusive, podem e devem corrigir eventuais distorções democráticas provocadas pelo próprio parlamento.

De um lado, é comum eleger-se o Poder Judiciário como a instituição capaz de corrigir os problemas democráticos do parlamento, ou seja, as distorções de uma democracia imperfeita. Num plano ideal, essa solução seria perfeita: haveria um terceiro órgão,

---

<sup>350</sup> “A theoretical digression: Two dimensions of democracy. Before examining such evidence as I have been able to find, let me call attention to certain aspects of democracy both as an ideal and as a set of actual practices and institutions. Sometimes we conceive of democracy as an ideal, goal, aim, or standard, one that is perhaps unachievable but nonetheless highly relevant not only for classifying and judging political systems (for example, as democratic or nondemocratic, more democratic or less democratic, moving toward greater democracy or toward a decline in democracy), but also for fashioning strategies of democratization, designing appropriate political institutions, and so on.” (DAHL, Robert A. *A Democratic Paradox?*. *Political Science Quarterly*, v. 115, n. 1, pp. 35-40, Spring 2000. p. 37)

<sup>351</sup> DAHL, Robert A. *A Democratic Paradox?*. *Political Science Quarterly*, v. 115, n. 1, pp. 35-40, Spring 2000. p. 37.

<sup>352</sup> “Let's look now more closely at legislative and judicial authority, and see how the democratic argument for judicial review differs from the traditional argument for that institution. On the conception of a democratic constitution outlined, legislative procedures embodying bare majority rule are not identifiable with democracy; instead they are but a part of the institutional framework of a democratic regime. Like any institution created by the sovereign people, legislative authority is a delegated power of government, to be exercised by representatives in accordance with constitutional conditions and for the good of each citizen. As delegated, it is an ordinary power of government, not to be confused with the constituent power that creates it.” (FREEMAN, Samuel. *Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review*. *Law and Philosophy*, v. 9, n. 4, pp. 327-370, nov. 1990. pp. 356/357).

independente e imparcial, capaz de corrigir as imperfeições do parlamento, quando este não atendesse as condições democráticas. Entretanto, não há nenhuma garantia de que o controle judicial de constitucionalidade será adequadamente exercido para corrigir as falhas legislativas. Vale dizer, no plano factual, é possível que o *judicial review* seja empregado para legitimar decisões legislativas ou governamentais das elites políticas, em detrimento da própria democracia. Além disso, empíricamente, podem-se citar países em que existe uma democracia fortemente estabelecida e que não possuem controle judicial de constitucionalidade (p. ex., França)<sup>353</sup>, ou em que a última palavra em matéria constitucional é dada pelo Legislativo (p. ex., Reino Unido).

De um lado, o controle judicial de constitucionalidade não é essencial para uma ordem constitucional democrática. No entanto, em democracias imperfeitas, pode ser um instrumento útil para corrigir essas imperfeições, mas sempre de forma contingente.

Considerando as atuais condições sociais, culturais, econômicas e políticas do Brasil, bem como o ordenamento constitucional atual, é extremamente difícil pensar na extinção completa do controle judicial de constitucionalidade como sendo uma solução viável para os problemas democráticos do país. Então, talvez seja preciso considerar a complexidade e enfrentar as contingências. Nesse contexto, caberia indagar: Como tornar o controle de constitucionalidade mais democrático, ou melhor, como democratizá-lo na maior medida possível? Quais reivindicações democráticas deveriam ser impostas ao Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade?

A maior preocupação parece estar no controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, em que o STF toma uma decisão – em grande parte das vezes, política, apesar de revestida de argumentação jurídica – que possui efeitos gerais e abstratos, vinculantes para todos os órgãos da Administração e para as demais instâncias judiciais. Isto é, a decisão do STF no controle abstrato e concentrado possui efeitos muito semelhantes aos de uma lei. Entretanto, nessa decisão judicial, aqueles que serão por ela atingidos não poderão se manifestar, nem indiretamente pelo voto dos seus representantes (os Ministros do STF não são eleitos pelo povo), nem diretamente no processo, como ocorreria no controle difuso.

---

<sup>353</sup> Na França, a função de analisar a constitucionalidade das leis é exercida por um órgão político e não judicial, o *Conseil Constitutionnel* (Conselho Constitucional). De acordo com a redação original da Constituição Francesa de 1958, o Conselho Constitucional exercia esse controle de constitucionalidade de forma exclusivamente preventiva, mas, com a reforma constitucional de 23 de julho de 2008, permitiu-se ao Conselho Constitucional também realizar um controle repressivo de constitucionalidade. De qualquer forma, foi mantido o controle político de constitucionalidade – não judicial.



Assim, há um déficit democrático muito grande no controle judicial concentrado e abstrato de constitucionalidade, sobretudo se comparado com o processo decisório do Legislativo.

Tais indagações parecem remeter o controle judicial de constitucionalidade brasileiro às suas tradições, ou seja, ao controle difuso. Embora seja sempre problemático o Judiciário, por intermédio de um juiz singular ou um tribunal, tomar uma decisão que deixa de aplicar uma lei – elaborada democraticamente pelo parlamento – por uma interpretação judicial de inconstitucionalidade, isso pode ser entendido como uma contingência do sistema. Se a Constituição está acima das demais leis e cabe ao Judiciário julgar os casos concretos, interpretando e aplicando o direito aos fatos, é natural que ele tenha que considerar a hierarquia das normas na tarefa hermenêutica. De qualquer forma, esse processo de tomada de decisão judicial no controle difuso, que deixa de aplicar uma lei por entendê-la inconstitucional, ocorre apenas com efeitos concretos, para as partes que participaram do processo. Vale dizer, essa decisão judicial do controle difuso não atinge os outros cidadãos que participaram indiretamente da elaboração da lei (pela eleição dos seus representantes) e não puderam se manifestar naquele processo.

Já se demonstrou anteriormente que, ao contrário do que afirmam alguns constitucionalistas brasileiros, o controle difuso não está superado, tampouco perdeu a sua importância, já que, quantitativamente, o número de processos em que há controle concentrado e abstrato de constitucionalidade é ínfimo se comparado ao montante de processos em que há o controle difuso e concreto. Além disso, com base nas discussões acima, demonstra-se que o controle difuso e concreto é, também, qualitativamente superior ao controle concentrado e difuso, ao menos do ponto de vista democrático.

Com efeito, enquanto, no controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, ocorre a derrubada de uma lei pela Corte Constitucional, no controle difuso, o juiz apenas deixa de aplicá-la, por entendê-la inconstitucional, mas não retira do Legislativo o papel de discutir a questão e, inclusive, de revogar ou modificar o ato legislativo.

No controle difuso de constitucionalidade, os juízes, nos mais diversos processos, expõem publicamente as razões pelas quais entendem que a lei é inconstitucional. Em questões de maior relevância e repercussão, tais decisões judiciais gerarão um debate público, que poderá pressionar o Congresso Nacional a legislar, seja para modificar ou revogar integralmente a referida lei.

De outro lado, em questões sem maior repercussão pública, dificilmente uma decisão judicial específica com controle difuso levará o parlamento a legislar. Todavia, isso não quer dizer que o caso ficará sem solução, pois o juiz já terá assegurado à pessoa a

proteção do seu direito subjetivo previsto constitucionalmente, via controle difuso de constitucionalidade.

Assim, o controle difuso e concreto de constitucionalidade, ao contrário do abstrato e concentrado, consegue preservar a responsabilidade política do Legislativo para a tomada de decisões – pois não a substitui –, bem como incentiva o debate público que deve haver sobre questões que interessam a toda a sociedade.

### **5.3 A necessidade de preservação da responsabilidade política do Legislativo e dos cidadãos na tomada de decisões**

Nos modelos de Estado em que o poder (estatal) é fragmentado, haverá sempre dificuldade de os eleitores determinarem a responsabilidade política das autoridades eleitas. Dessa forma, será comum que os membros de um dos Poderes Constituídos coloquem a responsabilidade sobre os outros,<sup>354</sup> ou, ainda, que os políticos do ente federal ponham a culpa nas autoridades estaduais ou municipais, e vice-versa. Quando autoridades eleitas não conseguem atribuir a responsabilidade a outros órgãos, elas comumente se absterão de tomar qualquer decisão. Nesta hipótese, se houver pressão popular, os políticos possivelmente desejarão que a Corte Constitucional decida a questão, como já se demonstrou anteriormente.

Nesse contexto, é preciso analisar a construção jurídica – absolutamente questionável – de que o controle judicial de constitucionalidade seria necessário para proteger a democracia dela mesma, ou seja, impedir que a vontade da maioria venha a solapar direitos fundamentais das minorias. Essa tese busca fundamento na ideia de que somente o Judiciário, como órgão independente e longe das pressões populares, poderia controlar a vontade democrática, para proteger os direitos fundamentais das minorias. Assim, o Judiciário deveria assegurar as regras do jogo democrático, propiciando a participação política ampla e o governo da maioria (princípio majoritário), mas, além disso, deveria proteger os direitos fundamentais mesmo contra a vontade circunstancial das maiorias. Para atingir esses escopos, alguns constitucionalistas brasileiros como Luís Roberto Barroso defendem que “somente o

---

<sup>354</sup> “Whether alternative institutional arrangements will cure this problem is doubtful. Voters will always have difficulty determining accountability when government is divided and power fragmented. Legislators who cannot use ambiguous language to foist political responsibility on to judges may use ambiguous language to foist political responsibility on to administrative agencies. When elected officials cannot foist political responsibility elsewhere, they often refrain from taking any action.” (GRABER, Mark A. Constructing judicial review. *Annual review of political Science*, Maryland, Baltimore, v. 8, n. 1, pp. 425-451, mar. 2005. p. 447)

Judiciário e, mais especificamente, o tribunal constitucional pode fazer avançar o processo político e social, ao menos com a urgência esperável”.<sup>355</sup>

Entretanto, caberiam aqui algumas indagações: Quais processos políticos e sociais o tribunal constitucional pode fazer avançar? No interesse de quem? Quais valores democráticos implementará? A quem interessa a decisão da Corte Constitucional?

Como sugere Mark Graber, é preciso analisar quais grupos, interesses e valores são privilegiados pelo *judicial review*, comparativamente aos outros arranjos democráticos que privilegiam outros grupos, interesses e valores.<sup>356</sup> Assim, os embates políticos sobre o poder judicial se dão entre pessoas que querem os tribunais para tomar certas decisões políticas e as pessoas que preferem que essas decisões sejam tomadas por outras instituições. Nesse sentido, é enganosa a afirmação de que o *judicial review* atende aos valores internos da democracia, pois, ao invés, nessa prática, há a escolha entre valores democráticos e alguns outros valores. Para Graber, a questão é que todas as instituições democráticas privilegiam algumas pessoas em detrimento de outras. Por conseguinte, se o *judicial review* é desejável, depende de que interesses as democracias devem privilegiar e se o *judicial review* privilegia aqueles interesses na forma adequada democraticamente.<sup>357</sup>

Nesse ínterim, caberia questionar se a Corte Constitucional, por intermédio do controle de constitucionalidade – e não o Legislativo, por um processo de decisão política – estaria em melhores condições de proteger os interesses das minorias.

---

<sup>355</sup> “Onde estaria o fundamento para o Judiciário sobrepor sua vontade à dos agentes eleitos dos outros Poderes? A resposta já está amadurecida na teoria constitucional: na confluência de ideias que produzem o constitucionalismo democrático. Nesse modelo, a Constituição deve desempenhar dois grandes papéis. Um deles é assegurar as regras do jogo democrático, propiciando a participação política ampla e o governo da maioria. Mas a democracia não se resume ao princípio majoritário. Se houver oito católicos e dois mulçumanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em maior número. Aí está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos. (...) Nesses cenários, somente o Judiciário e, mais especificamente, o tribunal constitucional pode fazer avançar o processo político e social, ao menos com a urgência esperável.” (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 2011. pp. 309/310)

<sup>356</sup> “Rather than worry about whether courts are behaving in a countermajoritarian fashion, scholars should explore the ways in which judicial review promotes and weakens the political accountability of elected officials. Rather than oppose judicial review to democracy, scholars should compare the groups, interests, and values privileged by judicial review to the groups, interests, and values privileged by other democratic arrangements.” (GRABER, Mark A. *Constructing judicial review. Annual review of political Science*, Maryland, Baltimore, v. 8, n. 1, pp. 425-451, mar. 2005. p. 428)

<sup>357</sup> “The crucial democratic point is judicial review rarely pits the people against the courts. Political struggles over judicial power are between people who want courts to make certain policy decisions and people who prefer those decisions to be made by other institutions. (...) The merits of judicial review lie in the extent to which that practice serves values internal to democracy, rather than in the choice between democratic and some other values. All democratic institutions privilege some people at the expense of others. Whether judicial review is desirable depends on the interests democracies should privilege and whether judicial review privileges those interests in a democratically appropriate manner.” (GRABER, Mark A. *Constructing judicial review. Annual review of political Science*, Maryland, Baltimore, v. 8, n. 1, pp. 425-451, mar. 2005. p. 447)

Consoante exposto anteriormente, frequentemente maiorias parlamentares também apoiam um sistema forte de controle judicial de constitucionalidade, porque acreditam que podem fazer prevalecer os seus interesses na Corte Constitucional. Como sugere Ran Hirschl, os detentores do poder político geralmente tentam moldar a estrutura institucional na qual eles operam de modo que melhor se adapte aos seus interesses. Uma vez que as instituições como as Cartas de Direitos e o Judiciário não possuem poder de execução independente, aqueles que estabelecem essas instituições devem geralmente pensar que elas servem aos seus interesses. Com efeito, acreditam que as suas forças políticas seriam melhoradas sob uma juristocracia. Logo, quando os grupos periféricos ameaçam gravemente as elites hegemônicas, que possuem acesso e influência na arena decisória dos Tribunais Constitucionais, eles terão interesse no fortalecimento do controle de constitucionalidade. Assim, o processo consciente de aumento de poder judicial através da constitucionalização dos direitos pode ser acelerado quando a hegemonia das elites dominantes em arenas de tomada de decisão majoritária estiver ameaçada por grupos periféricos. Com base nisso, Hirschl conclui que o aumento de poder das Cortes através do fortalecimento dos direitos constitucionais pode ser uma forma institucional eficiente para as forças sócio-políticas hegemônicas preservarem a sua hegemonia e assegurarem as suas preferências políticas, sobretudo quando o processo majoritário de tomada de decisão não esteja funcionando a seu favor.<sup>358</sup>

Entretanto, se é verdade que os líderes políticos comumente desejam um controle de constitucionalidade forte, isso não quer dizer que esse modelo seja o mais adequado para a tomada de decisões políticas, tampouco o mais democrático. Como afirma Louis Fischer,

---

<sup>358</sup> “I suggest that neither the institutional fortification of judiciaries nor the accelerated judicialization of politics that often follows it develop in isolation from the central political struggles and interests that structure political systems. Political power holders usually attempt to shape the institutional structure within which they operate so that it best suits their interests. Since institutions such as bills of rights and judiciaries do not possess independent enforcement power but nonetheless limit the flexibility of decision makers, those who establish such institutions must generally think it serves their interests to abide by the limits imposed by them. In other words, those who are eager to pay the price of judicial empowerment assume that their position vis-a-vis other political forces would be improved under a “juristocracy”. Hence, the process of judicial empowerment through the constitutionalization of rights may accelerate when the hegemony of ruling elites in majoritarian decision-making arenas is threatened by “peripheral” groups. As such threats become severe, hegemonic elites who possess disproportionate access to and influence upon the legal arena may initiate a constitutional entrenchment of rights in order to transfer power to the courts. This process of conscious judicial empowerment in relatively open, rule-of-law polities is likely to occur when the judiciary’s public reputation for political impartiality and rectitude is relatively high and when the courts are likely to rule, by and large, in accordance with the cultural propensities of the hegemonic community. In other words, judicial empowerment through the constitutional fortification of rights may provide an efficient institutional way for hegemonic sociopolitical forces to preserve their hegemony and to secure their policy preferences even when majoritarian decision-making processes are not operating to their advantage.” (HIRSCHL, Ran. *The Political Origins of Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Four Constitutional Revolutions*. *Law & Social Inquiry*, Chicago, v. 25, n. 1, pp. 91–149, jan. 2000. pp. 94/95)

“para os membros do Congresso, fugir destas questões, alegando que o Tribunal deve tomar a decisão final, é tentador, mas irresponsável.”<sup>359</sup>

Um controle de constitucionalidade forte, ao retirar a questão política da seara legislativa e colocá-la para apreciação da Corte Constitucional, pode enfraquecer a responsabilidade política (*accountability*) do Legislativo.<sup>360</sup> Para Graber, o ponto democrático fundamental é que o *judicial review* raramente coloca o povo contra os tribunais.<sup>361</sup> Vale dizer, a questão é submetida à decisão de um órgão estatal em que o povo tem menos poder de pressão. Isso é particularmente grave no controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, já que, com uma decisão da Corte que possui efeitos gerais e abstratos, de forma semelhante aos efeitos de uma lei, isenta-se o Parlamento de decidir sobre determinada matéria.

De um lado, é certo que deve ser oportunizada ampla participação política dos cidadãos, bem como deve ser respeitada a vontade da maioria, sem que os direitos fundamentais das minorias sejam violados. Mas por que a Corte Constitucional, que também decide por maioria, estaria mais habilitada para tomar uma decisão política e se sobrepor à votação da maioria parlamentar, cujos representantes foram eleitos pelo povo? Por que caberia ao Tribunal Constitucional proteger a democracia da própria democracia, ao invés de se conferir essa tarefa a uma instituição democraticamente eleita?

Diante das contingências geradas por um processo democrático que pode sufragar direitos fundamentais das minorias, é natural que se busquem soluções perfeitas, que efetivamente protejam esses direitos. No entanto, essas teorizações que outorgam ao *judicial review* a palavra final em termos de controle de constitucionalidade, ao criarem uma metáfora da realidade para buscar soluções num plano contrafactual, reduzem a complexidade factual. Esse processo mental, por si só, não é criticável. O problema está na retomada da teoria para o plano factual. Considerando que o conteúdo dos direitos fundamentais depende de interpretação (e a sua aplicação depende das possibilidades fáticas e jurídicas) e as normas constitucionais podem ter duas ou mais interpretações igualmente constitucionais, por que outorgar ao Judiciário a palavra final em matéria de controle de constitucionalidade? Por que

---

<sup>359</sup> Tradução livre da frase: “For members of Congress to shy away from these issues, claiming that the Court must make the ultimate determination, in tempting but irresponsible.” (FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process*. Princeton, New Jersey : Princeton University Press, 1988. p. 5)

<sup>360</sup> “Democratically constructed judicial review may weaken political accountability.” (GRABER, Mark A. *Constructing judicial review. Annual review of political Science*, Maryland, Baltimore, v. 8, n. 1, pp. 425-451, mar. 2005. p. 447)

<sup>361</sup> GRABER, Mark A. *Constructing judicial review. Annual review of political Science*, Maryland, Baltimore, v. 8, n. 1, pp. 425-451, mar. 2005. p. 446.

uma Corte Constitucional, composta por poucos membros não eleitos pelo povo, poderia dar uma resposta melhor em termos de proteção da democracia, da Constituição e dos direitos fundamentais do que o Parlamento? Por que seria mais legítimo que ideologias, pré-compreensões e interesses (legítimos ou ilegítimos) de poucos membros do Tribunal Constitucional se sobreponham à vontade dos membros do Parlamento?

Sob um raciocínio mais simplista, poder-se-ia chegar à conclusão de que se deveriam colocar todas as questões constitucionais para decisão pelo próprio povo, por meio de plebiscito ou referendo, como, aliás, sugere a PEC 33/2011. Todavia, isso, por si só, não garantiria uma decisão melhor, tampouco mais democrática.<sup>362</sup> Como bem ressalta Menelick de Carvalho Netto, “plebiscitos e referendos foram instrumentos utilizados com frequência como meio de manipulação da opinião pública pelas piores ditaduras, o que nos revela que a participação direta, por si só, não é qualquer garantia”.<sup>363</sup>

Além disso, quando se trata de questões técnicas (por exemplo, médicas, biológicas, jurídicas etc.), é intuitivo que uma pessoa do povo sem conhecimentos especializados talvez não esteja em melhores condições de decidi-la (e isso acontece inclusive com os juízes). É preciso lembrar, ainda, que existe a problemática das cláusulas pétreas, que impedem que determinadas questões sejam modificadas até mesmo por manifestação da vontade popular.

Embora a participação direta do povo na elaboração das leis (plebiscito, referendo e iniciativa popular) seja importante na consolidação de um Estado democrático, não é a solução para todos os problemas democráticos ou para a equalização do sistema de freios e contrapesos (*check and balances*), tampouco deve se utilizar indiscriminadamente. A resposta democrática para as problematizações levantadas está no diálogo que deve haver

---

<sup>362</sup> “Poder-se-ia afirmar que, na verdade, a última palavra pertence ao povo, detentor do poder constituinte originário, não ao Tribunal. (...) Em primeiro lugar, o fato de uma escolha ser feita pelo povo não indica que o produto dessa escolha seja democrático. Por esse motivo, não é por ser vontade do povo que qualquer arranjo, como o controle de constitucionalidade, se justifica. Em segundo lugar, há constituições, como a brasileira, que não preveem saídas institucionais para a reforma de alguns de seus pontos, dotados de pretensão de perpetuidade (cláusulas pétreas). O povo não dispõe de vias institucionais para se manifestar. A não ser que surja um momento emblemático e excepcional de quebra constitucional, a Constituição não lhe reserva a última palavra.” (MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro : Elsevier, 2008. p. 185)

<sup>363</sup> E continua o autor: “O que é constitucionalmente relevante para se assegurar a democracia é o bom e correto funcionamento das mediações institucionais que possibilitam, na normalidade institucional, o permanente debate dos argumentos e o acesso a informações. Povo é um fluxo comunicativo que envolve de forma permanente o diálogo com as gerações passadas e a responsabilidade para com as futuras. A estrutura aberta do sujeito constitucional é imprescindível, como revela Michel Rosenfeld, para que se possa dar curso a essa necessária articulação entre democracia e constitucionalismo.” (CARVALHO NETTO, Menelick. Prefácio. In: CATTONI, Marcelo. *Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional*. Belo Horizonte : Mandamentos, 2006. p. 19-28. p. 24)

entre a Corte Constitucional, as demais instâncias judiciais, os outros Poderes Constituídos, as instituições públicas e privadas, e os cidadãos.

Com efeito, o projeto democrático está ligado a instituições que permitam o diálogo amplo com os cidadãos, garantindo a estes a sua autonomia pública, para que eles mesmos tomem as suas decisões, em conjunto com as instituições. Nesse contexto, ganham força aqueles que defendem que o papel de uma Corte Constitucional deve ser apenas o de garantir as condições para o exercício da autonomia pública dos cidadãos, de modo que “a Jurisdição Constitucional deve referir-se tão-somente às condições procedimentais para a realização do processo democrático e das formas deliberativas de formação política da opinião e da vontade.”<sup>364</sup>

Assim, talvez as melhores respostas aos questionamentos acima formulados sejam encontradas em medidas alternativas que mantenham a tensão produtiva entre constitucionalismo e democracia discursiva, entre Judiciário e Legislativo, e que, ao mesmo tempo, internalizem as discordâncias, respeitem o caráter performativo do direito e mantenham as normas constitucionais abertas para o futuro. É preciso encontrar alternativas para que o controle de constitucionalidade não limite o experimentalismo institucional e a participação popular, nem retire a responsabilidade política que as instituições e os cidadãos possuem.

#### 5.4 O experimentalismo institucional

Ao analisar e criticar a situação constitucional brasileira, Roberto Mangabeira Unger propõe uma reinvenção da democracia<sup>365</sup>, que deveria ser efetuada por meio da reorientação do direito constitucional, mediante duas teses que reputa centrais: a primeira seria a reconstrução do projeto democrático, mediante a mobilização política da cidadania,

---

<sup>364</sup> CATTONI, Marcelo. *Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional*. Belo Horizonte : Mandamentos, 2006. p. 85

<sup>365</sup> Para o autor, “a democracia é, entre outras coisas, um procedimento para criar o novo. É a forma institucional e coletiva da imaginação. É a ordem que, ao reconhecer a imperfeição de todas as ordens históricas que podem existir no mundo, providencia os meios para sua própria correção”. (UNGER, Roberto Mangabeira. A constituição do experimentalismo democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 257, p. 57-72, mai.-ago. 2011. p. 70)

com a ampliação do experimentalismo democrático; a segunda diz respeito ao fato de a situação constitucional atual inibir a reinvenção da democracia.<sup>366</sup>

Neste trabalho, interessa especialmente a primeira tese. A esse respeito, Mangabeira Unger preconiza que as democracias contemporâneas, inclusive o Brasil, devem reconstruir o projeto democrático, mediante o redirecionamento do direito constitucional. Para o autor, “o conteúdo institucional desta reorientação inclui inovações que elevariam, de forma duradoura, a mobilização política da cidadania e resolveriam rapidamente os impasses entre os poderes do Estado”. Assim, “o norte imaginativo dessa mudança é a ampliação do experimentalismo democrático em todas as áreas da vida social, a ser facultada por fortalecimento do potencial transformador da política”.<sup>367</sup>

Unger defende que a construção das instituições, das práticas e das doutrinas de uma democracia de alta energia, que seja proativa no dia a dia, de modo que as mudanças passem a depender menos das crises. Assim, a prática do direito, e inclusive do direito constitucional, deve trocar a idealização de normas vigentes pela prática de instituições alternativas. Por conseguinte, “devemos conceber a democracia hoje como, antes de qualquer coisa, processo de descoberta e de aprendizagem coletivas”.<sup>368</sup>

A partir disso, é preciso perquirir como o direito constitucional e as instituições estatais poderiam contribuir para essa reconstrução democrática. O próprio autor conclui que, “ao direito, a começar pelo direito constitucional, cabe organizar este processo e tomar como suas as aspirações do projeto democrático. O aprofundamento do experimentalismo democrático é, ao mesmo tempo, para o direito, assim como para a democracia, método e alvo”.<sup>369</sup>

Unger critica a situação constitucional brasileira, que ainda estaria presa no liberalismo constitucional semidemocrático ou protodemocrático, tradição que apresentaria quatro elementos na sua formação clássica. O primeiro elemento seria filtrar o sufrágio pela propriedade; o segundo, fragmentar o poder para controlá-lo (sistema de freios e contrapesos), mas o resultado da identificação forçada ou engendrada seria a limitação radical do potencial transformador da política; o terceiro estaria no conjunto de práticas que mantêm a cidadania

---

<sup>366</sup> UNGER, Roberto Mangabeira. A constituição do experimentalismo democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 257, p. 57-72, mai.-ago. 2011. p. 58.

<sup>367</sup> UNGER, Roberto Mangabeira. A constituição do experimentalismo democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 257, p. 57-72, mai.-ago. 2011. p. 58.

<sup>368</sup> UNGER, Roberto Mangabeira. A constituição do experimentalismo democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 257, p. 57-72, mai.-ago. 2011. p. 59.

<sup>369</sup> UNGER, Roberto Mangabeira. A constituição do experimentalismo democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 257, p. 57-72, mai.-ago. 2011. p. 59.



em baixo grau de mobilização; o quarto elemento se constituiria no cerceamento do potencial experimentalista do federalismo, pois os estados federados deveriam ser laboratórios de experimentação, mas a realidade institucional do federalismo clássico, com a rígida divisão de competências, limita severamente o aproveitamento do potencial experimentalista do federalismo. Segundo Mangabeira Unger, os três últimos elementos continuariam vivos na tradição constitucional brasileira.<sup>370</sup>

O foco de Mangabeira Unger, nesse aspecto, é a construção de um novo projeto democrático para o Brasil, mediante o redirecionamento do direito constitucional, que deveria ser baseado num experimentalismo democrático e institucional, numa democracia de alta energia e na constante mobilização política dos cidadãos. Pode-se, a partir de então, tirar lições importantes para refletir acerca de uma maior contribuição e ressignificação do controle judicial de constitucionalidade, embora não seja este o objetivo específico do trabalho de Unger.

Nesse tocante, poder-se-ia pensar numa reorientação institucional do Poder Judiciário, com vistas a imaginar um modelo de controle de constitucionalidade que possa, além de proteger os direitos constitucionais e garantir-lhes o máximo de concretização, não limitar o potencial transformador da política; não inibir a mobilização da cidadania e tentar maximizá-la; e, por fim, melhor aproveitar o potencial experimentalista do federalismo, sobretudo mediante uma observação atenta do controle de constitucionalidade exercido de forma difusa no âmbito dos órgãos jurisdicionais inferiores.

A primeira questão que precisa ser abordada é como o constitucionalismo e, em especial, o controle judicial de constitucionalidade poderiam não aprisionar o potencial transformador da política e, ao mesmo tempo, proteger os direitos constitucionais. Esse questionamento remete a uma questão bastante debatida no constitucionalismo contemporâneo, que diz respeito aos limites do próprio controle judicial de constitucionalidade. Sem adentrar na discussão normativa dos limites tênues entre direito e política na teoria da decisão judicial, que não é o foco deste trabalho, restaria perquirir qual seria o grau de interferência do controle difuso e do controle concentrado de constitucionalidade na política, e, mais precisamente, na limitação do caráter transformador da política. Isto é, como pensar num modelo de controle de constitucionalidade e de atuação da Corte Constitucional que fomente – ao invés de reprimir – a participação dos Poderes Constituídos, das instituições e dos cidadãos na construção do projeto constitucional, ao

---

<sup>370</sup> UNGER, Roberto Mangabeira. A constituição do experimentalismo democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 257, p. 57-72, mai.-ago. 2011. p. 62/63.

mesmo tempo corrigindo distorções democráticas e deixando que o caráter transformador da política cumpra o seu papel.

Outra questão a ser enfrentada é a que diz respeito ao melhor aproveitamento do potencial experimentalista do federalismo. Nesse contexto, com um foco no sistema judiciário brasileiro, seria importante que a Corte Constitucional se utilizasse do experimentalismo institucional das instâncias judiciais inferiores, mediante a observação das decisões tomadas no âmbito dos tribunais de segunda instância (aqui incluindo os tribunais estaduais e federais) e dos seus efeitos sociais e dinâmicos. A esse respeito, pesquisa empírica demonstrou que o Supremo Tribunal Federal, em suas decisões no controle concentrado de constitucionalidade, dá pouca importância à jurisprudência constitucional dos demais tribunais brasileiros. Aliás, nas fundamentações das suas decisões, a Corte Constitucional brasileira cita mais precedentes de tribunais estrangeiros do que de tribunais brasileiros.<sup>371</sup>

Assim, talvez esses dados também demonstrem que o STF não está aberto ao diálogo nem mesmo com as outras instâncias judiciais brasileiras. De qualquer forma, é possível concluir que há um subaproveitamento do experimentalismo institucional, pelo STF, das decisões judiciais proferidas por outros tribunais brasileiros em controle de constitucionalidade.

Em primeiro lugar, parece ser irretorquível a conclusão de que o STF deve considerar mais a jurisprudência constitucional produzida pelas outras instâncias judiciais brasileiras. Entretanto, numa perspectiva de experimentalismo institucional, antes de a Corte Constitucional tomar uma posição – seja no controle difuso ou no controle concentrado –, também seria importante que as outras instâncias do Judiciário já tivessem decidido a questão constitucional, a fim de que se pudessem observar os seus efeitos dinâmicos. Tal medida proporcionaria que a Corte Constitucional colhesse o maior quantitativo de argumentos e observasse os efeitos dessas decisões no mundo real, o que resultaria numa decisão mais democrática e mais madura acerca da questão constitucional.

---

<sup>371</sup> Com efeito, segundo a pesquisa empírica realizada pelo Núcleo de Pesquisas da Sociedade Brasileira de Direito Público, com base em 267 acórdãos do STF proferidos em controle concentrado de constitucionalidade entre junho de 2006 e janeiro de 2010, 93,29% dos precedentes citados pelos ministros do STF nos seus votos eram do próprio STF; 3,63% eram de tribunais estrangeiros; e apenas 2,92% eram de outros órgãos judiciais brasileiros. (SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani. Três desafios para melhorar a jurisdição constitucional brasileira. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paulo; SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo : Malheiros, 2012. pp. 19-52. p. 90-nota de rodapé)

Em 2013, a Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *Fisher versus University of Texas*<sup>372</sup>, que questionava as cotas raciais em universidades, tomou a decisão de não decidir.<sup>373</sup> A Suprema Corte entendeu que a questão da extinção da política de cotas raciais em universidades, mesmo passado tanto tempo do início dessas ações afirmativas, deveria ser amadurecida.<sup>374</sup> Em razão disso, deixou a decisão sobre o caso com o Tribunal do Estado do Texas. Assim, diante das mudanças que estavam ocorrendo, a questão deveria ter maiores reflexões e não estaria suficientemente madura, razão pela qual não deveria a Corte Constitucional tomar uma posição definitiva sobre a matéria, considerando que, nos EUA, os precedentes da Suprema Corte possuem efeitos vinculantes.

Essa experiência talvez seja extremamente interessante no âmbito do constitucionalismo brasileiro. Nas questões em que seja necessário um maior amadurecimento, o Supremo Tribunal Federal, ao invés de decidir de imediato determinada matéria no âmbito do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, poderia esperar que a questão fosse decidida pela via do controle difuso, nas diversas instâncias do Judiciário brasileiro. Desse modo, podem ser evitados os riscos de uma decisão vinculante tomada com base em fundamentos abstratos, hipotéticos e especulativos, colocando-se a questão para a decisão das diversas instâncias judiciais, de modo a oportunizar que a Corte Constitucional possa observar os seus efeitos dinâmicos.<sup>375</sup> Além disso, deixar a decisão para o controle difuso proporcionaria que o Legislativo e o Executivo pudessem amadurecer a questão e

---

<sup>372</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Fisher versus University of Texas*. Julgado em 24/6/2013. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/Search.aspx?FileName=/docketfiles/11-345.htm>>. Acesso em: 8/12/2013.

<sup>373</sup> Abigail Noel Fisher questionava se os precedentes da Suprema Corte dos EUA que reconheciam a constitucionalidade das ações afirmativas relativas a cotas raciais em universidades. Fisher indagava qual seria a interpretação para o caso da Cláusula de Proteção Igualitária da Décima Quarta Emenda. Argumentava que, no caso *Grutter versus Bollinger*, foi decidido que essas ações afirmativas deveriam ter uma duração limitada no tempo e que esse período já havia transcorrido. Ao final, Fisher postulava que a Suprema Corte impedisse que a Universidade do Texas usasse a raça como critério para ingresso no curso de graduação. Observe-se a literalidade da questão apresentada: “QUESTION PRESENTED: Whether this Court’s decisions interpreting the Equal Protection Clause of the Fourteenth Amendment, including *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003), permit the University of Texas at Austin’s use of race in undergraduate admissions decisions.” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Fisher versus University of Texas*. Julgado em 24/6/2013. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/Search.aspx?FileName=/docketfiles/11-345.htm>>. Acesso em 8/12/2013)

<sup>374</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Fisher versus University of Texas*. Julgado em 24/6/2013. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/Search.aspx?FileName=/docketfiles/11-345.htm>>. Acesso em 8/12/2013.

<sup>375</sup> A esse respeito, Louis Fisher também vê desvantagens num julgamento prematuro da Corte Constitucional: “Just as a case brought too late can be moot, a case brought too early may not yet be ripe. Sometimes this results from a failure to exhaust administrative and state remedies. Plaintiffs must show that they have explored all avenues of relief before they turn to the federal courts. Premature consideration by the courts does more than create unnecessary workload. It can deprive judges of information needed for informed adjudication and force them to deal at an abstract, speculative, and hypothetical level. It also discourages settlement in the administrative arena, which may be the most appropriate forum for resolution.” (FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process*. Princeton, New Jersey : Princeton University Press, 1988. p. 106)

internalizar as decisões judiciais de acordo com as suas possibilidades institucionais e concretas, ou seja, proteger o direito de uma forma diferente da que foi exposta pelo Judiciário, mas igualmente efetiva. Assim, a Corte Constitucional oportunizaria um experimentalismo federativo e institucional, e, ao mesmo tempo, o Judiciário não deixaria de decidir a questão, pois a ação individual seria julgada e a questão constitucional seria examinada via controle difuso.

Também merece reflexão a questão do controle de constitucionalidade e a participação política das instituições e dos cidadãos. Nesse ínterim, é preciso perquirir como poderia o controle judicial de constitucionalidade não inibir a mobilização da cidadania e tentar maximizá-la, ou seja, permitir que os próprios cidadãos assumam as suas responsabilidades individuais e coletivas.

Para tanto, será preciso que não haja um paternalismo institucional excessivo do Judiciário e que não se restrinja a identidade do sujeito constitucional. A Corte Constitucional deve atentar para o fato de que o projeto constitucional está sujeito a tropeços, como todo processo de aprendizado institucional, mas deve ser capaz de se autocorrigir reflexivamente e estar aberto para reconstrução pelos próprios sujeitos constitucionais.<sup>376</sup> Ao invés de a Corte Constitucional impor a sua moral à sociedade, deverá compreender que o processo constituinte não se esgota no ato fundador, pois tem continuidade por meio das sucessivas gerações.<sup>377</sup>

Como já se expôs, a filosofia da pós-modernidade não trabalha mais com a revelação de uma verdade absoluta ou imutável, pois a verdade é construída e sempre é um produto do seu tempo. Nesse sentido, quando, dentro de um processo interpretativo, se diz que uma lei é constitucional ou inconstitucional, essa é uma verdade construída, mas sempre contingente, precária e com duração limitada no tempo. Com efeito, a interpretação sobre a

---

<sup>376</sup> “Essa nova cultura política pluralista, própria à formação de uma esfera pública – marcada pela atuação dos novos movimentos sociais e pelas organizações da sociedade civil que, para além de uma ‘democracia de partidos’, está comprometida com o constitucionalismo democrático –, advém, pois, para Habermas, de um permanente processo de aprendizado social, que vem a ter prosseguimento por intermédio de sucessivas gerações. Como processo de aprendizado, embora sujeito a tropeços, é capaz de corrigir a si mesmo e assumir, interna e reflexivamente, o projeto constitucional-democrático aberto, inclusivo e moderno, subjacente à Lei Fundamental de 1949, assim como à própria autocompreensão normativa das diversas Constituições dos Estados Democráticos de Direito.” (CATTONI, Marcelo. *Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional*. Belo Horizonte : Mandamentos, 2006. p. 68)

<sup>377</sup> Para Habermas, a “relação pretensamente paradoxal entre Estado de Direito e democracia, direitos humanos e soberania popular, resolve-se, na dimensão do tempo histórico, como um processo de aprendizado social capaz de se corrigir a si mesmo, se compreendermos a Constituição do Estado Democrático de Direito como um projeto que transforma o ato fundador em um processo constituinte que tem continuidade e prosseguimento por meio de sucessivas gerações.” (HABERMAS, Jürgen. *O Estado Democrático de Direito é uma amarração paradoxal de princípios contraditórios?* In: HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. (trad. Flávio Beno Siebeneichler). Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2003. p. 156)

constitucionalidade de determinada disposição legal poderá ser modificada diante de novos paradigmas do direito ou da própria evolução científica ou da moral social.

Todavia, numa decisão proferida no controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, o experimentalismo institucional fica bem mais difícil. De fato, uma vez declarada inconstitucional determinada disposição normativa, ela é retirada do ordenamento jurídico. Por conseguinte, não estará sujeita a, futuramente, ser reinterpretada, porque não mais existe no mundo jurídico.

De outro lado, ao contrário do que ocorre no controle concentrado de constitucionalidade, no controle difuso, uma decisão que declara a inconstitucionalidade de determinada norma pode ser revisada no futuro, quando alteradas as possibilidades fáticas e jurídicas, não sendo freado o experimentalismo institucional. Isto é, no controle difuso, a decisão judicial não obsta a evolução social, econômica, política, científica e moral. Além disso, permite que o Judiciário corrija os seus próprios erros, diante da observação dos efeitos dinâmicos das suas decisões.

Desse modo, o controle difuso e concreto de constitucionalidade é mais consentâneo com o experimentalismo institucional que o controle concentrado e abstrato. Ao invés de impor uma decisão tomada com pouca ou nenhuma participação daqueles que serão atingidos pela decisão, que cristaliza o direito constitucional, o STF, no controle difuso, pode contribuir muito com o experimentalismo institucional, corrigindo distorções democráticas e deixando que as gerações atuais e futuras atualizem permanentemente o conteúdo da Constituição, que a interpretarão e a reescreverão, adaptando-a ao seu próprio tempo e contexto.<sup>378</sup>

Nesse sentido, embora não seja imune a críticas, o controle concreto e difuso de constitucionalidade – comparativamente ao controle abstrato e concentrado – respeita mais o caráter performativo do direito e tem muito a contribuir com o experimentalismo institucional.

---

<sup>378</sup> “Ao invés de apoiar-me num realismo moral, que tem poucas chances de ser defendido, sugiro que entendamos o próprio regresso como a expressão compreensível de um aspecto do caráter da constituição dos Estados democráticos de direito, isto é, a sua abertura para o futuro: uma constituição que é democrática, não somente de acordo com seu conteúdo, mas também de acordo com a fonte de sua legitimação, constitui um projeto capaz de formar tradições com um início marcado na história. Todas as gerações posteriores enfrentarão a tarefa de atualizar a substância normativa inesgotável do sistema de direitos estatuído no documento da constituição. Na linha dessa compreensão dinâmica da constituição, a legislação em vigor continua a interpretar e a escrever o sistema de direitos, adaptando-o às circunstâncias atuais (e nesta medida, apaga a diferença entre normas constitucionais e simples leis). É verdade que essa continuação falível do evento fundador só pode escapar do círculo da autoconstituição discursiva de uma comunidade, se esse processo, que não é imune a interrupções e recaídas históricas, puder ser interpretado, *a longo prazo*, como um processo de aprendizagem que se corrige a si mesmo.” (HABERMAS, Jürgen. O Estado Democrático de Direito é uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? In: HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. (trad. Flávio Beno Siebeneichler). Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2003. p. 165)

### 5.5 A legitimação pelo procedimento: o controle difuso e o direito de todo cidadão de participar da decisão estatal que lhe atinge

Numa perspectiva habermasiana, é legítimo aquilo em torno do que os participantes podem unir-se por si mesmos, sem depender de outrem, ou seja, quando há o assentimento fundamentado de todos em uma deliberação racional, sob as condições das suas teorias do discurso e da ação comunicativa.<sup>379</sup>

Nesse sentido, Jürgen Habermas vê como problemática a existência do controle judicial de constitucionalidade<sup>380</sup>, ao menos do ponto de vista da separação entre os poderes, e acrescenta que “a concorrência do tribunal constitucional como legislador legitimado democraticamente pode agravar-se no âmbito do controle abstrato de normas.”<sup>381</sup> O filósofo alemão também pondera que “o controle abstrato de normas é função indiscutível do legislador. Por isso, não é inteiramente destituído de sentido reservar essa função, mesmo em segunda instância, a um autocontrole do legislador, o qual pode assumir proporções de um processo judicial”. Assim, conclui que “a transmissão dessa competência para um tribunal constitucional implica uma fundamentação complexa”.<sup>382</sup>

Nessa linha argumentativa, Habermas afirma que a Constituição determina procedimentos políticos, segundo os quais os cidadãos devem assumir o seu direito de

---

<sup>379</sup> “- Em primeiro lugar, constatamos que só pode ser tido por legítimo aquilo em torno do qual os participantes da deliberação livre podem unir-se por si mesmos, sem depender de ninguém – portanto, aquilo que encontra o assentimento fundamentado de todos, sob as condições de um discurso racional. Isso não exclui, naturalmente a possibilidade do falibilismo, pois a busca da única resposta correta não é capaz de garantir, por si mesma, um resultado correto. Somente o caráter discursivo do processo de deliberação é capaz de fundamentar a possibilidade de autocorreção reiteradas e, destarte, a perspectiva de resultados racionalmente aceitáveis. – Em segundo lugar, constatamos que os participantes se comprometem, através de um questionamento específico, a assumir o direito moderno como *medium* para regular sua convivência. Ora, o modo de legitimação de um assentimento geral obtido sob condições do discurso, e a ideia de leis obrigatórias que abrem espaço para iguais liberdades subjetivas fazem jus ao conceito kantiano de autonomia política: aqui ninguém é livre, enquanto houver um único cidadão impedido de gozar da igual liberdade sob as leis que todos os cidadãos se deram a si mesmos, seguindo uma deliberação racional.” (HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. (trad. Flávio Siebeneichler). Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2003. p. 162)

<sup>380</sup> Além disso, Habermas ressalta que a existência de tribunais constitucionais não é autoevidente e reflete que “é sempre útil considerar se o reexame desta decisão parlamentar também poderia dar-se na forma de um autocontrole do legislador, organizado em forma de tribunal, e institucionalizado, por exemplo, numa comissão parlamentar que incluir juristas especializados.” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. (trad. Flávio Beno Siebeneichler). v. 1. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2010. pp. 298/300)

<sup>381</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. (trad. Flávio Beno Siebeneichler). v. 1. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2010. pp. 299/300.

<sup>382</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. (trad. Flávio Beno Siebeneichler). v. 1. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2010. pp. 301.

autodeterminação e perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida. Assim, somente condições processuais de gênese democrática das leis assegurariam legitimidade ao direito. Com base nessa compreensão democrática, Habermas conclui que “é possível encontrar um sentido para as competências do tribunal constitucional, que corresponde à intenção da divisão dos poderes no interior do Estado de Direito”, qual seja, “o tribunal constitucional deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos”.<sup>383</sup>

Em outra perspectiva e com matriz filosófica diversa, Samuel Freeman afirma que a maior crítica democrática que existe no controle de constitucionalidade não deve ser o fato de que os juízes não são eleitos. O problema é que esse poder limita os direitos democráticos dos cidadãos de, como iguais, participar e influenciar os processos políticos de tomada de decisão que afetam significativamente suas vidas.<sup>384</sup> No Brasil, as circunstâncias indicam que é melhor que o ingresso dos juízes na carreira não se dê por eleição. Todavia, mesmo que eles fossem eleitos e prestassem contas à maioria, as objeções ao controle de constitucionalidade permaneceriam.

Niklas Luhmann, na obra *Legitimação pelo Procedimento*, propõe que, para ser legítimo, o ato estatal de tomada de decisão deve proporcionar a participação ativa daqueles que serão por ela atingidos, ainda que num futuro incerto.<sup>385</sup>

Levando-se em consideração a discussão de legitimidade democrática, sob todas essas perspectivas, poder-se-ia indagar: Se o principal déficit democrático do controle de constitucionalidade é o fato de que ele limita os direitos de participação democrática dos cidadãos de influenciar na tomada de decisão, poder-se-ia afirmar que a crítica democrática

---

<sup>383</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. (trad. Flávio Beno Siebeneichler). v. 1. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2010. pp. 326.

<sup>384</sup> “To formulate the basic problem of judicial review in terms of its being contrary to majoritarianism and electorally accountable policymaking focuses upon symptoms of what must be a deeper problem. Constitutionally, federal judges in the United States are appointed by the executive, with life tenure subject to good behavior. There are good reasons for this practice, some having to do with judicial review. But the fact that federal judges are not accountable to the majority is an institutional fact about the constitution of our national government. Judges could be elected to office for a set term, as they are in many states' systems, and reservations about judicial review would remain. The basic problem with judicial review is not that judges are not electorally accountable to majority will. Instead it must be that the exercise of this power works as a constraint upon the equal right of citizens in a democracy to take part in and influence the government decision-making processes that significantly affect their lives.” (FREEMAN, Samuel. *Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review*. *Law and Philosophy*, v. 9, n. 4, pp. 327-370, nov. 1990. p. 333)

<sup>385</sup> Nesse sentido, Niklas Luhmann: “Assim o interessado pode participar duma forma racional e atuar num presente sempre atual, ainda que viva para um futuro incerto. A decisão não recai sobre ele como uma surpresa inesperada, como sorte ou desgraça que se aguarda com perplexidade sem se poder tomar posição, mas como resultado de um processo de decisão, na medida em que uma pessoa se pode preparar para ele pela participação e ação” (LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília : Universidade de Brasília, 1980. p. 187).

atinge o controle de constitucionalidade brasileiro como um todo? O controle concentrado e abstrato de constitucionalidade proporciona a participação de todos os atingidos? E o controle difuso e concreto?

Assim, é preciso perquirir se o déficit de legitimidade democrática não estaria – ou, ao menos, se não seria mais grave – no controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, já que neste modelo seriam maiores os riscos de que o Judiciário, pela Corte Constitucional, invada um espaço de decisão política que deveria ser reservado aos demais Poderes Constituídos e à sociedade, considerando que os efeitos da decisão judicial, nesta modalidade de controle de constitucionalidade, serão gerais e abstratos, de forma semelhante a uma lei editada pelo Parlamento.

De outro lado, no controle difuso e concreto de constitucionalidade, a decisão judicial é dada sobre um determinado caso concreto, num processo em que as partes puderam participar, produzir provas, apresentar suas alegações e influenciar no processo decisório. Com base nessa perspectiva, o controle difuso de constitucionalidade, realizado de forma pontual pelas diversas instâncias judiciais, e que permite a participação daqueles que serão atingidos pela decisão, talvez seja mais consentâneo com uma postura de respeito e consideração à autonomia pública dos cidadãos e à necessidade de não interferência demasiada no processo de evolução social.

Com efeito, o déficit democrático e de legitimidade parece não acometer tanto a decisão judicial para o caso individual. Se não existe regra específica que regule o caso concreto inédito, sobre o qual inexistem precedentes judiciais, ou se a aplicação da regra ao caso afronta flagrantemente a Constituição, talvez seja inevitável que o juiz crie uma solução para o caso concreto mesmo que o parlamento não tenha dado uma resposta para essa situação específica, com base em normas constitucionais abstratas. Neste caso, alguém pode até dizer que a autoridade de um juiz, não eleito pelo povo, tem algum déficit democrático, mas a decisão do caso concreto será inevitável. Isto é, no controle difuso de constitucionalidade, apesar de eventual déficit de legitimidade democrática, há uma contingência da qual não se pode escapar.

Entretanto, do ponto de vista democrático – sobretudo na acepção de democracia discursiva –, será mais problemática uma decisão judicial no controle abstrato de constitucionalidade. Neste modelo, a Corte Constitucional não é chamada para julgar um caso concreto, senão para decidir se uma lei editada pelo Parlamento deve ser aplicada ou retirada do ordenamento jurídico, em razão da interpretação dada pelo Judiciário sobre a sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade. Com efeito, nesta hipótese, o Judiciário não



decide o caso concreto, mas está controlando em abstrato a atividade do Poder Legislativo; a Corte não julga o direito subjetivo de determinada pessoa, pois decide sobre a possibilidade de aplicação ou não de uma norma em abstrato, segundo a sua interpretação; enfim, a Corte Constitucional, em abstrato, sobrepõe a sua interpretação acerca da norma constitucional à interpretação do Poder Legislativo.

No controle difuso, ao revés, existe um amplo debate sobre questões jurídicas constitucionais e infraconstitucionais, e sobre os fatos relacionados, desde a primeira instância judicial até a Corte Constitucional. No princípio, as partes se manifestarão, darão as suas versões, exporão os seus fundamentos, produzirão as suas provas e formularão as suas teses; ao final, o juiz de primeira instância estará obrigado a analisar todas as questões suscitadas pelas partes na sua sentença, sob pena de, em não o fazendo, tê-la cassada pelo tribunal, por falta de fundamentação. Além disso, se as partes não tiverem contentes com a sentença judicial, poderão recorrer dela a uma instância judicial superior. Quando o processo chega ao tribunal, novamente os desembargadores terão de analisar os argumentos da decisão do juiz monocrático e também dos advogados no recurso e nas contrarrazões recursais. A consistência da decisão do tribunal, pelo voto dos seus desembargadores, estará sempre suscetível, ao menos na questão constitucional, de ser reanalisada pelo STF em recurso extraordinário.

Assim, observa-se que, no controle difuso de constitucionalidade, o procedimentalismo que lhe é inerente garante que todos aqueles que serão atingidos pela decisão concreta possam se manifestar e influenciar o processo decisório. Logo, por resolver a questão da constitucionalidade apenas incidentalmente, não atinge as pessoas que não puderam participar do processo. Além disso, no controle difuso, a própria atividade decisória é mais complexa, já que envolve diversas instâncias judiciais e controle interno – pelas instâncias judiciais superiores – do controle de constitucionalidade.

De outro lado, no controle concentrado e abstrato, há a participação de pouquíssimos atores, como já se expôs anteriormente. Portanto, neste modelo de controle, a decisão é tomada sem que os cidadãos e a maioria das instituições sejam ouvidos.

Assim, a participação do Supremo Tribunal Federal é de extrema importância, mas apenas como uma etapa de um processo de interpretação constitucional continuado e compartilhado com as instâncias judiciais inferiores, com o Poder Executivo, com o

parlamento, com as demais instituições e com os cidadãos.<sup>386</sup> Por isso, o controle difuso e concreto de constitucionalidade apresenta-se como um instrumento mais adequado e mais democrático, hábil a respeitar esse procedimentalismo legitimador e não reducionista do papel dos demais sujeitos constitucionais.

### **5.6 Reconstruindo o controle de constitucionalidade: o controle difuso como um *medium* de interlocução e de participação do Judiciário no projeto constitucional compartilhado**

Após as reflexões que foram acima desenvolvidas, cabe, ainda, fazer uma importante indagação sobre o papel do controle judicial de constitucionalidade na manutenção das condições democráticas, bem como na implementação e no desenvolvimento do projeto constitucional.

Pelo que se viu até aqui, podem ser levantadas diversas objeções ao controle abstrato e concentrado de constitucionalidade. Todavia, considerando que este modelo pode ser útil para preservar a autoridade da constituição e as condições democráticas, é preciso, inicialmente, perquirir se ele seria importante para resolver problemas constitucionais que impeçam os cidadãos de se manifestarem democraticamente.

A esse respeito, talvez seja defensável que o controle abstrato de constitucionalidade pode se revelar, excepcionalmente, um mecanismo adequado para o reconhecimento de inconstitucionalidades nos casos em que a lei infraconstitucional questionada viole direitos e liberdades básicas, que constituem a própria soberania popular e a democracia. São exemplos as liberdades de expressão, de pensamento, de informação; a liberdade de associação e de reunião para fins pacíficos; a liberdade de escolha profissional; a liberdade de ir e vir; o direito à informação; o direito de votar e ser votado; o sufrágio universal; dentre outros. Quando uma lei em abstrato viola um desses direitos, parece sintomático que os parlamentares eleitos não estão agindo democraticamente, mas atuando para uma degenerescência da democracia. Esses são direitos fundamentais essenciais para a democracia, razão pela qual talvez uma atuação forte da Corte Constitucional se faça

---

<sup>386</sup> “Although the holding of the Supreme Court is of utmost importance, it often serves as but one stage of an ongoing constitutional process shared with lower courts, the executive branch, and legislators.” (FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process*. Princeton, New Jersey : Princeton University Press, 1988. p. 44)

necessária para assegurar as condições mínimas de participação democrática. Nada garante que a Corte Constitucional, não eleita, tomará uma decisão melhor ou que realmente resguarde a participação democrática, mas, nesses casos, pode haver mais chances de a atuação judicial minimizar os problemas de uma democracia imperfeita. No entanto, mesmo admitindo-se que o controle abstrato seria importante para esses casos, sempre haverá o problema de que esses direitos podem ser usados pela Corte Constitucional como fundamento pseudo legitimador para tomadas de decisões autoritárias ou metafísicas, ou, ainda, para fundamentar decisões que favoreçam a outros interesses, isto é, sejam usados demagogicamente para fundamentar decisões sobre outras questões.

De outro lado, também se poderia defender que o controle abstrato e concentrado apresenta-se como um mecanismo importante para os casos em que o Poder Judiciário já proferiu reiteradas decisões sobre a questão constitucional em determinado sentido durante um tempo razoável, sem que o Parlamento tenha legislado para resolver a questão – o que comumente ocorre em razão dos ônus políticos e eleitoreiros que uma tomada de decisão legislativa sobre matérias polêmicas pode acarretar. Nesses casos, talvez seja defensável que o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade possa ser útil, embora não seja efetivamente um modelo imprescindível para garantir a supremacia da Constituição, tampouco o melhor. É o que aconteceu no julgamento da ADI 4277<sup>387</sup> e da ADPF 132<sup>388</sup>, quando o Supremo Tribunal Federal reconheceu a aplicação da instituição da união estável a casais homoafetivos, ou seja, decidiu no sentido da jurisprudência consolidada há mais de duas décadas nos demais tribunais brasileiros.<sup>389</sup> Há sérias dúvidas sobre a afirmação de que o Poder Legislativo não tomaria uma decisão acerca dessa matéria. Com efeito, recentes pesquisas de campo demonstraram que a maioria dos brasileiros (86%) concorda com a extensão do instituto da união estável para as uniões homoafetivas.<sup>390</sup> Portanto, talvez o STF,

---

<sup>387</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4277. Relator: Ministro Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 05/05/2011. DJe-198, 14-10-2011. *Ementário da Jurisprudência do STF*, Brasília, v. 2607-03, p. 341.

<sup>388</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132. Relator: Ministro Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 05/05/2011. DJe-198, 14-10-2011. *Ementário da Jurisprudência do STF*, Brasília, v. 2607-01, p. 1.

<sup>389</sup> Havia mais de duas décadas das primeiras decisões judiciais que reconheciam direitos a casais homossexuais, como, por exemplo, direitos previdenciários, estando consolidada nesse sentido a jurisprudência dos tribunais de segunda instância e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Com base nisso, a maior parte das instituições previdenciárias passaram a estabelecer expressamente a extensão dos direitos previdenciários aos casais homossexuais, a exemplo do INSS. Assim, a questão constitucional já estava suficientemente amadurecida para que fosse proferida uma decisão no controle concentrado e abstrato de constitucionalidade.

<sup>390</sup> “Depois desse primeiro mapeamento sobre acompanhamento de notícias a respeito do judiciário e da justiça em geral, entramos no tema de interesse específico da pesquisa, perguntando aos entrevistados se eles acompanharam ou não a decisão do STF que reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo (união

no julgamento das referidas ações do controle abstrato, abreviou uma decisão política que seria inevitável, mas não pode se dizer que tenha sido o principal ator no reconhecimento desse direito, uma vez que as instâncias judiciais inferiores já o faziam, além do que outras instituições públicas e privadas também reconheciam esses direitos aos casais homoafetivos. Se isso não bastasse, a pressão popular já era bastante forte para o reconhecimento desses direitos, embora houvesse resistência de alguns grupos ligados a religiões. Enfim, embora se possa concordar que, neste caso específico, a atuação do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade foi importante, não era indispensável.

Assim, mesmo quando se revela útil, existe alguma dificuldade democrática na ideia de que o STF pode, no controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, de forma solipsista, contrariando uma opção política legislativa, decidir pela inconstitucionalidade material de determinada norma e fixar a interpretação constitucional, atingindo todas as demais instituições e os cidadãos, sem que estes atores tenham a possibilidade de participar do processo.

Por tais razões, considerando a atual conjuntura político-institucional brasileira e a postura assumida pelo Supremo Tribunal Federal nas decisões do controle de constitucionalidade, talvez seja necessária uma maior autocontenção do controle concentrado e abstrato. Com isso, não está se propondo que o Poder Judiciário deva se omitir e não aplicar as normas constitucionais. Pelo contrário, afirma-se que os direitos subjetivos constitucionais dos cidadãos e a força normativa da constituição devem ser respeitados, o que será feito por intermédio de ações individuais, onde incidentalmente será realizado o controle difuso de constitucionalidade.

Com efeito, a autocontenção que se exige é do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade. Nesta modalidade de controle, a Corte Constitucional dá uma resposta definitiva para a questão constitucional, impedindo em grande medida o debate com as outras instituições e com a sociedade, ou, ao menos, obstaculizando que esse debate seja

---

homoafetiva). A maioria dos entrevistados respondeu afirmativamente – 86%. Sendo que as pessoas com maior escolaridade e renda e as que conhecem o STF (ou seja, declararam que o conhecem bem ou um pouco) foram as que mais disseram ter acompanhado essa decisão. A maioria dos entrevistados declarou que concorda com essa decisão do STF, sendo que as pessoas de maior escolaridade e renda tendem a concordar mais do que as de baixa escolaridade e menor renda. A religião também aparece como fator de distinção: as pessoas que não seguem uma religião concordam mais com a decisão do que as pessoas que seguem alguma religião. E quem conhece o STF tende a concordar mais com a decisão do que quem não conhece. Os mais jovens também concordam mais.” (FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a Supremo protagonista?. *Lua Nova*, São Paulo, n. 88, pp. 429-469, 2013. p. 456). O gráfico com os percentuais de pessoas que concordam e discordam da referida decisão – de acordo com faixa etária, nível de escolaridade, classe econômica, renda e religião – consta no corpo do referido artigo (Ibidem. p. 458).

permanente, o que enfraquece o caráter performativo do direito e obsta o experimentalismo institucional.

Essa autocontenção do controle concentrado e abstrato deve implicar, muitas vezes, uma não-decisão, como nos casos em que a questão constitucional não esteja suficientemente madura para ser decidida. Nesse contexto, é preciso lembrar que uma não-decisão da Corte Constitucional no controle abstrato de constitucionalidade também é uma decisão, assim como ocorre no âmbito do processo legislativo.

Assim, por exemplo, é possível que a Corte Constitucional esteja diante do julgamento de uma ação do controle abstrato de constitucionalidade cuja temática é inédita, sobre a qual as outras instituições e a sociedade ainda não tiveram a oportunidade de debater e de amadurecer discursivamente. Nesses casos, como observa Louis Fischer, a consideração prematura pelos tribunais da questão constitucional ainda não amadurecida, além de gerar uma sobrecarga de trabalho, pode privar os juízes de informações necessárias para um julgamento mais consistente e consciencioso, forçando-os a lidar num nível mais abstrato, especulativo e hipotético. Além disso, desencoraja a resolução da controvérsia na seara extrajudicial ou administrativa, que pode ser um fórum mais adequado para a resolução da questão.<sup>391</sup>

Em hipóteses como essa, uma resposta imediata no controle concentrado e abstrato terá o efeito pernicioso de impedir um debate com as instituições e com a sociedade, pois uma decisão tomada nessa modalidade de controle não oportuniza a participação dos diversos atores sociais e, ao mesmo tempo, produz efeitos gerais e abstratos, de forma semelhante a uma lei editada pelo parlamento.

Como, no sistema constitucional brasileiro, o modelo de controle de constitucionalidade é misto, com controle concreto e controle abstrato, é preciso que se extraiam as vantagens deste modelo, relativas ao amadurecimento da decisão. Logo, se uma questão não está suficientemente amadurecida, por precisar de um maior diálogo com outras instituições e com os cidadãos, poderá o Supremo Tribunal Federal se abster de decidir no controle abstrato e concentrado e tomar a decisão somente no controle concreto e difuso.

---

<sup>391</sup> “Just as a case brought too late can be moot, a case brought too early may not yet be ripe. Sometimes this results from a failure to exhaust administrative and state remedies. Plaintiffs must show that they have explored all avenues of relief before they turn to the federal courts. Premature consideration by the courts does more than create unnecessary workload. It can deprive judges of information needed for informed adjudication and force them to deal at an abstract, speculative, and hypothetical level. It also discourages settlement in the administrative arena, which may be the most appropriate forum for resolution.” (FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process*. Princeton, New Jersey : Princeton University Press, 1988. p. 106)

Aliás, mesmo no controle difuso e concreto, o Supremo Tribunal Federal deveria refletir sobre deixar de tomar decisões quando a questão constitucional não está adequadamente amadurecida, desde que o direito da parte não fique sem proteção jurisdicional. Isso porque, no sistema judiciário brasileiro, embora não exista uma vinculação obrigatória às decisões do STF no controle difuso de constitucionalidade, um precedente seu tem grande força simbólica, pois comumente é seguido por todas as demais instâncias judiciais. Assim, se a questão constitucional ainda não está suficientemente amadurecida, o STF poderá, por exemplo, negar seguimento ao recurso extraordinário por não haver repercussão geral da questão constitucional. Desse modo, a Corte Constitucional brasileira pode oportunizar que os diversos sujeitos constitucionais discutam a questão e, após o seu amadurecimento, voltar a debatê-la, para, somente então, julgar a matéria constitucional. É claro que o cidadão que invoca um direito subjetivo perante o Judiciário não pode ficar sem uma resposta, mas, nesses casos, será imprescindível que a decisão seja dada somente para o caso concreto, mediante o controle concreto e difuso de constitucionalidade.

Embora o controle difuso e concreto não seja imune a críticas, talvez seja uma contingência inevitável num sistema judicial que possui uma constituição rígida e abrange um país com dimensões continentais, como é o caso do Brasil. De qualquer forma, ao se levar em consideração toda a complexidade que envolve a temática, parece ficar evidente que os benefícios do controle difuso e concreto são muito maiores que os do controle concentrado e abstrato. Tal modalidade de controle não obsta o diálogo com a sociedade e com as outras instituições, mas apenas resolve o caso concreto, dando-se uma possível orientação de qual poderá ser a interpretação do Judiciário sobre a questão, possibilitando que as outras instituições e a sociedade reajam a essa decisão judicial, para conformá-la ou para criticá-la, o que culminará num procedimentalismo constituinte de sentido à norma jurídica, num debate entre as diversas instituições e a sociedade.

Sob essa perspectiva, o controle difuso e concreto de constitucionalidade possibilita que a Corte Constitucional, em última instância, decida incidentalmente a questão constitucional para julgar o caso concreto, mas não dê uma resposta definitiva sobre a questão constitucional. Mesmo nos casos em que a edição de um ato legislativo para a efetivação da norma constitucional é extremamente improvável, será possível que a decisão judicial no controle difuso supra a omissão legislativa, pois o caso concreto não ficará sem decisão.

Alguém poderia, então, objetar que essa forma de controle difuso seria, na verdade, um modelo forte de controle judicial de constitucionalidade, sobretudo nos casos em que o Poder Legislativo se abstém de atuar. Entretanto, essa decisão judicial – por decidir

provisoriamente a questão constitucional – não impedirá que, no futuro, o próprio Judiciário, ao observar que os seus efeitos dinâmicos são indesejáveis ou que não é a melhor interpretação, volte atrás, decidindo de modo diferente a questão constitucional. Além disso, permitirá que o Poder Legislativo conforme o dispositivo constitucional na legislação ordinária de forma diferente da que foi decidida pelo Judiciário.<sup>392</sup>

Ademais, há uma tradição de mais de 130 anos de controle difuso no Brasil<sup>393</sup> e, ao que tudo indica, em termos de vivência e experiência, não se pode dizer que uma importação antecipada do modelo de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade pudesse ter melhorado a realidade brasileira em termos de legitimidade democrática ou de proteção a direitos fundamentais.<sup>394</sup>

Embora a angústia causada pela indeterminação do direito e a necessidade de segurança jurídica induzam a buscar respostas definitivas, o sistema jurídico não pode estar fechado para o futuro. Nesse sentido, é preciso reconhecer que o direito é – e permanecerá sendo – desconstruível, precário, contingente, limitado no espaço e no tempo, produto de uma sociedade sempre mutável. Ao mesmo tempo em que o direito é construído sob uma

---

<sup>392</sup> Nesse mesmo sentido, Mark Tushnet: “So, for example, after Hampton the president repromulgated the ban on aliens in the civil service, and the courts upheld the renewed ban because the president was the right person to make foreign-policy decisions. (53) Notably, the repromulgation occurred within a very short period after the Supreme Court’s initial decision, thus demonstrating in concrete terms how the case exemplifies weak-form judicial review. Yet, one can raise some questions about whether these devices are generally versions of weak-form review or rather disguised forms of strong-form review. The concern is that the devices hold out the hope of reenactment followed by unsuccessful constitutional challenge, but may be used in circumstances where practical politics make reenactment extremely unlikely.” (TUSHNET, Mark. *Alternative Forms of Judicial Review*. *Michigan Law Review*, a. 101, v. 8, p. 2781-2802, ago. 2003. p. 2794)

<sup>393</sup> Com efeito, desde a Constituição de 1891 até a de 1988, existe controle difuso de constitucionalidade exercido pela Corte Constitucional brasileira. Além disso, desde a primeira Constituição republicana, de 1934, até os dias atuais, há a competência do Senado Federal de, por meio de resolução, suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão final do Supremo Tribunal Federal. De outro lado, o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade somente apareceu em 26 de novembro de 1965, com a Emenda Constitucional nº 16, que alterou o art. 101 da Constituição de 1946, criando a ação direta de inconstitucionalidade.

<sup>394</sup> “Concluindo, gostaria de salientar um outro desafio, não menos sério, porém de origem interna: a importação por via legal de supostos típicos do controle concentrado ou austríaco de constitucionalidade das leis. Nossos supostos são de uma tradição muitíssimo mais antiga e também melhor em termos de experiência e de vivência constitucional do que a alemã, extremamente mais sofisticada e muito mais efetiva como garantia da ideia de liberdade e de igualdade concretas. São colocados em xeque os supostos básicos do controle difuso de constitucionalidade, que constituem nossa herança de mais de cem anos. Uma herança que marca a compreensão da Constituição como de autoria de todos nós, que afirma que a matéria constitucional diz respeito a todos nós. O controle difuso faz com que qualquer um de nós seja intérprete autorizado da Constituição, uma vez que não se autorizou ao Legislativo e nem a qualquer outro poder violar direitos fundamentais, e em que a matéria constitucional, por ser sempre afeta aos direitos fundamentais de todos nós, reconhece-se competência para discussão, averiguação e decisão dessa matéria a qualquer juiz em qualquer caso concreto que surja diante dele.” (CARVALHO NETTO, Menelick. *A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos Fundamentais*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte : Del Rey, 2003. pp. 141-163. p. 163)

determinada realidade social, essa mesma sociedade o tonará obsoleto, inaplicável e injustificável. E é nisso que reside a possibilidade de evolução histórica de uma sociedade.<sup>395</sup>

Assim, uma decisão legislativa ou judicial tomada em determinado momento e concebida como a melhor e mais justa, poderá não sê-la no futuro. Com efeito, a justiça plena nunca se atinge inteiramente, pois a justiça é sempre algo que falta, algo que se busca, que se persegue.<sup>396</sup> É por isso que ela tem força para criar condições transformadoras da política e do direito, que permitirão a sua desconstrução e reconstrução.

Por conseguinte, é necessário refletir sobre mecanismos institucionais capazes de manter sempre vivo o questionamento sobre essa decisão, bem como possibilitar a sua desconstrução e a reconstrução de uma decisão melhor.<sup>397</sup> Mas, então, como permitir que o direito produzido pelas fontes institucionais seja construído de forma a ser possível a sua desconstrução? Como possibilitar que a realidade social possa ser fundamento para a criação do direito e, ao mesmo tempo, fonte para a sua desconstrução e reconstrução, tornando infinito esse processo histórico de aprendizado institucional?

A esse respeito, o controle difuso e concreto, por ser realizado de forma difusa pelas diversas instâncias judiciais dentro do contexto social e cultural em que cada órgão jurisdicional atua, parece permitir um maior contato com a sociedade e com os problemas constitucionais concretos que são julgados. Nesse sentido, o controle difuso, além de assegurar um maior diálogo com a sociedade e com as outras instituições, parece ser mais

---

<sup>395</sup> Para Jacques Derrida, “(...) o direito é essencialmente *desconstruível*, ou porque ele é fundado, isto é, construído sobre camadas textuais interpretáveis e transformáveis (...), ou porque seu fundamento último, por definição, não é fundado”. Com base nisso, Derrida conclui: “Que o direito seja desconstruível, não é uma infelicidade. Pode-se mesmo encontrar nisso a chance política de todo progresso histórico.” (DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. (trad. Leyla Perrone-Moisés). 2. ed. São Paulo : WMF Martins Fontes, 2010. p. 26)

<sup>396</sup> “Mas, por isso mesmo, ela talvez tenha um futuro, justamente, um por-vir que precisamos distinguir rigorosamente do futuro. Este perde a abertura, a vinda do outro (que vem) sem o qual não há justiça; e o futuro pode sempre reproduzir o presente, anunciar-se ou apresentar-se como um presente futuro na forma modificada do presente. A justiça permanece *porvir*, ela *tem* porvir, ela *é* por-vir, ela abre a própria dimensão de acontecimentos irredutivelmente porvir. (...) Talvez seja por isso que a justiça, na medida em que ela não é somente um conceito jurídico ou político, abre ao porvir a transformação, a refundição ou a refundação do direito e da política. ‘Talvez’, é preciso sempre dizer talvez quanto à justiça. Há um porvir para a justiça, e só há justiça na medida em que seja possível o acontecimento que, como acontecimento, excede ao cálculo, às regras, aos programas, às antecipações etc. A justiça, como experiência da alteridade absoluta, é inapresentável, mas é a chance do acontecimento e a condição da história.” (DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. (trad. Leyla Perrone-Moisés). 2. ed. São Paulo : WMF Martins Fontes, 2010. p. 26)

<sup>397</sup> “É preciso ser justo com a justiça, e a primeira justiça a fazer-lhe é ouvi-la, tentar compreender de onde ela vem, o que ela quer de nós, sabendo que ela o faz através de idiomas singulares (...). É preciso também saber que essa justiça se endereça sempre a singularidades, à singularidade do outro, apesar ou mesmo em razão de sua pretensão à universalidade. Por conseguinte, nunca ceder a esse respeito, manter sempre vivo um questionamento sobre a origem, os fundamentos e os limites de nosso aparelho conceitual, teórico ou normativo em torno da justiça é, do ponto de vista de uma desconstrução rigorosa, tudo salvo uma neutralização do interesse pela justiça, uma insensibilidade à justiça.” (DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. (trad. Leyla Perrone-Moisés). 2. ed. São Paulo : WMF Martins Fontes, 2010. p. 37)



permeável aos influxos das mudanças sociais, econômicas e políticas, reconhecendo as limitações do próprio direito.

Portanto, enquanto o controle abstrato e concentrado de constitucionalidade revela-se dispensável, o controle concreto e difuso apresenta-se qualitativamente superior para preservar o debate democrático, a identidade do sujeito constitucional e a abertura do projeto constitucional. Além disso, é um mecanismo que serve como um meio de participação do Judiciário no experimentalismo institucional e de interlocução com os demais Poderes Constituídos, as demais instituições e os cidadãos, preservando a sua responsabilidade política.

A partir do que foi acima exposto, o controle difuso e concreto de constitucionalidade deve ser o *medium* pelo qual o Judiciário participa da proteção dos direitos constitucionais e, por conseguinte, do projeto constitucional, sem fechar o diálogo com o futuro, com as demais instituições e com a sociedade. Nesse sentido, o controle judicial de constitucionalidade pode ser um contrapeso necessário para as decisões políticas majoritárias, mas não um mecanismo de sobreposição da racionalidade jurídica e da vontade da Corte Constitucional sobre a política e a democracia.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho pretende ser um convite à reflexão sobre o controle de constitucionalidade, rompendo com alguns lugares comuns sobre os quais tem se desenvolvido a maioria dos estudos de direito constitucional no Brasil acerca da temática. Nesse contexto, tem-se o objetivo de revolver as próprias bases do controle de constitucionalidade, a fim de que se possam traçar perspectivas e alternativas ao modelo brasileiro.

A partir de tudo o que foi discutido, não se pode dizer que o controle abstrato e concentrado de constitucionalidade seja autoevidente. A necessidade de garantir a força normativa da Constituição, a sua superioridade em relação às demais normas e o controle de constitucionalidade não implica inexoravelmente outorgar esse poder ao Judiciário ou à Corte Constitucional. É possível proteção efetiva à Constituição e aos direitos fundamentais em sistemas que deixam a última palavra em matéria de controle de constitucionalidade ao Legislativo, a depender da capacidade das instituições de cada país.

Além disso, já se demonstrou que o expansionismo da jurisdição constitucional no Brasil pode estar na contramão de direção da democracia, do pluralismo, do respeito à discordância e do desenvolvimento do projeto constitucional. Aliás, as pesquisas empíricas demonstram que a justificativa de proteção jurisdicional de direitos fundamentais não se sustenta, haja vista que é muito baixo o percentual de ações diretas de inconstitucionalidade que protegem direitos fundamentais.

Ademais, sob uma perspectiva que considera toda a complexidade social e institucional existente, chega-se à percepção de que o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, comparativamente ao controle difuso, não é mais democrático, tampouco a melhor maneira de proteger os direitos fundamentais. Nesse sentido, o controle difuso e concreto de constitucionalidade tem mais aptidão para, pragmaticamente, garantir o equilíbrio entre os Poderes Constituídos e permitir uma maior participação das demais instituições e dos cidadãos nos processos de tomada de decisão, o implica impedir que os direitos fundamentais sejam transformados em essencialismos fundamentadores de práticas despóticas de um dos Poderes em detrimento dos demais e da própria democracia.

Nesse ínterim, tem sido importante a contribuição dos estudos afetos à teoria da legislação, sobretudo porque rompem com o lugar comum de que a proteção da Constituição deve se dar por um sistema forte de controle de constitucionalidade. A esse respeito, em abstrato, sem considerar as especificidades de cada país, não é correto supor que os juízes da

Corte Constitucional estejam em melhores condições que representantes eleitos pelo povo para tomar decisões políticas sobre a conformidade das leis com a Constituição. Assim, deve ser desenvolvido um arranjo institucional que seja capaz de garantir a supremacia da Constituição sobre a tomada de decisões políticas do processo legislativo comum, mas não a supremacia da Corte Constitucional sobre o Legislativo. Dessa forma, é preciso colocar em xeque o controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, sobretudo em relação aos seus limites, diante do grande déficit de legitimidade que, em tese, apresenta, já que possui efeitos gerais e abstratos, de forma semelhante a uma lei editada pelo parlamento.

De outro lado, deve ser desmistificada a ideia de que os parlamentares e o governo são contrários a um modelo de controle de constitucionalidade forte, como é o controle abstrato e concentrado. Com apoio na ciência política, uma análise da relação institucional entre os membros do governo, do parlamento e da Corte Constitucional leva à conclusão exatamente oposta, qual seja, de que frequentemente o chefe do Executivo, as coalizões políticas ligadas ao governo e os parlamentares toleram e, inclusive, em alguns casos, fomentam o controle judicial de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal. No entanto, isso não é o mesmo que afirmar que um controle de constitucionalidade forte seja útil à democracia e aos interesses da sociedade. Pelo contrário, se não existe um verdadeiro embate entre os Poderes Constituídos, pelas relações políticas que possuem, é preciso encontrar mecanismos institucionais que permitam uma maior participação das demais instituições, públicas e privadas, e dos cidadãos no processo de interpretação constitucional e de implementação do projeto constitucional.

A análise da capacidade das instituições brasileiras permite concluir que o processo de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade não admite a participação da grande maioria das instituições que atuam na proteção dos direitos fundamentais em jogo, pois se restringe a poucos legitimados, previstos num pequeno rol estabelecido na Constituição. Além disso, pelo sistema adotado no Brasil, é possível que uma lei seja declarada inconstitucional no controle abstrato e concentrado sem que haja a sua defesa. Se isso não bastasse, esse modelo de controle de constitucionalidade tem grande potencial para gerar um desequilíbrio federativo, na medida em que existe ampla participação de entes federais nesse processo, em detrimento dos entes estaduais.

Além disso, o poder de controlar a constitucionalidade deve ser controlado. Para tanto, o órgão estatal responsável por dar a última palavra em termos de controle de constitucionalidade deve estar sempre aberto à fiscalização, à crítica e ao controle das outras instituições e dos cidadãos, para que, com base em pressões populares ou institucionais, esse

poder seja suscetível a ceder e mudar a decisão. Nessa perspectiva, comparativamente ao controle concentrado e abstrato, no controle difuso e concreto de constitucionalidade, o poder de revisão judicial fica mais diluído entre as diversas instâncias judiciais, além do que se permite um maior controle interno e externo, realizado pelas diversas instituições e pelos cidadãos.

O controle abstrato de constitucionalidade também favorece que sejam tomadas decisões metafísicas pela Corte Constitucional, dissociadas da realidade social e de problemas concretos. Com efeito, se isso já pode ser problemático no controle difuso e concreto, no controle concentrado e abstrato, há uma potencialização da preocupação com as decisões metafísicas, uma vez que existe um maior risco de cristalização do direito. Tudo isso se agrava diante do paternalismo institucional da Corte Constitucional, que é levada a acreditar que, por ter acesso privilegiado a um conhecimento especializado, pode sobrepor a sua moralidade à moralidade pública. Assim, a tutela paternalista retira dos cidadãos a sua autonomia, a sua cidadania e os transforma em massa.

Entretanto, o controle de constitucionalidade não pode subtrair dos cidadãos a sua responsabilidade política na construção da nação e no desenvolvimento do projeto constitucional. Aliás, o projeto constitucional é um empreendimento comum, aberto, multifacetário, realizado pelas mais diversas instituições e por todos os cidadãos, um projeto que não pode ser reduzido a um único ator, muito menos à Corte Constitucional. Assim, o controle abstrato de constitucionalidade, por ser concentrado na Corte Constitucional, tende a fechar o projeto constitucional, ignorando a verdadeira identidade do sujeito constitucional.

Em determinados regimes democráticos disfuncionais, um controle judicial de constitucionalidade mais forte pode até representar um instrumento útil para a preservação das condições democráticas. Todavia, mesmo nesses casos, não se conseguem afastar as contingências democráticas do seu procedimento de tomada de decisão, razão pela qual será preciso aferir de que forma o seu próprio déficit democrático pode ser reduzido e como se poderá preservar a responsabilidade política dos cidadãos e das outras instituições no desenvolvimento da democracia. Nesse sentido, o controle difuso e concreto de constitucionalidade, ao contrário do abstrato e concentrado, tem mais aptidão para corrigir as distorções democráticas pontuais e preservar a responsabilidade política do Legislativo para a tomada de decisões – pois não a substitui –, bem como para incentivar o debate público que deve haver sobre questões que interessam a toda a sociedade.

Além disso, no controle difuso, uma decisão que declara a inconstitucionalidade de determinada norma pode ser revisada no futuro, quando alteradas as possibilidades fáticas

e jurídicas, não obstaculizando o experimentalismo institucional. Vale dizer, no controle difuso, a decisão judicial não obsta a evolução social, econômica, política, científica e moral. Ademais, permite que o Judiciário corrija os seus próprios erros, mediante a observação dos efeitos dinâmicos das suas decisões. Portanto, embora não seja imune a críticas, o controle concreto e difuso de constitucionalidade – comparativamente ao controle abstrato e concentrado – respeita mais o caráter performativo do direito e tem muito a contribuir com o experimentalismo institucional.

De acordo com as teorias que preconizam a legitimação pelo procedimento, uma decisão estatal somente é legítima se aqueles que serão por ela atingidos puderem participar do seu processo. No controle concreto e difuso, em que o objeto principal é um bem da vida, as partes atingidas pela decisão conseguem participar do processo e influenciar na decisão judicial. O mesmo não ocorre no controle concentrado e abstrato, pois toda a população será atingida, mas apenas poucos órgãos atuarão no processo e, aliás, pode ser que a lei impugnada fique sem defesa, como já se demonstrou. Nesse sentido, a atuação do Supremo Tribunal Federal é de extrema importância, mas apenas como um órgão que participa de uma etapa do processo de interpretação constitucional continuado e compartilhado com as instâncias judiciais inferiores, com o Poder Executivo, com o parlamento, com as demais instituições e com os cidadãos.

De qualquer forma, enquanto o controle abstrato e concentrado de constitucionalidade revela-se dispensável, o controle concreto e difuso apresenta-se qualitativamente superior para preservar o debate democrático, a identidade do sujeito constitucional e a abertura do projeto constitucional. Além disso, é um mecanismo que serve como um meio de participação do Judiciário no experimentalismo institucional e de interlocução com os demais Poderes Constituídos, as demais instituições e os cidadãos, preservando a sua responsabilidade política.

Num contexto de diálogo institucional, há um outro aspecto em relação ao qual o controle difuso de constitucionalidade também pode contribuir sobremaneira para a evolução da conformação da interpretação constitucional no contexto social. Quando determinado texto de projeto de lei ou uma proposta de emenda constitucional estão sendo analisados pelo Parlamento e são aprovados, não há como saber como serão interpretados – pois dependerá da consideração de todo ordenamento jurídico como um sistema, além do contexto social –, tampouco quais serão os seus efeitos dinâmicos. Nesse sentido, quando o Judiciário analisa a situação concreta e faz o controle difuso de constitucionalidade, está numa posição de vantagem em relação ao Legislativo, pois tem melhores condições de observar os efeitos

dinâmicos das suas decisões e os problemas concretos das legislações que obstaculizam a efetivação dos direitos constitucionais. No entanto, esse experimentalismo institucional judicial precisa ser mais bem analisado e estudado, sobretudo pelo Legislativo. Com efeito, essa carga de experiência concreta na aplicação do direito e na aferição dos problemas legais e factuais para a concretização da Constituição também deve servir para orientar o Legislativo sobre a melhor forma de conformação legislativa das normas constitucionais e, inclusive, sobre eventuais opções políticas que poderão ser tomadas para a resolução dos problemas existentes.

Assim, o embate e a interação entre os Poderes Constituídos formam um processo virtuoso e precisam ser mais bem aproveitados. O Judiciário, por intermédio do controle de constitucionalidade, não deve solapar a política com um discurso travestido de proteção da Constituição, senão corrigir as distorções das instituições políticas para desafiná-las e forçá-las a resolver seus problemas e a melhorar a qualidade das suas decisões. Assim, o controle de constitucionalidade não deve ser visto como uma barreira para os avanços através da política, senão como um mecanismo corretivo de distorções e fomentador de melhores decisões em cada instância deliberativa.

De um lado, é possível observar que a ânsia pela busca da única decisão correta para o caso concreto, que ameniza a angústia da indeterminação do direito, tem levado grande parte dos constitucionalistas a perseguir respostas definitivas para a interpretação constitucional, focados no controle abstrato e concentrado de constitucionalidade. Entretanto, ao se reconhecer a complexidade social, as contingências da indeterminação do direito e a possibilidade de erros de interpretação constitucional – seja pelo Judiciário, seja pelo Legislativo –, chega-se à conclusão de que uma maior ênfase no controle difuso de constitucionalidade, realizado pelas diversas instâncias judiciais caso a caso, é uma alternativa mais produtiva para assegurar a democracia participativa e o experimentalismo institucional, que, reconhecendo a imperfeição inerente a toda decisão legislativa ou judicial, providencia meios para a sua própria correção.

Assim, reconhecer que não existe uma solução perfeita e definitiva para a equalização da tensão entre constitucionalismo e democracia, ou entre controle de constitucionalidade e democracia, talvez seja um bom começo para buscar uma alternativa imperfeita e precária, que talvez seja melhor exatamente porque reconhece a sua imperfeição e precariedade, sem ignorar a complexidade e a necessidade de abertura para o futuro.

Portanto, o controle de constitucionalidade deve ser apenas o *medium* pelo qual o Judiciário participa do projeto constitucional, sem fechar o diálogo com o futuro, com as

demais instituições e com a sociedade. Desse modo, o controle difuso e concreto de constitucionalidade tem muito a contribuir com o experimentalismo institucional e o desenvolvimento da democracia.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. (trad. Mauro Raposo de Mello). Belo Horizonte : Del Rey, 2006.
- ACKERMAN, Bruce. *We the people*. 2 v. Cambridge : The Belknap Press of Harvard University Press, 1991.
- ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (org.). *Direito constitucional: teoria geral da constituição*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2011. pp. 721-732.
- \_\_\_\_\_. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. (trad. Zilda Hutchinson Schild Silva). 2. ed. São Paulo : Landy, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. (trad. Virgílio Afonso da Silva). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ARISTÓTELES. *A política*. (trad. Roberto Leal Ferreira). São Paulo : Martins Fontes, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Ética à Nicômaco*. (trad. Edson Bini). 3. ed. Bauru, SP : Edipro, 2009.
- ATIENZA, Manuel. Os diversos enfoques da teoria contemporânea do direito e a passagem para uma teoria constitucionalista do direito: diálogo entre a prof<sup>a</sup>. Cláudia Rosane Roesler e o Prof. Manuel Atienza. In: CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Claudia Rosane (Org.). *Direito & Argumentação no Pensamento de Manuel Atienza*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2007. pp. 43-84.
- BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, a. 4, n. 16, p. 3-42, out.-dez. 2009.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 2011.
- \_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (org.). *Direito constitucional: teoria geral da constituição*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2011. pp. 143-195.
- BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo (trad. Juliana Salvetti, Marcelo Lamy e Luiz Carlos de Souza Auricchio). *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 7, v. 1, pp. 18-30, jan.-jun. 2006.
- BAUMAN, Zygmunt. *Legisladores e intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais*. (trad. Renato Aguiar). Rio de Janeiro : Zahar, 2010.



BENVINDO, Juliano Zaiden. A “última palavra”, o poder e a história: O Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 51, n. 201, jan.-mar. 2014.

\_\_\_\_\_. Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal: um debate sobre os limites da racionalidade. In: GUERRA, Luiz. (Org.). *Temas contemporâneos do direito: homenagem ao bicentenário do Supremo Tribunal Federal*. Brasília : Guerra, 2011. pp. 560-582.

\_\_\_\_\_. *On The Limits of Constitutional Adjudication: Deconstructing Balancing and Judicial Activism*. Berlim : Springer, 2010.

BERCOVICI, Gilberto. O Poder Constituinte do Povo no Brasil: Um Roteiro de Pesquisa sobre a Crise Constituinte. *Lua Nova*, São Paulo, n. 88, pp. 305-325, 2013.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. (trad. Marco Aurélio Nogueira). 8. ed. São Paulo : Paz e Terra, 2000.

\_\_\_\_\_. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. (trad. Márcio Pugliesi et. al.). São Paulo : Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo : Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1991.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo : Saraiva, 2009.

CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *Doxa*, 21, n. 1, pp. 209-220, 1998.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra : Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. (trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira). Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1999.

\_\_\_\_\_. *O controle judicial da constitucionalidade das leis no direito comparado*. (trad. Aroldo Plínio Gonçalves). 2. ed. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1992.

CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo: elementos para una definición. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio (Coord.). *20 anos da Constituição Brasileira*. São Paulo : Saraiva, 2009. pp. 197-208.

CARVALHO NETTO, Menelick. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos Fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte : Del Rey, 2003. pp. 141-163.

\_\_\_\_\_. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: *Notícia do direito brasileiro: nova série*, n. 6, Universidade de Brasília, 2. semestre, 1998.

\_\_\_\_\_. Prefácio. In: CATTONI, Marcelo. *Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional*. Belo Horizonte : Mandamentos, 2006. pp. 19-28.

\_\_\_\_\_. Prefácio. In: ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. (trad. Menelick de Carvalho Netto). Belo Horizonte : Mandamentos, 2003.

\_\_\_\_\_; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte : Fórum, 2011.

CASTRO, Marcus Faro de. Análise jurídica da política econômica. *Revista da Procuradoria Geral do Banco Central*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 17-70, jun. 2009.

\_\_\_\_\_. *Formas jurídicas e mudança social: interações entre o direito, a filosofia, a política e a economia*. São Paulo : Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. *Política e relações internacionais: fundamentos clássicos*. Brasília : Editora Universidade de Brasília, 2005.

CATTONI, Marcelo. *Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional*. Belo Horizonte : Mandamentos, 2006.

CHUEIRI, Vera Karam de. Comunidade, constitucionalismo e democracia. *Humanidades*, Brasília, n. 57, p. 103-108, 2010.

\_\_\_\_\_. GODOY, Miguel G. Constitucionalismo e democracia, soberania e poder constituinte. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 159-174, jan.-jun. 2010.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 3. ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2004.

COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano Zaiden; ALVES, André Gomes; MEDEIROS FILHO, João Telésforo N. de. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? Um Perfil das Decisões de Procedência em ADIs. In: *Anais do 7º Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política (ABCP)*. São Paulo : ABCP, 2010.

DAHL, Robert A. A Democratic Paradox?. *Political Science Quarterly*, v. 115, n. 1, pp. 35-40, Spring 2000.

DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. (trad. Leyla Perrone-Moisés). 2. ed. São Paulo : WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. (trad. Nelson Boeira). 3. ed. São Paulo : Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. *O Império do Direito*. (trad. Jefferson Luiz Camargo). 2. ed. São Paulo : Martins Fontes, 2007.

- ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. (trad. Juliana Lemos). São Paulo : Martins Fontes, 2010.
- FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a Supremo protagonista?. *Lua Nova*, São Paulo, n. 88, pp. 429-469, 2013.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. (trad. ZOMER, Ana Paula; et. al.). São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002.
- FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. (trad. Manuel A. D. de Andrade). 2. ed. Coimbra : Arménio Amado, 1963.
- FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process*. Princeton, New Jersey : Princeton University Press, 1988.
- FREEMAN, Samuel. Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review. *Law and Philosophy*, v. 9, n. 4, pp. 327-370, nov. 1990.
- FREITAS, Vladimir Passos de. A Justiça Estadual nos Estados Unidos. *Revista On-line Administração da Justiça*, Instituto Brasileiro de Administração do Sistema Judiciário. Disponível em: <<http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=159>>. Acesso em: 16 abr. 2014
- GINSBURG, Tom. The global spread of constitutional review. In: WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. *The Oxford Handbook of Law and Politics*. New York : Oxford University Press, 2008. pp. 81-98.
- GRABER, Mark A. Constructing judicial review. *Annual review of political Science*, Maryland, Baltimore, v. 8, n. 1, pp. 425-451, mar. 2005.
- GRIMM, Dieter. Jurisdição Constitucional e Democracia. *Revista de Direito de Estado*, Rio de Janeiro, a. 1, n. 4, pp. 3-22, out.-dez. 2006.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. (trad. Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. *Agir Comunicativo e Razão Destranscendentalizada*. (trad. Lucia Aragão). Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Direito e Democracia: entre Faticidade e Validade*. v. 1 e 2. (trad. Flávio Beno Siebeneichler). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Era das transições*. (trad. Flávio Siebeneichler). Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2003.
- \_\_\_\_\_. *O discurso filosófico da modernidade: doze lições*. (trad. Luiz Sérgio Sepa; Rodnei Nascimento). São Paulo : Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. On law and disagreement: some comments on interpretative pluralism. *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, pp. 187-194, jun. 2003.

\_\_\_\_\_. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos* (trad. Flávio Beno Siebeneichler). 2. ed. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2002.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. (trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara). São Paulo : Martins Fontes, 2009.

HEGEL, G. W. F. *Fenomenologia do espírito*. (trad. Paulo Menezes). 5. ed. Petrópolis, RJ : Vozes, 2008.

\_\_\_\_\_. *Princípios da filosofia do direito*. (trad. Orlando Vitorino). São Paulo : Martins Fontes, 1997.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. (trad. Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1991.

HIRSCHL, Ran. From comparative constitutional law to comparative constitutional studies. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 1, pp. 1-12, jan. 2013.

\_\_\_\_\_. The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts. *The Annual Review of Political Science*, v. 11, pp. 93-118, 2008.

\_\_\_\_\_. The Political Origins of Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Four Constitutional Revolutions. *Law & Social Inquiry*, Chicago, v. 25, n. 1, pp. 91-149, jan. 2000.

\_\_\_\_\_. *Toward Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge : Harvard University Press, 2004.

HOBESBAWN, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. (trad. Marcos Santarrita). 2. ed. São Paulo : Companhia das Letras, 2010.

HOLMES, Stephen. El Precompromiso y la Paradoja de la Democracia. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Org.). *Constitucionalismo y democracia*. México : Fondo de Cultura Económica, 1999.

HUGHES, Charles Evans. *Addresses and papers*. New York : G.P. Putnam's Sons, 1908.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. (trad. Valerio Rohden). 3. ed. São Paulo : Martins Fontes, 2011.

\_\_\_\_\_. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. (trad. Guido Antônio de Almeida). São Paulo : Discurso Editorial-Barcarolla, 2009.

KECK, Thomas. *The Most Activist Supreme Court in History: The Road to Modern Judicial Conservatism*. Chicago : University Chicago Press, 2004.

- KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição: a justiça constitucional. (trad. Jean François Cleaver). *Direito Público*, Brasília, a. 1, n. 1, pp. 90-130, jul.-set. 2003.
- \_\_\_\_\_. Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution. *The Journal of Politics*, v. 4, n. 2, pp. 183-200, may 1942.
- \_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional*. (trad. Alexandre Krug; Eduardo Brandão; Maria E. A. P. Galvão). São Paulo : Martins Fontes, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Teoria pura do direito*. (trad. João Baptista Machado). 6. ed. São Paulo : Martins Fontes, 1998.
- KLAFKE, Guilherme Forma. *Vícios no Processo Decisório do Supremo Tribunal Federal*. 176 f. Monografia (Especialização). Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2010.
- KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo. *Lua Nova*, São Paulo, n. 88, pp. 141-184, 2013.
- KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. (trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira). 10. ed. São Paulo : Perspectiva, 2011.
- LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. (trad. Aurélio Wander Bastos). 6. ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2001.
- LIMA, Roberto Kant de. Sensibilidades jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada. *Anuário Antropológico*, Brasília, n. 2, pp. 25-51, jul.-dez. 2009.
- LINARES, Sebastián. El Diálogo Democrático entre las Cortes y las Instituciones Representativas. *Revista Mexicana de Sociología*, México, a. 70, n. 3, pp. 487-539, jul.-set. 2008.
- LOVELL, George. *Legislative Deferrals: Statutory Ambiguity, Judicial Power, and American Democracy*. New York : Cambridge, 2003.
- LUHMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas* (trad. Ana Cristina Arantes Nasser). 3. ed. Petrópolis, RJ : Vozes, 2011.
- \_\_\_\_\_. *Legitimação pelo Procedimento*. (trad. Maria da Conceição Côrte-Real). Brasília : Universidade de Brasília, 1980.
- LUNARDI, Fabrício Castagna. O direito fundamental à identidade genética e a condução coercitiva para realização de exame de DNA: um debate necessário. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, a. 7, n. 23, pp. 308-335, abr.-jun. 2013.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 2009.

- MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 58, pp. 183-202, nov. 2000.
- MCMAHON, Kevin. *Reconsidering Roosevelt on Race: How the Presidency Paved the Road to Brown*. Chicago : University Chicago Press, 2004.
- MENDES, Conrado Hübner. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. Rio de Janeiro : Elsevier, 2008.
- \_\_\_\_\_. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. São Paulo : Saraiva, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira. O Papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 41, n. 162, pp. 149-168, abr.-jun. 2004.
- \_\_\_\_\_; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. (trad. Eliane Lisboa). 4. ed. Porto Alegre : Sulina, 2011.
- NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2010.
- NEGRI, Antonio. *O poder constituinte em crise: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. (trad. Adriano Pilatti). Rio de Janeiro : DP&A, 2002.
- NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo : Martins Fontes, 2013.
- \_\_\_\_\_. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo : Martins Fontes, 2008.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da moral*. (trad. Paulo César de Souza). São Paulo : Companhia das Letras, 2009.
- OLIVEIRA, Cláudio Ladeira. Ativismo Judicial, Moderação e o Minimalismo Judicial de Cass Sunstein. In: *Anais do XVI Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. pp. 1384-1404.
- PERETTI, Terri. *In Defense of a Political Court*. Princeton : Princeton University Press, 1999.
- PREZEWORSKI, Adam. *Qué Esperar de la Democracia: límites y posibilidades del autogobierno*. Buenos Aires : Siglo XXI, 2010.
- PLATÃO. *A república*. (trad. Ana Paula Pessoa). São Paulo : Sapienza, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Cartas e epigramas*. (trad. Edson Bini.). Bauru : Edipro, 2011.
- POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. (trad. Leonidas Hegenberg e Octami Silveira da Mota). São Paulo : Cultrix, 2007.

- POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo: um modelo constitucional ou uma concepção da constituição? (trad. Juliana Salvetti, Marcelo Lamy e Luiz Carlos de Souza Auricchio). *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 7, v. 1, pp. 231-253, jan.-jun. 2006.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. (trad. Álvaro de Vita). 3. ed. São Paulo : Martins Fontes, 2008.
- RORTY, Richard. *Contingência, ironia e solidariedade*. (trad. Vera Ribeiro). São Paulo : Martins Fontes, 2007.
- ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional* (trad. Menelick de Carvalho Netto). Belo Horizonte : Mandamentos, 2003.
- ROSS, Alf. *Direito e justiça*. (trad. Edson Bini). 2. ed. Bauru, SP : Edipro, 2007.
- SALDANHA, Nelson. *O poder constituinte*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1986.
- SANCHÍS, Luis Prieto. Constitucionalismo e Garantismo. (trad. Eduardo Ribeiro Moreira). In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio. *20 anos da Constituição brasileira*. São Paulo : Saraiva, 2009. pp. 377-394.
- SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição*. (trad. Geraldo de Carvalho). Belo Horizonte : Del Rey, 2007.
- STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2012.
- \_\_\_\_\_; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional*. Disponível em [http://leniostreck.com.br/index.php?option=com\\_docman&Itemid=40](http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40), acesso em 19/03/2013.
- \_\_\_\_\_; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política & Teorias do Estado*. 7. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2010.
- SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani. Accountability e jurisprudência do STF: estudo empírico de variáveis institucionais e estrutura das decisões. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paulo; SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo : Malheiros, 2012. pp. 75-116.
- \_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. Três desafios para melhorar a jurisdição constitucional brasileira. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paulo; SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo : Malheiros, 2012. pp. 19-52.
- SUNSTEIN, Cass R. *A Constitution of Many Minds*. New Jersey : Princeton University Press, 2009.

\_\_\_\_\_. Decisões Políticas Teorizadas de Modo Incompleto no Direito Constitucional. (trad. Letícia Borges Thomas). In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; OLIVEIRA, Elton Somensi de. (Org.). *Correntes Contemporâneas do Pensamento Jurídico*. Barueri, SP : Manole, 2009. pp. 294-317.

\_\_\_\_\_. *Legal Reasoning and Political Conflict*. New York : Oxford University Press, 1996.

\_\_\_\_\_. On The Costs and Benefits of Aggressive Judicial-Review of Agency Action. *Duke Law Journal*, Durham, v. 38, n. 3, pp. 522-537, jun. 1989.

\_\_\_\_\_; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Michigan Law Review*, v. 101, pp. 885-951, fev. 2003.

TRIBE, Laurence H; WALDRON, Jeremy; TUSHNET, Mark. On Judicial Review: Laurence H. Tribe, Jeremy Waldron, and Mark Tushnet debate. *Dissent*, Philadelphia, v. 52, n. 3, pp. 81-86, Summer 2005.

TUSHNET, Mark. Alternative Forms of Judicial Review. *Michigan Law Review*, a. 101, v. 8, pp. 2781-2802, ago. 2003.

\_\_\_\_\_. Democracy versus Judicial Review: Is It Time to Amend the Constitution?. *Dissent*, Philadelphia, v. 52, n. 2, pp. 59-63, Spring 2005.

\_\_\_\_\_. *Taking the Constitution Away from the Courts*. New Jersey : Princeton University Press, 1999.

\_\_\_\_\_. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare in Comparative Constitutional Law*. Princeton : Princeton University Press, 2008.

UNGER, Roberto Mangabeira. A constituição do experimentalismo democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 257, pp. 57-72, mai.-ago. 2011.

\_\_\_\_\_. *O Direito e o Futuro da Democracia*. São Paulo : Boitempo Editorial, 2004.

VILHENA, Oscar. Supremocracia. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, a. 3, n. 12, pp. 55-75, out.-dez. 2008.

WALDRON, Jeremy. *A Dignidade da Legislação*. (trad. Luís Carlos Borges; Maria Appenzeller). São Paulo : Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. Freeman's Defense of Judicial Review. *Law and Philosophy*, v. 13, pp. 27-41, 1994.

\_\_\_\_\_. *Law and Disagreement*. Oxford : Oxford University Press, 2004.

\_\_\_\_\_. The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, v. 115, pp. 1346-1407, 2006.

WHITTINGTON, Keith E. "Interpose Your Friendly Hand": Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court. In: *American Political Science Review*, Princeton, v. 99, n. 4, pp. 583-596, nov. 2005.



## REFERÊNCIAS A LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n.º 4.559/2004. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=2AA0F15DA278794007CF9AEF857E7065.node2?codteor=256085&filename=Tramitacao-PL+4559/2004](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2AA0F15DA278794007CF9AEF857E7065.node2?codteor=256085&filename=Tramitacao-PL+4559/2004)> . Acesso em 29.10.2013.

BRASIL. Senado Federal. Informações apresentadas em 2/3/2012 pelo Presidente do Senado Federal e a Advocacia-Geral do Senado na ADI 4424. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3897992>>. Acesso em 29.10.2013. pp. 4-7.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1097042/DF. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Relator p/ Acórdão: Ministro Jorge Musse. Terceira Seção. Julgado em 24/02/2010. DJe 21/05/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54. Relator: Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em 12/04/2012. DJE n.º 77, 20/04/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132. Relator: Ministro Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 05/05/2011. DJe-198, 14-10-2011. *Ementário da Jurisprudência do STF*, Brasília, v. 2607-01, p. 1.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento Fundamental n.º 186. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 26/04/2012, DJE n.º 86, 04-05-2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1351. Relator: Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em 07/12/2006. DJ 30-03-2007. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 207-01, p. 116.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1856. Relator: Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno. Julgado em 26/05/2011. DJe-198, 14-10-2011. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 101, n. 915, p. 379-413, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3510. Relator: Ministro Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 29/05/2008. DJe-096, 28-05-2010. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 214. p. 43.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4277. Relator: Ministro Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 05/05/2011. DJe-198, 14-10-2011. *Ementário da Jurisprudência do STF*, Brasília, v. 2607-03, p. 341.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 71373/RS. Relator: Min. Francisco Rezek, Relator p/ Acórdão: Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em 10/11/1994, DJ 22-11-1996. *Ementário da Jurisprudência do STF*, Brasília, v. 1851-02, p. 397.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n.º 107. Relator: Ministro Moreira Alves. Tribunal Pleno. Julgado em 21/11/1990. DJ 02-08-1991. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 135-01. p. 1.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n.º 670. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Relator p/ Acórdão: Ministro Gilmar Mende. Tribunal Pleno. Julgado em 25/10/2007. DJe-206, 31-10-2008. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 207-01, p. 11.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n.º 708. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 25/10/2007. DJe-206, 31-10-2008. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 207-02, p. 471.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n.º 712. Relator: Ministro Eros Grau. Tribunal Pleno. Julgado em 25/10/2007. DJe-206, 31-10-2008, v. 2339-03, p. 384. *Ementário da Jurisprudência do STF*, Brasília, v. 2339-03, p. 384.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n.º 26602. Relator: Ministro Eros Grau. Tribunal Pleno. Julgado em 04/10/2007. DJe-197, 17-10-2008. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 208-01, p. 72.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n.º 26603. Relator: Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno. Julgado em 04/10/2007. DJe-241, 19-12-2008. *Ementário da Jurisprudência do STF*, Brasília, v. 2346-02, p. 318.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n.º 26604. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Tribunal Pleno. Julgado em 04/10/2007. DJe-187, 03-10-2008. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 206-02, p. 626.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 926. Relator: Ministro Sydney Sanches. Tribunal Pleno. Julgado em 01/09/1993. DJ 06-05-1994, p. 10484. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 152-01, p. 85.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem na Reclamação n.º 2040. Relator: Ministro Néri da Silveira. Tribunal Pleno. Julgado em 21/02/2002. DJ 27-06-2003. *Ementário da Jurisprudência do STF*, Brasília, v. 2116-01, p. 129.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n.º 4.335/AC. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 20/3/2014. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo739.htm>. Acesso em: 16/4/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 248869. Relator: Min. Maurício Corrêa. Segunda Turma. Julgado em 07/08/2003. DJ 12-03-2004. *Ementário da Jurisprudência do STF*, Brasília, v. 2143-04. p. 773.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 363889. Relator: Ministro Dias Toffoli. Tribunal Pleno. Julgado em 02/06/2011. Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-238, divulg. 15-12-2011, public. 16-12-2011.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Fisher *versus* University of Texas. Julgado em 24/6/2013. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/Search.aspx?FileName=/docketfiles/11-345.htm>>. Acesso em 8/12/2013.

## REFERÊNCIAS A PESQUISAS DE CAMPO

ESTATÍSTICAS DO STF: ACERVO ATUAL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=acervoatual>>. Acesso em 7.11.2013.

ESTATÍSTICAS DO STF: ACERVO PROCESSUAL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=acervoatual>>. Acesso em 2/10/2013.

ESTATÍSTICAS DO STF: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adi>>. Acesso em 2/10/2013.

PESQUISA DE OPINIÃO PÚBLICA SOBRE AS MANIFESTAÇÕES. IBOPE : Junho de 2013. Disponível em: <[http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Documents/JOB\\_0948\\_BRASIL%20-%20Relatorio%20de%20tabelas.pdf](http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Documents/JOB_0948_BRASIL%20-%20Relatorio%20de%20tabelas.pdf)>. Acesso em 25.10.2013.

PESQUISA PERCEPÇÕES SOBRE A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER NO BRASIL. Ibope, Instituto Patrícia Galvão e Instituto Avon : 2009. Disponível em:

<[http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/images/stories/PDF/pesquisas/pesq\\_ibope\\_2009.pdf](http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/images/stories/PDF/pesquisas/pesq_ibope_2009.pdf)>. Acesso em 2/10/2013.

PESQUISA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: FEMINICÍDIOS NO BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea). Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/130925\\_sum\\_estudo\\_feminicidio\\_leilagarca.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/130925_sum_estudo_feminicidio_leilagarca.pdf)>. Acesso em 28.10.2013.

RELATÓRIO DE PESQUISA CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DOS ATOS DO PODER EXECUTIVO. Brasil: Sociedade Brasileira de Direito Público, março de 2010. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/sal/main.asp?ViewID=%7B6E8E5358%2D6A9B%2D4C91%2DB0C0%2D55A16A0A8751%7D&params=itemID=%7BE0A870B0%2DC7DD%2D4626%2D975C%2D2ED05E623404%7D;&UIPartUID=%7BAB0E17F5%2DE8DF%2D4D12%2DAAFA%2DD471839092AA%7D>>. Acesso em 19.12.2013.

RELATÓRIO ICJ (ÍNDICE DE CONFIANÇA NA JUSTIÇA). Brasil: Fundação Getúlio Vargas, 1º semestre 2013. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/11220/Relat%20ICJBrasil%20-%201%20Semestre%20-%202013.pdf?sequence=1>>. Acesso em 5.11.2013.

RELATÓRIO JUSTIÇA EM NÚMEROS 2012. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros/relatorios>>. Acesso em 17.10.2013.

WASELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência 2012: homicídio de mulheres no Brasil*. Disponível em: <[http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/MapaViolencia2012\\_atual\\_mulheres.pdf](http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/MapaViolencia2012_atual_mulheres.pdf)>. Acesso em: 28.10.2013.

## REFERÊNCIAS A TEXTOS DE JORNAIS E REVISTAS

89% dos manifestantes não se sentem representados por partidos. IBOPE, 25/06/2013. Disponível em: <<http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Paginas/89-dos-manifestantes-nao-se-sentem-representados-por-partidos.aspx>>. Acesso em 26.10.2013

FONTELES, Nazareno. Contra o despotismo legislativo do STF. Opinião. Jornal Folha de São Paulo, São Paulo, 4/5/2013. Disponível em:

<<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaio/107132-contr-o-despotismo-legislativo-do-stf.shtml>> acesso em: 9/9/2013.

Manifestações levam 1 milhão de pessoas às ruas em todo país. Jornal Folha de São Paulo, São Paulo, 21.6.2013. Disponível em:

<<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/06/1298755-manifestacoes-levam-1-milhao-de-pessoas-as-ruas-em-todo-pais.shtml>>. Acesso em 26.10.2013.

MOTTA, Severino. Presidente da Câmara diz que caso Donadon foi 'maior dano' sofrido pela Casa na história". Jornal Folha de São Paulo, São Paulo, 3/9/2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/09/1336414-presidente-da-camara-diz-que-caso-donadon-foi-maior-dano-sofrido-na-historia-da-casa.shtml>>. Acesso em 6/9/2013.

Quase 2 milhões de pessoas participaram de manifestações em 438 cidades. Empresa Brasil de Comunicação, Brasília, 21.6.2013. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/noticias/brasil/2013/06/quase-2-milhoes-de-brasileiros-participaram-de-manifestacoes-em-438-cidades>>. Acesso em 26.10.2013

RJ, SP e ES vão recorrer ao STF contra derrubada dos vetos dos royalties. Jornal Folha de São Paulo, São Paulo, 07/03/2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/1242268-estados-produtores-de-petroleo-vaao-recorrer-ao-stf-contr-o-derrubada-dos-royalties.shtml>>. Acesso em 6/9/2013.