



INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

MARCUS VINICIUS LOPES DA SILVA

**LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA, CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E
DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS**

Reflexão sobre um caminho para a resolução das relações entre os poderes em uma sociedade democrática

Brasília

2019

MARCUS VINICIUS LOPES DA SILVA

**LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA, CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E
DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS**

Reflexão sobre um caminho para a resolução das relações entre os poderes em uma sociedade democrática

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional – Constituição e Sociedade, do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, como exigência para obtenção do Título de Mestre em Direito Constitucional.

Orientador: Prof. Dr. Georges Abboud.

Brasília

2019

SILVA, Marcus Vinicius Lopes da Silva

Legitimidade Democrática, Controle de Constitucionalidade e Diálogos Institucionais. Reflexão sobre um caminho para a resolução das relações entre os poderes numa sociedade democrática – Brasília: 2019 94 p.

Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Escola de Administração Pública, 2019. Orientação: Prof. Dr. Georges Abboud 1. Controle de Constitucionalidade 2. Controle Fraco

MARCUS VINICIUS LOPES DA SILVA

**LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA, CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E
DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS**

Reflexão sobre um caminho para a resolução das relações entre os poderes em uma sociedade democrática

Dissertação de conclusão de aprovada para a obtenção do título de mestre em Direito Constitucional, no curso de Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional – Constituição e Sociedade, do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em Brasília 10 de Dezembro de 2019, com menção _____ (_____)

Prof. Dr. Georges Abboud – Orientador

Prof. Dr Sérgio Antônio Ferreira Victor - Membro da Banca Examinadora

Prof. Dr. Rafael Tomaz de Oliveira - Membro da Banca Examinadora

RESUMO

Trata-se de uma apresentação da discussão crescente, no direito constitucional moderno, quanto aos meios de controle de constitucionalidade que avizinham os debates de ativismo judicial e judicialização da política. Neste trabalho, parte-se da contextualização do sistema de controle forte, atualmente dominante nas culturas ocidentais desde a teorização do *judicial review*. Nesse conceito será abordada a discussão quanto à legitimidade democrática, o crescimento da teoria do constitucionalismo, bem como as teorias que discutem sua validade, em especial os textos de autores que entendem a necessidade de revalorização da função legislativa, como resgate da matriz democrática formadora nas sociedades atuais. Isso ocorre em detrimento da teoria da última palavra e do guardião da Constituição pelo judiciário, não apenas pelo seu *déficit* democrático, mas também porque as teorias válidas do *judicial review* não passam nos testes de validade quando comparadas à supremacia legislativa. Ultrapassando o debate de legitimidade democrática *versus* Constitucionalismo, será apresentada a prática do sistema fraco de controle de constitucionalidade aplicado nos países da *Commonwealth*, utilizando como exemplo os modelos da Nova Zelândia, da Inglaterra e do Canadá. Esses países são pautados no diálogo entre as instituições, sendo o sentido da norma Constitucional o resultado de um debate em que todas as instituições têm voz, e, por consequência toda sociedade participa. Por fim, serão expostos alguns resquícios de controle fraco no sistema brasileiro, bem como analisadas as duas propostas de emendas constitucionais que buscam mitigar o controle forte praticado no Brasil.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade. Controle forte. Controle fraco. Diálogos. Instituições.

ABSTRACT

It is a presentation of growing discussion, without modern constitutional law, as to the means of constitutionality control that underlie the debates of judicial activism and judicialization of politics. In this paper, part of the contextualization of the strong control system, currently dominant in Western cultures, since a judicial review of theorizing. In this concept will be discussed a discussion about democratic legitimacy, the growth of constitutional theory, as well as theories that discuss its validity, especially the texts of authors who understand the need for reevaluation of the legislative function, such as the rescue of the democratic matrix that forms in societies. current. This is to the detriment of the last word theory and constitution by the judiciary, not only for its democratic deficit, but also because valid theories of judicial review do not pass validity tests when compared to legislative supremacy. Overcoming the debate on democratic legitimacy versus constitutionalism, a weak constitutionality control system procedure applied in the countries of the Community will be published, using as examples the models of New Zealand, England and Canada. These countries are based on the dialogue between institutions, being the meaning of the constitutional norm or the result of a debate in all the institutions that suffer voice, and, consequently, the whole society participates. Finally, some weak control resources will be exposed in the Brazilian system, as well as analyzed as two constitutional agenda proposals that seek to mitigate or strong control practiced in Brazil.

Keywords: Constitutionality control. Strong control. Weak control. Dialogues Institutions

SUMÁRIO

2 DO INÍCIO DO PROBLEMA	10
3 AS PRINCIPAIS CORRENTES DE INTERPRETAÇÃO: INTERPRETACIONISTAS E NÃO-INTERPRETACIONISTAS	15
4 JOHN HART ELY E A CRÍTICA DE DWORKIN	18
5 A SUPREMACIA JUDICIAL POR DWOKIN.....	21
6 OS PRINCIPAIS ELEMENTOS JUSTIFICANTES DA SUPREMACIA JUDICIAL	23
7 A CONTRA ARGUMENTAÇÃO À SUPREMACIA DO JUDICIÁRIO REALIZADA POR JEREMY WALDRON.....	26
8 A DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA E O DISCURSO ELITISTA	31
9 ALTERAÇÃO DO PROBLEMA DO CONFLITO PARA O PARADOXO.....	40
10 A TERCEIRA VIA: A ÚLTIMA PALAVRA COMPARTILHADA	44
11 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE FORTE, FRACO E O SISTEMA BRASILEIRO.....	51
11.1 O sistema neozelandês.....	53
11.2 O sistema da Inglaterra	59
11. 3 O sistema canadense.....	68
12 FORMAS DE DIÁLOGO INSTITUCIONAL EXISTENTES NO BRASIL	74
13 POSSIBILIDADE DE ENFRAQUECER O SISTEMA ATUAL DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO PAÍS	80
13.1 Uma análise crítica das PECs 33/2011 e 93/2019.....	85
<i>13.1.1 O aumento do quórum para declarar a inconstitucionalidade</i>	<i>88</i>
<i>13.1.2 O condicionamento da eficácia das súmulas vinculantes a aprovação pelo congresso</i>	<i>90</i>
<i>13.1.3 Da criação do sistema fraco de controle de constitucionalidade de emendas</i>	<i>91</i>
<i>13.1.4 PEC 93/2019: sustar atos do Poder Judiciário</i>	<i>94</i>
14 CONCLUSÃO	97
REFERÊNCIAS	99

1 INTRODUÇÃO

Iniciamos este trabalho com a problemática do ativismo judicial, todavia, no decorrer dos estudos, percebeu-se que esse é apenas um sintoma apresentado pelas sociedades democráticas que se filiaram à tese da necessidade de um guardião da Constituição.

O debate quanto ao guardião da Constituição avançou ao ponto de ser considerado um problema de estudo e uma disciplina autônoma das escolas modernas, iniciando o que será chamado de Teoria Constitucional, que remonta ao início do século XX¹ no clássico embate teórico entre Hans Kelsen² e Carl Schmitt³. Este autor defendia que a proteção da Constituição caberia ao poder executivo, já Kelsen entendia que essa função deveria ser conferida a uma corte constitucional independente, inclusive não integrante do Poder Judiciário.

Uma das perguntas enfrentadas pela recente Teoria Constitucional era a legitimação das decisões tomadas por uma corte constitucional independente, uma vez que estas são derivadas de uma instituição sem legitimação popular – democracia majoritária.

Para responder a essa questão, é necessário repensar sobre o próprio conceito de democracia, visto que não é suficiente aceitá-la como o governo da maior parte da sociedade. No entanto, ela deve proteger os direitos fundamentais de todos os cidadãos, ainda que não participantes da maioria – democracia constitucional.

Esse debate é trabalhado a partir dos estudos de Ronald Dworkin, defensor da democracia constitucional, o qual afirma que esta adjetivação à democracia é consequência da leitura moral e realiza um trabalho contramajoritário, pois fortalece os direitos individuais e minoritários que seriam desconsiderados no sistema democrático majoritário.

Em contraposição, será adotada como linha mestra teórica os escritos de Jeremy Waldron, que, a partir do fortalecimento do sistema procedimental de decisão e da utilização do método majoritário de escolha, aborda a dignificação do poder Legislativo, de forma a recolocar a Lei em local de destaque em uma sociedade democrática relativamente bem

¹ Alexander Hamilton, nos Federalistas, já defendia a ideia de supremacia da Constituição, bem como da competência do Poder Judiciário como guardião: “*The complete independence of the courts of justice is peculiarly essential in a limited Constitution. By a limited Constitution, I understand one which contains certain specified exceptions to the legislative authority; such, for instance, as that it shall pass no bills of attainder, no ex-post-facto laws, and the like. Limitations of this kind can be preserved in practice no other way than through the medium of courts of justice, whose duty it must be to declare all acts contrary to the manifest tenor of the Constitution void. Without this, all the reservations of particular rights or privileges would amount to nothing*”. (MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. The Federalist Papers: Isaac Kramnick, 1987. p. 78. Disponível em: <www.let.rug.nl/usa/documents/1786-1800/the-federalist-papers/the-federalist-78.php>. Acesso em: 05 de maio.2019.

² KELSEN, Hans. Jurisdição constitucional. 1a. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

³ SCHMITT, Carl. O guardião da Constituição. 4ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

estruturada. Assim, a ressignificação não estaria no conceito de democracia, mas nas instituições.

Apesar de apresentar a existência do debate dicotômico quanto à legitimidade da função de guardião da Constituição, neste trabalho, ele não será analisado. Pretende-se, dessa maneira, andar lateralmente a essas teses dicotômicas, apresentando os fundamentos da terceira via, para qual a defesa da Constituição – consubstanciada na atualização da sua interpretação –, deve ser resultado de um diálogo constante entre os poderes, de forma a efetivar o princípio da harmonia entre eles.

Desse modo, quando um poder der uma palavra sobre a constitucionalidade de uma norma, abre-se a janela de oportunidade para que outro poder se manifeste quanto a sua interpretação; portanto, a tese da existência da última palavra por qualquer dos poderes é desacreditada. Dessa feita, frases como: “a constituição é o que o Supremo diz” ou “o Supremo é o último a errar” deixam de ter validade, passando a existência de um sistema harmônico.

Paralelamente, há a discussão quanto à forma de implantação desse sistema dialógico de controle de constitucionalidade no atual ordenamento jurídico: automática – sem necessidade de qualquer alteração, com pequenas mudanças na Constituição –, com emendas ou se seria necessário nova constituinte.

Nessa discussão não existe o pensamento certo ou o errado, há, pois, a necessidade de uma linha teórica coerente, de forma que qualquer pesquisador – concordante ou não – dessas ideias apresentadas, possa, repetindo o caminho do conhecimento que será abordado aqui, chegar à conclusão de que a tese é plausível. Portanto, o desafio do estudo não é convencer o leitor, mas finalizar uma proposição lógica.

É indiscutível que, para chegar a alguma conclusão quanto a quem pertence à legitimidade do controle de constitucionalidade das leis, será necessário passar, ainda que superficialmente, sobre o conceito de temas como Constituição, Estado, Direito e Política. Para tanto, faz-se necessário se filiar a uma corrente, sob pena de ficar rodando em círculos teóricos e não avançar a uma conclusão.

Todavia, desde o começo deve-se ter em mente que não se tratará, aqui, da defesa de uma ou de outra tese, mas sim da compreensão da lógica argumentativa das asserções, para, então, apresentar a proposição do diálogo institucional entre o poder Legislativo e o Judiciário.

Esta dissertação trabalha a criação de um procedimento de controle de constitucionalidade, que induza a interação entre Cortes Constitucionais e Parlamento, de forma que seja, de fato, configurada a igualdade dos poderes, bem como do sistema representativo e do sistema constitucional, e, portanto, do princípio da harmonia.

2 DO INÍCIO DO PROBLEMA

Antes de trabalhar os conceitos da tese dialógica ou da leitura institucional da Constituição, deve o leitor ter o entendimento de que o cenário atual de compreensão do papel central da Constituição no ordenamento jurídico, bem como que esta é uma carta de direitos concreta, e não apenas ideológica ou programática, é, extremamente recente, a qual se fundou a partir de casos empíricos⁴, apresentando posterior validação teórica.

Na maior parte da história dos estados democráticos de direito, como Inglaterra, França e Estados Unidos, bem como o próprio modelo brasileiro, até pouco tempo, as Constituições eram consideradas como cartas de intenções⁵, proclamações políticas com baixa normatividade e sem vinculações, cabendo ao Poder Legislativo, representante do povo, a edição das efetivas normas jurídicas vinculativas.

Assim, à Constituição cabia as funções essenciais de definir a forma de governo, a estrutura de Estado e algumas limitações de poder – máxime tributárias. Todavia, a relação interpessoal, e entre indivíduo e Estado, dava-se primordialmente por normas infraconstitucionais, sem a irradiação⁶ dos valores programáticos da Constituição nas relações privadas.

A alteração dessa concepção do papel da Constituição e das cortes constitucionais foi iniciada nos Estados Unidos da América, quando, ao julgar o caso *Marbury vs. Madison*⁷, a Suprema Corte americana introduziu, na teoria política, o que posteriormente seria denominado

⁴ Caso *Marbury vs. Madison* tido pela maioria da doutrina como o início do sistema de controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário (*Judicial Review*).

⁵ Essa alteração de concepção se inicia no século XX, sendo um dos autores George Jellinek (*Sistemas dos Direitos Públicos Subjetivos*). Nessa obra, conceitua-se os quatro *status* na relação indivíduo e Estado: *status subiectiones*, *status negativus*, *status activus* e *status positivus*. Para maiores esclarecimentos, ver: SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Lumen Juris, 2004. p. 138.

⁶ A tese da irradiação defende que os valores que dão lastro aos direitos fundamentais penetram por todo o ordenamento jurídico, condicionando a interpretação das normas legais e atuando como impulsos e diretrizes para o legislador, a administração e o Judiciário. A eficácia irradiante, nesse sentido, enseja a “humanização” da ordem jurídica ao exigir que todas as suas normas sejam, no momento de aplicação, reexaminadas com novas lentes pelo operador do direito, as quais terão as cores da dignidade humana, da igualdade substantiva e da justiça social, impressas no tecido constitucional. *Idem*. p. 155.

⁷ O protagonismo norte-americano na construção de uma tradição de supremacia judicial é posto em perspectiva por Cappelletti. O autor relembra que, nos moldes modernos, o *judicial review* foi, de fato, uma invenção americana, mas que, historicamente, a ideia de uma lei superior capaz de vincular materialmente leis inferiores pode ser identificada em diversas tradições culturais. ARAÚJO, Mauro La-Salette Costa Lima de. Controle de Constitucionalidade Fraco e Diálogos Interinstitucionais: Reflexões sobre a possibilidade de superação do problema de legitimidade democrática da jurisdição constitucional através do diálogo entre os poderes. Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco, 2015.

como método interpretativo da leitura moral da Constituição⁸. Esse procedimento interpretativo concluiu que as decisões emanadas do Poder Legislativo podiam ser submetidas à jurisdição constitucional.

Essa introdução, porém, não se dá de forma automática e sem oposição. Pouco divulgado no mundo acadêmico é o fato de que, na semana seguinte ao julgado *Marbury vs. Madison* (1803), a Suprema Corte julgou o caso *Stuart vs. Laird*⁹, tratando da mesma matéria, mas, na decisão, venceu a tese contrária. Nessa ocasião, o relator do caso, juiz William Paterson, afirmou que o Congresso, representante do povo, tinha autoridade sobre a Constituição.

[...] *the congress has the constitutional authority to establish from time to time such inferior tribunals as they may think proper, and to transfer a cause from one such tribunal to another. Justice Paterson further noted: "In this last particular, there are no words in the constitution to prohibit or restrain the exercise of legislative power"*
[...]

Esses julgados datam de 1803, sendo que nos anos que advieram não houve atuação maciça da Suprema Corte no sentido de declarar inconstitucionais as normas ou os atos dos demais poderes¹⁰.

Pelo contrário, em 1857 houve o julgamento do famoso caso *Dred Scott vs. Sandford*¹¹, no qual o escravo – Dred Scott – havia sido levado em 1833 do estado de Missouri (escravocrata) para Illinois (estado livre de escravidão) e, posteriormente, em 1838, retornou com seu senhor/patrão ao Missouri. Após o falecimento de seu senhor/patrão, Dred Scott entrou com uma ação, alegando que, por ter vivido em solo livre, tinha direito à liberdade. O presidente da Suprema Corte, Roger B. Taney, discordou, afirmando que os negros não eram cidadãos e, portanto, não podiam ser processados em um tribunal federal.

⁸ É um método interpretativo de leitura e aplicação de textos normativos que centraliza a moralidade política nos debates que envolvem o Direito Constitucional. Trata-se do modelo defendido por Ronald Dworkin, que argumenta que mesmo a moralidade política sendo essencialmente controversa, o próprio sistema jurídico decide quem será dotado de autoridade para compreender e interpretar tais cargas valorativas.

⁹ [...] o congresso tem autoridade constitucional para estabelecer de tempos em tempos quais tribunais inferiores seriam apropriados e para transferir uma causa de um tribunal para outro. O juiz Paterson observou ainda: “Neste último particular, não há palavras na constituição para proibir ou restringir o exercício do poder legislativo”. (tradução nossa). Para mais detalhes, ver: CONSTITUTIONAL LAW REPORTER. *Stuart V Laird upholds circuit riding by Supreme Court justices*. Disponível em: <<https://constitutionallawreporter.com/2017/01/03/historical-stuart-v-laird/>>. Acesso em: 02 de abril.2019.

¹⁰ A lista dos julgados de inconstitucionalidade pela Suprema Corte dos Estados Unidos de 1803 até 2010, encontra-se em: JUSTIA. *Acts of Congress Held Unconstitutional in Whole or in Part by the Supreme Court of the United States*. Disponível em: <<https://law.justia.com/constitution/us/acts-of-congress-held-unconstitutional.html>>. Acesso em: 02 de abril. 2019.

¹¹ INFOPLEASE. *Dred Scott case*. Disponível em: <www.infoplease.com/encyclopedia/history/united-states-canada-and-greenland/court-cases/dred-scott-case>. Acesso em: 02 de abril. 2019.

É importante ressaltar que a Guerra da Secessão foi iniciada após quatro anos dessa decisão. Nesse conflito, os Estados do Sul, não concordando com a política antiescravagista do recém-eleito presidente norte-americano Abraham Lincoln, declararam-se um novo estado – Estados Confederados da América, o que levou a guerra civil americana.

Em seguida, como ato de guerra, o presidente Lincoln, em 1862, publicou a Lei da proclamação da Emancipação, que entrou em vigor em 01 de janeiro de 1863, a qual declarava ilegal a escravidão nos Estados Unidos. No entanto, foi em 1865, com a vigência da 13ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos, que a escravidão se tornou, de fato, ilegal em todo território americano.

Ocorre que, mesmo após a 13ª emenda, e ainda no século XIX, houve o julgado *Plessy vs. Ferguson* (1896), no qual ficou estabelecida a legalidade da lei que regravava a segregação racial nos vagões de trem do estado da Louisiana, criando a doutrina do *separate but equal*.¹²

Já no começo do século XX, com o caso *Lochner vs. New York* (1905)¹³, a Suprema Corte considerou inconstitucional a lei que limitava a jornada de trabalho, ou seja, entendeu que o Estado não deveria intervir nas relações entre empregado e empregador.

Em *Hammer vs. Dagenhart*¹⁴, em 1918, a Suprema Corte considerou inconstitucional uma lei do Congresso Nacional Americano que proibia a comercialização dos produtos provenientes de empresas que utilizavam o trabalho infantil, ou seja, autorizou o trabalho infantil nos estados.

Contudo, foi no pós Segunda Guerra Mundial que a Suprema Corte fez a guinada para o modelo de Controle de Constitucionalidade nos moldes atuais (corte Warren)¹⁵, no qual se voltou à proteção das garantias individuais e ao redimensionamento do papel do Poder Judiciário, com as decisões nos casos *Brown vs. Board of Education of Topeka* (1954)¹⁶, que

¹² Para maior aprofundamento, ver: JUSTIA. *Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896)*. *US Supreme Court*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/163/537/>>. Acesso em: 04 de abril. 2019.

¹³ Estado de Nova York aprovou lei que limita a jornada dos padeiros em dez horas por dia e 60 horas por semana, com a finalidade de proteger a saúde dos empregados. Joseph Lochner, proprietário de pequena padaria em Utica, Nova York, descumpriu a lei “das dez horas” e sofreu multa de U\$ 50, a qual era prevista na legislação do Estado. A Suprema Corte dos Estados Unidos acolheu por cinco a quatro o pedido de Lochner. Segundo o *Justice*, Rufus Peckham, prolator do voto condutor, não seria justo e razoável o exercício do poder de polícia do Estado. E, ao contrário, referiu que seria interferência desnecessária na liberdade do indivíduo para avençar contratos de trabalho que possam ser apropriados para o seu sustento e de suas famílias.

¹⁴ Para maior aprofundamento, ver: *US Supreme Court*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/247/251/>>. Acesso em: 04 de abril. 2019.

¹⁵ Nesse período, a Suprema Corte Americana era presidida pelo magistrado Earl Warren, sendo que as decisões tomadas em seu período de presidência (1953-1969) eram consideradas marcantes; além disso, esse órgão governamental era chamado, no mundo jurídico, de Corte Warren.

¹⁶ Para maior aprofundamento, ver: *US Supreme Court*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>>. Acesso em: 04 de abril. 2019.

revogava as leis separatistas nas escolas de todo país, ou seja, reformou a decisão dada em *Plessy vs. Ferguson*. A seguir o extrato da decisão prolatada pelo Juiz Relator, Earl Warren:

*We come then to the question presented: Does segregation of children in public schools solely on the basis of race, even though the physical facilities and other "tangible" factors may be equal, deprive the children of the minority group of equal educational opportunities? We believe that it does... We conclude that in the field of public education the doctrine of 'separate but equal' has no place. Separate educational facilities are inherently unequal. Therefore, we hold that the plaintiffs and others similarly situated for whom the actions have been brought are, by reason of the segregation complained of, deprived of the equal protection of the laws guaranteed by the Fourteenth Amendment.*¹⁷

Posteriormente, veio a decisão em *Cooper vs. Aaron* (1958)¹⁸, na qual a Suprema Corte estatuiu a Constituição como a lei suprema, praticamente incorporando as ideias de Immanuel Kant, mas alegando que essa conclusão decorria do caso *Brow*. Além do mais, a Instituição ratificou, com base no julgamento *Murbury vs. Madison*, a tese de que ela é o intérprete final da Constituição.

Desse modo, conclui pela existência da vinculação às decisões da Suprema Corte, inclusive quando exista leis locais contrárias (transcendência dos efeitos determinantes). Abaixo o extrato da decisão da Suprema Corte americana:

7. *The constitutional rights of children not to be discriminated against in school admission on grounds of race or color declared by this Court in the Brown case can neither be nullified openly and directly by state legislators or state executives or judicial officers, nor nullified indirectly by them through evasive schemes for segregation whether attempted "ingeniously or ingenuously".*
8. *The interpretation of the Fourteenth Amendment enunciated by this Court in the Brown case is the supreme law of the land, and Art. VI of the Constitution makes it of binding effect on the States "any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding".*
9. *No state legislator or executive or judicial officer can war against the Constitution without violating his solemn oath to support it.*
10. *State support of segregated schools through any arrangement, management, funds or property cannot be squared with the command of the Fourteenth Amendment that*

¹⁷ Chegamos então à presente pergunta: A segregação de crianças em escolas públicas apenas com base na raça, mesmo que as instalações físicas e outros fatores "tangíveis" possam ser iguais, privam as crianças do grupo minoritário de oportunidades educacionais iguais? Acreditamos que sim ... Concluímos que no campo da educação pública a doutrina de 'separado, mas igual' não tem lugar. Instalações educacionais separadas são inerentemente desiguais. Portanto, sustentamos que os queixosos e outros similarmente situados para os quais as ações foram movidas estão, em razão da segregação reclamada, privados da proteção igual das leis garantidas pela Décima Quarta Emenda (tradução nossa). Para maior detalhe, ver: Civil Rights Movement Archive. Disponível em: <<https://www.crmvet.org/tim/timhis54.htm#1954bvbe>>. Acesso em: 05 de abril. 2019.

¹⁸ Na esteira de *Brown vs. Board of Education* (1954), o distrito escolar de Little Rock, Arkansas, formulou um plano para não cumprir a ordem de desagregação. Somado a isso, a Assembleia Legislativa do Arkansas emendou a Constituição estadual para se opor à desagregação e, em seguida, aprovou uma lei que aliviava as crianças da frequência obrigatória nas escolas integradas, dificultando, assim, o cumprimento da ordem de desagregação dada no caso *Brown*.

*no State shall deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws*¹⁹.

Após o ocorrido, surgiu o grupo de decisões que formularam a doutrina do papel contramajoritário da Suprema Corte ao interpretar a Constituição, em especial a famosa quarta nota de rodapé do caso *United States vs. Carolene Products Co.* (1938)²⁰. Nesse contexto, o tribunal declarou, em síntese, que a defesa da Constituição deve prevalecer quando presentes três condições: (1) violação de um direito específico identificado no texto da Constituição; (2) exclusão dos cidadãos do processo político; (3) resultado de preconceito contra minorias discretas e insulares.

Com a publicação da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), em 1948, aconteceu a fundamentação normativa necessária à alavancagem deste processo de judicialização da moral, das relações sociais e da política, sob o argumento da necessidade da concretização de direitos e garantias, agora previstos em uma carta mundial.

O que fica claro nesta explanação, quanto ao surgimento da Teoria Constitucional, é o seu caráter justificante, ou seja, ela apareceu após o fenômeno do judicial review. Assim, primeiro se institucionalizou a prática, para, então, ser formulada uma teoria que a justificasse.

¹⁹ 7. Os direitos constitucionais das crianças a não serem discriminados na admissão escolar por motivos de raça ou cor declarados por este Tribunal no caso Brown não podem ser anulados abertamente e diretamente pelos legisladores, executivos ou oficiais de justiça do estado, nem anulados indiretamente por através de esquemas evasivos de segregação, tentados "engenhosamente ou engenhosamente".

8. A interpretação da Décima Quarta Emenda enunciada por este Tribunal no caso Brown é a lei suprema da terra, e o art. VI da Constituição o torna vinculativo sobre os Estados "independentemente de qualquer coisa na Constituição ou nas leis de qualquer Estado ao contrário".

9. Nenhum legislador estatal, executivo ou judicial pode guerrear contra a Constituição sem violar seu juramento solene de apoiá-la.

10. O apoio estatal de escolas segregadas através de qualquer acordo, administração, fundos ou propriedade não pode ser combinado com o comando da Décima Quarta Emenda que nenhum Estado deve negar a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção das leis. (tradução nossa). *US Supreme Court*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/358/1/>>. Acesso em: 05 de abril. 2019.

²⁰ "[...] whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry". *US Supreme Court*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/304/144/>>. Acesso em: 05 de abril. 2019.

3 AS PRINCIPAIS CORRENTES DE INTERPRETAÇÃO: INTERPRETACIONISTAS E NÃO-INTERPRETACIONISTAS

Para Madison, o Estado americano se fundou sobre a necessidade de conciliação entre dois princípios opostos. O primeiro é o direito ao autogoverno, segundo o qual a maioria tem o direito de escolher pela simples questão numérica, sendo fundamentado no princípio da igualdade. O segundo é baseado na existência de um espaço mínimo de proibição na interferência das decisões individuais, em que nem mesmo a decisão da maioria poderia atingi-las, e respaldado no princípio da liberdade individual.²¹ Denominou-se esse debate de “dilema de Madison”.

O “dilema de Madison” é a base jusfilosófica do que se denominou, no meio jurídico, de dificuldade contramajoritária, que, por sua vez, possui duas conceituações. A primeira, objetiva e apresentada por Alexandre Bickel²², afirma apenas a lógica do fato, por exemplo, quando o Judiciário anula uma decisão do congresso, ele age contra a maioria; assim, nesse conceito, não se analisa o conteúdo da votação do Judiciário, sendo boa ou má decisão.

Já a segunda, numa concepção material do termo, apresenta-se no meio da discussão quanto à legitimidade do Poder Judiciário na emissão da última palavra sobre questões morais e políticas complexas, em sociedades pluralistas, na multiplicidade de concepções de vida, e, em consequência, nas diferentes concepções de justiça, nas quais se apresenta a dita função contramajoritária.

Com o fortalecimento do Constitucionalismo e do Poder Judiciário, surge o conceito subjetivo do papel contramajoritário do Judiciário, partindo do pressuposto que a democracia não pode ser considerada apenas como o regime da maioria, mas, deve, também, respeitar os direitos políticos, sociais e individuais da minoria.

Esse debate entre democracia pelo voto e a democracia constitucional vigora até os temas atuais, e, como dito anteriormente, ele não recai sobre o tema ativismo, pois ambas as escolas defendem a possibilidade da interpretação constitucional; assim, a divergência basicamente cabe a “quem” deve fazê-la, isto é, quem tem a legitimidade. Para maior

²¹ VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. Diálogo Institucional e Controle de Constitucionalidade. Debate entre o STF e o Congresso Nacional. São Paulo. Saraiva. 2015. p.103-103.

²² Expressão primeiramente utilizada por Alexander Bickel, referindo-se ao déficit de legitimidade democrática de juízes não eleitos quanto à invalidação de decisões tomadas pelos representantes eleitos do povo. (BICKEL, Alexander. The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986).

compreensão do estado da arte, ele será limitado a duas correntes: a interpretacionista e a não-interpretacionista.

O interpretativismo não admite a interpretação constitucional além da literalidade do texto, todavia, há, no mínimo, duas subcorrentes dominantes:

- 1) os originalistas, para os quais a interpretação deve buscar os valores consagrados pelos “pais fundadores”, isto é, aqueles valores presentes na convenção constituinte da Filadélfia, em 1787, tendo o juiz Robert Bork²³ como um dos seus principais nomes.
- 2) os textualistas, que se diferenciam por buscarem o significado no próprio texto da Constituição, sendo o juiz Antonin Scalia²⁴ uma referência.

Assim, ainda que o nome da corrente leve ao entendimento contrário, os interpretativistas não admitem o ativismo judicial, no sentido daquela interpretação que extrapola a amplitude do texto, buscando sentido em princípios gerais e valores extras à norma escrita.

Por sua vez, os não-interpretativistas acrescentam sentido na norma interpretada, introduzindo os princípios nas cláusulas abertas e valorando a norma (leitura moral de Dworkin). Dessa forma, entendem que “dão vida” à Constituição, atualizando suas normas para a sociedade presente. Para esses, a Corte é o local adequado para essa interpretação, pois está mais preparada para utilizar os princípios na análise interpretativa.

Uma constatação interessante entre as correntes é que apenas os originalistas puros refutam a atualização da Constituição, já os textualistas e os não-interpretativistas concordam na necessidade da renovação, portanto, podem ser denominados de ativistas, mas diferem em quem deve realizá-la. Os textualistas, em especial, Ely e Jeremy Waldron, defendem que essa interpretação deve ser reservada ao Legislativo – ativismo legislativo; já os não-interpretativistas, em especial Ronald Dworkin, defendem que essa atuação deve ficar a cargo do Judiciário – ativismo judicial.

Os que defendem o ativismo judicial, fundamentados no avanço da participação da Suprema Corte, foram beneficiados da aceitação popular nas decisões do período da Corte

²³ Robert Heron Bork (1927-2012) foi um jurista de renome nos USA, tendo sido indicado a juiz da Suprema Corte pelo presidente Ronald Reagan em 1987, teve seu nome negado pelo Senado, exatamente por ter suas sentenças quando juiz federal questionadas uma a uma durante a seção, foi autor do livro *The Tempting of America - the Political Seduction of the Law*.

²⁴ Antonin Scalia (1937-2016) foi um dos mais conhecidos juizes da Suprema corte dos USA, indicado pelo presidente Ronald Regan, que buscava juizes menos ativistas, e mais conservadores. Foi uma referência na Suprema corte.

Warren²⁵. Desde então, eles propalaram na doutrina a tese de que a Constituição é um organismo vivo baseado em cláusulas abertas, as quais devem ser interpretadas como parâmetro dos princípios e da moral, elementos que se transformam junto com a sociedade, não necessitando, sequer, que haja alteração do texto.

Em contrapartida, aqueles que defendem o Legislativo, consideram que essa visão, aplicada à interpretação constitucional, em que há a prevalência de preceitos abertos, permitiria que toda e qualquer decisão tomada pela Suprema Corte fosse considerada válida, o que, ao fim, tornaria a sua a própria Constituição, quebrando o sistema republicano. Para estes, é o povo, por meio de seus representantes, que deve determinar o sentido da Constituição.

Dessas correntes, é possível destacar linhas doutrinárias de forma a elucidar a questão ontológica em debate: quem deve realizar a interpretação? Para tanto, evidenciam-se as doutrinas de Ronald Dworkin, John Hart Ely e Jeremy Waldron.

²⁵ Ver nota n. 15.

4 JOHN HART ELY E A CRÍTICA DE DWORKIN

John Hart Ely propôs uma alternativa ao conflito entre interpretativistas e não-interpretativistas baseado na proteção da vontade popular. O autor parte da premissa de que o poder constituinte é o ponto máximo da demonstração da soberania popular, concluindo que não há argumento plausível para defender uma suposta imutabilidade da Constituição face à vontade do soberano atual. Portanto, ele defende a mutabilidade constitucional geracional e parte para a discussão de quem deve fazê-la.

Nessa proposição, Ely não contempla válida a decisão da corte que anula uma atuação legislativa, sob o argumento dessa ação ser inconstitucional, pois haveria clara contradição quando um órgão não representativo afirma que a atuação do representativo é ilegítima.

Nesse ponto, sendo o povo o guardião de sua vontade e de seus valores, apenas ele pode afirmar que determinada atuação é contrária ao seu interesse, algo que é feito a partir do voto, nas eleições – ou seja, o Parlamento tem legitimidade original para interpretar a Constituição, mas sob o controle da população pelo voto. Com base nesse conceito, faz-se a grande restrição de Ely ao *Judicial Review*, pois não há em face do Judiciário essa possibilidade de controle popular.

Ely não rejeita a importância da Corte, mas lhe reserva um papel autorrestritivo (*self-restraint*), no qual deve realizar a defesa do procedimento e guardar a lisura dos processos democráticos e das instituições, agindo nos momentos em que haja mau funcionamento do sistema: quando quem detém o poder impede os canais de mudança, ou quando nega representatividade efetiva a uma minoria (dificuldade contramajoritária)²⁶.

Em uma democracia representativa, as determinações de valor devem ser feitas pelos representantes eleitos; e, se a maioria realmente desaprová-los, poderá destituí-los através do voto. O mau funcionamento ocorre quando o processo não merece confiança, quando:

- 1) Os incluídos estão obstruindo os canais de mudança política para assegurar que continuem sendo incluídos e os excluídos permaneçam onde estão, ou
- 2) Quando, embora a ninguém se neguem explicitamente a voz e voto, os representantes ligados a maioria efetiva sistematicamente colocam em desvantagem a alguma minoria, devido à mera hostilidade, ou a recusa preconceituosa em reconhecer

²⁶ Ely, John Hart. Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. 1a. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 137.

uma comunhão de interesses – e, portanto, negam a essa minoria a proteção que o sistema representativo a outros grupos.

Quanto a primeira função de desbloqueio de canais de mudança, o papel da Corte é ainda interpretacionista, pois se baseia na literalidade das constituições democráticas, como a norte-americana e, também, a brasileira, as quais preveem a proteção à liberdade de expressão, de imprensa e de associação.

Praticamente todos concordam que é tarefa importantíssima dos tribunais o controle das restrições às liberdades de expressão, de imprensa e de associação política. Aqueles que se consideram interpretacionistas naturalmente dão grande importância à linguagem da Primeira Emenda: “O Congresso não fará nenhuma lei [...] restringindo a liberdade de palavra ou de imprensa; ou o direito do povo de reunir-se pacificamente e de dirigir petições ao Governo para a reparação de direitos violados.”²⁷

Assim, vislumbrado o mau funcionamento como numa eventual tentativa dos poderes representativos atuais de burlar ou impedir o controle popular, faz-se necessária a participação de um terceiro ator, que não esteja sob as mesmas vicissitudes dos demais, na função de realizar o desbloqueio dos canais de mudança para garantir a manutenção do procedimento democrático.

Para Ely, “São os tribunais que devem policiar as restrições à liberdade de expressão e as outras atividades políticas, porque não podemos confiar em que nossos representantes eleitos o farão: em geral, os incluídos querem que os excluídos continuem excluídos.”²⁸

Todavia, o autor compreende que a democracia é mais do que o direito à voz e ao voto, sendo que, em determinadas circunstâncias, a maioria pode buscar vantagens pessoais, maculando o princípio da igualdade.

O princípio de representação que jaz no cerne do nosso sistema exige mais que o simples direito a voz e voto. Por mais aberto que seja o processo, aqueles que obtêm maior número de votos têm condições de garantir vantagens para si mesmo em detrimento dos outros, ou de recusar-se a levar em conta os interesses das outras pessoas e grupos. “Sob essas circunstâncias, o princípio de ‘um voto por pessoa’ é uma paródia do princípio da igualdade”.²⁹

²⁷ Ely, John Hart. Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. 1a. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 139.

²⁸ *Ibid.*, p. 142.

²⁹ *Ibid.*, p. 181.

No entanto, a legitimidade da atuação da Corte seria vinculada à demonstração de erros no “mercado político”, aproximando a atuação dela a uma função antitruste, no sentido regulatório-econômico; assim, ela não deve ditar resultados substantivos, mas apenas agir para corrigir o mercado.³⁰

A teoria de Ely recebeu grande crítica, especialmente dos que defendem o *judicial review*. Isso porque sua tese, ao buscar ser de centro e vislumbrar a participação do Judiciário na elaboração de políticas públicas – restritas à defesa do procedimento político sem que haja a leitura moral da Constituição – não explica como evitar as escolhas dos direitos a serem protegidos pela Corte. Assim, essa atuação é baseada no *self-restraint* da Corte, pois não há a indicação de um sistema de controle de seu eventual abuso; ou seja, ao fim, Ely não explica como evitar a leitura moral pela Corte por não defender a tese do guardião.

Dworkin (2001) resume a teoria de Ely em quatro proposições:

- 1) A revisão judicial deve ter em vista o processo da legislação, e não o seu resultado isolado;
- 2) A revisão judicial deve avaliar esse processo segundo o padrão da democracia;
- 3) A revisão baseada no processo, portanto, é compatível com a democracia; ao passo que a revisão baseada na substância, que tem em vista os resultados, é antagônica a ela;
- 4) O Tribunal, portanto, erra quando cita um valor substantivo putativamente fundamental para justificar a revogação de uma decisão legislativa.

Dworkin ainda afirma que a primeira proposição vigora e é correta, mas as demais possuem erros e enganos. Todavia, ter a democracia como parâmetro de avaliação da resposta correta às questões de direito é de pouca utilidade, como também, a resposta correta não decorre do simples compromisso com o processo desconsiderando o resultado. Há, portanto, uma contradição interna, pois, para a Corte agir conforme pretende Ely – apenas na defesa procedimental da democracia –, ela precisa, antes, definir o conceito material de democracia. Dessa forma, a Corte sempre decidiria substantivamente³¹.

³⁰ VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. Diálogo Institucional e Controle de Constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 117.

³¹ DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 82-83.

5 A SUPREMACIA JUDICIAL POR DWOKIN

A crítica de Dworkin ao trabalho de Ely é bem clara e se fundamenta na questão de que o conceito de democracia não é fechado e não pode ser considerado apenas como governo da maioria. Assim, os termos “respeito ao processo”, “democracia”, ou “representação” não respondem a todos os problemas democráticos³², visto que é desejado, nesse conceito, a proteção aos direitos de todos os cidadãos.

Dworkin, então, apresenta suas questões de princípios como integrantes da democracia, ou dos direitos pró-democracia, e não contrária a ela. Desse modo, a democracia é completa quando respeita não só os direitos da maioria, mas também os princípios constitucionais – Constitucionalismo³³.

A Teoria Constitucional em que se baseia nosso governo não é uma simples teoria da supremacia das maiorias. A Constituição, e particularmente a *Bill of Rights* (Declaração de Direitos e Garantias), destina-se a proteger os cidadãos (ou grupos de cidadãos) contra certas decisões que a maioria pode querer tomar, mesmo quando essa maioria age visando àquilo que considera ser o interesse geral ou comum.³⁴

O autor rejeita a tese de que os direitos morais são melhores protegidos pelos poderes representativos, argumentando que isso seria permitir que a maioria julgasse em causa própria, o que ofenderia a equidade. Para ele, “Tal proposta, contudo, como tem sido frequentemente sublinhado, ignora o fato de que as decisões a respeito dos direitos contra a maioria não são questões que devam, por razões de equidade, ser deixadas a cargo da maioria”.³⁵

Para Ronald Dworkin, existe uma verdade inabalável: os direitos morais devem sobressair aos da maioria. Ademais, na consecução dessa verdade, a Corte utiliza das cláusulas abertas³⁶ para atualizar tais direitos morais ou princípios, jamais se restringindo pela textualidade ou pela intenção original dos “pais fundadores”.

Cabe ressaltar, todavia, que Dworkin não defendia o ativismo como uma liberdade de escolha do magistrado ou como o livre convencimento motivado, conforme se costuma utilizar em algumas sentenças; pelo contrário, uma vez que há apenas uma resposta certa, a liberdade

³² DWORIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 100.

³³ DWORIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 222.

³⁴ *Ibid.*, p. 208-209.

³⁵ *Ibid.*, p. 222-223.

³⁶ *Ibid.*, p. 209.

de interpretação não significa discricionariedade, mas uma vinculação ao direito pré-existente, numa ordem de integridade³⁷.

No entanto, essa afirmação de Ronald Dworkin é dogmática e parte de uma crença no sistema Judiciário, caindo nas mesmas falhas das teorias anti *judicial review*, como as apontadas nas críticas a Ely. No fim, é um questão de preferência de procedimento.

Veja que o fato de Dworkin defender a existência de apenas uma única resposta certa – mesmo que seja correta essa afirmação – não leva à conclusão de que é o Judiciário o melhor Poder para encontrá-la. Da mesma forma, não se pode afirmar que quaisquer Poder, ao encontrar essa resposta, vá efetivá-la ou irá preferir uma decisão que seja melhor para si, ou para determinada categoria, majoritária ou não. Assim, o próprio Dworkin responde a essa questão:

A questão central que está no cerne do debate acadêmico deve ser colocada da seguinte maneira. Se deixarmos as decisões de princípio exigidas pela Constituição a cargo dos juizes, e não do povo, estaremos agindo dentro do espírito da legalidade, tanto quanto nossas instituições o permitam, mas correremos o risco de que os juizes venham a fazer as escolhas erradas. Todo jurista acha que, em algum momento de sua história, a Suprema Corte errou, às vezes profundamente.³⁸

Logo, mantém-se sem respostas satisfatórias às principais questões do debate: por que os juizes estariam melhor preparados para decidir questões morais ou difíceis?

³⁷ Famoso romance da novela e do juiz Hércules de Dworkin revela essa compreensão de respeito ao direito pré-existente e uma ordem de integridade.

³⁸ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 232.

6 OS PRINCIPAIS ELEMENTOS JUSTIFICANTES DA SUPREMACIA JUDICIAL

Os argumentos a favor da supremacia judicial se concentram em duas vertentes: as que tratam da posição institucional da Corte, e as que sobrepõem os resultados à forma dos julgados como um elemento das democracias constitucionais.

Quanto as primeiras, argumenta-se que a posição especial da Corte, fora do sistema de política, possibilita que ela se volte, essencialmente, à dimensão dos princípios envolvidos na disputa. Por sua vez, não ter a obrigação de elaborar normas em prospectivas, gerais e abstratas, possibilita o foco na percepção e na implicação de suas decisões nos direitos fundamentais sem a utilização de critérios populistas, rendendo-se somente ao argumento da decisão e se baseando em sua expertise: doutrina, jurisprudência e raciocínio jurídico próprio para decidir o caso concreto³⁹.

Somados a estes dois elementos: posição institucional da corte e sua função essencial, há a questão da legitimidade argumentativa (representação argumentativa), pela qual o Judiciário adquire uma legitimidade para fazer parte das políticas sociais, visto que suas decisões são justificadas por argumentos contraditáveis, os quais, uma vez aceitos, passam a ter o apoio do sistema de representação. Esse pode ser compreendido como o principal fator de legitimidade do Poder Judiciário para os defensores do *judicial review*, sendo, também, o ponto central do juiz Hércules, descrito por Dworkin:

Se a legitimidade democrática não se limita à agregação de interesses individuais, mas deve abranger decisões dotadas de boas justificativas compartilhadas por todos, conforme propõem teorias da democracia deliberativa, instituições políticas devem ser capazes de dar conta dessa dupla demanda. Por essa razão, o parlamento eleito é representativo somente no primeiro aspecto da legitimidade. A corte é o candidato principal para cumprir a segunda demanda. Deve ser entendida como instituição representativa porque é mais sensível a razões, e não a desejos majoritários. Se, por um lado, não representa indivíduos particulares, por outro, participa de um processo altamente argumentativo onde as razões de todas as partes potencialmente interessadas são ouvidas. Indivíduos podem participar do processo decisório, às vezes de modo ainda mais intenso e influente, por fornecerem razões, não somente um voto. A corte decide por conta própria, mas dá resposta a cada um dos argumentos que lhe foram apresentados. Juizes que estão abertos a serem efetivamente influenciados pela diversidade de argumentos merecem nosso respeito por suas decisões. Ajudam a construir uma “república de razões”, não somente uma “república de cidadãos” (ou de indivíduos auto-interessados). Seria mais provável encontrar o representante deliberativo defendido por Burke, nesse sentido, em cortes constitucionais, não em parlamentos eleitos periodicamente⁴⁰.

³⁹ MENDES, Conrado Hubner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. Dissertação Doutorado. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. Parafraçando a ideia do texto.

⁴⁰ Idem. p. 68-69.

Com base nesse elemento, e tendo como referência um sistema que utilize dos precedentes judiciais com efeitos vinculantes, o juiz, ao contrário da atividade legislativa que não se prende ao passado, deve respeitar a força gravitacional do precedente, de forma que sua decisão tenha aquelas passadas como um enredo do qual a atual deve fazer parte num contexto de integridade histórica, trazendo uma equidade no sistema geral, o qual se fundamenta e sobrevive desde que tais definições se baseiem em argumentos de princípio, e não de política.

O próprio autor apresenta a distinção entre argumentos de princípio (*arguments of principle*) e argumentos de política (*arguments of policy*). Estes são os capazes de justificar uma decisão que almeje objetivos coletivos em determinada sociedade; já os argumentos de princípio fundamentam decisões a respeito de direitos individuais⁴¹.

A partir dessa elaboração, Mendes resume uma das justificativas daqueles que se inclinam por um sistema com preponderância de juízes e Cortes constitucionais, em que a Corte analisa um caso concreto, submetendo-o a uma racionalidade incremental, e o insere na jurisprudência.⁴² Assim, respeitando a integridade, a Corte tem uma abordagem retrospectiva e prospectiva, de baixo para cima (*bottom up*), dos casos concretos para generalização⁴³.

Por sua vez, a fundamentação (argumento) é um elemento essencial da decisão judicial e sob ela recai o peso justificante da autoridade das cortes. Mendes afirma que as cortes “só conquistarão credibilidade se efetivamente funcionarem como um fórum do princípio, condição que não lhes dá liberdade para decidirem o que quiserem”⁴⁴.

Desse raciocínio surge o conceito de representação deliberativa e argumentativa, contrapondo à alegação de que apenas os eleitos seriam os representantes do soberano (o povo). Assumindo como verdadeiro o conceito de democracia – não apenas a soma de vontades individuais, mas também aquela que protege os direitos fundamentais e respeita os direitos das minorias discretas e insulares –, as decisões dotadas de justificativas compartilhadas por todos acabam por responder a essa dupla demanda.⁴⁵

Por tais motivos, a Corte seria a preferida para cumprir a demanda de uma democracia constitucional, pois, por não depender do voto, não representa indivíduos, mas se rende a um procedimento altamente argumentativo, no qual as razões de todas as partes potencialmente interessadas são ouvidas. Assim, o indivíduo participaria ativamente e mais intensamente do

⁴¹ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Martins Fontes, 2010. p. 134.

⁴² MENDES, Conrado Hubner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. Dissertação Doutorado. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. p. 64.

⁴³ *Ibid.*, p. 65.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 68.

⁴⁵ *Ibid.*, p.68.

que imprimindo um voto, o que Sustain, citado em Mendes, denomina como “república das razões” em contraposição à “república de cidadãos”⁴⁶.

Ainda, Dworkin e Bickel⁴⁷ sustentam que, além de representar, as Cortes têm a função de educar, provando o debate público focado na argumentação. Isso porque as decisões feitas com base em fundamentação e em princípios acabam por estimular os que pretendam divergir, ainda que politicamente, na busca por fundamentos que saiam da disputa partidária e das estratégias de barganha.

Por fim, sobre a representação dos juízes da Corte, argumenta-se que ela integra um sistema democrático, tendo seus membros nomeados pelos representantes eleitos, portanto, mesmo em menor medida, há um vínculo de legitimação democrática. Dessa forma, percebe-se o porquê de todo governo buscar compor as Cortes com uma maioria alinhada à sua ideologia.

Um quarto elemento de reforço da supremacia judicial está na discussão quanto à existência da resposta certa, sendo que, caso haja uma, é o Judiciário o local mais propício ao seu alcance.

Nessa perspectiva talvez se encontre o plano de fundo do problema estudado nesta dissertação, isso porque, a partir da defesa da existência de uma resposta certa ou da menos errada, defendida por Dworkin, é que se chega à conclusão de “quem” deve ser o responsável por dá-la.

Ademais, a partir das afirmações vistas anteriormente que defendem a expertise dos membros da Corte, a necessidade de fundamentar as decisões com argumentos que respeitem a integridade do direito e a posição especial da Corte protegida dos arroubos da política, chega-se a uma conclusão de infalibilidade judicial, a qual se confronta com a presunção de egoísmo e de falibilidade do Parlamento.

⁴⁶ MENDES, Conrado Hubner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. Dissertação Doutorado. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. p. 69.

⁴⁷ MENDES, Conrado Hubner, 2008, loc. cit.

7 A CONTRA ARGUMENTAÇÃO À SUPREMACIA DO JUDICIÁRIO REALIZADA POR JEREMY WALDRON

Primeiramente, faz-se necessário entender a formação histórica do Parlamento, de forma que se compreenda o seu papel fundamental na construção das democracias que, hoje, buscam deslegitimá-lo.

A formação do Parlamento moderno remonta a criação da Magna Carta, na Inglaterra, em 1215. Ela foi um fator decorrente dos fortes e constantes embates entre o monarca João de Inglaterra, ou João Sem-Terra, o clero, a nobreza e a burguesia, em uma tentativa de limitação do poder monárquico e de infiltração da participação “popular”⁴⁸ nos desígnios do reinado. Nessa carta, considerada uma das primeiras Constituições, havia a exigência de que o monarca, querendo aprovar a criação de novo imposto, deveria, antes, convocar o Grande Conselho – formado por vários setores da sociedade, entre eles, os burgueses.

Nesse embrião de Parlamento formado pelo Grande Conselho, ainda vigorava um poder maior do monarca, que poderia dissolver o conselho a qualquer momento se ele não concordasse com suas ideias.

Dessa forma, a Inglaterra continuou sendo um campo de grandes tensões e disputas – até o advento da Revolução Gloriosa, de 1688 – que se desdobraram até a elaboração do *Bill of Rights*, de 1689, quando, de fato, a fase de submissão do monarca ao Parlamento foi iniciada.

A formatação do Parlamento inglês se deu sob um princípio amplíssimo, no qual se afirmava que ele poderia aprovar ou derogar quaisquer leis, sobre qualquer matéria, não se submetendo a qualquer tema, momento ou poder. A única submissão estaria no rito Legislativo, o qual, uma vez seguido, tornava toda e qualquer norma válida e eficaz. Posteriormente, esse princípio da soberania do Parlamento inglês foi mitigado pela influência do direito comunitário, o que ocorreu com a entrada do país na Comunidade Europeia e com a força dos tratados internacionais sobre os direitos humanos.

Como todo ciclo de poder, também, a soberania do Parlamento mereceu discussão, sendo o embrião da discordância quanto à validade do princípio da soberania nos moldes ingleses. Assim, a questão de que os direitos fundamentais mereceriam uma proteção além daquela que pode ser dada pelo legislador, sem ter uma forte discussão da validade dessa

⁴⁸ A palavra aparece entre aspas, pois o povo, considerando todos aqueles que viviam no reinado, ainda não tinham voz. No entanto, por existirem os burgueses, isto é, pessoas que não possuíam títulos de nobreza, pode-se dizer que isso foi o início da participação popular.

afirmação, fortaleceu a tese do Poder Judiciário como o protagonista dessa função protetiva dos direitos fundamentais mínimos e mundialmente aceitos – os Direitos Humanos.

A própria experiência britânica seria uma prova de que os legisladores são capazes de elaborar um debate sobre o direito de forma honesta e de boa-fé, que venha, ao fim, criar um arcabouço de proteção às minorias. Sob esses questionamentos, as teses que discutem a proeminência do *judicial review* tomaram forma no mundo acadêmico, discutindo eminentemente a legitimidade democrática do Poder Judiciário frente a uma não constatação da ilegitimidade empírica do Parlamento na proteção de todos, inclusive das minorias insulares.

Jeremy Waldron,⁴⁹ então, traz uma constatação crítica em relação à primeira paixão pelo Poder Judiciário, em especial, à afirmação de que este se legitimaria pelo argumento, pois se utilizaria de fundamentação trabalhosa, honesta e de boa-fé, o que geraria uma maior infalibilidade das decisões. Para o autor, essa afirmação não comprovada parte de uma falta de conhecimento do trabalho Legislativo e de um maior conhecimento acadêmico do trabalho do Judiciário, pois, nas faculdades, ensina-se apenas a forma de agir e pensar dos juristas.

Nosso silêncio sobre esta matéria é ensurdecedor quando comparado à eloquência filosófica com a qual tratamos os tribunais. Não há nada sobre o Legislativo ou sobre a legislação na filosofia jurídica moderna que se compare remotamente à discussão travada sobre o processo de decisão judicial. Ninguém parece ter enxergado a necessidade de uma teoria ideal que faça pela legislação o mesmo que o juiz ‘Hércules’ de Ronald Dworkin pretende fazer pelo debate adjudicatório⁵⁰.

A diferença é que os juristas aprendem a estudar a fundo as razões apresentadas por juízes; eles não recebem treinamento para estudar a fundo o raciocínio Legislativo.⁵¹

Em contrapartida a essa supervalorização da perspectiva da atuação do Judiciário em sua função de intérprete constitucional, tendo-o como um fórum incorruptível, existe a subvalorização da atuação do Legislativo para a mesma função, retratando-o como corruptível e suscetível às negociações.

Essa perspectiva positiva em relação à capacidade do Judiciário de deliberar sobre princípios surge, como já explicado anteriormente, de dois aspectos: um relacionado à suposta expertise da corte; outro ao ambiente institucional neutro, encapsulado contra as pressões políticas.

⁴⁹ Professor Doutor de Direito e Filosofia na Faculdade de Direito da Universidade de Nova York e foi professor de teoria social e política no *All Souls College*, na Universidade de Oxford. Ele nasceu na Nova Zelândia e é um dos principais autores sobre a teoria da redignificação do Legislativo e crítico do *judicial review*.

⁵⁰ DWORKIN, Ronald. *A Dignidade da Legislação*. Martins Fontes, 2003. p. 01.

⁵¹ WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao *judicial review*. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino. *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2010. p. 130.

Mendes aponta um elemento negativo a respeito dessas duas características, pois, tratando-se de questões de princípios, não é aconselhável que a análise se reserve à pura expertise e a uma posição ou a um local hermético, visto que isso pode ser exatamente o problema, e não a solução. Assim, a interpretação constitucional é uma batalha normativa e ideológica, e não uma ciência neutra e técnica.⁵²

Sobre essa crítica ao argumento realizado pelo Legislativo (subvalorização dos argumentos do Legislativo), Mark Tushnet é enfático: “não deveríamos criticar os legisladores por deixarem de raciocinar como os juízes raciocinam, pois essa pode não uma maneira inteligente de abordar as questões em jogo”.⁵³

Quanto à superestimativa da qualidade das razões das cortes, ou à subestimativa da qualidade das razões sobre a constitucionalidade dos parlamentos, Waldron explica que a maior parte do conteúdo decisório das cortes se limita a fundamentar sua legitimidade em decidir a questão posta, máxime naquelas sensíveis. Enquanto isso, o Parlamento, por não necessitar se autolegitimar, acaba utilizando todo o processo decisório com fundamentos de mérito. Portanto, não se pode ter como verdade absoluta a afirmação de que as Cortes se legitimam pelo argumento.

A título de exemplo, Waldron compara os debates da inglesa Câmara dos Comuns sobre o projeto de Lei de Interrupção Médica da Gravidez, de 1966, aos debates contidos na decisão da Suprema Corte americana no caso *Roe vs Wade*.

Talvez este argumento não seja realmente sobre a presença ou ausência da fundamentação, mas, antes, sobre sua qualidade. Do meu ponto de vista, contudo, as razões que os tribunais tendem a apresentar quando exercem os poderes de judicial review sobre a legislação raramente são as razões que seriam examinadas em uma discussão deliberativa plena [...]

No acórdão de 50 páginas da Suprema Corte em *Roe v. Wade*, por exemplo, existem uns poucos parágrafos tratando da importância moral dos direitos reprodutivos em relação à privacidade e os poucos parágrafos que abordam a outra questão moral em jogo – o status dos direitos do feto – ocupam-se principalmente com a demonstração da diversidade de opiniões sobre a questão. Leia aqueles parágrafos: o resultado pode ser atraente, mas o “raciocínio” é trivial.

Eu realmente penso que existe uma boa razão para isso. Os tribunais estão preocupados com a legitimidade de sua tomada de decisão e, assim, concentram sua “fundamentação” nos fatos que tendem a demonstrar que eles estão juridicamente autorizados – pela constituição, por lei ou por precedentes – a tomar a decisão a qual se propõem a tomar.

Distraídos por essas questões de legitimidade, os tribunais se concentram no que outros tribunais fizeram ou no que diz o texto da Declaração de Direitos, enquanto os

⁵² MENDES, Conrado Hubner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. Dissertação Doutorado. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. p. 92.

⁵³ TUSHNET, Mark. Taking the Constitution Away from the Courts. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. (Org.). Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010. p. 132.

legisladores – apesar de todos seus defeitos – tendem ao menos a ir diretamente ao cerne da questão⁵⁴.

O autor conclui que, na discussão no Parlamento inglês, há amplo debate quanto às questões morais envolvidas no projeto de lei, no qual se ouve todos os lados: trabalhistas e conservadores pró-vida e pró-aborto, apresentando um debate apaixonado de cada lado, mas também de maneira minuciosa e honrada, em que havia a atenção às questões de direito, aos princípios e às pragmáticas de ambas as partes. No fim, o grupo pró-aborto venceu, todavia, o fato de se ter respeitado o direito ao debate levou a rendição ao grupo vencido pelos argumentos e pelo voto. Por sua vez, ao analisar os votos do caso *Roe vs Wade*, o mesmo autor depreende que o debate em relação à legalização do aborto, na Corte americana, voltou-se essencialmente à sua legitimidade, e não ao mérito da questão.

Como exemplificação, buscou-se a última questão essencial debatida no Supremo Tribunal Federal. A mais recente foi no julgamento da ADO 26 c/c MI 4733, em junho/2019, na qual, por analogia, criminalizou-se a homofobia. Da leitura de três votos que estão disponibilizados, dos ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski e do Relator Celso de Mello, tem-se a mesma percepção de que a Corte dispende muito mais tempo na autolegitimação, na discussão da liberdade de escolhas e na proteção social ao cidadão LGBT+ do que no debate do mérito, o qual não deveria ser apenas se a Corte pode igualar homofobia a outros crimes sociais, mas também e, principalmente, se o fato de criminalizar uma atuação social abjeta tem potencial de cessar ou diminuir essa atitude no seio da sociedade.

Nestes votos não há um parágrafo discutindo se há nexos de causalidade entre a criminalização do racismo e a redução das práticas na sociedade, e, a partir disso, extrai-se que, sendo positiva a resposta social e havendo legitimidade da corte, haveria elementos mínimos de plausibilidade na criminalização por analogia.

No fim, a Corte criou um tipo penal por analogia, não trouxe pacificação social e, nem mesmo, gerou um sentimento de necessidade e celeridade ao Congresso; ao ponto deste entender pela necessidade de concluir os debates e votar a questão. Isso porque não foi definida, na Corte, a simples questão: a criminalização é a melhor forma de atacar a homofobia?

Portanto, a primeira afirmação que o Judiciário usa da argumentação não seria suficiente para legitimá-lo, pois, o Legislativo também o faz, logo, o ponto que poderia ser utilizado para discussão é sobre a qualidade das argumentações.

⁵⁴ WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao judicial review. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. (Org.). Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010. p. 131-132.

Todavia, também quanto à qualidade, não se tem qualquer elemento concreto para afirmar que os argumentos apresentados pelo Judiciário demonstram um nível de qualidade ou de genialidade que os elevem a criadores de legitimidade.

Na verdade, conforme defendido anteriormente, os argumentos dos Legislativos tendem a ser mais fortes, pois podem analisar a qualidade do direito pretendido – se é bom ou mal, necessário ou desnecessário – e, em seguida, deliberar sobre a elaboração ou não da norma intencionada. Já o Judiciário, na grande maioria das vezes, discute a existência ou não do direito reivindicado, portanto, a sua argumentação está contida na do Legislativo⁵⁵.

É verdade que, quando a interpretação é realizada pela Corte Suprema, a prática demonstra que em determinadas situações, em que o direito reivindicado advém diretamente da Constituição, tem-se aplicado decisões aditivas em sentido estrito e aditivas manipulativas,⁵⁶ que, de fato, criam direitos e, nesse ponto, analisa-se a qualidade do direito pretendido. No entanto, essa segunda hipótese, além de ser exceção, deve ser discutida quanto à validade jurídica, isso porque entende-se que essa aditivação judicial da norma é um defeito do sistema.

⁵⁵ Waldron comenta a qualidade das decisões judiciais em: WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao judicial review. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. (Org.). Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010. p. 131.

⁵⁶ Para maior aprofundamento do tema, ver: ABOUD, Georges. Sentenças interpretativas, coisa julgada e súmula vinculante: alcance e limites dos efeitos vinculante e erga omnes na jurisdição constitucional. Tese de mestrado. São Paulo. PUC/SP.2009. p. 164-172.

8 A DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA E O DISCURSO ELITISTA

Não se pode negar a realidade: existem determinadas situações nas quais a maioria subjuga erroneamente os direitos da minoria e, portanto, pratica injustiça. Por isso, em tais situações, deve existir uma forma de correção.

Um dos principais argumentos contra o trabalho do parlamento em uma democracia é a sua organização sob o princípio da maioria, o que poderia dar azo à chamada “tirania da maioria”⁵⁷. Desse conceito surgiria a necessária participação do Judiciário para buscar a proteção dos direitos fundamentais da minoria, exercendo a função contramajoritária.

A dificuldade de composição dos desacordos morais de boa-fé entre maioria e minoria, bem como a necessidade de respeitar a decisão da maioria mitigada ou balanceada pelos princípios constitucionais, já se encontravam presentes no Primeiro Discurso Inaugural de Abraham Lincoln, pronunciado em 1861⁵⁸:

From questions of this class spring all our constitutional controversies, and we divide upon them into majorities and minorities. If the minority will not acquiesce, the majority must, or the Government must cease. There is no other alternative, for continuing the Government is acquiescence on one side or the other. [...] A majority held in restraint by constitutional checks and limitations, and always changing easily with deliberate changes of popular opinions and sentiments, is the only true sovereign of a free people. Whoever rejects it does of necessity fly to anarchy or to despotism. Unanimity is impossible. The rule of a minority, as a permanent arrangement, is wholly inadmissible; so that, rejecting the majority principle, anarchy or despotism in some form is all that is left.

⁵⁷ A expressão "tirania da maioria" foi usada por John Adams em 1788, ganhando proeminência depois de aparecer em 1835, em *Democracia na América*, de Alexis de Tocqueville, quando foi título de uma seção. O termo foi popularizado por John Stuart Mill, no momento em que o autor citou Tocqueville, em livro *Sobre a Liberdade* (1859). (MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1991. (Clássicos do Pensamento Político, v. 22).

⁵⁸ Das questões desta classe surgem todas as nossas controvérsias constitucionais, e as dividimos em maiorias e minorias. Se a minoria não concordar, a maioria ou o governo deve cessar. Não há outra alternativa, pois continuar o governo é aquiescência de um lado ou de outro. [...]

A maioria detida por restrições e restrições constitucionais, e sempre mudando facilmente com mudanças deliberadas de opiniões e sentimentos populares, é o único verdadeiro soberano de um povo livre. Quem o rejeita, necessariamente voa para a anarquia ou para o despotismo. A unanimidade é impossível. A regra de uma minoria, como um acordo permanente, é totalmente inadmissível; de modo que, rejeitando o princípio da maioria, anarquia ou despotismo, de alguma forma, é tudo o que resta (tradução nossa). Disponível em: <<https://www.bartleby.com/124/pres31.html>>. Acessado em: 21 de agosto.2019. Citado em WALDRON, Jeremy, *Law and Disagreement*. Oxford University Press. 1a. ed. 1999.p. 264.

Dessa forma, um conceito deve ser trabalhado para posterior discussão em relação à existência ou não de uma “tirania da maioria”, bem como da necessidade do exercício da função contramajoritária pelo Judiciário: o de voto por maioria.

O voto da maioria surge em sociedades de iguais, sendo que a igualdade entre os votantes é uma premissa necessária para a validade desse método de decisão. Outra alegação importante é que essa votação deve ser exercida em uma sociedade na qual haja a plena liberdade de escolha e, por fim, que nesse meio exista o pré-acordo da limitação das vontades de forma democrática, no limite da liberdade social de Stuart Mill.

O assunto deste ensaio não é a chamada liberdade do querer, tão infortunadamente oposta à doutrina mal denominada “da necessidade filosófica”; e sim a liberdade civil ou social: a natureza e os limites do poder que a sociedade legitimamente exerça sobre a o indivíduo.⁵⁹

Mill, ainda, discute a “tirania da maioria”, chamada de “tirania da opinião”, a qual é apresentada como a limitação da vontade do indivíduo ao querer da sociedade.

A sociedade pode executar e executa os próprios mandatos; e, se ela expede mandatos errôneos ao invés de certos, ou mandatos relativos a coisas nas quais não deve intrometer-se, pratica uma tirania social mais terrível que muitas outras formas de opressão política, desde que, embora não apoiada ordinariamente nas mesmas penalidades extremas que estas últimas, deixa, entretanto, menos meios de fuga que elas, penetrando muito mais profundamente nas particularidades da vida e escravizando a própria alma. A proteção, portanto, contra a tirania do magistrado não basta. Importa ainda o amparo contra a tirania da opinião e do sentimento dominantes: contra a tendência da sociedade para impor, por outros meios além das penalidades civis, as próprias idéias e práticas como regras de conduta, àquelas que delas divergem, para refrear e, se possível, prevenir a formação de qualquer individualidade em desarmonia com os seus rumos, e compelir todos os caracteres a se plasmarem sobre o modelo dela própria. Há um limite à legítima interferência da opinião coletiva com a independência individual. E achar esse limite, e mantê-lo contra as usurpações, é indispensável tanto a uma boa condição dos negócios humanos como à proteção contra o despotismo político.⁶⁰

A preocupação de Mill está no risco permitido e esperado de que as escolhas da sociedade tendem a moldar o comportamento social para uma média do geral, afastando dos comportamentos extremos e, portanto, atingindo as liberdades individuais.

Compreende-se que esse conceito é uma verdade, pois, quando os indivíduos aceitaram a se unir em grupos, eles, automaticamente, acordaram em limitar suas liberdades. De início, as limitações eram decididas por um líder, um soberano, um rei, um déspota, um tirano, e,

⁵⁹ MILL, John Stuart. Sobre a Liberdade. 2. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1991. p. 45. (Clássicos do Pensamento Político, v. 22).

⁶⁰ Ibid., p. 48-49.

atualmente, dão-se pelo *self government* – o poder do povo sobre si mesmo, por meio dos representantes escolhidos.

Sob o ponto de vista dos governos autoritários, a discussão em Mill, sem dúvidas, tem maior respaldo. Porém, em sociedades democráticas – desde que haja um sistema bem desenvolvido, em que se dê voz a todas as opiniões, e estas sejam consideradas antes da votação – a tendência ao centro não pode ser analisada como tirania, mas como local de coesão, um ponto em que se respeita o direito coletivo, sem interferir no núcleo da liberdade individual de pensar, de opinar e de crer. Todavia, na liberdade de agir deve ter o respeito ao coletivo, pois, ela tem o real potencial de interferir no direito de terceiros.

Ela abrange, primeiro, o domínio da consciência, exigindo liberdade de consciência no mais compreensivo sentido, liberdade de pensar e de sentir, liberdade absoluta de opinião e de sentimento sobre quaisquer assuntos, práticos ou especulativos, científicos, morais ou teológicos. A liberdade de exprimir e publicar opiniões pode parecer que cai sob um princípio diferente, uma vez que pertence àquela parte da conduta individual que concerne às outras pessoas. Mas, sendo quase de tanta importância como a própria liberdade de pensamento, e repousando, em grande parte sobre as mesmas razões, é praticamente inseparável dela. Em segundo lugar, o princípio requer a liberdade de gostos e de ocupações; de dispor o plano de nossa vida para seguirmos nosso próprio caráter; de agir como preferirmos, sujeitos às consequências que possam resultar; sem impedimento da parte dos nossos semelhantes enquanto o que fazemos não os prejudica, ainda que considerem a nossa conduta louca, perversa ou errada. Em terceiro lugar, dessa liberdade de cada indivíduo segue-se a liberdade, dentro dos mesmos limites, de associação entre os indivíduos, de se unirem para qualquer propósito que não envolva dano, suposto que as pessoas associadas sejam emancipadas, e não tenham sido constrangidas nem iludidas.⁶¹

Com base na perspectiva de um governo democrático e representativo, deve ser considerada a alteração da relação entre a autoridade e o cidadão (não mais o súdito). Desse modo, o poder passa a ser uma expressão da vontade do povo e do próprio governado, assim, sob o *self government*, deve ser mitigado o conflito entre liberdade e autoridade.

Jeremy Waldron reflete sobre esse tema nos regimes democráticos de acordo com quatro pressuposições que devem estar presentes nessa sociedade⁶²: 1) as instituições democráticas devem estar em razoáveis condições de funcionamento, incluindo um Legislativo representativo, eleito por sufrágio adulto universal; 2) a existência de um conjunto de instituições judiciais – também em coerentes condições de funcionamento – erigidas sobre uma base não representativa para conhecer as ações individuais, resolver controvérsias e defender o

⁶¹ MILL, John Stuart. Sobre a Liberdade. 2. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1991. p. 56. (Clássicos do Pensamento Político, v. 22).

⁶² WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao judicial review. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. (Org.). Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010. p. 106.

Estado de Direito; 3) um comprometimento dos membros da sociedade e da maioria de suas autoridades com a ideia de direitos individuais e de minorias; e 4) discordância persistente, substancial, e de boa-fé quanto aos direitos entre os membros da sociedade que estão comprometidos com a ideia de direitos.

No contexto dessas pressuposições, ele critica o conceito de tirania com o qual parte da doutrina realiza o debate: aquilo que acontece a alguém quando seus direitos são negados.⁶³ Essa conceituação geraria dois erros: o primeiro seria a banalização, pois, quando em disputa dos direitos fundamentais, inevitavelmente, o lado que busca uma interpretação mais extensiva entenderá que os opositores agem de forma tirânica; o segundo geraria a tirania recíproca, quando posto em debate um paradoxo, visto que todos os lados, em controvérsia, iriam se considerar vítimas de um ato tirânico.

Percebe-se, portanto, a necessidade de ampliar a discussão em relação ao conceito de tirania nesse debate, de forma que não se resuma ao desacordo quanto a uma decisão desfavorável; esta deve ser, também, incorreta e tomada em um cenário que não estejam presentes as regras de procedimentos pré-determinados pela sociedade, bem como em um contexto em que seja inexistente ao menos um dos quatro pressupostos de Waldron citados.

Mesmo nesse cenário mais limitado do conceito de tirania, é questionável a validade axioma da “tirania da maioria” como argumento contra a atividade parlamentar e favorável ao Judiciário. Isto porque todas as instituições democráticas estão sob o risco de decisões incorretas sobre os direitos ou o modo de aplicá-las.

As instituições democráticas, em determinadas circunstâncias, tomarão decisões incorretas sobre direitos e ao modo de aplicá-los, isso significa que as vezes agirão de forma tirânica⁶⁴.

Ou dizemos que tirania é tirania independente do modo, como (e entre quem) a decisão tirânica é tomada, ou dizemos – e este é o meu ponto de vista – que o aspecto majoritário suaviza a tirania, pois indica que havia ao menos uma coisa não tirânica nesta decisão: ela não foi tomada de uma maneira que excluísse tiranicamente pessoas da participação como iguais.⁶⁵

⁶³ WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao judicial review. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. (Org.). Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010. p. 93-157.

⁶⁴ A título de exemplo, o Supremo Tribunal Federal, ao determinar a prisão em 2ª instância no julgamento HC 126.292, agiu de forma tirânica para boa parte da sociedade. Todavia, essa mesma parte da sociedade, possivelmente, concordou a recente decisão no INQ 4435 que entendeu que os crimes comuns conexos com os crimes eleitorais são de competência da Justiça eleitoral. Ocorre que, nessa segunda decisão, aqueles que consideraram não tirânica a primeira, agora entendem que houve tirania.

⁶⁵ WALDRON, Jeremy, op. cit., p. 146.

Assim, o fato de algo ser decidido por maioria não deve ser suficiente para concluir que haja tirania, pois na verdade, ambas as instituições: Legislativo e Judiciário decidem por esse meio e estão sob a possibilidade de errarem na decisão.

Estando de acordo que o método da maioria, por si só, não é tirânico, que não tem lógica a distinção da tirania pelo órgão que utiliza o sistema – Parlamento ou Judiciário – e que o voto por maioria pressupõe uma sociedade de iguais – dentro de um corpo social razoavelmente bem-estruturado em suas instituições –, é racional imaginar que quanto maior o número de votantes, menor será o efeito dessa tirania.

Isto é uma verdade estatística: quanto maior o tamanho da amostra, menor é o erro esperado. Assim, o tamanho da amostra é responsável pela aproximação da vontade geral⁶⁶: quanto maior a amostra (n), mais distante ela está da vontade individual e mais próxima da vontade da população (N). Desse modo, uma vez que se busca evitar o erro da decisão por maioria (tirania), é plausível concluir que se deve aumentar, ao máximo, a quantidade de votantes.

Trabalhando sobre esse tema, o Marquês de Condorcet⁶⁷, no texto *Essai sur l'application de l'analyse à la probabilité des décisions rendues à la pluralité des voix*⁶⁸, publicado em 1785, aplica a teoria das probabilidades às Ciências Sociais.

De acordo com a teoria do matemático francês, se um grupo deseja chegar a uma decisão correta por voto majoritário (P), sendo (p) a probabilidade individual próxima de $\frac{1}{2}$ (ou seja, ela é muito difícil e há dúvida real), a decisão correta será melhor quanto maior for a amostra (n), devendo sempre ser número ímpar, em que o ganho de (n) votantes cresce proporcional a (\sqrt{n}).

Assim, quando se tem 2 votantes, o ganho de precisão é de 1.41; ao se ter 11 votantes, esse ganho aumenta para 3.32; e, quando se tem 513 votantes, o ganho é de 22.65.

O próprio Condorcet apresenta a dificuldade do acerto do voto por maioria, pois esse é correto quando se tem apenas duas opções (A ou B), e estas são diametralmente opostas (aborto ou não aborto). Além do mais, é preciso compreender que, nas questões que possuem mais de

⁶⁶ Com base na ideia de soberania do povo, da liberdade individual e dentro do estado republicano, Rousseau conceitua vontade geral como o substrato coletivo das consciências. (ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social. São Paulo: Abril Cultural, 1973. (Os pensadores. p. 49).

⁶⁷ Marie Jean Antoine Nicolas Caritat de Condorcet, matemático, filósofo, economista e sociólogo. Membro da Academia das Ciências desde 1769, é um dos pensadores mais influentes no desencadeamento da Revolução Francesa.

⁶⁸ Disponível em: <<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k417181.image>>. Citado em PINTO, Joaquim Antônio da Piedade. Teoria matemática das eleições. Disponível em: <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/64099/1/90439_Tese-167_TM_01_C.pdf>. Acesso em: 21 de agosto. 2019.

duas opções e ainda há correlação entre elas, tende a ocorrer um erro esperado do voto da maioria – transitividade.

Para facilitar o entendimento, observe o exemplo: suponha que haja 3 candidatos (A, B e C), e A tenha recebido 40% dos votos, B, 35% e C, 25%; nesse caso, mesmo que A tenha recebido mais votos, não houve maioria para nenhuma opção. Nessa situação, deveria ter outra votação entre A e B para se obter a maioria. Esse é o modelo das eleições brasileiras, que traz o erro da transitividade, em que para uma opção ser considerada a melhor, faz-se necessário que os votantes de uma parte “perdedora” escolham as outras duas melhores. Assim, percebe-se que a premissa do voto majoritário é que a maioria está certa, mas, em casos como esse, não há a opção certa, visto que nenhuma obteve a maioria dos votos e, por isso, opta-se pela menos errada.

Tem-se, portanto, a comprovação da afirmação feita por Waldron de que todos os modelos que utilizam o voto majoritário, Parlamento ou Judiciário, tendem a ser tirânicos. No entanto, a partir da primeira afirmação de Waldron, e provada por Codorcet, tem-se outra verdade: quanto maior o número de votantes, menor a chance de erro.

De fato, um único votante não leva ao erro matemático, mas levaria à falha democrática, uma vez que, até este momento, ainda se entende a democracia como o melhor método de governo, por isso, a alternativa é escolher o sistema que utilize o maior número de votantes.

Tem-se, então, a proposição inicial deste capítulo: o voto majoritário, por si, não leva à decisões tirânicas, e, caso ela (a tirania) existisse, o local onde é realizada essa votação não retira essa tirania.

Na busca por informar em qual cenário seria plausível entender uma decisão incorreta, Waldron apresenta os conceitos de maioria e minoria decisória, isto é, aquela que participa das votações, e maioria e minoria tópicas, as quais são referentes aos grupos majoritários ou minoritários cujos direitos estão para decisão.

A injustiça pelo voto da maioria é plausível quando há a correlação entre as minorias decisórias e as minorias tópicas, sendo essa minoria discreta e insular nos termos apresentados pelo juiz Stone na quarta nota de rodapé do caso *Carolene Products*⁶⁹.

Todavia, faz-se necessário restringir, ao máximo, o conceito de minoria discreta e insular. Isso porque essa adjetivação deve se apor exclusivamente àquelas minorias cujos

⁶⁹ “[...] whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry”. *US Supreme Court*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/304/144/>>. Acesso em: 12 de junho. 2019.

membros estão isolados do resto da comunidade, no sentido de não compartilhar muitos interesses, de forma a não permitir a construção de uma série de coalizões para a promoção de direitos⁷⁰.

Esse argumento é criticado por Ely, o qual afirma que as teses da teoria política pluralista – qualquer grupo cujos membros tivessem direito ao voto, poderia proteger os próprios interesses –, ainda que possam funcionar na regra, não devem prevalecer sempre, pois é um fato inegável a existência de concentração de poder em determinados grupos políticos⁷¹, o que pode impedir o debate honesto dos direitos de minorias.

Todavia, Ely alerta para o erro de que a tese das minorias discretas e insulares pode trazer: impedir a proteção de determinadas minorias que possuem participação política e poder de barganha eleitoral, como é o caso dos negros e dos LGBTIs. Assim, apesar de ser clara a asserção de que os tribunais seriam o melhor local para proteção daqueles que não conseguem se proteger politicamente, a sua justificativa não é⁷².

Ely propõe a utilização de um critério de “classificação suspeita” da norma atacada, pelo qual aquele que pretende anulá-la deve demonstrar a existência de uma motivação inconstitucional; em sentido contrário, o Estado deve demonstrar: 1) que a norma possui entre todas as interpretações possíveis, uma que apresente uma meta extremamente relevante; e 2) que o resultado da norma se encaixa nessa meta⁷³.

A compreensão da tese de Ely fica mais tangível com um exemplo. O grupo de pessoas que praticam crimes é, sem dúvidas, uma categoria que recebe da sociedade uma hostilidade generalizada. Desse modo, pode-se afirmar que são minorias discretas e insulares, visto que não teriam condições de proteção política em face às normas que buscam criminalizá-las⁷⁴. No entanto, se a proposição acima (minorias discretas e insulares) fosse associada à teoria das “classificações suspeitas”, as normas criminalizantes permaneceriam, pois existiria uma meta relevante (proteção social), uma a compatibilidade da meta e um resultado esperado⁷⁵.

Porém, essa leitura apresentada por Ely gera um defeito institucional, porque praticamente todas as questões poderiam/deveriam ser levadas ao Judiciário para ele decidir se houve ou não uma motivação justa. É importante ressaltar que esse é exatamente o cenário atual

⁷⁰ WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao judicial review. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. (Org.). Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 154.

⁷¹ ELY, John Hart. Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo. Martins Fontes, 2010. p. 181.

⁷² Ibid., p. 204-205.

⁷³ Ibid., p. 196.

⁷⁴ Possivelmente Ely escreveu esse texto antes do fortalecimento das teorias garantistas.

⁷⁵ ELY, John Hart, op. cit., p. 207.

do sistema democrático brasileiro, ou seja, assim como já apontado por Dworkin, aqui, também, há uma contradição interna.

Essa conclusão volta ao ponto de Waldron em contraposição aos defensores do *judicial review* e é, também, o assunto questionado por Ely: por que deveríamos desconfiar dos órgãos Legislativos? E, ao mesmo tempo, como afirmar que o Judiciário não possui os mesmos defeitos que são apontados ao Legislativo?

O autor discute esse tema afirmando que, primeiramente, deve-se comprovar que as maiorias judiciais não estão infectadas pelos mesmos preconceitos das legislativas. No caso afirmativo, haveria uma situação irremediável democraticamente.

O argumento que preceitua a melhor defesa das minorias pelo Judiciário parte de um preconceito, pois entende que a percepção dessa anomalia depende de um maior preparo intelectual, assim, apenas a elite política – a qual também forma a elite judicial – estaria apta a corrigir o erro.

O argumento em prol de conceder autoridade final aos juízes é o de que os simpatizantes da elite que estão no Judiciário estão mais bem capacitados do que os simpatizantes da elite no Legislativo para proteger a si próprios quando conferem direitos aos membros de uma minoria impopular. Eles estão menos vulneráveis ao clamor público e não precisam se preocupar com retaliações⁷⁶.

Percebe-se que essa afirmação possui uma suposição preconceituosa de que as elites estão mais atentas aos direitos de minorias insulares, todavia, essa é uma pressuposição sem comprovação teórica ou empírica. De modo inverso, pode-se fazer outra suposição não comprovada, “as instituições eleitas podem ser melhores para proteger direitos de minorias porque os arranjos eleitorais fornecerão uma maneira de canalizar o apoio popular aos direitos de minorias para o parlamento, ao passo que tais canais não existem no Judiciário”.⁷⁷

Na prática, o que se vê é uma enorme falibilidade do procedimento judicial e do seu resultado – as decisões. Dessa forma, para demonstrar a lógica da afirmação, toma-se como premissa: a maior parte das decisões da Corte, em especial nos temas sensíveis, são tomadas por maioria quase sempre por apenas um voto majoritário.

Pois bem, se uma decisão é baseada em argumentos de *experts* e tem-se a pré-compreensão que eles são infalíveis, o resultado esperado seria a unanimidade.

⁷⁶ WALDRON, Jeremy, op. cit., p. 155.

⁷⁷ Ibid., p. 156.

Nem mesmo Dworkin defendia a infalibilidade do juiz⁷⁸, visto que, mesmo entendendo que existe uma resposta certa, afirmava que seria impossível de demonstrá-la. Tem-se, então, um paradoxo lógico, pois, o fato de não conseguir demonstrar uma afirmação não a transforma em falsa, todavia torna todas as alternativas plausíveis. Logo, a falta de sua comprovação transfigura as teses em ideologia.

Por isso, o perigo dessa afirmação (infalibilidade do Poder Judiciário) em um Estado Democrático, principalmente ao ser vista como elemento de reforço da legitimação do Judiciário – um único poder – como o detentor da resposta certa, pois se valida um Poder sob uma premissa não confirmada.

⁷⁸ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 222.

9 ALTERAÇÃO DO PROBLEMA DO CONFLITO PARA O PARADOXO

Existe uma verdade prévia a este estudo: a vida, em sociedade, pressupõe conflitos. Em determinado tempo histórico, entendeu-se que a melhor forma de resolução desses embates era com uma decisão coletiva, a qual denominou-se lei. Assim, quando surgia a divergência, buscava-se a solução na norma posta e resolvia-se pela lógica: legal ou não legal, permitido ou não permitido.

No mundo jurídico, os conflitos são denominados de casos, e esses, na hermenêutica clássica, são diferenciados pelo grau fácil e difícil. Para o presente estudo, ressaltar-se que foram destacados apenas os teóricos Dworkin e Herbert Hart.

A distinção entre casos fáceis e difíceis passa basicamente pela questão de existir ou não controvérsia, a qual apresenta dois sentidos: quando se utiliza vários métodos de hermenêutica e se encontra soluções distintas; ou quando se utiliza o mesmo método e, ainda assim, chega-se a soluções diferentes.

Portanto, o caso fácil seria aquele que não tem controvérsia, bastando, portanto, a simples aplicação do método lógico-dedutivo. Na verdade, o método para esses teóricos seria irrelevante, pois qualquer um seria eficaz, o importante era que existisse apenas uma solução, ou uma resposta certa. Já nos casos difíceis haveria a controvérsia, isto é, mais de uma solução, independente da metodologia utilizada. Todavia, nessa concepção, há divergência entre os autores abordados, pois, para Dworkin, mesmo nos casos difíceis haveria apenas uma resposta correta.

A controvérsia, por sua vez, nada mais é do que a contestação de uma das partes do pedido, da ideia e do direito de outrem. Além do mais, num estágio de evolução social no qual a regra é a interrelação múltipla entre pessoas, tudo é controverso, portanto, todo objeto é conflitante.

No estágio atual de conectividade da humanidade, maximizou o problema da linguística, gerando um efeito acessório ao direito. Assim, seu objeto deixa de ser o simples conflito. O embate que se resolvia pela norma, A ou não A, amplia-se, decorrente do efeito da interpretação da norma (uso da linguística) para: A pode ser ou não A, a dependendo da circunstância e do interprete. Rudolf Wiethölter⁷⁹ chamou isso de efeito de Paradoxificação⁸⁰.

Ficou claro para Wiethölter que o que era, em primeira instância, chamado de conflito de direitos, em segunda instância, significava paradoxos jurídicos. Conflitos de direito

⁷⁹ Filósofo, advogado e professor emérito da Universidade Johann Wolfgang Goethe de Frankfurt am Main.

⁸⁰ ABBOUD, Georges. Processo constitucional brasileiro. 2. ed. São Paulo: Mastersaf, 2018. cap. 10.6.3. n.p.

não são nada mais do que epifenômenos de paradoxos jurídicos. O par de oposição identidade/diferença é convertido em par de oposição paradoxo/diferença⁸¹.

A distinção entre conflito e paradoxo é apresentada por Wiethölter⁸²:

1. Conflitos de direito são contradições entre diferentes reivindicações de validade: ou A ou não A; direito ou não direito; uma lei ou outra; um modelo social ou outro. Paradoxos podem emergir de contradições, mas eles têm uma estrutura mais complicada em função da sua autorreferencialidade ou da sua autojustificação: A porque não A e não A porque não A; (legalmente) certo porque errado, e errado porque certo. O cretense está mentindo quando ele diz, referindo-se a si mesmo, que ele está mentindo? Seria a lei justa em si mesmo? É legalmente certo/errado julgar conflitos como certo/errado?
2. Isso acarreta consequências diferentes. Conflitos podem ser resolvidos decidindo entre alternativas, ou eles levam em consideração comprometimento. Ambas as maneiras são vedadas no caso dos paradoxos. Não se pode, através de decisão, evitar a oscilação entre os polos, já que cada decisão ativa um círculo autorreferencial novamente. A situação que se estabelece é de indecidibilidade em princípio. Paradoxo resulta em paralisia. Essa é a razão pela qual paradoxos são ridicularizados ou colocados como tabu.
3. Conflitos requerem critérios e procedimentos de forma que uma decisão seja possível. Paradoxos não podem ser contornados dessa forma. Não há forma direta ou indireta em direção a uma solução para eles. Afinal, eles não levam à tona a decisão do conflito em si, mas sim o próprio conflito.

Esse cenário de transposição do conflito para o paradoxo, desenhado por Wiethölter, é a representação exata, ou a mais próxima, da realidade vivenciada nas sociedades modernas, o que também foi observado em Waldron, citando Richard Wolheim⁸³.

Nenhum procedimento decisório será perfeito. Seja um processo de legislação não passível de reexame, seja um processo de judicial review, ele chegará algumas vezes à decisão errada, traíndo direitos em vez de confirmá-los. Esse é um fato da vida política. Todos devem admitir que algumas vezes haverá dissonância entre o que se considera a escolha certa e o que se considera a escolha produzida pelo procedimento decisório que se vê como legítimo. Richard Wollheim chamou a isso de “um paradoxo da teoria da democracia” (...). Mas Wolheim estava errado em atribuir esse paradoxo à democracia. Ele é um paradoxo geral da teoria política [...].

Entendendo esse ciclo conflituoso, Rudolf Wiethölter formatou a teoria da Proceduralização⁸⁴, afirmando a necessidade de valorização da forma e do procedimento, como meio de resolução dos conflitos materiais.

⁸¹ ABOUD, Georges. Processo constitucional brasileiro. 2. ed. São Paulo: Mastersaf, 2018. cap. 10.6.3. n.p.

⁸² *Ibid.*, p. X.

⁸³ WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao judicial review. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. (Org.). Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010. p. 119.

⁸⁴ ABOUD, Georges. Processo constitucional brasileiro. 2. ed. São Paulo: Mastersaf, 2018. cap. 10.6.3. n.p.

Wiethölter parte de algumas premissas, quais sejam, a de que o direito clássico formal foi, em última instância, substantivo enquanto filosofia da liberdade, e, enquanto programa diretivo, orientado para sua realização em direção à proceduralização; e a de que não há como existir materialização sem forma e sem procedimento.

Waldron concorda com essa afirmação, entendendo que a criação de um sistema de decisão (razões relacionadas ao processo) para questões complexas (multifacetadas⁸⁵) é tão ou mais importante do que o resultado destas. Isso porque, considerando que a resposta perfeita é praticamente impossível, as razões relacionadas ao processo têm a vantagem de serem consideradas legítimas por ambas as partes conflitantes.

Imaginemos uma decisão sendo tomada por um determinado processo e imaginemos uma cidadã (C_n) – que será obrigada ou onerada pela decisão – discordando da decisão e perguntando por que ela deveria aceitar, cumprir ou tolerá-la. Algumas das pessoas que apoiam a decisão podem tentar persuadir C_n de que aquela está correta em sua substância. Mas elas podem não conseguir convencê-la, não por causa de qualquer obtusidade da parte de C_n , mas simplesmente porque ela continua (não sem razão) a sustentar um ponto de vista diferente sobre esse assunto tão debatido e sério. O que então deve ser dito a C_n ?

Uma resposta plausível pode ser oferecida a ela dizendo respeito ao processo pelo qual a decisão foi tomada. Mesmo que ela discorde do resultado, ela pode ser capaz de aceitar que se chegou a ele de maneira imparcial.

A teoria de uma resposta baseada no processo como essa, é a teoria da legitimidade política⁸⁶.

Apesar de os autores concordarem quanto ao diagnóstico, há clara discordância entre Wiethölter e Waldron, pois, o primeiro, mesmo entendendo a necessidade da valorização do procedimento, conclui que o direito formal falhou, sendo que as próprias partes devem chegar à resolução do paradoxo, utilizando as regras de procedimento pré-constituídas.

Como um possível caminho para esse impasse, Wiethölter considera viável reconciliação entre as duas experiências de direito natural sociológico (direito como natureza-sistema-ordem e direito como história-razão-constituição) através de um próprio sujeito racional. Logo, há um consenso de que, no fundo, se trata de fracasso do direito. Isso enseja a busca por substituto institucional que se enquadre na categoria de terceira parte imparcial. Afinal, o direito, no lugar de Deus, natureza, ordem, mercado e liberdade, havia prometido um mundo de alocações e distribuições justas, mas não foi capaz de manter tal promessa⁸⁷.

⁸⁵ A expressão multifacetada, retirada do texto de Lon Fuller e utilizada por Waldron, é aquela que não é binária, mas que possuem diversas leituras; portanto, tem o mesmo sentido do paradoxo de Wiethölter. (WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao judicial review. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. (Org.). Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010. p. 123.

⁸⁶ Idem. p. 135

⁸⁷ ABOUD, Georges. Processo constitucional brasileiro. 2.ed. São Paulo: Mastersaf, 2018. cap. 10.6.3. n.p.

Todavia, por estar o magistrado mais próximo das partes e por ser necessária a participação de um terceiro na conclusão do problema, o Judiciário seria o melhor local para essa “mediação” legal.

Isso deveria também acarretar em uma nova distribuição de peso das fontes tradicionais do direito, com uma queda de importância do direito Legislativo correspondendo a um valor maior do fazer direito dentro da sociedade como resultado de conflitos internos, e a um valor maior do direito feita pelo juiz como capaz de sentir e refletir normatividades sociais⁸⁸.

Assim, embora existam discordâncias nos fundamentos, Wiethölter e Waldron concordam na necessidade da existência de regras de procedimentos prévias à decisão, prevalecendo estas às razões relacionadas ao resultado.

⁸⁸ ABBOUD, Georges. op. cit.,n.p

10 A TERCEIRA VIA: A ÚLTIMA PALAVRA COMPARTILHADA

Com a prática do constitucionalismo difundida e o surgimento da teoria justificante, inicia-se, também, o debate político e jurídico de sua validade. Por um lado, há o entendimento de que o sistema representativo-popular, com escolhas pelo procedimento majoritário, é a base da democracia e a legitimação do poder Legislativo – teoria democrática⁸⁹. Por outro, existem os que apontam a necessidade da incidência de um sistema de controle das decisões majoritárias, como forma de inibir o abuso de poder dessa maioria, caracterizado na ofensa aos direitos individuais das minorias. Assim, a democracia não se resumiria ao voto popular, mas também à defesa das garantias individuais e minoritárias, o que forma a tese do caráter contra majoritário⁹⁰ do *judicial review* e a base da legitimação do Poder Judiciário – Teoria Constitucionalista ou democracia constitucional ou governo limitado.

Por esse motivo, questiona-se por que se tem que aceitar a necessidade de uma última palavra? E, se existente a necessidade da última palavra, por que deve necessariamente vir do Poder Judiciário?

Como tentativa de uma terceira via, surge a perspectiva do diálogo institucional. Ele compreende a necessidade da existência de uma interação entre Cortes Constitucionais e Parlamento na atividade de interpretar e dar sentido à Constituição, desacreditando na existência de um único interprete, bem como na última palavra sobre a melhor interpretação constitucional, ou seja, ambos os poderes seriam os guardiões.

Luiz Garibaldi Introcaso⁹¹ identifica os elementos fundamentais que contribuem para a realização do diálogo institucional entre o Legislativo e a jurisdição constitucional:

⁸⁹ Aqui é apontada a distinção utilizada por Conrado Hübner Mendes: “Quando falo em “Teoria Constitucional”, refiro-me a uma reflexão mais desenvolvida no campo do direito, majoritariamente em defesa do controle de constitucionalidade. “Teoria democrática”, por sua vez, é uma corrente construída além das fronteiras da reflexão estritamente jurídica, e tem maior ceticismo e resistência ao controle de constitucionalidade”. (MENDES, Conrado Hubner. Controle de Constitucionalidade e Democracia. Rio de Janeiro. Campus jurídico, 2008. p. 01.

⁹⁰ Expressão desenvolvida por Alexander Bickel. (BARROSO, L.R. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. RFD- Revista da Faculdade de Direito. UERJ, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. Disponível em: <www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/1794/2297>. Acesso em: 07 de setembro.2019. “A questão mais profunda é que o controle de constitucionalidade (judicial review) é uma força contramajoritária em nosso sistema. [...] [Quando a Suprema Corte declara inconstitucional um ato Legislativo ou um ato de um membro eleito do Executivo, ela se opõe à vontade de representantes do povo, o povo que está aqui e agora; ela exerce um controle, não em nome da maioria dominante, mas contra ela. [...] O controle de constitucionalidade, no entanto, é o poder de aplicar e interpretar a Constituição, em matérias de grande relevância, contra a vontade da maioria legislativa, que, por sua vez, é impotente para se opor à decisão judicial”.

⁹¹ RAMOS, Barbosa; ROBERTO, Paulo; PINHEIRO, Analissa Barros. Diálogo institucional: um estudo comparado. Revista da AGU, Brasília, v. 17, n. 02. 295-320, abr./jun. 2018.

- a) uma constituição normativa principiológica que vincula a ação do legislador tanto negativa como positivamente;
- b) o exercício de uma jurisdição constitucional que não limita suas ações na simples declaração de constitucionalidade/inconstitucionalidade dos provimentos Legislativos, mas que absorve a competência para:
 - manipular hermeneuticamente o significado e o alcance desses atos Legislativos;
 - reconhecer a mora do legislador;
 - concretizar o texto constitucional a despeito da inação legislativa;
 - produzir decisões que possuam como objetivo estimular a produção ou a correção legislativa;
- c) a possibilidade de reação ou de reanálise do poder Legislativo acerca de matéria contida em decisão proferida pela jurisdição constitucional, seja para absorvê-la em novo ato Legislativo, seja para contradizê-la com a reedição do ato cassado, seja para extrair dela ensinamentos a serem incorporados em políticas públicas de maior alcance.

Sobre o aspecto de possibilidade de existência de uma terceira via e da efetivação do debate institucional, inclusive com formalização legal desse instituto, este trabalho busca apresentar alguns modelos existente no mundo, bem como algumas formas de diálogo entre Judiciário e Legislativo já existente no ordenamento brasileiro. Ao fim, objetiva-se minutar um modelo de diálogo institucional mais profundo para o ordenamento jurídico nacional.

O movimento histórico dos Poderes apresenta uma alternância de domínio, e não da desejada harmonia. Durante séculos, o Poder Executivo foi dominante, seja porque era único nos tempos dos impérios e das monarquias; seja porque era o comandante do poder bélico nas ditaduras; seja porque exercia hegemonia política no Ocidente pós Revoluções Francesa e Americana. Em seguida, com o fortalecimento do regime democrático, veio a prevalência do Poder Legislativo – final século XIX até final da Segunda Guerra Mundial. Por fim, vive-se os tempos do *judicial review* e da supremacia do Poder Judiciário.

Da análise da linha de hegemonias do poder surge a perspectiva do diálogo institucional, pretendendo efetivar o princípio democrático da harmonia entre os Poderes, consagrado no sistema de freios e contrapesos de Montesquieu na obra *O espírito das leis*: quem cria as leis não pode ser o responsável por executá-la, e quem as executa não pode ser responsável por decidir a constitucionalidade da lei.

É importante ressaltar que o sistema atual do *judicial review*, associado à corrente do constitucionalismo contemporâneo, acaba por dar dupla função ao Judiciário, às vezes até tripla, como em determinados casos de decisões manipulativas⁹²: declara a inconstitucionalidade, cria a norma e determina como executar, como exemplo tem-se o MI 712 sobre o direito de greve dos servidores federais⁹³.

Percebendo esse viés, a teoria do diálogo institucional defende a necessidade da existência da palavra seguinte, seja qual for o anunciante inicial, um outro poder terá algum mecanismo para dialogar. Assim, nunca existirá a palavra final, e, por conseguinte, o supremo poder. Desse modo, trabalha-se a ideia de cooperação entre os Poderes do Estado ao invés do isolamento institucional, tendo como resultado esperado o equilíbrio democrático.

Em outras palavras, busca-se o aprimoramento do sistema a partir de uma ressignificação dos papéis das instituições, possuindo como fundamento a cooperação em suas relações e como alvo a defesa do ambiente democrático e republicano, o que deixa de lado a vaidade institucional.

Nesta linha, Cass R. Sunstein apresenta a necessidade de alteração da perspectiva do debate, afastando a figura da pessoa do intérprete para o papel da instituição. Nessa transição, deve-se abandonar a pergunta central: “como este texto é melhor interpretado?”, pois o questionamento colocado dessa forma, naturalmente, desvia a atenção da questão das capacidades institucionais e foca nas capacidades “heroicas” do intérprete.

*With an emphasis on institutional capacities and dynamic effects, we will be able to see that nearly all of the most prominent discussions of interpretation—including, for example, those by Bentham, Blackstone, H.L.A. Hart, Henry Hart and Albert Sacks, Dworkin, Eskridge, Manning, and Richard Posner—are incomplete and unsuccessful, simply because they tend to proceed as if the only question is how “we” should interpret a text. Where they attend to institutional roles at all, these theorists work with an idealized, even heroic picture of judicial capacities and, as a corollary, a jaundiced view of the capacities of other lawmakers and interpreters, such as agencies and legislatures. And if the spotlight is placed on institutional capacities and dynamic effects, we will find it much easier to understand what underlies many interpretive disagreements in law, and also to see how such disagreements might be resolved*⁹⁴.

⁹² Para maior aprofundamento do tema, ver: (ABBOUD, Georges. Sentenças interpretativas, coisa julgada e súmula vinculante: alcance e limites dos efeitos vinculante e erga omnes na jurisdição constitucional. Tese de mestrado. São Paulo. PUC.2009. p. 164-172.

⁹³ STF. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=75355>. Acesso em: 08 de setembro. 2019.

⁹⁴ SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series, n. 28, 2002.

Essa preferência pelo protagonismo dos sujeitos ao invés das instituições foi despida em recente pesquisa denominada *Quem Somos: a magistratura que queremos*, realizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB)⁹⁵. Nesse estudo, extrai-se do grupo de questões que se referem ao tema “fundamentação das decisões judiciais” – questões 54-63 – a concordância com as opções que questionavam sobre o respeito à norma posta em detrimento de princípios; com a existência de um claro conflito institucional quanto ao respeito à hierarquia vertical; e com a necessidade de respeitar os precedentes. Quando se faz uma leitura em conjunto dessas questões, exsurge a opção pessoal pela liberdade de atuação em detrimento da norma posta.

A seguir, apresenta-se o resumo dos resultados para as questões 54-63 do questionário – apenas para os juízes de primeiro grau em atividade – com a soma acumulada das respostas, as quais foram subdivididas em Discorda ou Concorda.

Tabela 1 – Questão 54: O(a) magistrado(a) deveria poder decidir sem se pautar necessariamente pelo sistema de súmulas e de precedentes vinculantes

Opções	%	Acumulado
Discorda muito	18,8%	33,3%
Discorda pouco	14,5%	
Concorda pouco	34,3%	66,6%
Concorda muito	32,3%	

Fonte: Pesquisa AMB

Portanto, 66,6%, isto é, dois terços da classe dos magistrados brasileiros concordam com a tese de que não devem seguir precedentes.

Tabela 2 – Questão 55: O sistema de súmulas e de precedentes vinculantes afeta a independência do(a) magistrado(a) em sua interpretação das leis e em sua aplicação

Opções	%	Acumulado
Discorda muito	26,2%	48,4%
Discorda pouco	22,2%	
Concorda pouco	31,1%	51,5%

⁹⁵ Disponível em: <www.conjur.com.br/dl/pesquisa-completa-amb.pdf>. Acesso em: 11 de janeiro, 2019.

Concorda muito	20,4%	
-----------------------	-------	--

Fonte: Pesquisa AMB

Há um conflito institucional quanto ao motivo da negativa e ao uso de precedentes, com a classe dividida em relação à perda da independência com o uso dos precedentes. Isso promove uma circunstância interessante, porque, de fato, não era prevista a dúvida a respeito da mitigação da independência com o uso dos precedentes.

Desse modo, é bem óbvio que, ao se utilizar do sistema de precedentes, há uma perda da independência dos juízes singulares e dos tribunais inferiores, em relação à segurança jurídica. Os magistrados de primeiro grau, inclusive, têm esse entendimento, pois na questão seguinte deixam claro que o uso de precedentes gera segurança jurídica e maior racionalização do sistema.

Tabela 3 – Questão 56: O sistema de súmulas e precedentes vinculantes garante maior velocidade e segurança jurídica à atividade jurisdicional e, portanto, maior racionalização do Judiciário

Opções	%	Acumulado
Discorda muito	6,0%	13,3%
Discorda pouco	7,3%	
Concorda pouco	33,2%	86,7%
Concorda muito	53,5%	

Fonte: Pesquisa AMB

De forma inconteste, a classe dos magistrados de primeiro grau concorda que os precedentes trazem maior velocidade, segurança jurídica e racionalidade ao sistema.

Dessa forma, é interessante observar que, ao serem indagados sobre o que seria um bom magistrado – questão 118 – os juízes apontaram predominantemente três alternativas, nesta ordem: o juiz que “presta um serviço jurisdicional célere”; que “profere decisões bem fundamentadas”; e que “atua objetivando a segurança jurídica”.

Tabela 4 – Questão 118: Na sua opinião, um bom magistrado/uma boa magistrada é, sobretudo, o (a) que

Opções	Absoluto	%
Presta um serviço jurisdicional célere	1848	28,4%
Profere decisões bem fundamentadas	1587	24,4%

Atua objetivando a segurança jurídica	1243	19,1%
Trabalha pela harmonia social, fazendo uso de métodos alternativos de solução de conflitos	772	11,9%
Valoriza a justiça social	613	9,4%
Respeita os precedentes dos Tribunais Superiores	450	6,9%
	6513	100,0%

Fonte: Pesquisa AMB

Observa-se que os magistrados concordam que os precedentes trazem celeridade, segurança jurídica e racionalidade (fundamentação coesa) e que o bom magistrado deve buscar esses elementos. No entanto, quando os precedentes são colocados sob uma condição que gere esses resultados, mas afete prerrogativas pessoais, os juízes preferem defender o particular ao invés do coletivo.

É contra esse retrato personalista e classista que se faz necessário o fortalecimento da tese do diálogo institucional, de forma que se busque a finalidade que os próprios magistrados concordam ser a melhor forma de justiça: célere, fundamentada e com segurança jurídica.

Discorrendo sobre a possibilidade de articulação recíproca entre as instituições – estruturada com base em um viés democrático de deliberação coletiva e conciliável às diversas perspectivas de justiça em uma sociedade multifacetada –, Jeremy Waldron propõe a mudança de discursos, os quais são relativos aos direitos constitucionais e pautados em um monólogo judicial em detrimento do diálogo institucional mais vasto e harmônico. Assim, este diálogo atenua, se não suprime, o conflito entre a tomada de decisão democrática e a proteção de direitos fundamentais no âmbito judicial.

Members of the higher judiciary in the USA have the power to revise the official understanding of rights for that society and, when they do, their view prevails. The ordinary electors and their state and congressional representatives do not have that power, at least in any sense that counts. A proposal to establish a bill of rights for Britain, judicially interpreted and enforced, is a proposal to institute a similar situation: to allow in effect routine constitutional revision by the courts and to disallow routine constitutional revision by parliament. I hope it is easy to see, in the light of what I said in section 8, why this arrogation of judicial authority, this disabling of representative institutions, and above all this quite striking political inequality, should be frowned upon by any right-based theory that stresses the importance of democratic participation on matters of principle by ordinary men and women⁹⁶.

⁹⁶ Mas se realmente é necessário que a sociedade "adapte cânones do direito às situações nem imaginados por aqueles que os estruturaram, facilitando sua evolução e preservando sua vitalidade", é difícil ver por que as pessoas

No mesmo texto, Waldron aponta a desconfiança ao processo democrático como um ponto que a sociedade deve recuar, sendo que, ao mesmo tempo, deve-se avançar na participação de outras instituições no procedimento de revisão constitucional.

But if it is really thought to be necessary for society "to adapt canons of right to situations nor envisaged by those who framed them, thereby facilitating their evolution and preserving their vitality", it is difficult to see why the ordinary people and their representatives should be excluded from this process. Or rather - and more disturbingly - it is all too easy to see why: those who want an adaptive constitution do not trust the people to participate in its adaptation. That distrust, it seems to me, is something we should recoil from, on the same right-based ground as we recoil from any attempt to exclude people from the governance of the society in which they live. [...]

However, the inescapability of judicial interpretation does not settle the issue of whether other institutions should not also have the power to revise the official understanding rights.

Tendo como certa a necessidade de democratizar o procedimento de revisão constitucional, inserindo o povo direta ou indiretamente pelos seus representantes, a discussão é como se fazer isso.

comuns e seus representantes devem ser excluído desse processo. Ou melhor - e mais perturbadoramente - é fácil entender por que: quem quer uma constituição adaptativa não confia nas pessoas para participar de sua adaptação. Parece-me que essa desconfiança é algo de que devemos recuar, no mesmo terreno certo que recuamos de qualquer tentativa de excluir as pessoas da governança da sociedade em que vivem. [...]

No entanto, a inescapabilidade da interpretação judicial não resolve a questão de outras instituições também não terem o poder de revisar os direitos oficiais de entendimento. (tradução nossa). WALDRON, Jeremy. A right-based critique of constitutional rights. Oxford Journal of Legal Studies, v. 13, n. 18, p. 18-51, 1993.

11 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE FORTE, FRACO E O SISTEMA BRASILEIRO

A grande maioria das pessoas que irão ou estão lendo este trabalho foram ensinadas sobre a existência de dois sistemas de controle de constitucionalidade no mundo ocidental: austríaco, de forma concentrada, e americano, de forma difusa. Esses são os modelos considerados forte de controle de constitucionalidade, os quais apresentam alguns elementos em comum. Isso porque parte-se de uma premissa de incompatibilidade entre a supremacia legislativa e a proteção dos direitos fundamentais com as seguintes preposições: constitucionalização dos direitos fundamentais ou da impressão de *status* de superioridade em relação às legislações ordinárias; e inserção de um poder guardião desses direitos, o qual é posicionado na estrutura de poderes em local que não seja influenciado pelos males que afligem os demais, sendo que, em regra, ele utiliza da ordem do Poder Judiciário.

Esses elementos essenciais estipulam uma incompatibilidade necessária e fundamental entre a supremacia legislativa e a proteção efetiva dos direitos fundamentais, de modo que optar por esta última exige “constitucionalizar” esses direitos, nos seguintes sentidos específicos. Primeiro, conceder aos direitos fundamentais um status jurídico mais elevado do que o da legislação. Segundo, petrificá-los contra emendas ou revogações legislativas ordinárias. Terceiro, impor seu status jurídico mais elevado por meio de poder judicial que anule legislação conflitante, de modo que o exercício desse poder não seja passível de revisão por maioria legislativa simples.⁹⁷

Percebe-se, todavia, a existência de outros sistemas de controle de constitucionalidade – com início recente, a partir década de 80 no século XX – utilizados em países democráticos e com altos índices de desenvolvimento humano: Canadá, Nova Zelândia e Inglaterra. Esses três Estados, pertencentes à chamada comunidade britânica, inter-relacionam-se e, portanto, influenciam-se mutuamente. Assim, o modelo desenvolvido no Canadá, com a publicação do *Bill of Right*, em 1982, acabou por influenciar a publicação do *Bill of Right* na Nova Zelândia, em 1990 e, por fim, na pátria mãe, Inglaterra, em 1998.

Tais países adotaram uma forma diferente de ordenar o controle de constitucionalidade, no qual se rejeita o axioma central de que as reivindicações de supremacia legislativa e da tutela jurídica efetiva de direitos fundamentais são, necessariamente, incompatíveis e mutuamente

⁹⁷ GARDBAUM, Stephen. O novo modelo de constitucionalismo da comunidade britânica. *R. Opin. Jur.*, Fortaleza, ano 15, n. 21, p. 220, jul./dez. 2017,

excludentes⁹⁸. Nesse contexto, o elemento mais proeminente é a desvinculação do Poder Judiciário ou, quando muito, há a divisão dessa tarefa com o Parlamento. Dessa forma, inclusive nos sistemas mais amplos, deixa-se a última palavra para o Poder representativo, a qual se convencionou chamar de controle fraco de constitucionalidade – *weak-form judicial review*, utilizando a nomenclatura proposta por Tushnet.⁹⁹

Assim, ao invés de uma escolha mutuamente excludente entre dois polos incompatíveis: supremacia legislativa ou supremacia judicial, os modelos escolhidos por esses países vislumbram a possibilidade de um meio-termo, sendo cada um deles realizados de formas distintas. Desse modo, esses métodos demonstram que não só existe a possibilidade de quebrar esse axioma, como também cabem várias formas de controle dialógicos em sua amplitude, desde o sistema fraquíssimo, presente na Nova Zelândia, ao extremo oposto, no Canadá, apresentando o sistema inglês como o central.

O que se pretende demonstrar é que há inúmeras formas de se estruturar um sistema constitucional dentro do chamado *weak-form judicial review* ou *new Commonwealth model*, como chamado por Gardbaum. Esses métodos possuem um elemento em comum: inexistência da última palavra pelo Judiciário na interpretação do conteúdo de direitos fundamentais; ou casos sensíveis ou difíceis; ou outro nome que se dê para aquelas questões que criam paradoxos.

Exatamente por proporcionar a relação dialógica entre os diversos órgãos do Estado, permitindo a participação de todos os setores na interpretação do conteúdo Constitucional, esse sistema fraco de controle impede que o Judiciário profira isoladamente decisões de cunho político-social, sem o conhecimento técnico necessário, e desconsidere o impacto direto dessas resoluções, impedindo, assim, um isolamento do poder e exigindo a constante comunicação.

Seguindo as características já apresentadas, o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro é considerado forte. Entretanto, por instituir cláusulas pétreas (art. 60, §4º da CF) e considerar possível o controle de constitucionalidade de Emendas Constitucionais – introduzindo as teorias de Bachof¹⁰⁰ em um sistema de norma rígida como o brasileiro –, há quem o considere como ultra forte, denominação usada por Virgílio Afonso da Silva¹⁰¹. Em

⁹⁸ Ibid., p. 221.

⁹⁹ TUSHNET, Mark. Alternatives Forms of Judicial Review. In Michigan law Review. 2781. v. 101, n. 8, 2003.

¹⁰⁰ Otto Bachof defende a existência de normas supralegais, advindas do direito natural, e como seria possível realizar o controle de cláusulas originais. Para maior conhecimento, ver: BACHOF, Otto. Normas Constitucionais Inconstitucionais?. Coimbra: Almedina, 1994.

¹⁰¹ SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o Controle de Constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão. Revista de Direito Administrativo, São Paulo, n. 250, p. 217-218, 2009.

rápida pesquisa no site do STF, encontra-se, ao menos, seis decisões em que a Corte entendeu procedente ou parcialmente procedente ao pedido de inconstitucionalidade de emendas:

- 1) ADI 939 – Anterioridade IPMF;
- 2) ADI 1946 – Salário Maternidade limitado a um teto;
- 3) ADI 2031 – prorrogação da CPMF – vício formal;
- 4) ADI 3105 e 3128– contribuição previdenciária de servidores aposentados ou pensionistas – desigualdade entre estados – não consta apontamento a desrespeito à cláusula pétrea;
- 5) ADI 3685 - verticalização das coligações eleitorais – anterioridade;
- 6) ADIs 4357 e 4425 – EC62 – precatórios em 15 anos – garantia individual.

Um outro fator que transforma o sistema brasileiro em ultra forte é o amplíssimo rol de legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade, constante no artigo 103 da CRFB. Isso, somado à existência de uma Constituição analítica, acabou por fomentar a judicialização da política, pois praticamente toda controvérsia sobre desacordo moral pode ser levada ao crivo do Judiciário, o que finaliza na hipertrofia do Judiciário.

Apresentada as caracterizações dos sistemas, este estudo passa a análise dos sistemas de controle fraco da Nova Zelândia, da Inglaterra e do Canadá, de forma que se possa perceber, conforme se faz a leitura, as diferenças de atuação do Legislativo em contrapartida ao Judiciário. Além disso, observa-se que o Judiciário aumenta seu papel em cada sistema, mas não alcança o patamar de supremacia alçado no sistema americano (forte) ou no Brasil (ultra forte).

11.1 O sistema neozelandês

A Nova Zelândia tem, como forma de governo, a democracia parlamentar no estilo inglês. O Poder Legislativo é constituído por um sistema unicameral, com 120 representantes eleitos pelo povo, por um período de três anos.

Tal como no Reino Unido, a Constituição neozelandesa é formada pela convenção de costumes, pelos precedentes e pela tradição. Em 1986, entretanto, um Ato Constitucional procurou atualizar e unificar, em um único documento, os principais dispositivos

constitucionais¹⁰², vindo a ser institucionalizado, apenas em 1990, com a publicação do *New Zealand Bill of Rights Act* (NZBORA). Em 1993, formou-se o bloco constitucional com a publicação do *Human Rights Act* (NZHRA). Portanto, esses são os principais documentos formadores da Constituição não codificada da Nova Zelândia.

A discussão quanto à criação da Carta, de 1986, e do NZBORA foi precedida de um período considerado autoritário na sociedade neozelandesa – governo de Robert Muldoon, entre 1975 e 1984, no qual o país entrou em grande crise econômica e social¹⁰³. Nesse contexto, surgiram, entre as propostas, aquela de adoção de uma Carta rígida de direitos fundamentais nos moldes americanos, como forma de impor limites ao governo. Essa alternativa foi negada, sendo um dos principais argumentos a negativa de conceder poderes excessivos ao Judiciário, preferindo, então, o sistema parlamentar como a última palavra¹⁰⁴.

*In 1985 the Labour Government published a White Paper, entitled “A Bill of Right for New Zealand”. The White Paper proposed not only the incorporation of most of human rights stated in the International Covenant on Civil and Political Rights but also the enactment of these rights in a supreme law bill of rights. However, public opinion was against the proposition of an entrenched bill of rights. The Justice and Law Reform Select Committee cited the power proposed to be given to the judiciary as the principal reason for the opposition. Many people were unhappy at the prospect of redistributing power from elected representatives who were directly accountable and giving it to an appointed judiciary.*¹⁰⁵

¹⁰² Reforma do Estado, responsabilidade fiscal e metas de inflação: lições da experiência da Nova Zelândia. IPEA. 2006. IPEA, Disponível em: <<http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/3215/1/livro-reformadoestado.pdf>>. Acesso em: 15 de set. 2019.

¹⁰³ PARTON, Benjamin John. Organização sindical e condições de trabalho no setor de fast-food em São Paulo e na Nova Zelândia. Dissertação de Mestrado. UNICAMP. 2009.

¹⁰⁴ O Ministério de Justiça e o Comitê Especial de Reforma do Direito (*Law Reform Select Committee*), órgãos encarregados de levar adiante a consulta popular sobre o *White Paper*, apresentaram relatório final concluindo pela rejeição do documento, sob o argumento de que uma *Bill of Rights* implicaria em conferir poder aos juízes para decidir sobre os direitos e as liberdades dos cidadãos. Essa era uma tarefa tradicionalmente realizada pelo Parlamento, cujos membros eram eleitos pelo povo e, portanto, seus diretos representantes. Desse modo, a recomendação do Comitê foi a aprovação da *Bill of Rights*, mas sem lhe conferir nível constitucional, haja vista a ausência de um sistema de *checks and balances* que evitasse eventuais excessos do Judiciário. Em 1989, o *White Paper* foi reformulado, sendo finalmente aprovado em 25 de agosto de 1990 com hierarquia de lei ordinária. (LOPES, Ana Maria D’Ávila. Políticas Públicas de Fortalecimento dos Direitos Fundamentais dos Índigenas: Experiência Neozelandesa. Chapecó, v. 15, n. 2, p. 315-336, jul./dez. 2014.

¹⁰⁵ Em 1985, o Governo do Trabalho publicou um Livro Branco, intitulado "Uma Declaração de Direito para a Nova Zelândia". O Livro Branco propôs não apenas a incorporação da maioria dos direitos humanos declarada no Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, mas também a promulgação desses direitos em uma lei suprema de direitos. No entanto, a opinião pública era contra a proposição de uma declaração de direitos arraigada. O Comitê Selecionado de Justiça e Reforma da Lei citou o poder proposto a ser dado ao judiciário como o principal motivo da oposição. Muitas pessoas ficaram descontentes com a perspectiva de redistribuir o poder de representantes eleitos que eram diretamente responsáveis e entregá-lo a um judiciário designado. (tradução nossa). In BUTLER, Petra. Human Rights and Parliamentary Sovereignty in New Zealand. Victoria University of Wellington. 2004. Disponível em <<http://www5.austlii.edu.au/nz/journals/VUWLawRw/2004/12.html>>. Acesso em 21 de set.2019

E isso foi feito. A Carta de Direitos, de 1990, foi considerada uma *Parliamentary Bill of Rights*, uma vez que imputou a última palavra quanto aos direitos e às liberdades fundamentais ao Parlamento, mantendo as tradições históricas da nova Zelândia e não introduzindo as tentativas presentes na Carta Branca de introduzir resquícios do *judicial review*, máxime a possibilidade das Cortes em invalidar normas criadas pelo Parlamento.

*When, finally, the New Zealand Bill of Rights Bill was introduced into Parliament in 1989, the Prime Minister, the Rt Hon Geoffrey Palmer pointed out that the proposed bill would encapsulated the role of Parliament as guardian of fundamental rights and freedoms of New Zealand.*¹⁰⁶

Buscando diretamente no texto do *Bill of Right*, da Nova Zelândia¹⁰⁷, há, na seção 4, a vedação explícita contra a declaração de invalidade (próxima a declaração de inconstitucionalidade) de leis/decretos provenientes do Parlamento.

*New Zealand Bill of Rights Act 1990 - 04. Other enactments not affected.
No court shall, in relation to any enactment (whether passed or made before or after the commencement of this Bill of Rights),—
(a) hold any provision of the enactment to be impliedly repealed or revoked, or to be in any way invalid or ineffective; or
(b) decline to apply any provision of the enactment— by reason only that the provision is inconsistent with any provision of this Bill of Rights.*

Por sua vez, na seção 06¹⁰⁸ do *Bill of Right*, há uma indicação de técnica interpretativa direcionada à Corte, a qual determina que, havendo várias interpretações possíveis, a Corte deve escolher aquela que mantém a validade da norma.

*New Zealand Bill of Rights Act 1990 - 06. Interpretation consistent with Bill of Rights to be preferred
Wherever an enactment can be given a meaning that is consistent with the rights and freedoms contained in this Bill of Rights, that meaning shall be preferred to any other meaning.*

¹⁰⁶ Quando, finalmente, a Declaração da Declaração de Direitos da Nova Zelândia foi apresentada ao Parlamento em 1989, o Primeiro Ministro, Rt Hon Geoffrey Palmer, apontou que o projeto de lei encapsularia o papel do Parlamento como guardião dos direitos e liberdades fundamentais da Nova Zelândia. (tradução nossa). In BUTLER, Petra. *Human Rights and Parliamentary Sovereignty in New Zealand*. Victoria University of Wellington. 2004. Disponível em <<http://www5.austlii.edu.au/nz/journals/VUWLawRw/2004/12.html>>. Acesso em 21 de set.2019

¹⁰⁷ Para este trabalho decidiu-se não realizar a tradução das normas expressas em cada ordenamento estudado, isto porque, quando se traduz um texto o tradutor acaba por realizar uma interpretação das normas. Assim, a metodologia utilizada será apresentar o texto original no corpo do texto e indicar o link no rodapé para acesso. Disponível em: <www.legislation.govt.nz/act/public/1990/0109/latest/DLM224792.html>. Acesso em 21 de set.2019

¹⁰⁸ Disponível em: <<http://www.legislation.govt.nz/act/public/1990/0109/latest/DLM224792.html>>. Acesso em 21 de set.2019

Esse dispositivo é similar ao que a doutrina chama de técnica da “declaração de constitucionalidade sem redução de texto”, ou “Interpretação Conforme”, quando a Corte sinaliza qual a interpretação do texto que coaduna com o sentido da norma parâmetro, no caso, com o *Bill of Right*.

Por fim, a seção 07¹⁰⁹ prevê uma espécie de controle de constitucionalidade preventivo, realizado na fase legislativa, exclusivamente, pelo Procurador Geral. Esse membro governamental deve indicar em qual parte do projeto de lei foi violado o NZBORA assim que ele for apresentado ou no momento em que se houver ciência dele.

New Zealand Bill of Rights Act 1990 - 07. Attorney-General to report to Parliament where Bill appears to be inconsistent with Bill of Rights
Where any Bill is introduced into the House of Representatives, the Attorney-General shall,—
(a) in the case of a Government Bill, on the introduction of that Bill; or
(b) in any other case, as soon as practicable after the introduction of the Bill,—
bring to the attention of the House of Representatives any provision in the Bill that appears to be inconsistent with any of the rights and freedoms contained in this Bill of Rights.

Ainda, a NZBROA traz uma limitação ao Parlamento em relação à criação de leis limitadoras de garantias individuais, ou, também, pode ser vista como uma condição para tais limitações. A seção 05¹¹⁰ prescreve que eventual limitação de direitos e liberdades apenas poderá ser realizada por Lei e com fundamentação razoável, considerada uma sociedade democrática livre.

New Zealand Bill of Rights Act 1990 section 05. Justified limitations. Subject to section 4, the rights and freedoms contained in this Bill of Rights may be subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

A publicação do *Human Rights Act* (NZHRA), em 1993, foi importante para a compreensão do sistema de controle constitucional na Nova Zelândia, pois acrescentou uma

¹⁰⁹ Disponível em: <<http://www.legislation.govt.nz/act/public/1990/0109/latest/DLM224792.html>>. Acesso em 21 set.2019

¹¹⁰ Disponível em: <<http://www.legislation.govt.nz/act/public/1990/0109/latest/DLM224792.html>>. Acesso em 21 set.2019.

nova dinâmica ao sistema, especialmente pela pressão popular que já existia, e se fortaleceu para a proteção dos direitos do povo Maori¹¹¹.

Nessa norma consta a possibilidade de a Corte declarar a inconsistência de determinada lei do Parlamento com aquele *Human Right Act* e, exclusivamente, em relação a ele, bem como a referência ao direito de liberdade, seção 92J¹¹². Para tanto, a Corte deve julgar por maioria e agir conforme a seção 5 do NZBORA.

New Zealand Human Rights Act 1993 - 92J. Remedy for enactments in breach of Part 1A

(1) If, in proceedings before the Human Rights Review Tribunal, the Tribunal finds that an enactment is in breach of Part 1A, the only remedy that the Tribunal may grant is the declaration referred to in subsection (2).

(2) The declaration that may be granted by the Tribunal, if subsection (1) applies, is a declaration that the enactment that is the subject of the finding is inconsistent with the right to freedom from discrimination affirmed by section 19 of the New Zealand Bill of Rights Act 1990.

(3) The Tribunal may not grant a declaration under subsection (2) unless that decision has the support of all or a majority of the members of the Tribunal.

(4) Nothing in this section affects the New Zealand Bill of Rights Act 1990.

Section 92J: inserted, on 1 January 2002, by section 9 of the Human Rights Amendment Act 2001 (2001 No 96).

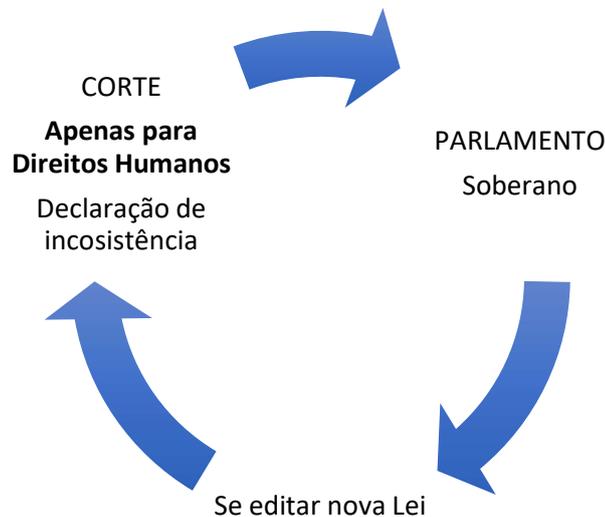
Portanto, a partir da publicação dessas duas normas (NZBORA e NZHRA), houve a positivação dos direitos fundamentais, especialmente, o direito de liberdade, sendo o marco da existência de um controle de constitucionalidade efetivo na Nova Zelândia. Isso porque foi dada a prerrogativa de a Corte indicar a interpretação, na qual a legislação pode ser considerada “Constitucional” ou consistente com a proteção dos princípios fundamentais protegidos nesses textos.

Assim, uma vez decidida pela Corte e apresentada as razões dessa decisão, sob os fundamentos da seção 92J da NZHRA e na forma da seção 5 da NZBORA, cabe ao Parlamento acolher essa resolução, mantendo-se silente ou entendendo que a interpretação da Corte é equivocada. Além disso, o Parlamento irá impedir ou limitar a atuação dos demais Poderes em eventual concretização de políticas públicas, ao mesmo tempo que se demonstre que não há risco de ofensa a princípios fundamentais. Ainda que haja esse risco de ofensa, ele é proporcional ao ganho social buscado, sendo que o poder Legislativo pode se sobrepor à decisão judicial editando uma nova lei, no que se denomina *law in-your-face*.

¹¹¹ O povo Maori é composto pelos indígenas originais da Nova Zelândia. Para maior entendimento do tema, ver: LOPES, Ana Maria D'Ávila. Políticas Públicas de Fortalecimento dos Direitos Fundamentais dos Indígenas: experiência Neozelandesa. Chapecó, v. 15, n. 2, p. 315-336, jul./dez. 2014.

¹¹² Disponível em: <<http://www.legislation.govt.nz/act/public/1993/0082/latest/DLM304212.html>>. Acesso em 21 set. 2019.

Figura 1 – Ciclo dialógico Nova Zelândia



O ciclo do controle de constitucionalidade se fecha com o que Gardbaum informa ser o custo político que o parlamento paga por não seguir tais decisões da Corte, o que acaba limitando a utilização dessa prerrogativa do Parlamento.

Como acabamos de ver, a (Lei de Declaração de Direitos da Nova Zelândia) LDDNZ protege os direitos nela contidos por intermédio do dever interpretativo que impõe aos tribunais de acordo com a Seção 6 e do conseqüente custo político conferido aos parlamentos de promulgar uma medida que muito claramente viole um direito tutelado com o qual não possa ser interpretada de maneira congruente. Em sua Seção 4, ela protege a soberania parlamentar ao declarar que tal legislação incongruente não pode ser invalidada pelos tribunais e que prevalece sobre a LDDNZ independentemente de quando foi promulgada¹¹³.

Em pesquisa empírica, a qual buscou as decisões da Corte da Nova Zelândia no período de 1990 a 2005, publicada pela universidade de Chicago¹¹⁴, consta que, nesse período, apenas 13 casos julgados pela Corte tiveram declaração de inconsistência entre a legislação específica e a NZBORA, e, em apenas um desses, o Parlamento decidiu se sobrepor a decisão da Corte; em dois casos, esse órgão governamental editou leis compatíveis com a decisão; em dez casos, manteve-se silente.

¹¹³ GARDBAUM, Stephen. O novo modelo de constitucionalismo da comunidade britânica. R. Opin. Jur., Fortaleza, ano 15, n. 21, p.234, jul./dez. 2017.

¹¹⁴ Rosalind Dixon. Weak-Form Judicial Review and American Exceptionalism. University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper. n. 348, 2011. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1373&context=public_law_and_legal_theory>. Acesso em: 22 set.2019.

Portanto, na circunstância da Nova Zelândia, há o chamado diálogo institucional, pois a Corte se manifesta quanto à constitucionalidade de norma que viole o princípio da liberdade. Além disso, ela tem o potencial de gerar um efeito no sistema, pois força uma resposta do Parlamento que pode reeditar a lei, contrapondo diretamente ao entendimento dela e pagando o preço político. Ademais, o Parlamento pode elaborar nova lei, respeitando os limites apontados pela Corte, ou, como foi apontado anteriormente, a grande maioria das vezes o Parlamento agiu com silêncio eloquente. Todavia, pode-se afirmar que o Poder Judiciário, no sistema neozelandês, não tem espaço para atuação criativa.

11.2 O sistema da Inglaterra¹¹⁵

Fomentado pela integração à comunidade europeia há o debate sobre a incorporação da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e a forma dessa integração, em uma cultura jurídica e política que se formou com base na *Common Law* durou décadas¹¹⁶. Ao fim, a Inglaterra terminou por promulgar a Declaração de Direitos Humanos – *United Kingdom Human Rights (UKHRA)* – em 1998, com vigência a partir de 02 de outubro de 2000.

Não obstante, trata-se do país central para a formação dos sistemas jurídicos em diversos outros países que formam a *Commonwealth*, baseados na tríade *common law*, *rule of law* e soberania parlamentar. Assim, a aproximação de culturas, fomentadas pela globalização, e a situação fática de mitigar soberania para fazer parte da União Europeia acabaram por criar uma circunstância em que as linhas entre *common law* e *rule of law* não se distinguiam bem no sistema Inglês.

Esse conflito ficou claro após a ratificação da Convenção Europeia de Direitos Humanos, pois, mesmo que essas diretrizes ainda não fossem incorporadas, acabaram gerando um efeito na Inglaterra, visto que a comunidade local entendeu que seu país acatava as normas internacionais de Direitos Humanos. Como consequência, iniciou uma corrida pelos cidadãos do Reino Unido à Corte Europeia dos Direitos Humanos, na falta de uma maior proteção local, como forma de buscar algum tipo de efetividade desses direitos.

O que não deixa de ser paradoxal, haja vista a Inglaterra ser reconhecidamente uma democracia com tradição na atenção das liberdades; todavia, a Comunidade Europeia exigia a

¹¹⁵ Para fins dessa dissertação, não se fará distinção geopolítica que há entre Inglaterra, Reino Unido e Grã-Bretânia.

¹¹⁶ GARDBAUM, Stephen. O novo modelo de constitucionalismo da comunidade britânica. R. Opin. Jur., Fortaleza, ano 15, n. 21, p. 236, jul./dez. 2017.

internalização formal desses direitos e a criação de um sistema procedimental para sua efetividade.

Essa questão acabou por gerar o efeito político desejado, pois adiantou a edição *United Kingdom Human Rights Act* (UKHRA) com a incorporação dos princípios contidos na Convenção Europeia ao sistema jurídico inglês. Em outras palavras, houve a textualização/codificação de direitos e garantias já reconhecidos no sistema de *common law*, tendo como principal papel o de se apresentar como lei parâmetro, o que não chega a ser uma “lei fundamental”, pois, por exemplo, não possui forma diferenciada de alteração, mas deve ser usada pelo Parlamento para balizar a criação de novas normas.

A partir desse momento houve um gradual aumento da atuação da *House of Lords*¹¹⁷, passando da simples análise da formalidade dos atos, em que se verificava se o órgão respeitou seus limites de atuação não adentrando na matéria. Ainda assim, era considerado um traço de *judicial review*, mesmo que apenas formal, baseado na doutrina *ultra vires*, limitado às normas do Executivo – *secondary legislation*, jamais *primary legislation* – provenientes do Parlamento¹¹⁸. Com a incorporação da UKHRA, a *House of Lords* começou a entender que poderia realizar o controle, também, de atos relacionados aos direitos individuais.

Dois casos parâmetros sobre essa nova postura são: Regina vs. *Secretary of State for the 25 Home Department*¹¹⁹, a primeira decisão a admitir que os juízes devem verificar a compatibilidade do ato com os direitos humanos; e, *Bellinger vs. Bellinger*¹²⁰, decisão na qual a Corte declara a incompatibilidade do *Matrimonial Causes Act*, de 1973, com os artigos 8 e 12 da ECHR, porque estabelecia o casamento apenas entre o homem e a mulher, entendendo-se que o termo *spouse* deveria incluir o parceiro de mesmo sexo¹²¹.

¹¹⁷ A Câmara dos Lordes faz parte do conjunto de órgãos do parlamento inglês, formado por membros não eleitos, e membros da igreja. Dentro deste, havia um sub órgão com poderes judiciais – *Appellate Committee of the House of Lords*, responsável pelo julgamento em nível de apelação.

¹¹⁸ QUEIROZ, Estefania Barboza. A Revolução dos Direitos Humanos e a Expansão do Judicial Review nos Estados Contemporâneos. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 42-63, jan./jun. de 2013. p. 52.

¹¹⁹ O caso R (Daly) vs. *Secretary of State for the Home Department* trata de uma demanda de um prisioneiro contra a possibilidade de violarem o sigilo de sua correspondência dentro do presídio, invocando, para tanto, seu direito à privacidade. A decisão invoca o princípio da proporcionalidade para resolver casos de restrição a direitos fundamentais. Para saber mais sobre o caso, acessar: <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200001/ldjudgmt/jd010523/daly-2.htm>>.

¹²⁰ Para saber mais a respeito, ver: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200203/ldjudgmt/jd030410/bellin-1.htm>. Como resposta à declaração de incompatibilidade, o Parlamento editou o Gender Recognition Act 2004 que passou a dar status legal as pessoas que mudaram de sexo.

¹²¹ QUEIROZ, Estefania Barboza. A Revolução dos Direitos Humanos e a Expansão do Judicial Review nos Estados Contemporâneos. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 42-63, jan./jun. de 2013. p.54-55.

Na primeira decisão se adentrou no conteúdo material da norma, aplicando ponderação e proporcionalidade para entender que a diretriz em questão não respeitava os critérios da Convenção de Direitos Humanos, a qual foi incorporada na UKHRA. Dessa forma, chama a atenção o fato de o voto condutor (Lord Bingham) ter se referido ao entendimento de que a Corte Europeia vinha tendo quanto à forma branda de atuação da Inglaterra contra as violações aos Direitos Humanos, demonstrando que havia uma pressão externa para um avanço na proteção dos direitos individuais pelas Cortes Britânicas.

*I have reached the conclusions so far expressed on an orthodox application of common law principles derived from the authorities and an orthodox domestic approach to judicial review. But the same result is achieved by reliance on the European Convention. Article 8.1 gives Mr Daly a right to respect for his correspondence. While interference with that right by a public authority may be permitted if in accordance with the law and necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety, the prevention of disorder or crime or for protection of the rights and freedoms of others, the policy interferes with Mr Daly's exercise of his right under article 8.1 to an extent much greater than necessity requires. In this instance, therefore, the common law and the convention yield the same result. **But this need not always be so. In Smith and Grady v United Kingdom (1999) 29 EHRR 493, the European Court held that the orthodox domestic approach of the English courts had not given the applicants an effective remedy for the breach of their rights under article 8 of the convention because the threshold of review had been set too high.** Now, following the incorporation of the convention by the Human Rights Act 1998 and the bringing of that Act fully into force, domestic courts must themselves form a judgment whether a convention right has been breached (conducting such inquiry as is necessary to form that judgment) and, so far as permissible under the Act, grant an effective remedy. On this aspect of the case, I agree with and adopt the observations of my noble and learned friend Lord Steyn which I have had the opportunity of reading in draft¹²².*

Por sua vez, a segunda decisão, também, analisando o conteúdo material, entendeu que havia não apenas um desrespeito ao direito individual dos autores, mas também uma

¹²² Cheguei às conclusões até agora expressas sobre uma aplicação ortodoxa dos princípios de direito comum derivados das autoridades e uma abordagem doméstica ortodoxa da revisão judicial. Mas o mesmo resultado é alcançado pela dependência da Convenção Europeia. O artigo 8.1 confere a Mr. Daly o direito de ter respeitado sua correspondência. Embora a interferência desse direito por uma autoridade pública possa ser permitida se, de acordo com a lei, e for necessária em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, segurança pública, prevenção de desordem ou crime, ou proteção dos direitos e liberdades de terceiros, a política interfere no exercício de direito do Mr. Daly, nos termos do artigo 8.1. Nesse caso, portanto, o direito comum e a convenção produzem o mesmo resultado. Mas nem sempre é assim. Em Smith e Grady / Reino Unido (1999) 29 EHRR 493, o Tribunal Europeu considerou que a abordagem doméstica ortodoxa dos tribunais ingleses não havia dado aos demandantes um remédio efetivo para a violação de seus direitos nos termos do artigo 8 da convenção, porque o limiar de revisão foi definido muito alto. Agora, após a incorporação da convenção pela Lei de Direitos Humanos de 1998 e a entrada em vigor da mesma, os tribunais nacionais devem formar um julgamento sobre a violação de um direito da convenção (conduzir a investigação necessária para formar esse julgamento) e, na medida do permitido pela lei, conceder um recurso efetivo. Sobre esse aspecto do caso, concordo e adotei as observações de meu nobre e instruído amigo Lorde Steyn, que tive a oportunidade de ler em rascunho. (tradução nossa) Disponível em <https://publications.parliament.uk/pa/ld200001/ldjudgmt/jd010523/daly-1.htm>. Acesso em 22 set. 2019. Grifo Nosso.

incompatibilidade da norma inglesa com a Convenção de Direitos Humanos, não sendo possível encontrar uma interpretação que dê efetividade à UKHRA e respeite a norma posta, conforme determina a Seção 03¹²³.

United Kingdom Human Rights Act 1998 - 03 - Interpretation of legislation.

(1) So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights.

(2) This section—

(a) applies to primary legislation and subordinate legislation whenever enacted;

(b) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of any incompatible primary legislation; and

(c) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of any incompatible subordinate legislation if (disregarding any possibility of revocation) primary legislation prevents removal of the incompatibility.

Dessa forma, ainda era necessário emitir uma declaração de incompatibilidade, conforme determina a seção 4¹²⁴, o que resultou na atuação do Parlamento na alteração da lei atacada, com a criação do *Gender Recognition Act* em 2004, o qual entrou em vigor no ano de 2005.

United Kingdom Human Rights Act 1998 – 04. Declaration of incompatibility.

(1) Subsection (2) applies in any proceedings in which a court determines whether a provision of primary legislation is compatible with a Convention right.

(2) If the court is satisfied that the provision is incompatible with a Convention right, it may make a declaration of that incompatibility.

(3) Subsection (4) applies in any proceedings in which a court determines whether a provision of subordinate legislation, made in the exercise of a power conferred by primary legislation, is compatible with a Convention right.

Portanto, a declaração de incompatibilidade não afeta a validade da norma, a qual continua eficaz. Além disso, a declaração não vincula, sequer, para as partes do processo, conforme seção 4, subseção 6¹²⁵ da UKHRA. Em tese, não há o efeito de obrigar o Parlamento a responder.

United Kingdom Human Rights Act 1998 – 04. Declaration of 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.

¹²³ Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/section/3>>. Acesso em 22 set.2019.

¹²⁴ Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/section/4>>. Acesso em 22 set.2019.

¹²⁵ Disponível em <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/section/6>. Acesso em 22 set.2019.

Há, todavia, um efeito secundário de natureza procedimental, conforme seção 10¹²⁶: a obrigação de análise pelo Ministro da Coroa que, considerando a incompatibilidade da norma com a UKHRA, pode determinar as alterações na legislação secundária (atos do executivo) que julgar necessárias para remover a incompatibilidade. Ademais, o Ministro pode utilizar do procedimento de urgência para encaminhar projeto de lei para o Parlamento (*fast-track legislation*¹²⁷). Chegando o projeto ao Parlamento, esse Ministro da Coroa exerce outro papel, o controle prévio de compatibilidade, o qual deve ser considerado pela Corte quando for julgar casos¹²⁸.

United Kingdom Human Rights Act 1998 -10 Power to take remedial action.

[...]

(b)it appears to a Minister of the Crown or Her Majesty in Council that, having regard to a finding of the European Court of Human Rights made after the coming into force of this section in proceedings against the United Kingdom, a provision of legislation is incompatible with an obligation of the United Kingdom arising from the Convention.

(2)If a Minister of the Crown considers that there are compelling reasons for proceeding under this section, he may by order make such amendments to the legislation as he considers necessary to remove the incompatibility.

*(3)If, in the case of subordinate legislation, a Minister of the Crown considers—
(a)that it is necessary to amend the primary legislation under which the subordinate legislation in question was made, in order to enable the incompatibility to be removed, and*

(b)that there are compelling reasons for proceeding under this section,he may by order make such amendments to the primary legislation as he considers necessary.

(4)This section also applies where the provision in question is in subordinate legislation and has been quashed, or declared invalid, by reason of incompatibility with a Convention right and the Minister proposes to proceed under paragraph 2(b) of Schedule 2.

(5)If the legislation is an Order in Council, the power conferred by subsection (2) or (3) is exercisable by Her Majesty in Council.

Outra grande pressão que a comunidade europeia exerceu no sistema jurídico da Inglaterra ocorreu em 2003, em que a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa apontou mudanças necessárias para que o sistema Judiciário Inglês se amoldasse às convenções europeias. Além do mais, houve a urgente alteração no acúmulo de funções do Ministério da Justiça (*Office of the Lord Chancellor*), o qual atuava nos três Poderes, pois acumulava as funções de ministro de Estado, de presidente da câmara dos Lordes e, por consequência, de

¹²⁶ Disponível em <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/section/10>. Acesso em 22 set.2019.

¹²⁷ Para maior conhecimento sobre o procedimento legislativo inglês, ver: <https://www.instituteforgovernment.org.uk/explainers/fast-tracked-legislation>. Acesso em 01 out.2019.

¹²⁸ Disponível em <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/section/10>. Acesso em 22 set.2019.

presidente da *Appellate Committee of the House of Lords*, portanto, chefe do Poder Judiciário, de forma que cessasse a ofensa ao princípio da separação dos Poderes.

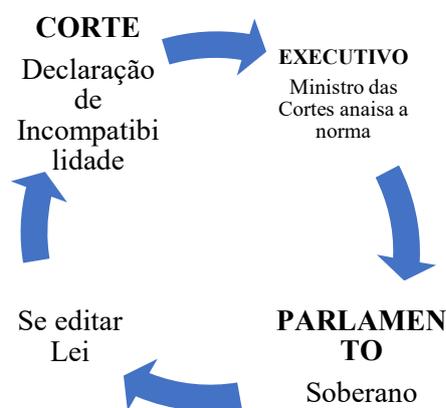
Como consequência, o Parlamento inglês editou o *Constitutional Reform Act*, de 2005¹²⁹, que, entre as principais mudanças, aboliu a função judicial da *House of Lords* e criou a Suprema Corte do Reino Unido, formada por 12 julgadores responsáveis pelos recursos civis e criminais dos países do Reino Unido, sendo para a Escócia apenas recursos civis.

An Act to make provision for modifying the office of Lord Chancellor, and to make provision relating to the functions of that office; to establish a Supreme Court of the United Kingdom, and to abolish the appellate jurisdiction of the House of Lords; to make provision about the jurisdiction of the Judicial Committee of the Privy Council and the judicial functions of the President of the Council; to make other provision about the judiciary, their appointment and discipline; and for connected purposes.

Assim, fica claro que a crescente exposição da Inglaterra ao sistema jurídico do continente europeu acabou por mitigar a doutrina da soberania do Parlamento. Todavia, a criatividade britânica apresentou um sistema próprio, no qual há o diálogo entre os três Poderes, sem necessitar extinguir sua cultura da *commom law* e sem criar uma Constituição escrita e rígida.

O círculo de inclusão dos poderes inicia com a declaração de incompatibilidade pela Corte; passa pela análise do Executivo (Ministro da Coroa), que pode propor a mudança da norma ou apresentar uma forma de interpretar conforme; e termina com a decisão do Parlamento em alterar a norma de acordo com os argumentos da Corte ou do executivo, ou mantê-la como ela está.

Figura 2 – Ciclo dialético inglês



¹²⁹ Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/4/introduction>> Acesso em 01 out. 2019.

Em termos práticos, a pesquisa realizada nas decisões da ainda *House of Lords*, publicada pela universidade de Chicago¹³⁰, encontrou, no período entre 1999 a 2004, 18 casos em que os tribunais ingleses utilizaram as seções 3 e 4 da UKHRA, a fim de identificar uma incompatibilidade *prima facie* entre a legislação e a Convenção. Desses, houve 2 casos envolvendo apenas a seção 4 – declaração de incompatibilidade (*International Transport Roth GmbH vs. Secretário de Estado do Departamento 2Home34* e *R (Anderson) vs. Secretário de Estado do Departamento Interno*); e 1 abrangendo apenas a seção 3 (*R vs. A (No 2)*), para os quais o Parlamento inglês respondeu procurando substituir a interpretação da Convenção pela Corte. Em nenhum desses três casos, no entanto, o Parlamento alterou a legislação; em vez disso, optou simplesmente por recorrer aos mecanismos Legislativos comuns para limitar as possíveis sequelas da norma.

Em outros oito casos envolvendo a seção 04, em 5 deles, o *Westminster* respondeu aprovando emendas legislativas ou delegando “ordens de reparação”, removendo diretamente a incompatibilidade identificada pelos tribunais; e, em outro caso, adotou alterações legislativas que foram muito além daquelas exigidas pela Câmara dos Lordes.

Em seis dos oito casos restantes, o Parlamento respondeu com silêncio Legislativo ou com reconstituição das mesmas disposições legislativas – *law in-your face*. Nos dois outros casos, o Parlamento respondeu, ainda, com uma ampla mudança legislativa além da exigida pela decisão dos próprios tribunais, ou com a remoção da incompatibilidade precisa identificada por eles¹³¹.

A Suprema Corte nos moldes pós-reforma, de 2009, fez 10 anos no dia 01 de outubro de 2019, sendo, portanto, muito nova e ainda em fase de construção de identidade. Todavia, o que se percebe nesses 10 anos é uma crescente independência em relação aos demais Poderes e uma vontade de se transformar, efetivamente, em Corte Constitucional¹³².

¹³⁰ Weak-Form Judicial Review and American Exceptionalism" (University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper No. 348, 2011. Disponível em [:https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1373&context=public_law_and_legal_theory](https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1373&context=public_law_and_legal_theory). Acesso em 02 out. 2019.

¹³¹ Para maior aprofundamento, todos os casos que houve declaração de incompatibilidade até 2006 podem ser encontrado em: <https://publications.parliament.uk/pa/jt200506/jtselect/jtrights/239/23909.htm>. Acesso em 02 out. 2019.

¹³² Matéria sobre o tema no jornal inglês The Guardian. Disponível em <https://www.theguardian.com/law/guardian-law-blog/2012/nov/28/supreme-court-constitutional-welsh-byelaws>. Acesso em 02 out 2019.

Considerando os dados oficiais da Suprema Corte do Reino Unido, foram julgados 681 casos, todos considerados relevantes, já que não há um sistema de obrigatoriedade recursal. Assim, para serem julgados, os casos devem ser considerados como relevantes e com potencial de repetibilidade, algo como a repercussão geral no sistema brasileiro.

TABELA 5 – SUPREMA CORTE UK - 2009 A 2019¹³³

ANO	Quantidade de casos julgados
2009	16
2010	58
2011	60
2012	63
2013	81
2014	68
2015	79
2016	65
2017	82
2018	67
2019	42
TOTAL	681

Fonte: Suprema Corte do Reino Unido

Entre os casos julgados, considerando as matérias de jornais do Reino Unido, da Europa e dos Estados Unidos, destacam-se:

- 1) *In the Caribbean nation of St Kitts and Nevis*¹³⁴: em 2015, a Corte derrubou a introdução de novas fronteiras constituintes no país caribenho de São Cristóvão e Nevis alguns dias antes de sua eleição geral;
- 2) *Welsh assembly legislation was compatible with UK law*: em 2012, é considerado o primeiro caso no qual a Corte se porta como tribunal constitucional e decide uma norma em abstrato, ou seja, sem a existência de um caso concreto, decidiu que determinada legislação trabalhista da Assembleia de Gales era compatível às normas do Reino Unido¹³⁵;

¹³³ Disponível em: <https://www.supremecourt.uk/decided-cases/2009.html>. Acesso em 02 out. 2019.

¹³⁴ Matéria sobre o tema no jornal inglês The Guardian. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2015/feb/12/st-kitts-and-nevis-electoral-rule-overturned-by-privy-council>. Acesso em 02 out. 2019.

¹³⁵ *Last month, in a speech in Wales, supreme court justice Lady Hale acknowledged that the constitutional sands are shifting. Referring to the Welsh byelaws case, she observed: "Constitutional adjudication is a new animal for us... [This case] comes before the [supreme] court, not in a concrete case, but as pure constitutional review along*

- 3) *Joint enterprise law wrongly interpreted for 30 years, Supreme Court rules*¹³⁶: em 2016, a Corte alterou o entendimento que perdurava por mais de 30 anos quanto à interpretação de cumplicidade e de participação¹³⁷;
- 4) *Nadine Montgomery won a 16-year-battle for compensation over brain damage to her son during his birth*¹³⁸: em 2015, reconheceu a responsabilidade do Estado em não dar informações suficiente para a gestante, o que teria dado causa ao nascimento do filho com deficiência cerebral;
- 5) Permissão de eutanásia¹³⁹: em 2018, a Suprema Corte autorizará a realização de eutanásia quando a família e os médicos estiverem de acordo, sem a necessidade de pedido judicial;
- 6) Em 2019, a Suprema Corte decidiu pela ilegalidade do adiamento do fechamento do Congresso, realizado pela Rainha a pedido do Primeiro Ministro, visto que era evidente que se tratava de manobra para não votarem em questões sobre o BREXIT¹⁴⁰;

Nessa pequena amostra de julgados, percebe-se o crescimento da influência política da Suprema Corte no sistema político do Reino Unido, passando a ser um *player* cada vez mais importante e efetivando a separação dos poderes e o diálogo institucional. Percebe-se, também, que a atuação da Suprema Corte Britânica, no Controle de normas, é mais ampla do que a da neozelandesa, uma vez que a declaração de incompatibilidade tem um espectro maior, o qual abarca qualquer tema.

continental lines. This is, as far as I know, the first case in which this has happened. We are not used to deciding cases in the abstract, without reference to a particular set of facts." Disponível em <https://www.theguardian.com/law/guardian-law-blog/2012/nov/28/supreme-court-constitutional-welsh-byelaws>. Acesso em 02 out. 2019.

¹³⁶ Disponível em: <<https://www.bbc.com/news/uk-35598896>>. Acesso em: 02 out. 2019.

¹³⁷ Vídeo do julgamento do *leading case* Disponível em: <www.youtube.com/watch?v=242Iy-Yrbss>. Acesso em: data.

¹³⁸ Disponível em: <<https://www.bbc.com/news/uk-scotland-glasgow-west-31831591>>. Acesso em: 02 out.2019.

¹³⁹ Disponível em: <<https://www.bbc.com/news/uk-45003947>>. Acesso em: 02 out. 2019.

¹⁴⁰ Disponível em: <<https://www.causaoperaria.org.br/suprema-corte-inglesa-considera-ilegal-a-suspensao-do-parlamento/>>. Acesso em: 02 out.2019.

11.3 O sistema canadense

O sistema de controle de constitucionalidade canadense é considerado o pioneiro na institucionalização do controle de constitucionalidade fraco com a edição do *Charter of Rights and Freedoms*, em vigência no ano de 1982. Nessa edição, introduziu-se, no país, o *Constitution Act*¹⁴¹, que representa o principal instrumento no sistema constitucional canadense, sendo posicionado como norma supralegal, conforme diz a seção 52 (1)¹⁴², e como norma rígida, de acordo com as seções 38 a 49¹⁴³, pois ele exige formas diferenciadas para sua alteração. Dessa forma, essas são as primeiras diferenças em relação aos sistemas inglês e neozelandês já abordados “52. (1) *The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect*”.

Todavia, isso não alterou o sistema jurídico do Canadá por completo, sendo considerado, ainda, um país adepto da *commom law*; ou seja, o ordenamento jurídico, inclusive a Constituição canadense, vai além do texto positivado, englobando os costumes e as normas infraconstitucionais, como os demais países da *Commonwealth*.

A adoção do modelo de Carta constitucional trouxe para o sistema canadense a discussão quanto ao papel do Poder Judiciário em um sistema arraigado pela soberania parlamentar. Assim, já na Parte I do *Constitution Act*, há a lista dos direitos e garantias – *Charter of Rights and Freedoms* (CRF) –, determinando que os direitos ali presentes só poderiam ser limitadores desde que apresentados argumentos razoáveis aceitos em uma sociedade livre e democrática e mediante lei, sendo observado no trecho “1. *The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society*”¹⁴⁴.

Duas interpretações podem ser retiradas desse texto: a primeira é que se criou um limite ao Parlamento na edição de leis referentes a tais direitos e garantias; a segunda é que ainda é possível criar limitações esses direitos pelo Parlamento, as quais são denominadas de cláusula limitadora (*limitation clause*), pois deixam evidente que não existem direito ou garantia absolutos no Canadá.

¹⁴¹ Disponível em: <<https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/const/>>. Acesso em: 02 out.2019.

¹⁴² Disponível em: <<https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/const/>>. Acesso em: 02 out.2019.

¹⁴³ De forma geral, exige-se o consenso de ambas as casas do Parlamento e ao menos dois terços das províncias contendo no mínimo cinquenta por cento da população de todas as províncias.

¹⁴⁴ Disponível em: <<https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/const/page-15.html#h-39>>. Acesso em:02 out.2019.

Como forma de garantir essa análise da razoabilidade, a CRF determina que aquele que tenha os seus direitos infringidos ou negados pode buscar resposta no Poder Judiciário competente, como aponta o excerto “24. (1) *Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances*”.¹⁴⁵

Assim, no momento da análise da razoabilidade, a Suprema Corte do Canadá consagrou o teste de proporcionalidade, *leading case R. vs. Oakes* (1986)¹⁴⁶, pelo qual há o estudo se determinada norma impugnada deveria se manter ou ser afastada. O teste, que ficou conhecido como teste de Oakes (*Oakes test*), tem por base o disposto na seção 1 da CRF, sendo composto por quatro etapas¹⁴⁷:

- 1) a lei deve procurar atingir um objetivo importante;
- 2) conexão racional da medida com o objetivo (*rational connection*);
- 3) menor interferência possível nos direitos em causa (*minimal impairment ou least injurious means*);
- 4) proporcionalidade entre os efeitos das medidas e o objetivo identificado como de importância suficiente para justificar uma limitação de direitos.

No caso, Oakes analisava se a lei que imputava objetivamente aquele que fosse preso em posse de narcóticos, independentemente da quantidade, era considerado traficante. Desse modo, entendeu-se que a lei passava pelo primeiro critério, pois deter o tráfico de drogas é um objetivo importante. Todavia, na segunda fase de análise da proporcionalidade, compreendeu-se que não havia conexão racional que justificasse a limitação do direito à presunção de inocência, criando uma inversão do ônus probatório ao réu, o qual deveria comprovar que aquela posse era para consumo; assim, criava-se uma interferência máxima ao direito individual. Logo, a Corte concluiu que a *section 8 do Narcotic Control Act* era inconstitucional por afrontar a *section 11(d) do Charter of Rights and Freedoms*, de 1982.

Já na seção 33 do CRF consta cláusula não-obstante (*notwithstanding clause*),¹⁴⁸ a qual é o instituto mais distinto no sistema de controle de constitucionalidade da *Commonwealth*, apresentando a característica de controle menos fraco em comparação as demais. Esse dispositivo prevê que, pelo período de cinco anos renováveis, tanto o Parlamento federal quanto os Parlamentos das províncias podem fazer uma ressalva, no sentido de que suas disposições

¹⁴⁵ Idem

¹⁴⁶ Disponível em: <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/117/index.do>>. Acesso em 02 out. 2019.

¹⁴⁷ Canas, Vitalino José Ferreira Prova. *O princípio da proibição do excesso: em especial, na conformação e no controlo de atos Legislativos*. Tese de Doutoramento. Universidade de Lisboa. 2016.

¹⁴⁸ Disponível em: <<https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/const/page-15.html#h-39>>. Acesso em: 02 out.2019.

devem produzir efeitos. Não obstante, os direitos e as liberdades relacionados nas seções 7 a 15 do CRF não incluem, portanto, esses elementos constantes nas seções 1 a 6: liberdades fundamentais, democráticas, de mobilidade e linguísticas.

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.

Operation of exception

(2) An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration.

Five year limitation

(3) A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration.

Re-enactment

(4) Parliament or the legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1).

Five year limitation

(5) Subsection (3) applies in respect of a re-enactment made under subsection (4).

Segundo Gardbaum,¹⁴⁹ a cláusula não-obstante foi a maneira de se conseguir a conciliação entre as províncias que não queriam abandonar o sistema de soberania Parlamentar.

A Carta foi uma parte essencial da “repatriação” da Constituição do Canadá, desvinculando-a do Reino Unido, negociada pelo Primeiro Ministro Pierre Trudeau e tecnicamente concretizada pela Seção 2 da Lei do Canadá de 1982 promulgada pelo Parlamento britânico. Como é notório, Trudeau almejava um status plenamente constitucionalizado para a Carta de acordo com modelo norte-americano, mas diversos primeiros ministros provinciais objetaram em princípio ao conseqüente abandono da tradicional teoria da soberania parlamentar, bem como à sujeição provincial a direitos nacionalizados. A principal solução conciliatória, alcançada na última hora, foi a inserção na Carta da cláusula “não obstante” da Seção 33, emprestada da Seção 2 da Declaração de Direitos de 1960, mas transformada no novo contexto.

Gardbaum¹⁵⁰ afirma que essa cláusula foi usada apenas duas vezes, sendo a primeira de forma geral pela província de Quebec, a qual foi a única não concordante com a reformulação constitucional do Canadá, e, dessa forma, aplicou a seção 33 para invalidar todas as normas que interferiam nos regimentos da província. A segunda, de forma mais direta e específica, foi utilizada na província de Saskatchewan para encerrar uma greve dos servidores, a qual se

¹⁴⁹ GARDBAUM, Stephen. O novo modelo de constitucionalismo da comunidade britânica. S., Fortaleza, ano 15, n. 21, p.230, jul./dez. 2017.

¹⁵⁰ Ibid., p. 232.

fundamentava em uma decisão do Tribunal de Recursos do local que considerava legal o direito de greve.¹⁵¹

Em pesquisa realizada nas decisões da Suprema Corte Canadense publicada pela universidade de Chicago,¹⁵² encontrou-se, no período entre 1982 e 2004, 54 casos em que houve a declaração de inconstitucionalidade. Desses, como já informado por Gardbaum, em apenas 1 caso existiu a aplicação da seção 33,¹⁵³ e em outros 14 houve a utilização de *law in-your-face*, sendo que, nos demais, o Parlamento utilizou do silêncio eloquente. Há ainda, a informação da utilização da seção 33 em outras 15 oportunidades em legislações de províncias, mas de forma prospectiva, ou seja, já previamente prevista na norma, impedindo que uma decisão judicial que a invalidasse.

Um importante alerta quanto à validade desse instituto é apresentado pelo professor Paulo Gustavo Gonet Branco¹⁵⁴.

Uma solução como a canadense – é o que a comparação entre as experiências permite inferir – somente é pensável num quadro em que as instituições democráticas são firmes e merecedoras de confiança, em que o Parlamento cumpre, desassombradamente, o papel de representação popular, e numa sociedade privilegiada por um espaço público livre e desenvolvido, efetivamente aberto para o debate de questões políticas relevantes.

O alerta do professor Gonet, traz à memória as condições de legitimidade do Parlamento elaborado por Waldron¹⁵⁵:

¹⁵¹ Saskatchewan vs. Retail, Wholesale & Dep't Store Union, [1987] 1 S.C.R. 460 (Can). O projeto de lei 144 de Saskatchewan, de janeiro de 1986, que forçava o sindicato a voltar ao trabalho e ditava os termos do novo acordo coletivo, continha uma cláusula isentando-o da Carta. Isso foi considerado necessário em virtude de uma decisão do Tribunal de Recursos de Saskatchewan, de 1984, que revogava legislação similar com o fundamento de que ela infringia a liberdade de associação tal como garantida na Carta. “Seção 33, a cláusula não obstante: um tigre de papel” [“Section 33, the Notwithstanding Clause: A Paper Tiger”] 6 Choices IRPP 3 -20 (2000), citado em: GARDBAUM, op. cit. p.232.

¹⁵² Weak-Form Judicial Review and American Exceptionalism. (University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper No. 348, 2011, p. 11. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1373&context=public_law_and_legal_theory. Acesso em: 05 out.2019.

¹⁵³ No caso Ford vs. Québec (A.G), a SCC invalidou certas disposições da Carta Québec da língua francesa que proibem o uso do inglês em sinais públicos, e o legislador de Québec respondeu reencenando as mesmas disposições confiando na seção 33 da Carta. No entanto, mesmo o uso de um poder formal de substituição durou pouco, porque, após um período de cinco anos, o legislador de Quebec alterou a lei relevante para permitir a sinalização bilíngue, desde que o francês fosse o “presente” e língua predominante usada.

¹⁵⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Experiências no Controle de Constitucionalidade: O Diálogo Institucional Canadense e a Constituição Brasileira de 1937. In: Revista Direito Público. IDP, vol. 1, n. 31, 2010. p. 64.

¹⁵⁵ 1) as instituições democráticas devem estar em razoáveis condições de funcionamento, incluindo um Legislativo representativo, eleito por sufrágio adulto universal; 2) a existência de um conjunto de instituições judiciais, também, em razoável condições de funcionamento, erigidas sobre uma base não representativa para conhecer de ações individuais, resolver controvérsias e defender o Estado de Direito; 3) um comprometimento dos membros da sociedade e da maioria de suas autoridades com a ideia de direitos individuais e de minorias; 4) discórdância persistente, substancial, e de boa-fê quanto a direitos entre os membros da sociedade que estão comprometidos com a ideia de direitos. (WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao judicial review. In:

O sistema canadense apresenta, ainda, outras duas formas de diálogo, além das seções 33 e 1 da CRF. A primeira é a possibilidade de consultas prévias à Suprema Corte sobre a eventual constitucionalidade de determinado projeto. Desse modo, a utilização mais comentada dessa via foi, exatamente, na discussão do Ato Constitucional e na Carta de Direitos e Garantias¹⁵⁶, agindo como um órgão consultivo, cujas respostas não são vinculadas ao Parlamento.

A outra forma de atuação da Corte, que leva a um debate, é a utilização da técnica de interpretação de constitucionalidade, chamada de *suspended declarations of invalidity*, na qual se declara a norma ainda constitucional. Um exemplo de uso desse método foi o caso *Re Manitoba Language Rights*,¹⁵⁷ no qual discutia-se a previsão de as normas da federação serem todas publicadas nas línguas inglesa e francesa, sendo que a província de Manitoba publicava apenas em inglês. Assim, a Suprema Corte entendeu que havia uma inconstitucionalidade, mas que as regras ainda eram válidas, dando prazo para a província publicá-las em francês.

Essa técnica já foi utilizada no Brasil. Como exemplo, tem-se o julgamento do HC 70.514, em 23/03/1994,¹⁵⁸ em que a transitividade constitucional do dispositivo legal conferia prazo em dobro à Defensoria Pública para interposição de recursos penais quando o Ministério Público não possuía essa prerrogativa, enquanto as defensorias não estivessem totalmente organizadas nos estados.

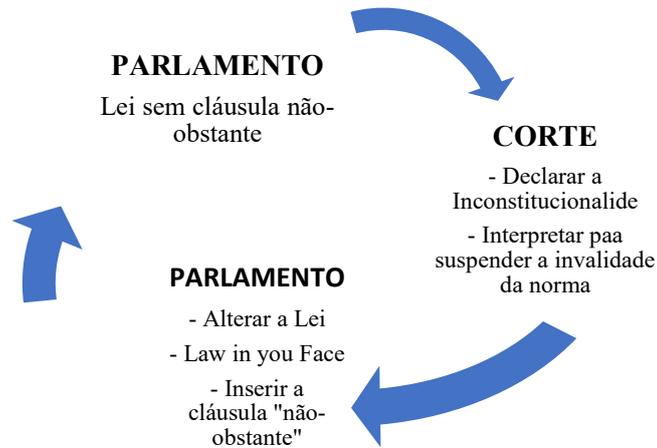
BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. (Org.). Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010. p. 106.

¹⁵⁶ Para maior compreensão ver <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2519/index.do>. Acesso em: 05 out.2019.

¹⁵⁷ Para maior compreensão ver: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/60/index.do>. Acesso em: 05 out. 2019

¹⁵⁸ Ementa: Direito Constitucional e Processual Penal. Defensores Públicos: prazo em dobro para interposição de recursos (§ 5 do art. 1 da Lei n 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei n 7.871, de 08.11.1989). Constitucionalidade. "Habeas Corpus". Nulidades. Intimação pessoal dos Defensores Públicos e prazo em dobro para interposição de recursos. 1. Não é de ser reconhecida a inconstitucionalidade do § 5 do art. 1 da Lei n 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei n 7.871, de 08.11.1989, no ponto em que confere prazo em dobro, para recurso, às Defensorias Públicas, ao menos até que sua organização, nos Estados, alcance o nível de organização do respectivo Ministério Público, que é a parte adversa, como órgão de acusação, no processo da ação penal pública [...] (HC 70514, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 23/03/1994).

Figura 3 – Ciclo dialógico canadense



Assim, apesar de existir uma Constituição escrita, rígida e colocada como norma supralegal, além de haver a permissão para a Corte realizar o controle de Constitucionalidade, a seção 33 e a seção 1 da CRF, ao mesmo tempo, possibilitam a atuação da Corte e constituem o sistema fraco de controle, pois restabelecem a supremacia Parlamentar.

12 FORMAS DE DIÁLOGO INSTITUCIONAL EXISTENTES NO BRASIL

Diferentemente dos sistemas de controle de constitucionalidade presentes nos países da *Commonwealth* examinados nos capítulos anteriores, nos quais se criou mecanismos fomentadores do diálogo institucional na tarefa de interpretar a constituição, o Brasil optou por um sistema que aposta na figura do guardião como intérprete último da Constituição, conforme expresso na Constituição (art. 102, caput da CRFB) e já afirmado pelo próprio STF¹⁵⁹ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:”.

Nessa configuração, a expectativa de um diálogo é extremamente mitigada, todavia, a Constituição brasileira não engessou totalmente o diálogo, pois permite a superação legislativa, ou seja, a possibilidade de o Legislativo reeditar o conteúdo material de leis declaradas inconstitucionais pela Corte.

Essa autorização se depreende da leitura direta da Constituição (art. 102, §2º e 103-A da CRFB), em que há expresso que as decisões da Corte Suprema terão efeito vinculante sobre os demais órgãos do Judiciário e sobre a administração direta e indireta em todas as esferas, portanto, nem o próprio STF, nem o poder Legislativo são atingidos.

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

A discussão quanto à legalidade dessa atuação pelo congresso brasileiro passa pela análise do sistema de controle de constitucionalidade praticado no ordenamento nacional, o qual, como já explanado nesta dissertação, pode ser caracterizado como ultra forte por instituir cláusula pétreas e por considerar possível o controle de constitucionalidade de emendas constitucionais. Desse modo, isso cria um fundamento material de revisão geral de todas as normas do Parlamento e retira qualquer limite desse controle.

¹⁵⁹ “[...] A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E O MONOPÓLIO DA ÚLTIMA PALAVRA, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. - O exercício da jurisdição constitucional - que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição - põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. (...) A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal - a quem se atribuiu a função eminente de "guarda da Constituição" (CF, art. 102, "caput") - assume papel de essencial importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político- jurídico vigente em nosso País confere, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental”. (ADI 3.345/DF, Relator Min. Celso de Mello, julgada em 25/08/2005)

Assim, nos sistemas em que não há vinculação do Poder Legislativo às decisões judiciais, é possível o confrontamento da interpretação de determinado conteúdo material de uma norma declarada inconstitucional pela Corte ou, de outra forma, a *ratio decidendi* da Corte não vincula ao Legislativo, assim, abre-se um espaço de diálogo. A dúvida seria, como fazê-lo?

A hipótese inicial é a utilização das Emendas Constitucionais (EC), alterando, portanto, o parâmetro de análise da compatibilidade das normas à Constituição. Como exemplo de superação legislativa por Emendas, tem-se o caso da Taxa de Limpeza Pública (TLP), isto é, a Corte decide que seria inconstitucional a instituição de tributo cujo objeto era serviço geral por meio de taxas, o que gerou, inclusive, o enunciado da súmula 670 do STF “O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa”.

Em resposta, o Congresso aprovou a EC 39/2002, que introduziu o artigo 149-A na CRFB, autorizando, expressamente, a utilização de contribuição para o custeio de iluminação pública “Art. 149-A Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art. 150, I e III. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 39, de 2002)”.

A seguir encontram-se outros casos emblemáticos no meio jurídico, com a ressalva de que não há a pretensão de inventariar todos, mas apenas citar alguns exemplos que repercutiram mais fortemente no meio social.

- 1) *EC 58/2009*: aumentou o número de vereadores nos municípios brasileiros como forma de alterar o fixado no RE 197.917/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, Pleno, DJ 7.5.2004; e *EC 52/2006*: promulgada para derrubar a verticalização partidária imposta pelo Tribunal Superior Eleitoral e confirmada pelo STF na ADI 2.626/DF (red. para o acórdão min. Ellen Gracie, Pleno, DJ 5/3/2004);
- 2) *EC 29/2000*: permitiu a progressividade do IPTU em razão do valor do imóvel, em resposta ao entendimento do STF da necessidade de previsão constitucional da progressividade da alíquota em tributos reais - *RE 153.771/MG* (red. para o acórdão min. Moreira Alves, Pleno, DJ 5/9/1997);
- 3) Após o STF decidir na ADI 2010 que não havia competência tributária para instituir contribuição previdenciária dos servidores inativos no regime previdenciário da EC 20/1998, o Congresso Nacional promulgou a *EC 41/2003*, para expressamente restabelecer a competência tributária para contribuição previdenciária de servidores aposentados e pensionistas.

Com a utilização de Emendas, há a alteração do parâmetro e é possível retornar ao diálogo, entretanto, nesse caso, a reanálise da matéria pela Corte fica restrita ao conteúdo do artigo 60 da CRFB. Em contra partida, há o esforço político muito maior ao congresso na edição de EC, considerado o processo Legislativo diferenciado e mais complexo.

É importante ressaltar que o próprio STF vem discutindo e admitindo a existência de um diálogo institucional, utilizando, inclusive, essa denominação e relativizando o seu entendimento quanto a possuir a última palavra definitiva. Ademais, esse órgão governamental passou a afirmar que possui a última palavra provisória,¹⁶⁰ sendo a atuação da Corte como um *input* para o reinício do debate entre as instituições e os atores da sociedade civil, impedindo uma fossilização do conteúdo constitucional (expressão usada pelo Min. Luiz Fux).

Assim, o Supremo admite a edição de nova norma com mesmo conteúdo material, sob a condição de demonstração de alteração circunstancial em relação ao período da decisão de inconstitucionalidade dada pela Corte, como decidido na ADI 5105¹⁶¹ e sintetizado pelo Ministro Barroso em seu voto:

O que não se admite, como dito, a meu ver, com felicidade no voto do Ministro Luiz Fux, é um exercício de argumento de autoridade. Eu, Congresso, mudo a decisão do Supremo, porque eu quero, sem oferecer nenhum tipo de razão capaz de passar pelo crivo do debate público, que é hoje um componente essencial da democracia. Desse modo, o Congresso pode, sim, eventualmente superar uma decisão do Supremo, e até mediante lei ordinária, mas tem que demonstrar que havia mais de uma interpretação possível e razoável e oferecer as suas razões de escolha.

A autorização da edição de lei infraconstitucional como forma de superação legislativa foi posteriormente validada em diversos julgados, dos quais dois são considerados mais relevantes e presentes no julgamento da ADI 5105, sendo suficientes para demonstrar o estágio atual da compreensão em relação à necessidade da fomentação do diálogo institucional.

Dessa forma, no caso da interpretação referente ao conceito de “funções de magistério”, contido no § 5º do art. 40 e no § 8º do art. 201 da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal havia aplicado uma interpretação restritiva para fins de cômputo de tempo para

¹⁶⁰ Expressão utilizada na ADI 5105, Relator Ministro Luiz Fux, julgada em 01/10/2015: Na verdade, a interpretação dada pela Corte fornece o *input* para que sejam reiniciadas as rodadas de debates entre as instituições e os demais atores da sociedade civil, razão por que deve ser compreendida como última palavra provisória. Insta ressaltar que a opção por reconhecer que dinâmica interinstitucional se funda em premissa dialógica e plural de interpretação da Constituição, e não de monopólio e arrogância, afasta qualquer leitura romântica e idealizada das instituições, evitando, bem por isso, o indesejado fetichismo institucional, já denunciado por Roberto Mangabeira Unger (MANGABEIRA UNGER, Roberto. Democracy realized: the Progressive Alternative. New York: Verso, 1998, p. 25).

¹⁶¹ Tais condições são afirmadas no julgamento da ADI 5105, na qual a Corte considerou inconstitucional a Lei n. 12.875/2013 editada para superar a decisão de inconstitucionalidade de artigos da lei n. 9504/97, declarada nas ADIs 4430 e 4795.

aposentadoria especial. Assim, entendia-se que esse termo era referente apenas ao período efetivamente utilizado em sala de aula, o qual se tornou enunciado da súmula 726 “Para efeito de aposentadoria especial de professores, não se computa o tempo de serviço prestado fora da sala de aula”.

De forma frontal ao entendimento da Corte, o congresso editou a Lei n. 11.301/20016 contendo apenas dois artigos, sendo o primeiro exclusivo para interpretar o conceito de “funções de magistério” de forma ampla, incluindo os serviços de direção, coordenação e assessoramento pedagógico.

Art. 1º O art. 67 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, passa a vigorar acrescido do seguinte § 2º, renumerando-se o atual parágrafo único para § 1º :

“Art. 67.

.....

§ 2º Para os efeitos do disposto no § 5º do art. 40 e no § 8º do art. 201 da Constituição Federal, são consideradas funções de magistério as exercidas por professores e especialistas em educação no desempenho de atividades educativas, quando exercidas em estabelecimento de educação básica em seus diversos níveis e modalidades, incluídas, além do exercício da docência, as de direção de unidade escolar e as de coordenação e assessoramento pedagógico.” (NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Esses artigos foram apresentados ao ADI 3772 pelo Procurador-Geral da República, discutindo o conteúdo material dessa nova norma. Ao fim, a Corte declarou a constitucionalidade, alterando seu entendimento anterior e, por via reflexa, admitiu a superação legislativa.

No julgamento da LC 135/2000, o STF possuía jurisprudência consolidada no sentido de que não era possível reconhecer a inelegibilidade do candidato a não ser que houvesse contra ele uma condenação transitada em julgado. Não concordando com esse entendimento, o Congresso editou a chamada Lei da Ficha Limpa, a qual trouxe a previsão da inelegibilidade com a condenação em segunda instância. Foram propostas as ADC 29 e 30 e ADI 4578 em face à LC 135/2000. Desse modo, superando seus antigos precedentes, o Supremo entendeu que a reação legislativa foi legítima e que a Lei da Ficha Limpa é constitucional e não viola o princípio da presunção de inocência.

Ainda no julgamento da ADI 5105, o relator Min. Luiz Fux, apresenta a conclusão quanto às hipóteses de diálogo com superação legislativa: (i) o Tribunal não subtrai *ex ante* a faculdade de correção legislativa pelo constituinte reformador ou legislador ordinário; (ii) no caso de reversão jurisprudencial via emenda constitucional, a invalidação somente ocorrerá nas hipóteses estritas de ultraje aos limites preconizados pelo art. 60 e por seus §§ da Constituição; e (iii) no caso de reversão jurisprudencial por lei ordinária, excetuadas as situações de ofensa

chapadas ao texto magno, a Corte tem adotado um comportamento de autorrestrição e de maior deferência às opções políticas do legislador.

Decidido pela utilização da superação legislativa e pela via infraconstitucional, lei ordinária ou lei complementar, o legislador teria ainda três opções possíveis:

- 1) utilizar os fundamentos do julgado da Corte e, buscando retomar a primazia democrática, editar nova lei, normatizando o tema e respeitando os limites da interpretação desse órgão¹⁶²;
- 2) usar os fundamentos da Corte, mas, ao não concordar com o dispositivo final, editar nova lei que discipline a matéria dentro da amplitude de Constitucionalidade apresentada pela Corte, como, por exemplo, utilizar as linhas dos votos minoritários ou de um voto médio;
- 3) reeditar da norma em seu conteúdo material, praticando mesmo o instituto da *Law in-your-face*¹⁶³, conforme o sistema inglês e canadense autorizam.

Nos casos das duas primeiras hipóteses, a norma entra no sistema como qualquer outra e pode ser ou não declarada inconstitucional pela Corte, seguindo o rito e sob as condições padrão do sistema de controle de constitucionalidade.

Já na terceira hipótese, conforme bem acentuado pelo Ministro Luiz Fux, a norma adentra ao sistema com uma pecha de inconstitucionalidade, devendo o congresso demonstrar que houve alteração circunstancial e jurídica que levaram à constitucionalidade *posteriori* do conteúdo material da norma.

Se, porém, introduzida por legislação ordinária, a lei que frontalmente colidir com a jurisprudência da Corte nasce, a meu sentir, com presunção de inconstitucionalidade, de sorte que caberá ao legislador o ônus de demonstrar, argumentativamente, que a correção do precedente se afigura legítima. Ademais, deve o Congresso Nacional lançar novos fundamentos a comprovar que as premissas fáticas e jurídicas sobre as quais se fundou o posicionamento jurisprudencial superado não mais subsistem. Não se trata em si de um problema, visto que, ao assim agir, o Congresso Nacional promoverá verdadeira hipótese de mutação constitucional pela via legislativa, que se caracteriza, de acordo com o escólio do Professor e hoje Ministro Luís Roberto Barroso, “quando, por ato normativo primário, procurar-se modificar a interpretação que tenha sido dada a alguma norma constitucional.” (BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 167)¹⁶⁴.

¹⁶² Um exemplo dessa forma de diálogo se deu no julgado da ADI 4628, rel. min. Luiz Fux, Pleno, DJe 24/11/2014, na qual a Corte entendeu que o aumento das compras realizado no comércio eletrônico justificava a redistribuição da partilha de ICMS entre Estado de destino e de origem. Todavia, não poderia ser efetuado por meio de protocolo do Confaz, mas por emenda constitucional. Em resposta, o Congresso editou a EC 87/2015, alterando gradativamente a mencionada partilha nos casos de operações e prestações que destinem bens e serviços ao consumidor final não contribuinte de ICMS localizado em outro Estado.

¹⁶³ Lei nº 12.875/2013 que repetiu previsões da Lei n. 9.504/97 declaradas inconstitucionais na ADI 4430.

¹⁶⁴ Extrato do voto do ministro Relator Luiz Fux na ADI 5105, julgado em 01/10/2015.

O sistema de diálogo, além dessas formas de superação legislativa, é completado com a utilização de técnicas interpretativas, como a já mencionada declaração de lei ainda constitucional; o apelo Legislativo, quando a Corte aponta a necessidade de alteração de determinada norma; e a devolução da matéria ao Congresso no momento em que, ao invés de decidir, a Corte informa uma omissão e, dando ou não prazo ao Congresso, requer que seja solucionada a omissão apontada.

Assim, pode-se afirmar a existência de um sistema incipiente de diálogo institucional, como o voto do Ministro Sepúlveda Pertence na ADI nº 2.797, que, sem as participações dos ministros Eros Grau e Gilmar Mendes, poderia ser o voto hoje estudado como o condutor de um sistema de controle, no qual a decisão da Corte proibiria a superação legislativa por norma infraconstitucional.

4. Quando, ao vício de inconstitucionalidade formal, a lei interpretativa da Constituição acresça o de opor-se ao entendimento da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal - guarda da Constituição -, às razões dogmáticas acentuadas se impõem ao Tribunal razões de alta política institucional para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental: admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição - como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia -, só constituiria o correto entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames.

O que fica claro, todavia, é que as hipóteses de diálogo existentes são fruto da autocontenção (*self restraint*) da Corte, e não de uma delimitação democrática com previsão Constitucional. Isso porque foi a própria Corte, ao interpretar os casos postos em análise, que criou o sistema de diálogo institucional brasileiro e é ela, também, que em determinada configuração ou circunstância pode decidir por inexistir essa metodologia.

Por tal fragilidade, é que se discute a necessidade de implantação formal de um sistema de diálogo no Brasil.

13 POSSIBILIDADE DE ENFRAQUECER O SISTEMA ATUAL DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO PAÍS

Como foi analisado no capítulo anterior, o método brasileiro de controle de constitucionalidade é caracterizado como um sistema forte, tendo uma Constituição principiológica, uma Corte Suprema com independência, e instituição legal de duas vias, difusa e concentrada, para que os grandes temas cheguem até a Corte. Além disso, há a determinação constitucional de vinculação da *ratio decidendi* das decisões da Corte pelos órgãos da administração e dos demais do Judiciário, aliando-se, portanto, à tese do guardião e da última palavra.¹⁶⁵

Entretanto, é verdade que nos tempos atuais a própria Corte busca o autocontrole e admite algumas formas de diálogo, como a possibilidade de superação legislativa por norma infraconstitucional, bem como as técnicas de interpretação que fomentam o diálogo.

Todavia, essa mesma Corte, realizando mutação constitucional, retirou a efetividade do único dispositivo constitucional expresso que admite uma forma de diálogo, o artigo 52, X da CRFB, o qual prevê a possibilidade de o Senado suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo STF, conforme julgamento da Reclamação 4335¹⁶⁶ “X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

Cabe ressaltar, ainda, que essa previsão é uma tradição constitucional do Brasil, estando presente desde a Constituição de 1934, como pode ser observado no artigo 91, IV:

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;

Um importante fato histórico trazido pelo próprio ministro Gilmar Mendes, no bojo do julgamento da Reclamação 4335, deixa claro que o dispositivo analisado foi alvo de intenso

¹⁶⁵ Pode-se acrescentar como elemento de construção do sistema forte ou ultra forte de controle vigente no país as previsões de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, inclusive, da interpretação e da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto (art. 28 da lei n. 9868/99), bem como a recente vinculação dos precedentes (art. 927 do CPC).

¹⁶⁶ Para maior conhecimento do tema ver Rcl. 4335/AC. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=2381551>>. Acesso dia 15 out. 2019.

debate e avaliação de profundidade de seu sentido pelo Senado Federal, tanto pela assembleia constituinte de 1934 quanto pela de 1946.

Na discussão travada no Plenário da Constituinte, destacaram-se as objeções de Levi Carneiro, contrário à incorporação do instituto ao Texto Magno. Prevaleceu a tese perfilhada, dentre outras, por Prado Kelly, tal como resumida na seguinte passagem: “Na sistemática preferida pelo nobre Deputado, Sr. Levi Carneiro, o Supremo Tribunal decretaria a inconstitucionalidade de uma lei, e os efeitos dessa decisão se limitariam às partes em litígio. Todos os demais cidadãos, que estivessem na mesma situação da que foi tutelada num processo próprio, estariam ao desamparo da lei. Ocorreria, assim, que a Constituição teria sido defendida na hipótese que permitiu o exame do Judiciário, e esquecida, anulada, postergada em todos os outros casos (...)”. Certas constituições modernas têm criado cortes jurisdicionais para defesa da Constituição. Nós continuamos a atribuir à Suprema Corte a palavra definitiva da defesa e guarda da Constituição da República. Entretanto permitimos a um órgão de supremacia política estender os efeitos dessa decisão, e estendê-los para o fim de suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando o Poder Judiciário os declara inconstitucionais.”¹⁶⁷

Pelo discurso transcrito acima, fica evidente que os congressistas debateram pontos cruciais da norma constitucional, inclusive o efeito da resolução do Senado, corroborando com a tese de Waldron de que o Legislativo possui um profundo debate de mérito sobre as matérias.

Em seu voto, o ministro Gilmar Mendes chega à conclusão de que os constituintes de 1934 já pretendiam que a resolução do Senado teria eficácia *erga omnes* e efeito vinculante para todos, “configurando, inclusive, instrumento de economia processual”, o que seria um dos princípios violados pelo artigo atacado (princípio da eficiência).

Parecia evidente aos constituintes que a suspensão da execução da lei, tal como adotada em 1934, importava na extensão dos efeitos do aresto declaratório da inconstitucionalidade, configurando, inclusive, instrumento de economia processual. Atribuía-se, pois, ao ato do Senado, caráter ampliativo e não apenas paralisante ou derogatório do diploma viciado. E, não fosse assim, inócuo seria o instituto com referência à maioria das situações formadas na vigência da lei declarada inconstitucional.

Realizando uma análise crítica ao voto do Ministro Eros Grau na Reclamação 4335, Lênio Streck¹⁶⁸ discute o conceito de tradição, tendo como foco a doutrina de Dworkin, que a utiliza como elemento de coesão entre as decisões dos juízes.

Mais ainda: se o texto “mutado” é obsoleto - como textualmente diz o Min. Eros Grau - como admitir que o Supremo Tribunal Federal “faça” outro, que confirme a tradição? De que modo se chega a conclusão de que “um texto constitucional é obsoleto”? E de

¹⁶⁷ ALENCAR. A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais, cit. p. 260. APUD Voto do Ministro Gilmar Mendes na Reclamação 4335, pg. 16.

¹⁶⁸ STRECK, Lênio Luiz; CATTONI, Marcelo Andrade; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional. p. 25. Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40>. Acesso em: 01 jun. 2019.

que modo é possível afirmar que, “por ser obsoleto”, o Supremo Tribunal Federal pode se substituir ao processo constituinte derivado, único que poderia substituir o texto “obsoleto”? A tradição não residiria exatamente no fato de termos adotado – e ratificado em 1988 – o sistema misto de controle de constitucionalidade? A tradição não estaria inserida na própria exigência de remessa ao Senado, buscando, assim, trazer para o debate - acerca da (in)validade de um texto normativo – o Poder Legislativo, único que pode tratar do âmbito da vigência, providência necessária para dar efeito erga omnes à decisão que julgou uma causa que não tinha uma tese, mas, sim, uma questão prejudicial?

O autor busca demonstrar que há um *loop* de validade entre os discursos dos ministros Eros Grau e Gilmar Mendes na tentativa de ambos demonstrarem a existência de um hiato entre realidade e norma. Assim, a necessidade de realizar a mutação pretendida seria não apenas invalidar o artigo 52, X da CRFB/1988, mas também fragilizar, quase que por completo, o sistema misto de controle de constitucionalidade, transformando todo sistema, seja qual for o caminho de chegada ao STF, em controle abstrato. Como consequência, geraria eficácia vinculante e efeito *erga omnes* das decisões do STF, transformando-o, portanto, em Corte Suprema, seja qual for a origem do debate.

Por sua vez, a Constituição de 1937 trazia um disposto que efetivamente transformava o método brasileiro no sistema fraco de controle de constitucionalidade, pois abria a possibilidade dos dois Poderes – Executivo e Legislativo suspenderem uma decisão da Corte, próxima da previsão canadense da seção 33.

Art 96 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República.
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.

No entanto, é válido lembrar que a CRFB, de 1937, foi uma carta outorgada sob o regime ditatorial de Getúlio Vargas, período no qual o Parlamento foi dissolvido na própria Carta constitucional (artigo 178), sem cumprir as ordens do dispositivo de marcar novas eleições; assim, durante a vigência da Carta de 37, não coexistiu o Poder Legislativo com o Executivo. Dessa forma, o poder de editar leis se concentrou no Executivo de maneira constitucional, pois o artigo 180 da Carta de 1937 previa a seguinte possibilidade “Enquanto não se reunir o Parlamento nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias de competência legislativa da União”.

Mesmo sem congresso, houve a incidência do artigo 96 da Carta de 37, ao menos uma vez, na forma do Decreto-Lei 1.564, de 1939, por meio do qual o Executivo confirmou a

constitucionalidade às leis que previam incidência do Imposto de Renda sobre os entes estaduais e municipais, normas que haviam sido declaradas inconstitucionais pelo STF¹⁶⁹.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, usando da atribuição que lhe confere o artigo 180 da Constituição, e para os efeitos do artigo 96, parágrafo, CONSIDERANDO que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da incidência do imposto de renda, decretado pela União no uso de sua competência privativa, sobre os vencimentos pagos pelos cofres públicos estaduais e municipais; CONSIDERANDO que essa decisão judiciária não consulta o interesse nacional e o princípio da divisão equitativa do ônus do imposto, DECRETA:

Artigo único. São confirmados os textos de lei, decretados pela União, que sujeitaram ao imposto de renda os vencimentos pagos pelos cofres públicos estaduais e municipais; ficando sem efeito as decisões do Supremo Tribunal Federal e de quaisquer outros tribunais e juízes que tenham declarado a inconstitucionalidade desses mesmos textos.

O fato de o instituto ter sido criado e aplicado num período antidemocrático fez nutrir uma pecha, sem ter estudos críticos quanto a sua validade democrática, até a criação, em 1982, do instituto similar na sociedade canadense. Deve-se lembrar que esse corpo social é eminentemente democrático e com os elementos sociais necessários para realizar o teste de validação e, passados dezessete anos, mesmo que ainda haja críticas, tem-se um instituto atuando efetivamente no pró-diálogo institucional.

A verdade é que há um desbalanço entre os poderes no sistema nacional, em especial o Poder Judiciário, o qual se colocou com um *outliers* nesse jogo, sendo hipertrofiado não apenas pelas normas expressas, mas também por sua autolegitimação, entre algumas: entender como possível a declaração da inconstitucionalidade de emendas constitucionais; atuar ativamente nos casos de omissões não apenas a declarando, mas também criando a norma faltante;¹⁷⁰ realizar políticas públicas¹⁷¹; e participar do processo Legislativo, pois entende que é cabível Mandado de Segurança contra ato interno do Congresso.¹⁷²

Esse desbalanço, gerado pela falta de reação dos demais Poderes, ocasiona atos improváveis. Como exemplo podem ser citados aqueles atos perpetrados pelo Ministro

¹⁶⁹ Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1564-5-setembro-1939-411497-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 25 out. 2019.

¹⁷⁰ MI 708, 712 – direito de greve. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=75355>. Acesso em: 26 out. 2019.

¹⁷¹ Reconhecimento do Estado de Coisa Inconstitucional do sistema prisional, e determinação de diversas medidas. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 26 out. 2019.

¹⁷² MS 20.257, ainda na Constituição anterior, e MS 24.645 já na Constituição de 1988. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%20773>>. Acesso em: 26 out. 2019.

presidente Dias Toffoli, que mesmo com várias críticas à instituição¹⁷³ e a determinados ministros – tendo entre os críticos os membros do Ministério Público Federal¹⁷⁴ –, no dia 14 de março de 2019 baixou a Portaria GP nº 69. Essa resolução definiu a abertura do Inquérito n. 4781/STF, no bojo do qual foram realizadas várias medidas questionáveis, entre elas a retirada da matéria publicada sobre o próprio ministro na revista *Crusoe* e no site *O Antagonista*.¹⁷⁵

Em resposta, imediatamente foram protocolados pedidos de *Impeachment* no Senado em face dos Ministros Toffoli e Alexandre de Moraes¹⁷⁶, como a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) contra tais atos¹⁷⁷, e críticas abertas nos meios de comunicação. Estas foram realizadas por vários membros de Poderes, entre eles, dois ministros da Corte – Ministro Marco Aurélio de Mello¹⁷⁸ e Ministro Celso de Mello¹⁷⁹ –, afirmando que a portaria e o inquérito aberto seriam uma tentativa de blindagem à crítica, o que caracterizaria censura.co

Questões como essas, trazem à discussão não apenas a necessidade de diálogo, mas também a inexistência de medidas de controle contra atos arbitrários da Suprema Corte. A verdade é que, na configuração atual, medidas claramente inconstitucionais de membros do Supremo possuem apenas duas formas de oposição. A primeira é o *self control*, com a atuação dos demais ministros revogando a ordem ilegal; no entanto, ainda haveria a exigência que o autor do ato ilegal, ou o presidente da Corte, o levasse ao plenário, ou seja, nesse caso específico, deveria haver duplo *self control*, já que o próprio presidente da Corte é o autor do ato questionado, dependendo, portanto, de um senso republicano elevadíssimo. A segunda é o *Impeachment*, que exige um esforço político grandioso.

¹⁷³ Os principais fatos marcantes que levaram a atuação do presidente do STF estão sintetizadas nas matérias jornalísticas Disponível em: <<https://jconline.ne10.uol.com.br/canal/politica/nacional/noticia/2018/12/04/video-passageiro-insulta-stf-durante-voe-com-lewandowski--364310.php>> e <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/02/08/documento-da-receita-aponta-suposta-fraude-de-gilmar-mendes-ministro-pede-providencias-a-toffoli.ghtml>. Acesso em: 26 out.2019.

¹⁷⁴ Procuradores Federais, em especial Deltan Dallagnol e Diogo Castor estariam, via twitter, incitando a população contra o Supremo. As matérias jornalísticas podem ser acessadas em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/coberturas-especiais/liberdade-de-expressao/nao-imputei-ma-fe-a-ministros-do-stf-diz-deltan-24042019. Acesso em: 26 out.2019.

¹⁷⁵ A matéria jornalística pode ser acessada em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/liberdade-de-expressao/moraes-determina-retirada-de-materia-que-cita-implicacao-de-odebrecht-a-toffoli-15042019>. Acesso em: 26 out.2019.

¹⁷⁶ A matéria jornalística pode ser acessada em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/Legislativo/senador-protocola-pedido-de-impeachment-de-toffoli-e-alexandre-de-moraes-23042019. Acesso em: 26 out.2019.

¹⁷⁷ Acessado em: <https://www.valor.com.br/politica/6177285/rede-pede-anulacao-de-inquerito-aberto-por-dias-toffoli>. Acesso em: 26 out.2019.

¹⁷⁸ Acessado em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2019/03/18/ministro-marco-aurelio-critica-decisao-de-toffoli-de-inquerito-sobre-fake-news.ghtml>. Acesso em: 26 out.2019.

¹⁷⁹ Acessado em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2019-04/censura-e-ilegitima-e-autocratica-diz-celso-de-mello>. Acesso em: 26 out.2019.

Deixar a defesa da democracia sob a utilização de armas, discricionária (*self control*) ou tão letais (*impeachment*) é um risco à própria democracia, fortalecendo a necessidade de criar meios menos discricionários e rígidos de “controle”.

De forma ainda tímida, mas em resposta à hipertrofia do Judiciário, o Legislativo vem apresentando tentativas de respostas, em busca de balancear novamente a estrutura dos Poderes e diminuir o protagonismo judicial no Brasil. Assim, recentemente se publicou a Lei n. 13.869/2019, conhecida como Lei de Abuso de Autoridade, entre as inovações dela, há a inclusão dos membros do Judiciário e do ministério público no rol de sujeitos ativos dos crimes ali tipificados.

Além da lei de abuso que foi efetivamente publicada, há diversos projetos de lei e de emendas constitucionais que buscam limitar o Poder Judiciário e evitar a usurpação de competência de outro Poder da República. Tais projetos, além da dificuldade do procedimento Legislativo, lidam com a desconfiança do novo, especialmente, na comunidade jurídica, que antes mesmo de debate-los, já o pecham como inconstitucionais, especialmente quando se trata de projetos que buscam elaborar novos arranjos institucionais. Um exemplo disso é o comentário do Ministro Gilmar Mendes quando questionado sobre a PEC 33:

"Não há nenhuma dúvida, ela é inconstitucional do começo ao fim, de Deus ao último constituinte que assinou a Constituição. É evidente que é isso. Eles [CCJ] rasgaram a Constituição. Se um dia essa emenda vier a ser aprovada é melhor que se feche o Supremo Tribunal Federal. É disso que se cuida¹⁸⁰".

13.1 Uma análise crítica das PECs 33/2011 e 93/2019

De certa forma, ambas as PECs buscam criar novos mecanismos de arranjos institucionais, sendo que a PEC 33/2011 é mais ampla, trazendo alterações em diversos artigos da CRFB; já a PEC 93/2019 busca apenas a alteração do inciso V do art. 49 da CRFB. No entanto, as duas têm como objetivo a criação de um sistema fraco de controle de constitucionalidade, possuindo como parâmetro o modelo canadense.

A PEC 33/2011 está arquivada, mas o recente pedido de desarquivamento do Deputado João Campos - PRB-GO¹⁸¹ demonstra que o debate é atual e tem força no Congresso, já a PEC 93/2019¹⁸² está atualmente na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ).

¹⁸⁰ Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/04/se-pec-33-passar-melhor-que-se-feche-o-supremo-diz-gilmar-mendes.html>. Acesso em: 26 out.2019.

¹⁸¹ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667>. Acesso em: 26 out.2019.

¹⁸² Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2207351>. Acesso em: 26 out.2019.

A proposta da PEC 33/2011 traz alterações nos artigos 97, 102, §2-A, e 103-A da CRFB:

Quadro 1 – Comparação entre texto atual da CRFB e texto proposto pela PEC 33/2011

TEXTO ATUAL	TEXTO PRETENDIDO
<p>Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.</p>	<p>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.</p>
<p>Art. 102: [...]</p> <p>§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)</p>	<p>Art. 102: [...]</p> <p>§ 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.</p>
<p>Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide Lei nº 11.417, de 2006).</p>	<p>Art. 103-A O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de quatro quintos de seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, propor súmula que, após 2 aprovação pelo Congresso Nacional, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.</p> <p>§ 1º A súmula deverá guardar estrita identidade com as decisões precedentes, não podendo exceder às situações que deram ensejo à sua criação.</p>

TEXTO ATUAL	TEXTO PRETENDIDO
<p>§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos Judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)</p> <p>§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)</p> <p>§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)</p>	<p>§2º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos Judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.</p> <p>§ 3º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.</p> <p>§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.</p> <p>§5º A não deliberação do Congresso Nacional sobre o efeito vinculante da súmula no prazo estabelecido no §4º implicará sua aprovação tácita.</p> <p>§6º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar súmula com efeito vinculante aprovada pelo Congresso Nacional caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.</p>

Em síntese, a PEC 33 busca aumentar o quórum nos tribunais e no STF para declaração de inconstitucionalidade de leis de maioria para quatro quintos. Ademais, há o objetivo de condicionar o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação do Poder Legislativo, determinando o prazo de noventa dias para a deliberação no Congresso, sob pena da validação tácita, bem como a submissão ao Congresso Nacional à validade da decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição, sob o prazo, também, de noventa dias, sob pena de validação tácita.

Já a proposta da PEC 93/2019 traz alteração apenas no disposto no inciso V do art. 49 da Constituição Federal, permitindo ao Congresso Nacional sustar atos do Poder Judiciário.

Quadro 2 – Comparação entre texto atual da CRFB e texto proposto pela PEC 93/2019

TEXTO ATUAL	TEXTO PRETENDIDO
<p>Art. 49: [...]</p> <p>V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;</p>	<p>Art. 49: [...]</p> <p>V – sustar os atos do Poder Executivo ou do Poder Judiciário que exorbitem seu poder regulamentar, os limites de delegação legislativa, ou violem a competência exclusiva do Poder Legislativo.”</p>

Da análise das fundamentações dos projetos de emendas, depreende-se que eles são tentativas de limitação do ativismo judicial, o qual é visto como um comportamento proativo na interpretação da Constituição, realizando uma ação criativa de normas sem que elas passem pelo escrutínio do legislador. Ainda, os autores dos projetos reconhecem a mora legislativa em determinados casos, mas entendem que isso não é justificativa suficiente para validar a usurpação de competência de um Poder. Apontam a falta de legitimidade democrática no Judiciário e chegam a discutir o elemento da argumentação e do conhecimento jurídico, afirmando que esses componentes não são suficientes para legitimação, ou seja, não aceitam a tese da legitimidade argumentativa.

Em seguida, os autores das PEC passam a analisar detalhadamente as possíveis vantagens de cada proposta. Desse modo, esta dissertação passa a realizar uma análise crítica de cada uma dessas proposições.

13.1.1 O aumento do quórum para declarar a inconstitucionalidade

A norma atual prevê o quórum de maioria absoluta para a declaração de inconstitucionalidade, ou seja, basta um voto para se entender que o regimento passou por todo o debate no Congresso. Assim, dependendo da norma, ela teve que ter quórum especial para aprovação, podendo ser invalidada pela opinião de um cidadão, como pode ser observado no excerto “[...] a opinião de apenas seis juízes, por mais cultos que sejam, não pode sobrepor a soberania popular, pois conhecimento jurídico não é fator de legitimação popular”.¹⁸³

¹⁸³ Trecho da justificativa PEC 33/2011.

O conceito de voto por maioria foi discutido neste trabalho, bem como a crítica da inexistência de vantagem lógica entre a maioria do Judiciário sobre a maioria do Legislativo, no entanto, nota-se que se a base de legitimidade do Judiciário é o argumento, o racional é exigir que se aproximem da unanimidade (democracia deliberativa); enquanto que o Parlamento se desenvolve sob a lógica da igualdade, sendo mais plausível e aceitável a maioria simples (democracia).

Outro defeito clarificado pela possibilidade do voto único no STF é existência de várias interpretações constitucionais plausíveis. Nesse caso, não há porque entender que aquela interpretação escolhida por um voto na Corte seja melhor do que a eleita por votação da maioria entre 513 deputados e 81 senadores. Dessa forma, é importante lembrar o instituto do sistema neozelandês, pelo qual a Corte, vislumbrando uma interpretação possível em que a norma se mantém constitucional, deveria adotá-la.

Assim, a proposta de aumentar o quórum para deliberação sobre inconstitucionalidade no Judiciário não é de pronto arrazoada, como também não se atenta a qualquer cláusula pétrea. Essa proposição tem, na verdade, o potencial de valorizar a função deliberativa da Corte, exigindo o maior convencimento pelo argumento, o que, por via reflexa, estima a função legislativa e reforça o princípio da presunção de constitucionalidade da lei, que é matiz da cláusula da reversa de plenário¹⁸⁴, servindo, inclusive, como elemento de harmonia entre os Poderes.

Figura 4 – Democracia representativa



Figura 5 – Democracia deliberativa



Os argumentos contrários ao aumento do quórum não se referem a inconstitucionalidade, mas discutem eventual inconveniência que o aumento elevado de maioria simples para maioria super qualificada – quatro quintos (9 votos) ou eventual unanimidade – poderia ocasionar no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. Autores como Conrado H., Mendes e Jane Reis Pereira defendem que a decisão unânime estabelece um fardo pesado para deliberação por qualquer instituição, podendo gerar um

¹⁸⁴ CRFB: Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

impasse que leva à resolução pela barganha, e não pelo convencimento deliberativo, podendo gerar um enfraquecimento do sistema de controle de constitucionalidade e a uma alteração do equilíbrio de forças. Isso porque o processo de nomeação passaria a ser mais estratégico para a defesa das políticas de governo.¹⁸⁵

Apesar de concordar que haverá inconveniências com o aumento do quórum, esse fator consequencialista não é bastante para macular a proposta, até porque a democracia é o sistema de governo baseado em inconveniências, nos desacordos morais e no debate, sendo que quanto mais se aproxima da unanimidade, mais a massa de ideias é comprimida, chegando no limite, ao consenso.

13.1.2 O condicionamento da eficácia das súmulas vinculantes a aprovação pelo congresso

As Súmula Vinculantes (SV), instituídas pela Emenda Constitucional n. 45/2004 e reguladas pela Lei 11.417/2006, integram-se a um sistema de normas os quais visam instituir instrumentos que buscam garantir a necessária integridade do sistema jurídico, com observância às teses firmadas pelos tribunais, em resposta a um cenário de elevada litigiosidade, a qual é caracterizada por demandas repetitivas.

Entre os principais instrumentos de reforço dos precedentes, pode-se apontar:

- a) as decisões definitivas do STF no controle concentrado de constitucionalidade (art. 102, §2º da CR; par. único do art. 28 da Lei n. 9.868/99 e art. 10, §3º da Lei n. 9.882/99);
- b) as resoluções que deferem liminar em ADIN, ADECON e ADPF (arts. 11, §1º e 21 da Lei n. 9.868/99 e art. 5º da Lei n. 9.882/99);
- c) as deliberações do STF acerca de repercussão geral (arts. 543-A, §5º e 543-B, §2º do CPC/73);
- d) as definições do STJ em Recurso Especial, versando sobre causas repetitivas (art. 543-C, §7º e 8º do CPC/73);
- e) as decisões dos Tribunais de Justiça em sede de controle concentrado de constitucionalidade de lei ou de ato normativo estadual ou municipal contestados, única e exclusivamente em face da Constituição estadual (art. 125, §2º da CR);
- f) a súmula impeditiva de recursos (art. 518, §1º do CPC/73);

¹⁸⁵ MENDES, Conrado Hubner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. Oxford University Press, 2013. In: PAULINO, Lucas Azevedo. Jurisdição Constitucional sem Supremacia Judicial. Entre a legitimidade democrática e a proteção de direitos fundamentais. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2018. p. 152.

g) a objetivação dos efeitos da lide – vide reclamação 4335.

Entretanto, as súmulas vinculantes, apesar de fazerem parte desse sistema, acabam por gerar um constrangimento ao Poder Legislativo, pois seus enunciados têm natureza de norma abstrata, geral e vinculante à administração pública e aos demais órgãos do Judiciário; assim, elas têm potencial de invadir a competência desse Poder.

A proposta de emenda constitucional cria condições para que a SV possua as características de uma norma abstrata, com vinculação à administração pública e aos demais órgãos do Judiciário, abrindo, de certa forma, um caminho de diálogo entre as instituições.

Para isso, a PEC propõe um aumento no quórum para a aprovação do enunciado de 66% para 80%, ou seja, de dois terços para quatro quintos dos membros da Corte. Além disso, há a proposição da necessidade de aprovação no Congresso Nacional para receber o efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

PEC 33/2011: Art. 103-A O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de quatro quintos de seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, propor súmula que, após 2 aprovação pelo Congresso Nacional, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Cabe ressaltar que, ao contrário da votação pela inconstitucionalidade, aqui já havia a previsão de quórum qualificado (2/3), portanto, haveria apenas o seu aumento. Isso segue a mesma orientação anterior, no sentido de que a legitimidade deliberativa busca a unanimidade, portanto, não existiria maiores questionamentos quanto ao quórum.

Em relação à possibilidade do controle Legislativo para o efeito vinculante dos enunciados, não há como alegar eventual violação ao princípio da separação dos Poderes, como se viu nos debates durante a tramitação da PEC. Isso porque, de fato, legislar de forma abstrata e geral não é uma função típica do Judiciário e, ainda, consiste em uma inovação introduzida pelo Poder constituinte reformador, não fazendo parte, portanto, da Constituição originária. Dessa forma, não há de se falar em qualquer inconstitucionalidade nas propostas que busquem retirar ou limitar o instituto.

13.1.3 Da criação do sistema fraco de controle de constitucionalidade de emendas

Uma das propostas mais polêmicas da PEC 33/2011 é a que procura criar uma condição de validade das declarações de inconstitucionalidades sobre emendas à Constituição,

submetendo-as à aprovação do Congresso e sendo contrária à manifestação do Legislativo e à decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal. Desse modo, o tema seria submetido à consulta popular no prazo de 90 dias.

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.

As críticas que se formaram contra a proposta em análise partem de uma suposta tradição brasileira no modelo de constitucionalismo com *judicial review forte*. Assim, o Judiciário teria a última palavra, desconsiderando a existência do controle fraco como uma técnica democrática e afirmando que a figura da última palavra por ele faria parte do núcleo essencial do princípio da separação dos Poderes no ordenamento brasileiro. Portanto, isso incidiria a imutabilidade presente no artigo 60, §4, III da CRFB, como pode ser observado no trecho “Art. 60 [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] III - a separação dos Poderes”.

Primeiramente, como já defendido neste trabalho, a tese da última palavra é discutível doutrinariamente, existindo diversos outros modelos eficazes de controle que não a utilizam, e, ainda que se defenda a utilização desse sistema, não há fundamento suficiente para a defesa de que ele seja monopólio do Judiciário. Ademais, especificamente no ordenamento brasileiro, não há essa previsão constitucional, pois o simples fato de a Constituição no artigo 102, caput, utilizar a expressão “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição” não decorre a conclusão imediata que o STF detém a última palavra, especificamente, quanto à análise das emendas constitucionais.

Cabe lembrar que a competência para a análise da constitucionalidade de emendas constitucionais foi auto deferida pelo Supremo Tribunal, sem constar qualquer previsão constitucional, sendo baseada na livre interpretação do caput do artigo 102 da CRFB com o artigo 60, §4º da CRFB.

Assim, a proposta da PEC33 cria uma interpretação dialógica sobre a forma de se realizar o controle de constitucionalidade de emendas constitucionais, não mais aceitando

passivamente a interpretação inicial do STF, em que elas seguiriam o mesmo sistema do controle de constitucionalidade de norma infraconstitucional.

Partindo dessa premissa – criação de um sistema de controle de constitucionalidade de emendas que, até este momento, existia apenas por interpretação da Corte –, percebe-se que é frágil o argumento de que haveria ofensa ao princípio da separação dos Poderes. Isso porque o próprio preceito tem um conceito aberto, que se amolda ao arranjo institucional de cada sociedade, como foi visto no direito comparado das democracias estudadas neste trabalho. Dessa forma, a priori, não existe uma concepção acabada do melhor arranjo institucional para o controle de constitucionalidade, assim, ser contra ou a favor de novas propostas está mais próximo do conceito pessoal do melhor sistema do que da existência real de inconstitucionalidade.

No caso específico do modelo brasileiro, o princípio poderia ser ofendido pela falta de um instrumento de controle dos demais Poderes em relação ao Judiciário, e não o inverso. Desse modo, é possível interpretar o instituto como um fortalecimento das funções típicas de cada Poder, devolvendo à Constituição o poder de definição dos critérios de controle de constitucionalidade, o que hoje se faz com base na jurisprudência.

O grande perigo não consistia no controle de todos os poderes uns pelos outros, mas sim a ameaça derivada da sua ausência de controle, inclusive em relação ao Poder Judiciário, que poderia representar um risco adicional à democracia constitucional, conforme já alertava Thomas Jefferson. Por essa razão, “um maior controle do Poder Judiciário por parte do Poder Legislativo não fere a separação de poderes. Pelo contrário, o que se opõe a toda tradição constitucionalista de separação dos poderes é justamente a falta de controle do Judiciário”.¹⁸⁶

Portanto, aqueles que alegam existir uma tradição, ou mesmo uma ofensa ao princípio da separação de Poderes, não compreendem a insensatez que é utilizar da defesa de uma jurisprudência – de uma interpretação do Supremo se auto validando – contra a eminência de um texto posto na Constituição, ou seja, a interpretação valeria mais do que a Constituição, reforçando a antítese do *judicial review*.

Há, todavia, um ponto mais crítico da proposta que é a participação popular quando o Legislativo discorda da resposta da Corte. Essa cláusula traz duas perspectivas, a primeira maximiza o índice democrático da decisão, pois vai ser decidido diretamente pelo povo,

¹⁸⁶ BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. Separação de poderes e a constitucionalidade da PEC N° 33/2011. Pensar, Fortaleza, v. 18, n. 3, p. 798, set./dez. 2013 In: PAULINO, Lucas Azevedo. Jurisdição Constitucional sem Supremacia Judicial: entre a legitimidade democrática e a proteção de direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 167.

portanto, não haveria qualquer espaço de discussão sobre legitimidade. É possível, mesmo, remeter à teoria dualista de Ackerman, a qual distingue as decisões tomadas pelo povo das escolhidas pelo governo (representantes), sendo as primeiras as realmente legítimas.¹⁸⁷

Por outro lado, a segunda perspectiva tem a concepção prática da medida, na qual pode-se questionar que, em uma Constituição analítica como a brasileira, todo e qualquer desacordo poderia ser levado à consulta popular, inclusive os temas não morais, como direito tributário, por exemplo. Isso geraria uma dificuldade na elaboração dos enunciados para votação, a qual seria resolvida no sistema de sim ou não. Logo, seria na definição do enunciado que se teria o debate político, como ocorreu no referendo sobre a comercialização de armas.

Assim, não haveria inconstitucionalidade na proposta, como posta, mas existiria um espaço de aprimoramento em relação à consulta popular, podendo limitar o objeto de análise popular a determinados temas sensíveis, os quais poderiam vir enumerados na proposta ou deixar para lei regulamentadora essa listagem.

13.1.4 PEC 93/2019: sustar atos do Poder Judiciário

A PEC 93 traz a proposta de alteração de apenas um inciso em um artigo, entretanto, substantivamente é uma proposta mais agressiva do que as anteriores, pois busca criar um instrumento de controle dos atos do Poder Judiciário “Art. 49 [...] V – sustar os atos do Poder Executivo ou do Poder Judiciário que exorbitem seu poder regulamentar, os limites de delegação legislativa, ou violem a competência exclusiva do Poder Legislativo”.

A palavra “controle”, nessa situação, é melhor utilizada do que “diálogo”, pois, nessa proposta, não há qualquer intenção de reanálise do ato do Judiciário, mas apenas a inclusão de um poder de veto ao Legislativo, nos moldes do já existente com o poder de sustar atos do Executivo.

¹⁸⁷ “As decisões tomadas pelo povo raramente ocorrem e estão sujeitas a condições constitucionais especiais. Antes de conquistar a autoridade para exercer a lei suprema em nome do povo, os partidários de um movimento político devem, primeiramente, convencer um número extraordinário de cidadãos comprometidos a conduzir sua iniciativa proposta com seriedade demonstrando sua discordância política; em segundo lugar, devem permitir à oposição uma oportunidade justa de organizar suas forças; em terceiro lugar, devem convencer a maioria dos cidadãos simpatizantes a apoiar sua iniciativa, enquanto o mérito é discutido repetidamente nos fóruns estabelecidos para a criação da lei. É somente dessa forma que um movimento político obtém a legitimidade plena, reconhecida pela Constituição dualista, a partir das decisões tomadas pelo povo [...] Acima de tudo, a Constituição dualista busca distinguir duas decisões diferentes que podem ser tomadas em uma democracia. A primeira é uma decisão tomada pelo povo estadunidense e a segunda pelo governo”. (ACKERMAN, Bruce. Nós, o povo soberano. fundamentos do direito constitucional. 1ª.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 7.

A fundamentação da PEC 93 não foge do esperado. Assim, está na linha da fundamentação da PEC33/2011 o restabelecimento da harmonia entre os Poderes, uma vez que, na visão da deputada proponente, o Judiciário vem invadindo a competência do Legislativo e dessa forma, ferindo a democracia. A restituição do Sistema de Freios e Contrapesos, bem como a proposta não feriria o princípio da separação dos Poderes, pois o objeto central seria a preservação da competência do Legislativo, e não a afronta a função típica do Judiciário.¹⁸⁸

A autora do projeto ainda faz uma associação interessante da relação e/ou diálogo existente entre os Poderes Executivo e Legislativo, em que existem instrumentos de controle externos que acabam gerando um diálogo, como o veto presidencial a projetos de lei (artigo 66, §1º da CRFB) e como a consequente possibilidade da cassação do veto do Presidente pelo Legislativo (artigo 66, §4º da CRFB), a própria possibilidade de sustação de ato presidencial pelo Legislativo e a proposta de orçamento e a liberação de emendas pelo Executivo.

Ao passo que não existe qualquer medida possível dos Poderes Executivos e Legislativos contra atos do Judiciário, há uma importante diferenciação que se deve realizar na leitura da proposta da PEC93, pois nela consta o termo dos atos, e não das decisões.

Existem diversos atos jurídicos com efeito político produzidos pelo Judiciário, especialmente, pelo Supremo. Como exemplo, recente decisão do Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal, Min. Dias Toffoli, na qual determinou o envio de todos os relatórios de inteligência financeira dos últimos 05 anos, cerca de 600 mil relatórios, tendo, aí, tanto empresas como indivíduos. A decisão foi revogada pelo próprio Ministro, agindo, em *self restraint*¹⁸⁹. No entanto, de positivo, esse ocorrido trouxe ao debate o ponto central desta dissertação: a necessidade de uma forma de diálogo entre as instituições que possibilite a efetivação da separação dos Poderes, sem a necessidade de utilização de medidas drásticas e demoradas, como o *impeachment* ou a atuação militar.

Assim, deixar a defesa da democracia sob a utilização de armas tão letais é um risco a ela mesma, o que fortalece a necessidade de criar um meio menos rígido de “controle” dos atos inconstitucionais do Judiciário. Nesse contexto, a proposta da PEC 93/2019 encontra respaldo de constitucionalidade, desde que sofra uma modificação gramatical, deixando claro que a sustação contra o ato do Poder Judiciário se limita àqueles que exorbitem sua função típica e avancem na competência de outro Poder. Logo, isso poderia viabilizar a sustação rápida pelo

¹⁸⁸ Justificativa da PEC 93, Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2207351>> Acesso em: 11 out. 2019.

¹⁸⁹ Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/11/toffoli-anula-decisao-que-lhe-deu-acesso-a-dados-sigilosos-de-600-mil.shtml>>. Acesso em 15 nov. 2019.

congresso dos atos do presidente do Supremo no caso da Portaria GP 69, como pode ser observado na proposta “Art. 49 [...]V – sustar os atos do Poder Executivo que exorbitem seu poder regulamentar, os limites de delegação legislativa, e, também, do Poder Judiciário, que violem a competência exclusiva de outro Poder da República”.

14 CONCLUSÃO

Buscou-se, ao longo deste trabalho, apresentar a discussão jurídica atual referente aos sistemas de controle de constitucionalidade, em especial a prática do *judicial review* em oposição aos sistemas fracos de controle realizados pelos países da *Commonwealth*.

Nesse caminho, discutiu-se a questão da legitimidade democrática do Parlamento em confronto com a legitimação do Poder Judiciário, apresentando as teorias que adjetivam o termo democracia, fruto da introdução da leitura moral ao direito, e as críticas à existência de um trabalho contramajoritário exercido pelo Judiciário. Para tanto, conceituou-se o sentido de maioria; a contradição lógica em aceitar o voto da maioria pelo Judiciário, e não o aceitar no Parlamento; a existência de um possível discurso elitista nessa tese; e, por sua vez, as dificuldades existentes no sistema que adota o Parlamento como última palavra.

Passou-se, então, a discutir a validade da teoria da última palavra e se há a necessidade de defender a sua existência, máxime em uma sociedade globalizada, em que se confundem real e *fake*, concreto e abstrato, bem como não se distinguem fatos e narrativas. Portanto, o convívio entre cidadãos não se rege mais pelos desacordos, nem mesmo os morais, mas por paradoxos que exigem mais do que uma interpretação de normas ensinadas pela hermenêutica clássica, mas pela proceduralização dos sistemas de escolhas, de forma que o melhor resultado seja uma consequência, e não o fim.

Para tanto, as soluções escolhidas pelos países da *Commonwealth* foram apresentadas, pinçando, entre todos, os casos da Nova Zelândia, da Inglaterra e do Canadá, os quais possuem características comuns e próprias importantes para o estudo. Essas características são, ainda, escalonáveis em uma régua de controle de constitucionalidade mais fraco ao controle de constitucionalidade menos fraco, demonstrando as escolhas que esses países democráticos adotaram para o sistema de controle de constitucionalidade de normas.

Ao fim, foi exposto o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, e discutida a possibilidade de se amoldar a um sistema fraco, nos modelos apresentados nos países comparados. Dessa maneira, observou-se, inclusive, que o ordenamento pátrio apresenta algumas formas remanescentes do sistema fraco, o que viabiliza um mínimo de diálogo institucional, como a possibilidade da superação legislativa, também por norma infraconstitucional, e da edição de emendas constitucionais.

Por fim, duas propostas de emendas constitucionais com objetivo de implantar um sistema fraco de controle de constitucionalidade nos moldes do sistema canadense foram analisadas. Na PEC 33 há a perspectiva do aumento do quórum para decisão sobre a

inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais e da criação de um instituto similar a cláusula não obstante do sistema canadense, mas especificamente para o controle de constitucionalidade de emendas constitucionais. Desse modo, uma vez declarada a inconstitucionalidade de emenda pela Corte, essa decisão deve ser encaminhada ao Congresso, que terá o prazo de 90 dias para decidir se a acolhe ou a encaminha para votação popular. Já a PEC 93 apresenta uma proposta de um sistema de controle, e não de diálogo, na qual seria possível ao congresso sustar atos perpetrados pelo Poder Judiciário.

Esse debate é moderno e crescente na academia, e acredita-se que na criação de institutos de diálogo entre os Poderes em um caminho próximo, haja vista as transformações sociais, econômicas e interrelacionais entre sociedades soberanas que exigem cada vez mais uma forma homogênea de pensar dentro de sistemas heterogêneos e com amplas liberdades. Dessa forma, sistemas que adotam a teoria da última palavra e do guardião tendem a desaparecer em prol de sistemas dialógicos, tendo a proteção dos direitos fundamentais como elemento comum entre as sociedades.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano. fundamentos do direito constitucional.** 1a. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.
- CALAMANDREI, Peiro. **Eles, os Juízes, vistos por um advogado.** 4a. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2017.
- CHIASSONI, Pierluigi. **O enfoque analítico na filosofia do direito: de Benthan a Kelsen.** São Paulo: Contracorrente, 2017.
- DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito.** 3a. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- _____. **Levando os Direitos a Sério.** 3a. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade.** 1a. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2010. p.181.
- GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito.** 2012. 217f. Monografia (Doutorado em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.
- GARDBAUM, Stephen. **O novo modelo de constitucionalismo da comunidade britânica.** R. Opin. Jur., Fortaleza, ano 15, n. 21, p.220-273, jul./dez. 2017.
- KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- MAURO LA-SALETTE, Costa Lima de. **CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE FRACO E DIÁLOGOS INTERINSTITUCIONAIS: Reflexões sobre a possibilidade de superação do problema de legitimidade democrática da jurisdição constitucional através do diálogo entre os poderes.** 126f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco, 2015.
- MENDES, Conrado Hubner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia.** Rio de Janeiro. Elsevier, 2008.
- _____. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.** 2008. 218f. Monografia (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.
- PAULINO, Lucas Azevedo. **Jurisdição Constitucional sem Supremacia Judicial: entre a legitimidade democrática e a proteção de direitos fundamentais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris.2018.
- POSNER, Richard. **How Judges Think.** Harvard University Press, 2010.

_____. Richard. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. 1a. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**. 2. ed. São Paulo. Saraiva, 2015.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2004.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **30 anos da CF em 30 Julgamentos**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TOOBIN, Jeffrey. **Os Nove, por dentro do mundo secreto da Suprema Corte**. São Paulo: Saraiva, 2018.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo Institucional e Controle de Constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional**. São Paulo: Saraiva, 2015.

WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999.