

**UNIVERSIDADE FUMEC**  
**FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE - FCH**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO**

**MARCELO MATOS DE OLIVEIRA**

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A**  
**ILEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS DECISÕES DO**  
**SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DA TEORIA DE**  
**JEREMY WALDRON**

**Belo Horizonte**

**2020**

**MARCELO MATOS DE OLIVEIRA**

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A  
ILEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS DECISÕES DO  
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DA TEORIA DE  
JEREMY WALDRON**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade FUMEC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Instituições Sociais, Direito e Democracia.

Linha de pesquisa: Esfera pública, legitimidade e controle (Direito Público).

Orientador: Prof. Dr. Luís Carlos Balbino Gambogi

**Belo Horizonte**

**2020**

### **Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**

O48c Oliveira, Marcelo Matos de, 1971-  
Controle de constitucionalidade e a ilegitimidade democrática das decisões do Supremo Tribunal Federal à luz da teoria de Jeremy Waldron / Marcelo Matos de Oliveira. - Belo Horizonte, 2020.

139 f.; 29,7 cm

Orientador: Luís Carlos Balbino Gambogi  
Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Belo Horizonte, 2020.

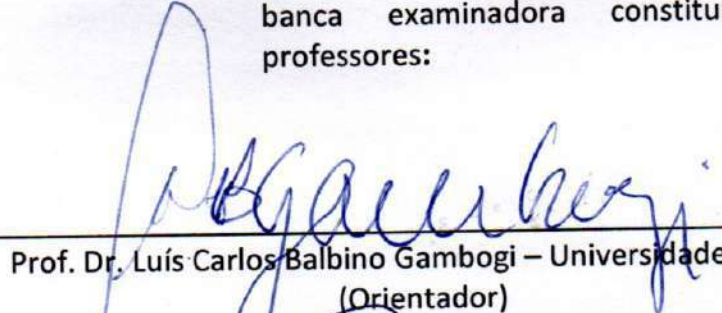
1. Controle da constitucionalidade. 2. Legitimidade (Direito). 3. Democracia. I. Título. II. Gambogi, Luís Carlos Balbino. III. Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde.

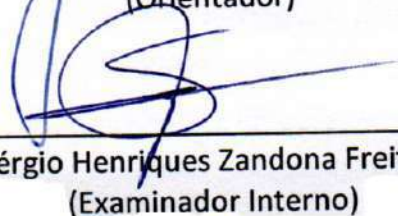
CDU: 342.4.03

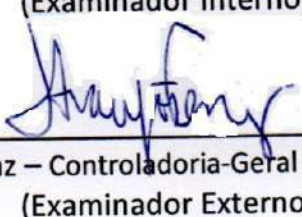



**FUMEC**

Dissertação intitulada **“CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A ILEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DA TEORIA DE JEREMY WALDRON”** autoria de **MARCELO MATOS DE OLIVEIRA**, aprovada pela banca examinadora constituída pelos seguintes professores:

  
\_\_\_\_\_  
Prof. Dr. Luís Carlos Balbino Gambogi – Universidade FUMEC  
(Orientador)

  
\_\_\_\_\_  
Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas – FUMEC  
(Examinador Interno)

  
\_\_\_\_\_  
Prof. Dr. Leonardo de Araújo Ferraz – Controladoria-Geral do Município de Belo Horizonte.  
(Examinador Externo)

  
\_\_\_\_\_  
Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas  
Coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito  
Universidade FUMEC

Belo Horizonte, 14 de fevereiro de 2020.

**CAMPUS**

Rua Cobre, 200 - Cruzeiro  
30310-190 - Belo Horizonte, MG  
Tel. (31) 3228-3000

Aos meus pais, por sempre incentivarem  
os meus estudos com amor e afeto.

## AGRADECIMENTOS

Um trabalho de pesquisa jurídica acadêmica não se desenvolve a duas mãos. Busca-se a todo momento respaldo dos colegas, seja para a realização das tarefas exigidas pela instituição ao longo do curso, seja para desenvolvimento e conclusão desse texto. Pode parecer um voo solo, mas por certo requer a colaboração de muitos que se veem próximos, até mesmo para instigar e emprestar palavras de incentivo para não desistir. Nesses últimos tempos, em virtude do retorno à academia, conheci e me reaproximei de pessoas que há muito não convivia, as quais me acolheram e se fizeram demasiadamente importantes para minha formação nessa etapa.

Agradeço ao querido professor e orientador Luís Carlos Balbino Gambogi, que de um encontro acidental me forneceu todos os ingredientes àquela altura necessários para que eu pudesse resgatar esse sonho, cuja realização se iniciou há mais de década, e que, por circunstâncias diversas, cedeu espaço a outras prioridades. Assim, fica o registro de minha gratidão por esse tratamento tão humano, amigo, leal e sábio que venho recebendo desde sempre. Outrora presente na Assembleia Constituinte do Estado de Minas Gerais e, agora, emprestando seus conhecimentos na função judicante, a se pensar no tema proposto de desenvolvimento da dissertação, acredito que ninguém se veria mais capaz para emprestar sua magistral sensibilidade nessa etapa.

Não poderia deixar de fazer também um agradecimento especial ao professor Sérgio Henrique Zandona de Freitas, incansável e disponível diuturnamente para transmitir seus vastos conhecimentos e prestar sua solidariedade a mim e demais mestrandos durante o curso.

Agradeço aos professores Antônio Carlos Diniz Murta, Antonio Marcos Nohmi e Silvana Lobo o apoio recebido desde a manifestação de intenção de retorno ao curso, até os diálogos diversos ocorridos nos congressos de direito de que juntos participamos Brasil afora. Agradeço a todos os demais professores com quem pude aprender e conviver na Universidade FUMEC, sobretudo, ao Carlos Muzzi, que me convidou a visitar um filósofo que viria a modificar substancialmente o desfecho dessa pesquisa. Da equipe FUMEC, também renovo meus agradecimentos à secretária Cláudia, solícita que é nas tratativas com os mestrandos, pela gentileza e cortesia que sempre dispensou.

Aos colegas do Tribunal de Justiça, agradeço pela paciência e compreensão durante esses dois anos do curso, solidarizando-se com as dificuldades que surgiam com frequência. Na pessoa do Desembargador Catta Preta, nosso chefe e amigo, registro meus agradecimentos a todos do gabinete.

Agradeço ao amigo e professor Leonardo Ferraz, que também me auxiliou nessa empreitada acadêmica, da mesma forma como tem feito na minha vida, nas inúmeras conversas sobre a vida e o direito, com a indicação de obras extremamente relevantes para minha formação.

Seria impossível não citar o eterno amigo Basile, que desde 2008 me incentivou a retornar à academia e concluir essa etapa.

Um dos ambientes mais ricos dos quais frequentei, a sala de aula, desta vez, proporcionou-me conhecer, dentre tantos, a Laís, o Felipe, o Jorge, dentre outros, todos ótimos amigos de jornada, aos quais deixo aqui meus agradecimentos pelo incentivo especial, apoio e convivência acadêmica. Estendo-os aos diversos colegas do Curso de Pós-Graduação, que suportaram, sem nunca reclamar, minhas frequentes intervenções.

Sem me excluir da responsabilidade pelos erros que persistiram, também agradeço ao professor Bruno Paiva Bernardes pelas sugestões e competente revisão feita deste trabalho.

Por fim, agradeço à minha família, em especial, à Carol, Rafa e Bia, além, claro, do meu pai, Carlos Alencar, que por dois anos suportaram minhas inúmeras ausências, angústias e ansiedades que habitualmente surgiram nessa empreitada. Todos serviram de conforto para que eu encontrasse a paz de espírito que os estudos tanto suplicavam. Nunca deixaram de acreditar que todo esse esforço não seria em vão. Obrigado!

*“[...] muito do que parecerá  
inconstitucional para um homem, ou  
grupo de homens, pode razoavelmente  
não sê-lo para outro [...]”*

*James B. Thayer*



## RESUMO

A presente dissertação tem como temática a relação entre constitucionalismo e democracia e o debate das teorias jurídicas e da política no âmbito da jurisdição constitucional brasileira, em meio a dissensos morais relevantes. Como problema de pesquisa e à luz da teoria da dignidade da legislação de Jeremy Waldron, marco teórico da pesquisa, o trabalho indaga se caberia ao Supremo Tribunal Federal exercer o *judicial review* sobre a questão da antecipação do cumprimento da pena sem a comprovação definitiva da culpa. Ainda, questiona-se qual seria o *locus* adequado para a promoção desse debate o mais amplo possível, considerando-se que todos os destinatários devem ser também autores dos projetos de vida e das normas que regulam os modos de agir. Como hipótese, e diante da abordagem das mudanças e inovações colacionadas pelo Código de Processo Penal, afirma-se que a decisão da Repercussão Geral no Agravo em Recurso Extraordinário nº 964246/SP do Supremo Tribunal Federal foi de encontro às alterações legislativas mais recentes, que tiveram conotação garantista, com o objetivo de restringir cada vez mais as possibilidades de constrição da liberdade antes da formação definitiva da culpa, revelando, no caso, patente déficit democrático. Como objetivo geral, o trabalho pretende identificar qual o ambiente legítimo para promover debates acerca dos desacordos morais razoáveis que surgem numa sociedade plural, complexa, entre pessoas dotadas de boa-fé. São objetivos específicos do trabalho: (a) analisar os sistemas de controle de constitucionalidade, notadamente o norte-americano, o austríaco e o brasileiro; (b) analisar o perfil da jurisdição constitucional brasileira, à luz da autocontenção e da juristocracia, compreendendo-se o ativismo judicial; (c) perquirir a vontade do legislador constituinte e ordinário acerca do tratamento dado ao princípio do estado de inocência e da possibilidade de antecipação da execução da pena, com estudo de caso do Supremo Tribunal Federal; (d) investigar a teoria de Jeremy Waldron acerca dos pressupostos do caso essencial e do resgate da dignidade da legislação; e (e) identificar qual seria o ambiente democrático mais favorável aos debates acerca de dissensos morais razoáveis. A pesquisa se desenvolve em vertente metodológica jurídico-sociológica e em perspectiva interdisciplinar, a partir da conjugação de conceitos das teorias política e filosófica do Direito, Direito Constitucional e Direito Processual Penal. Adotou-se, com predominância, o raciocínio dedutivo, o método descritivo e o tipo bibliográfico e jurisprudencial.

Palavras-chave: Controle judicial de constitucionalidade. Legitimidade democrática. Supremo Tribunal Federal. Dignidade da legislação. Jeremy Waldron.

## ABSTRACT

This thesis has as its theme the relationship between constitutionalism and democracy and the debate of legal and political theories within the Brazilian constitutional jurisdiction, amidst relevant moral dissents. As a research problem and in light of the theory of dignity of the legislation of Jeremy Waldron, the theoretical framework of the research, the work asks if it would be up to the Brazilian Supreme Court to perform the judicial review on the issue of anticipation of the penalty without the definitive proof of guilt. Still, the question is what would be the appropriate locus for the promotion of the widest possible debate, considering that all the recipients should also be authors of the life projects and the norms that regulate the ways of acting. As a hypothesis, and considering the changes and innovations approached by the Brazilian Code of Criminal Procedure, it is stated that the case n° 964246/SP of the Brazilian Supreme Court was against the most recent legislative changes, which had a guaranteeing connotation, with the objective of restricting more and more the possibilities of constraining freedom before the definitive formation of guilt, revealing, in this case, a patent democratic deficit. As a general objective, the thesis aims to identify the legitimate environment to promote debates about the reasonable moral disagreements that arise in a plural, complex society between people with good faith. Specific objectives of the work are: (a) to analyze the constitutionality control systems, notably the North American, the Austrian and the Brazilian; (b) analyze the profile of the Brazilian constitutional jurisdiction, in the light of self-restraint and juristocracy, including judicial activism; (c) to seek the will of the constituent and ordinary legislator regarding the treatment given to the principle of innocence and the possibility of anticipating the execution of the penalty, with case study of the Brazilian Supreme Court; (d) investigate Jeremy Waldron's theory of the essential case assumptions and the redemption of the dignity of the law; and (e) identify which democratic environment would be most conducive to debates about reasonable moral dissent. The research is developed in methodological juridical-sociological and an interdisciplinary perspective, from the combination of concepts of the political and philosophical theories of law, constitutional law and criminal procedural law. The deductive reasoning, the descriptive method, the bibliographic and judicial type, were predominantly adopted.

Keywords: Judicial control of constitutionality. Democratic legitimacy. Brazilian Supreme Court. Dignity of the legislation. Jeremy Waldron.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

Art.	Artigo
Arts.	Artigos
FGTS	Fundo de Garantia por Tempo de Serviço
n°	Número

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>12</b>
<b>2</b>	<b>SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE .....</b>	<b>17</b>
2.1	SISTEMA NORTE-AMERICANO .....	20
2.2	SISTEMA AUSTRIACO.....	27
2.3	O SISTEMA BRASILEIRO .....	32
2.3.1	A Constituição de 1824.....	33
2.3.2	A Constituição de 1891 .....	34
2.3.3	A Constituição de 1934.....	36
2.3.4	A Constituição de 1937 .....	38
2.3.5	A Constituição de 1946.....	38
2.3.6	A Constituição de 1967 .....	40
2.3.7	A Constituição de 1988.....	41
<b>3</b>	<b>JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: DA AUTOCONTENÇÃO À JURISTOCRACIA.....</b>	<b>46</b>
3.1	O PERÍODO DA AUTOCONTENÇÃO.....	48
3.2	O PERÍODO DA SUBJETIVIDADE JUDICIAL .....	55
3.2.1	O ativismo judicial e a judicialização da política .....	58
3.2.2	Objecções ao ativismo judicial e à judicialização da política.....	66
<b>4</b>	<b>JEREMY WALDRON E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....</b>	<b>70</b>
4.1	O <i>JUDICIAL REVIEW</i> .....	71
4.2	AS QUATRO PRESSUPOSIÇÕES DO CASO ESSENCIAL .....	75
4.2.1	Instituições democráticas .....	76
4.2.2	Instituições judiciais .....	76

4.2.3	Comprometimento com direitos.....	77
4.2.4	Discordância sobre direitos .....	78
4.3	A FORMA DA ARGUMENTAÇÃO .....	79
4.3.1	Razões relacionadas ao resultado.....	81
4.3.2	Razões relacionadas ao processo .....	85
4.4	O MITO DA TIRANIA DA MAIORIA.....	87
<b>5</b>	<b>ESTUDO DE CASO: PRISÃO AUTOMÁTICA EM SEGUNDA INSTÂNCIA .</b>	<b>91</b>
5.1	A PRODUÇÃO LEGISLATIVA SOBRE A MATÉRIA NOS ÚLTIMOS ANOS .....	91
5.1.1	A liberdade provisória nas constituições .....	91
5.1.2	A liberdade provisória na legislação infraconstitucional.....	98
5.1.2.1	<i>O Código de Processo Criminal do Império</i> .....	98
5.1.2.2	<i>O Código de Processo Penal de 1941</i> .....	99
5.1.2.3	<i>Os parâmetros definidos pelo Legislativo acerca da liberdade provisória após a Lei nº 12.403/2011</i> .....	101
5.1.3	Projeto de Lei nº 8.045/2010: revoga o Código de Processo Penal.....	104
5.1.4	Propostas de Emenda Constitucional 5/2019 e 199/2019.....	106
5.2	ANÁLISE DO CASO DA REPERCUSSÃO GERAL NO AGRAVO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 964246/SP .....	106
<b>6</b>	<b>POR UM CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL LEGÍTIMO E DEMOCRÁTICO .....</b>	<b>111</b>
<b>7</b>	<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>118</b>
	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>122</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A relação entre constitucionalismo e democracia envolve uma tensão sensível e tem exigido intenso debate das teorias jurídicas e da política. Essa tensão se agrava quando a jurisdição constitucional se vê como instância de representação argumentativa qualificada da sociedade e passa a decidir e equacionar dissensos morais relevantes, ditando-lhes a última palavra.

Em outras palavras, a tensão é uma espécie de “constitucionalismo judicial” – em que o judicialismo constitucional é o espaço, por excelência, para a afirmação das normas constitucionais – *versus* “constitucionalismo popular” – a política praticada nos parlamentos e sociedade civil e tida como mais confiável para promoção dos valores constitucionais (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 158).

O constitucionalismo, de qualquer sorte, simbolizou a união do povo em torno de um projeto de Estado fundado na supremacia constitucional e buscou garantir a igualdade de direitos para todos, por mais heterogêneos que sejam seus projetos de vida numa sociedade democrática. Os juízes, a seu turno, foram concebidos como os guardiães das normas constitucionais frente às investidas das maiorias legislativas circunstanciais.

Com base nesse cenário de protagonismo judicial, em especial o *judicial review* e sua experiência norte-americana de mais de dois séculos, o filósofo neozelandês Jeremy Waldron traz críticas à jurisdição constitucional e busca desconstruir o argumento predominante favorável às cortes constitucionais ao expor a ausência de credenciais democráticas nas decisões judiciais sobre desacordos morais relevantes. E Waldron vai mais além ao afirmar que nos fóruns representativos é que se concretizará, de maneira confiável, a Constituição, ou seja, fora das cortes, tudo isso por meio de debates entre os eleitos pelo voto sobre a promoção dos valores que mais se identificam com a sociedade (WALDRON, 2003, 2010).

Notadamente o Supremo Tribunal Federal, cujas atribuições institucionais foram redefinidas pela Constituição de 1988 (BRASIL, 2019a) logo após a redemocratização, assumiu papel de vanguarda paternalista com a formação de identidade política de verdadeira centralidade em meio às demais funções do Estado, chegando-se a se falar até mesmo numa supremocracia (STRECK, 2018a, 2018b).

Para o desenvolvimento da dissertação e enfrentamento desse problema, definiu-se a mudança diametral de entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre valores da sociedade, em especial, os princípios do estado de inocência e do devido processo constitucional.

Desde o julgamento do *Habeas Corpus* nº 84078/MG, ocorrido em 5 de maio de 2009 pelo Órgão Pleno do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2010c), vinha-se decidindo pela impossibilidade de se antecipar a execução da sentença condenatória sem o trânsito em julgado, com fundamento na efetivação de princípios, de envergadura constitucional, do estado de inocência (art. 5º, LVII, da Constituição da República) (BRASIL, 2019a) e da observância do devido processo constitucional para a formação da culpa (art. 5º, LIV) (BRASIL, 2019a).

No entanto, por meio do caso paradigma Repercussão Geral no Agravo em Recurso Extraordinário nº 964246/SP, julgado em 10 de novembro de 2016 pelo Órgão Pleno (BRASIL, 2016c), o Supremo Tribunal Federal, em interpretação de comandos constitucionais distinta da anterior, e em contrariedade ao texto expresso da lei processual penal (art. 283) (BRASIL, 2018a), passou a entender, até o ano de 2019, que a simples ratificação da sentença condenatória em tribunais de segunda instância seria suficiente para o início da execução da pena.

Assim, considerando-se a teoria da dignidade da legislação de Jeremy Waldron, indaga-se, como problema de pesquisa, se caberia ao Supremo Tribunal Federal exercer o *judicial review* sobre a questão controvertida da antecipação do cumprimento da pena sem a comprovação definitiva da culpa. Ainda, questiona-se qual seria o *locus* adequado para se oportunizar a promoção de debate o mais amplo possível, considerando-se que todos os destinatários devem ser também autores dos projetos de vida e das normas que regulam os modos de agir, conforme o princípio de autogoverno elencado no parágrafo único do art. 1º da Constituição (BRASIL, 2019a).

Afinal, como elemento de coesão social, seria o Judiciário de fato a instituição adequada para emprestar a última palavra sobre dissensos morais e expressar a identidade política do povo? Não padeceriam tais decisões judiciais de déficit de credenciais democráticas?

A questão é de extrema relevância, pois o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, decidido em sede de repercussão geral, em novembro de 2016, vinculou os magistrados no sentido de se expedir mandados de prisão de condenados em Tribunais locais mesmo sem o esgotamento de recursos e diante da impossibilidade de restabelecimento do *status quo ante* em caso de modificação da decisão nas instâncias especiais. Outrossim, o julgado paradigma (BRASIL, 2016c) evidenciou escassa firmeza, incerteza e profunda dissonância acerca da questão definida para pesquisa, pois restaram vencidos os Ministros Celso de Mello, Dias Toffoli, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, não se manifestando a Ministra Rosa Weber.

Como hipótese de pesquisa, diante da abordagem das mudanças e inovações colacionadas pelo Código de Processo Penal (BRASIL, 2018a), as quais deixaram explícita a vontade dos representantes da sociedade na função legislativa de imperatividade da formação

definitiva da culpa para o início da execução penal, afirma-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal foi de encontro às alterações legislativas mais recentes, que tiveram conotação garantista, com o objetivo de restringir cada vez mais as possibilidades de constrição da liberdade antes da formação definitiva da culpa, revelando, no caso, patente déficit democrático.

Se é possível afirmar que um dos papéis mais relevantes do Supremo Tribunal Federal é proteger direitos fundamentais e de minorias frente a abusos das maiorias, certo é também que cabe ao Congresso Nacional interpretar a Constituição, observados os princípios democráticos e da separação das funções.

De fato, o sistema brasileiro de separação de funções abarca mecanismos de freios e contrapesos, em que o controle de constitucionalidade é um de seus exemplos. Porém, a atuação da jurisdição constitucional não se deve substituir à função legislativa ou ao seu campo livre de deliberação.

Dessa forma, com base na repercussão da antecipação do cumprimento da pena sem a comprovação definitiva da culpa, deve-se conferir predominância do viés constitucional da legislação infraconstitucional, quando o legislador, em exercício típico interpretativo da Constituição, insculpiu a norma inserta no art. 283 do Código de Processo Penal (BRASIL, 2018a), sendo o parlamento a seara adequada para dirimir questões morais controversas, nos termos da teoria de Jeremy Waldron acerca da dignidade da legislação (WALDRON, 2010).

Como objetivo geral, o trabalho pretende identificar qual o ambiente legítimo para promover debates acerca dos desacordos morais razoáveis que surgem numa sociedade plural, complexa, entre pessoas dotadas de boa-fé. Em síntese, buscar-se-á estabelecer um traçado histórico sobre os institutos da liberdade provisória e execução da pena, mesmo sem o esgotamento de recursos para se identificar qual a tendência do legislador, e concluir se a decisão do Supremo Tribunal Federal padece de déficit democrático.

São objetivos específicos do trabalho: (a) analisar os sistemas de controle de constitucionalidade, notadamente o norte-americano, o austríaco e o brasileiro; (b) analisar o perfil da jurisdição constitucional brasileira, à luz da autocontenção e da juristocracia, compreendendo-se o ativismo judicial; (c) perquirir a vontade do legislador constituinte e ordinário acerca do tratamento dado ao princípio do estado de inocência e da possibilidade de antecipação da execução da pena, com estudo de caso do Supremo Tribunal Federal; (d) investigar a teoria de Jeremy Waldron acerca dos pressupostos do caso essencial e do resgate da dignidade da legislação; e (e) identificar qual seria o ambiente democrático mais favorável aos debates acerca de dissensos morais razoáveis.



A dissertação se desenvolve em cinco capítulos seguidos da conclusão. O segundo capítulo tratará dos sistemas de controle de constitucionalidade brasileiro, norte-americano e austríaco, por terem esses dois últimos em muito influenciado o primeiro. O terceiro capítulo abordará a jurisdição constitucional com centralidade do papel do Supremo Tribunal Federal nas últimas décadas, com abordagem desde os tempos que atuava em autocontenção até os períodos mais recentes da juristocracia. Serão abordados temas como o ativismo judicial e a judicialização da política, assim como feitas objeções a esse protagonismo político do Supremo Tribunal Federal.

O quarto capítulo abordará a teoria de Jeremy Waldron e sua crítica aos modelos predominantes de controle judicial de constitucionalidade nos casos por ele denominados de essenciais, que abrangem situações em que são atendidas quatro pressuposições, a saber: (i) instituições democráticas em condições de funcionamento razoavelmente boas; (ii) um conjunto de instituições jurídicas também em boas condições de funcionamento, edificadas sobre base não representativa para conhecer de ações e resolver controvérsias de ações individuais; (iii) comprometimento da maioria dos membros da sociedade e de suas autoridades com a ideia de direitos individuais e de minorias; e, por fim, (iv) a discordância persistente, substancial e de boa-fé quanto a direitos entre os integrantes da sociedade. Nesse sentido, serão perquiridos os pressupostos dos casos essenciais, a forma de argumentação judicial, o mito da tirania da maioria e a sua oposição ao *judicial review*.

No quinto capítulo, far-se-á análise de caso paradigma que envolve as questões relativas à antecipação da execução da pena. Realizar-se-á um estudo acerca da evolução legislativa do instituto da liberdade provisória, na tentativa de se definir qual a intenção dos representantes do povo brasileiro sobre a controvérsia – sob o enfoque constitucional e infraconstitucional, com menção, ainda, ao projeto de lei e propostas de ementa constitucional em tramitação no Congresso Nacional sobre o tema. Ainda, será feita uma análise do caso julgado no Supremo Tribunal Federal, a Repercussão Geral no Agravo em Recurso Extraordinário nº 964246/SP (BRASIL, 2016c). No sexto capítulo do trabalho, serão considerados os pressupostos do caso essencial em concomitância com a realidade brasileira, sugerindo-se o parlamento como o *locus* democrático e legítimo para emprestar a última palavra a temas controvertidos que surgem em sociedades como a do Brasil entre pessoas diferentes e de boa-fé. Em conclusão, entender-se-á que o controle judicial de constitucionalidade não é a opção legítima de coesão social no exercício de solução de discordâncias morais numa sociedade democrática, notadamente, para definir a interpretação mais adequada do debate estado de inocência *versus* execução antecipada da pena.

O foco hermenêutico proposto para a dissertação terá como marco teórico a legitimidade democrática do legislativo para solução de controvérsias, com base na teoria da dignidade da legislação de Jeremy Waldron (WALDRON, 2003, 2010), para tentar desestruturar o argumento convencional de que as cortes constitucionais são o espaço mais adequado para decidir, em última palavra, acerca de desacordos morais que surgem nas sociedades plurais e democráticas.

A pesquisa se desenvolve em vertente metodológica jurídico-sociológica e em perspectiva interdisciplinar, a partir da conjugação de conceitos das teorias política e filosófica do Direito, Direito Constitucional e Direito Processual Penal. Adotou-se, com predominância, o raciocínio dedutivo, o método descritivo e o tipo bibliográfico e jurisprudencial. As fontes principais de consulta são a legislação e a jurisprudência, além de obras de autores relacionadas à jurisdição constitucional, ao processo democrático, ao controle de constitucionalidade e ao Direito Processual Penal, que tratam dos postulados da liberdade provisória e prisão preventiva, que serão objeto de profunda análise e estudo.

Assim, com aquelas questões em mente, após visitar sistemas de controle de constitucionalidade, o marco teórico proposto e as normas relativas à temática vigentes no ordenamento, buscar-se-á por uma opção de resgate da centralidade da atividade legislativa, como meio de solução de controvérsias morais que surgem diuturnamente nas sociedades democráticas.

## 2 SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Os ordenamentos jurídicos do *civil law* e do *common law*, como os que serão abordados adiante nesse capítulo, por disposição do legislador constitucional, possuem autonomia e liberdade para outorgar a competência e estabelecer regras que entender convenientes no âmbito do controle de constitucionalidade das leis.

A existência de uma hierarquia normativa das Constituições é pressuposto bastante para que haja mecanismos de manutenção da supremacia constitucional sobre a legislação infraconstitucional, com controle tanto da forma de elaboração legislativa – no plano dos requisitos formais – quanto do seu conteúdo – plano dos requisitos materiais, revelando-se mais clara e efetiva em Estados cujas cartas políticas são rígidas.<sup>1</sup>

E o principal meio de defesa da Constituição e de garantia da sua supremacia na ordem jurídica consiste na fiscalização da constitucionalidade das normas hierarquicamente inferiores, que são os sistemas de controle de constitucionalidade.

Anna Cândida da Cunha Ferraz (FERRAZ, 1994) afirma que, nos casos de constituições rígidas, eventuais vícios de inconstitucionalidade, por perturbarem a ordem jurídico-constitucional, exigem sistemas constitucionais que emprestem providências e meios para saná-los ou extirpá-los para o restabelecimento da ordem constitucional. A autora conclui que, por isso, faz-se inserir o controle de constitucionalidade, como sendo “conjunto de instrumentos predispostos a assegurar a efetiva sanção do vício, ou seja, a efetiva vigência do princípio da superioridade das normas constitucionais.” (FERRAZ, 1994, p. 192).

Diante da superioridade das constituições sobre as leis e atos produzidos pelo Legislativo e Executivo, entendeu-se indispensável a criação desse controle de constitucionalidade, ou seja, um sistema de regras que promovesse a verificação contínua acerca da conformidade de toda produção normativa com as regras e princípios constitucionais.

Sobre esses movimentos constitucionais, à luz do direito constitucional comparado, Lenio Luiz Streck ressalta que, não obstante se reconheçam o inglês, o americano e o francês como as matrizes do constitucionalismo, “[...] não se deve desprezar a experiência portuguesa

---

<sup>1</sup> Consideram-se rígidas as constituições que exigem procedimento especial de modificação de seu texto. Dos ensinamentos de Paulo Gustavo Gonet Branco, “a rigidez é atributo que se liga muito proximamente com o princípio da supremacia da Constituição.” E acrescenta que “essa superioridade se expressa na impossibilidade de o legislador ordinário modificar a Constituição [...]” (MENDES; BRANCO, 2011, p. 72). José Afonso da Silva assenta que a rigidez constitucional significa “[...] maior dificuldade para a mudança formal da Constituição que para a alteração da legislação ordinária ou complementar. [...] Imutável por meios comuns é a Constituição rígida, aquela que só é alterável mediante processos, solenidades e exigências formais especiais, diferentes e mais difíceis que os de formação das leis ordinárias ou complementares.” (SILVA, 2011, p. 99-100). A flexível, ao contrário, seria a que não exige formalidade específica para sua alteração.

de controle prevista nas ordenações Filipinas” (STRECK, 2018b, p. 1), nem olvidar “[...] a contribuição dos juristas portugueses, que, ainda nos primórdios do século XVII, tiveram uma clara compreensão do fenômeno do controle de constitucionalidade dos atos normativos” (STRECK, 2018b, p. 1).

São vários os critérios que podem ser adotados para definição dos modelos de controles de constitucionalidade; são diversas as formas de manifestação e exercício dessa apreciação dos atos ou omissões do poder público.

Pela vontade do legislador, pode haver os sistemas de controle judicial, político e misto. O controle judicial, ou seja, exercido pelo Judiciário, por ser o objeto de análise neste trabalho, será abordado com ênfase nesse capítulo.

Antes, colaciona-se o magistério de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino sobre o controle político, que, sucintamente afirmam que “caso a Constituição outorgue a competência para a fiscalização da validade das leis a órgão que não integre o Poder Judiciário, teremos o sistema político.” (PAULO; ALEXANDRINO, 2010, p. 17).

Sobre esse controle, José Joaquim Gomes Canotilho afirma que é o exercido por órgãos políticos, como assembleias representativas, de inspiração rousseauiana-jacobina, que emprestavam à lei *status* de vontade geral soberana e, portanto, passível de controle apenas pelo próprio órgão que a criou (CANOTILHO, 2010, p. 897). Em outras palavras, quão mais aberto e participativo o processo político na elaboração da lei, mais ela se aproximará da expressão da vontade popular.

No âmbito jurisdicional, sem se olvidar dos casos intermediários<sup>2</sup>, citam-se os controles forte e o fraco, no que respeita à autoridade do Judiciário de deixar (ou não) de aplicar uma lei em um determinado caso ou modificar seus efeitos para conformá-la com direitos individuais. Seria questão, pois, de supremacia judicial em que os tribunais decidiriam questões morais importantes para todo sistema político, em que as decisões são tratadas como vinculantes e em que os tribunais não acatariam posições tomadas sobre esses assuntos noutros poderes políticos (WALDRON, 2010, p. 100).

Classificam-se os sistemas, ainda, pelo momento do controle. No caso de controle preventivo, ocorre em regra mediante atuação do próprio Parlamento ou do Executivo<sup>3</sup>. Se

---

<sup>2</sup> Segundo Waldron, “no Canadá existe uma disposição para a revisão de legislação pelos tribunais, e lá os tribunais, com suas contrapartes norte-americanas, podem deixar de aplicar uma lei nacional ou provincial caso esta viole as disposições da Carta de Direitos e Liberdades canadense.” (WALDRON, 2010, p. 102).

<sup>3</sup> Há a hipótese de controle preventivo realizado pelo Judiciário, mediante impetração de Mandado de Segurança, nos casos de violação de direito líquido e certo de parlamentar de ver assegurada a regular tramitação do projeto de lei ou proposta de emenda num processo legislativo gravemente viciado (PAULO; ALEXANDRINO, 2010, p. 21).

repressivo, dá-se principalmente sob a forma jurisdicional, que contempla os métodos concentrado e difuso, que serão abaixo mencionados.

Outra forma de classificar tais sistemas de controle diz respeito ao objeto e *locus* de apreciação judicial. A se tratar o objeto de uma norma genérica abstrata apenas, independente de uma causa, com atribuição exclusiva de um único órgão, seria o caso de controle concentrado. Se se tratar de análise de conformidade da norma no âmbito de um caso concreto, de maneira incidental, cuja atribuição de fiscalizar a higidez se estende a todos os juízes, a denominação é o controle difuso.

Diversos modelos de justiça constitucional surgiram, especialmente após a Segunda Grande Guerra Mundial, para evitar que fossem violadas – sob o amparo da legalidade – normas constitucionais e para garantir a supremacia constitucional sobre os atos do Executivo e do Legislativo. Sob essa batuta da necessidade de se defender a separação das funções dos Estados, os direitos fundamentais e os das minorias – ante a investida arbitrária da maioria ou do soberano – surgiram tribunais que passaram a velar pela compatibilidade dos atos do poder público com as normas constitucionais. Seria, pois, importante garantia de proteção das liberdades individuais frente a normas tidas por inconstitucionais e ao poder do príncipe.

No Brasil, observa-se um complexo sistema de controle de constitucionalidade, em que há a possibilidade de revisão ampla do resultado do trabalho do Parlamento, no exercício da função legislativa, e de atos administrativos em geral. E diz-se complexo porque se notam o controle preventivo, o repressivo, o controle concentrado em abstrato e o difuso incidental.

A história revela, entretanto, que esse sistema não é originalmente brasileiro, mas resultado da influência de outros existentes, com preponderância, da América do Norte e Europa.

Com o objetivo de ilustrar alguns desses controles, por ser o Direito Comparado um importante aliado nos estudos e compreensão da história, antes de tratar do sistema pátrio, tomam-se as formas de controle norte-americana e austríaca, por sua tradição jurídica, por serem paradigmas dos sistemas difuso e concentrado, respectivamente, e, por fim, por terem exercido, com preponderância, influência e reflexos sobre a jurisdição constitucional em vigor no Brasil e no mundo.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Segundo os ensinamentos de Mauro Cappelletti, o sistema americano, mais antigo, de *judicial review*, encontra-se presente e influente em ex-colônias inglesas, como o Canadá, a Austrália, a Índia, e em outros locais, como no Japão, Suíça, Noruega, dentre outros. Até na Alemanha e Itália, hoje adeptas ao sistema concentrado puro, houve no passado uma breve experiência do sistema americano. O sistema austríaco concentrado de controle, a seu turno, foi absorvido pela Itália (1948), Turquia (1961), Espanha (1931 e 1978) e até na terra comunista da Iugoslávia (1963 e 1974) (CAPPELLETTI, 1984, 73).

Não é demais frisar que, de algumas décadas para cá, muitos tribunais, em especial os constitucionais, permitiram-se considerar a jurisprudência de Cortes alienígenas para contribuir para a formação de seu convencimento e subsidiar as próprias decisões (NEVES, 2009, p. XXV), pelo que adequadas são tais considerações sobre esses sistemas.

## 2.1 SISTEMA NORTE-AMERICANO

Os Estados Unidos da América foram o primeiro país, de fato, a adotar um sistema de controle de constitucionalidade de leis efetivo, muito embora houvesse outros mais antigos<sup>5</sup> com a preocupação de conferir superioridade a determinadas leis, em que sua modificação não ficasse a cargo de um procedimento legislativo comum (REGO, 2016, p. 44).

O princípio da supremacia constitucional adveio do constitucionalismo, movimento jurídico-político que surgiu da promulgação da primeira constituição orgânica do mundo, dos Estados Unidos, na Convenção da Filadélfia, ocorrida aos 17 de setembro de 1787 (ESTADOS UNIDOS, 1992), e depois ratificada pelo povo dos estados. Essa Constituição, desde o seu início, foi considerada o direito supremo do país, hierarquicamente superior a todo ordenamento infraconstitucional<sup>6</sup> (FIUZA, 2013, p. 301-302).

Pode-se afirmar, pois, na esteira dos ensinamentos de Carlos Eduardo Reis Fortes do Rego, que relevante contribuição dos EUA foi:

[...] a adoção de um documento escrito que trouxesse a organização e a limitação dos poderes do Estado e uma carta de direitos e garantias fundamentais do cidadão como diploma político-jurídico mais importante da nação. Seria esse o documento o responsável pela criação da União, pela instituição dos Poderes do Estado que, por isso, exerceriam sua competência nos limites da delegação exposta pela Carta Magna [...] Dessa forma, caso haja qualquer violação das normas constitucionais por pessoa ou por Poder, é obrigação do Poder Judiciário, se for devidamente provocado, a defesa da ordem constitucional, que, em última análise, representa a defesa da própria União norte-americana. (REGO, 2016, p. 89-90).

Digno de nota, essa supremacia constitucional está disposta no artigo VI, da Constituição norte-americana (ESTADOS UNIDOS, 1992).

---

<sup>5</sup> Sobre sistemas mais antigos, Mauro Cappelletti cita, no período medieval, o direito ateniense como um procedimento de revisão de leis complexo, em que a modificação normativa era considerada providência de extrema gravidade. Para tanto, descreveu que se distinguiam naquele direito o *nómos*, que seria a lei em sentido estrito, e o *pséfisma*, semelhante a um decreto, num termo moderno. E acrescenta que, em caso de conflito entre ambos, deveria prevalecer o primeiro (CAPPELLETTI, 1984, p. 49-51).

<sup>6</sup> Essa assertiva, contudo, não significou imutabilidade ou acomodação político-jurídica no ordenamento norte-americano, pois, conforme se colhe dos ensinamentos de José Luiz Quadros de Magalhães, “a história constitucional norte-americana reforça a ideia de uma Constituição dinâmica, viva, que se reconstrói diariamente diante da complexidade das sociedades contemporâneas. [...] A experiência norte-americana nos revela uma nova dimensão da jurisdição constitucional, presente em toda manifestação do direito.” (MAGALHÃES, 2004).

Mais do que isso, a Constituição norte-americana (ESTADOS UNIDOS, 1992), além de deixar expressa a sua superioridade perante os demais atos da Federação e Estados-membros, assentou a autoridade dos tribunais na sua interpretação, efetivação e concretização.

Para se chegar a esse *status* político, com autonomia em relação ao Parlamento, a Suprema Corte norte-americana sofreu certa influência da teoria do inglês Edward Coke, quando atuou como membro do Tribunal de Apelação da Inglaterra, durante a primeira metade do século XVII. O inglês defendeu o Judiciário como o órgão responsável pela interpretação e aplicação do Direito que, por ter uma racionalidade própria, seria melhor compreendido por um jurista, inserto no seu vasto conhecimento empírico-jurídico, após prolongado período de estudos na área (REGO, 2016, p. 45).

Edward Coke expôs concreta e efetivamente seu pensamento no ano de 1610, enquanto exercia a função de juiz na *Court of Common Pleas*, especificamente no julgamento do caso que tratou do direito do médico Thomas Bonham de exercer sua atividade profissional sem a necessidade de autorização prévia da instituição de ensino *Royal College of Physicians*, lotada em Londres. Ele buscava exercer sua atividade profissional sem riscos de multas ou prisão. Tais previsões de sanção, em casos como o do Dr. Bonham, teriam sido ratificadas pelo Parlamento anteriormente. Porém, o juiz Coke julgara a exigência daquela autorização contrária ao direito consuetudinário, vindo a afirmar na oportunidade que esse referencial deveria controlar os atos do Parlamento, podendo até mesmo declará-los nulos, quando em desconformidade com o direito e razão comuns (HELMHOLZ, 2009; POWELL, 1997).

Para Mauro Cappelletti, a teoria de Edward Coke fora uma resposta ao despotismo do soberano, durante o apogeu absolutista e a dinastia dos Stuart, ou seja, seriam os juízos os garantidores da supremacia do *common law* contra o arbítrio do rei e do parlamento (CAPPELLETTI, 1984, p. 58).

Tratou-se de verdadeira contraposição ao poder do soberano James I, nos séculos XVI e XVII, de exercer pessoalmente a função judicante, pois apenas os juízes estariam aptos para tanto, em virtude da experiência no meio jurídico e o domínio da ciência jurídica (REGO, 2016, p. 46). Em outras palavras, o cerne do pensamento de Edward Coke foi buscar limitar ou conter o poder real da pretensão de também exercer a função judicial, assumindo o jurista um papel de vanguarda para a época.

Essa posição de Edward Coke, muito embora tenha desvigorado em solo europeu, sobretudo após a Revolução Gloriosa de 1688<sup>7</sup>, gerou frutos e foi amplamente aplicada nas colônias inglesas da América do Norte, em que os magistrados passaram a exercer o controle de constitucionalidade de normas com o fim de garantir a supremacia das Constituições coloniais outrora outorgadas pela Coroa aos colonos.

No caso da Inglaterra, o sistema ali predominante foi o de que o Parlamento é quem exerce o poder supremo, sendo fiscalizador de si próprio. Por consequência, se seus atos vão de encontro à Constituição, não só continuam vigentes, mas também valem como emendas a ela, conforme se vê, via de regra, em constituições flexíveis.<sup>8</sup>

A seu turno, em solo norte-americano, já no nascedouro da república recém-inaugurada, por meio de uma decisão da Suprema Corte, relatada pelo juiz John Marshall, no caso *Marbury v. Madison*, em 1803, consagrou-se, formal e expressamente, a supremacia jurisdicional sobre todos os atos dos poderes constituídos, em primeira manifestação histórica na prática constitucional dos Estados Unidos (BITTENCOURT, 1968, p. 13-14). Foi o reconhecimento da autoridade dos magistrados de negar aplicação a normas consideradas lesivas ou incompatíveis com a Constituição. Inaugurava-se aquilo que se convencionou de controle judicial de constitucionalidade das leis – o *judicial review*.

Sobre a questão, Lenio Streck conclui que a supremacia constitucional, com a sua dificuldade de revisão, aliada à base do *Bill of Rights*, adotado como emenda constitucional em 1791, fez despertar o conhecido controle judicial difuso de constitucionalidade norte-americano (STRECK, 2018b, p. 37). Com o julgamento daquele caso, firmou-se o paradigma da supremacia judicial, que se cristalizou “[...] como princípio fundamental do Direito Constitucional norte-americano” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2014, p. 79). Também, “no modelo constitucional dos Estados Unidos, a supremacia da Constituição não é apenas uma proclamação política, como na tradição constitucional francesa, mas um princípio jurídico judicialmente tutelado.” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2014, p. 79).

---

<sup>7</sup> De acordo com Mauro Cappelletti, há certo paradoxo entre a Revolução Gloriosa de 1688 que, de um lado, concebeu supremacia ao Legislativo, e de outro cooperou com o surgimento do controle judicial de constitucionalidade – *judicial review*, ou seja, contribuiu para a supremacia do Judiciário nos Estados Unidos (CAPPELLETTI, 1984, p. 57-58). Dito de outra forma, a Revolução Gloriosa resultou na perda do poder dos juízes ingleses, ao passo que nas Colônias da América do Norte, ao contrário, foram os magistrados que assumiram o papel proeminente de controle da função legislativa frente às Cartas da Coroa vigentes nas colônias à época.

<sup>8</sup> Mario Cappelletti, para ilustrar a supremacia do Parlamento, resgata a frase célebre de Walter Bagehot, no sentido de que essa função “[...] pode fazer tudo exceto transformar a mulher em homem ou vice-versa.” (CAPPELLETTI, 1984, p. 53).



Os Estados Unidos, portanto, não apenas promulgaram a sua primeira Constituição, mas também criaram mecanismos de garantir a sua efetiva aplicação – a supremacia constitucional, imune às leis ordinárias – *the higher law*.

Ainda acerca do *leading case Marbury v. Madison*, Carlos Eduardo Reis Fortes do Rego afirma:

Marbury, o autor do recurso à Suprema Corte, havia sido nomeado juiz de paz do recém-criado Distrito de Columbia (Washington D. C.) pelo presidente John Adams. Adams pertencia ao Partido Federalista e estava em final de mandato, com eleição já realizada e vencida pelo rival partido Republicano, cujo principal líder, Thomas Jefferson, foi eleito Presidente da República, além de ter conquistado a maioria do Congresso Nacional. A fim de preservar a influência dos federalistas em cargos estratégicos do Estado norte-americano, no limiar de seu mandato, Adams nomeia John Marshall, seu Secretário de Estado e membro importante do Partido Federalista, como *Chief of Justice*, e aprova o *Judiciary Act* os 1801, também conhecido como a Lei dos Juízes da meia-noite (*Midnight Judges Act*), que criava vários cargos de juízes federais no âmbito dos Tribunais de Apelação (*U.S. District Court*), até então exercidos cumulativamente pelos ministros da Suprema Corte. [...] Quanto aos juízes de paz do Distrito de Columbia, não houve tempo suficiente para a posse, apesar de já ocorridos a nomeação e a aprovação dos nomes pelo Senado, que deveria ser presidido pelo então Secretário de Estado, John Marshall.

Com a posse de Thomas Jefferson, houve ordem expressa direcionada ao seu Secretário de Estado, James Madison, para não dar posse aos juízes nomeados por John Adams após a conclusão das eleições, e, mais além, revogar a posse dos juízes dos circuitos já em atividade. [...] Nesse contexto, Marbury ingressa com um recurso na Suprema Corte para pedir que o tribunal concedesse uma ordem (*writ os mandamus*) ao Secretário de Estado, a fim de assegurar sua posse e o exercício da atividade, para a qual já havia sido nomeado e aprovado, segundo o procedimento previsto na Constituição e nas leis vigentes.

No julgamento, em 1803, Marshall subverteu a ordem de apreciação e, primeiramente, julgou o mérito da ação, para somente depois atentar às questões preliminares. Assim, restou assentado que Marbury possuía direito subjetivo à posse no cargo público e que a desídia de Madison era ilegal. Contudo, posteriormente, declarou inconstitucional o artigo 13 do *Judiciary Act* de 1789, que conferia à Suprema Corte a competência para apreciar esse caso, sob a alegação que a competência originária do tribunal supremo é definida na Constituição, inconcebível, pois, o alargamento dela por meio de atos infraconstitucionais. Consequentemente, Marshall negou o pedido de Marbury e não concedeu a ordem contra o Secretário de Estado, que inclusive não se apresentou à Corte, em forma de repúdio, por expressa determinação de Jefferson. [...] Enfim, seu objetivo (Marshall) foi resguardar a Suprema Corte das investidas dos outros Poderes, ao passo que defendia os interesses dos federalistas e a sua atuação enquanto Secretário de Estado. (REGO, 2016, p. 91-94, grifos do autor).

Mauro Cappelletti pontua que a opção de Marshall, com o reconhecimento da supremacia constitucional sobre as demais leis, associada à coragem da jurisprudência que a aplicou, representou por certo importante inovação (CAPPELLETTI, 1984, p. 48).

Ali, conforme afirmado por Álvaro Ricardo Souza Cruz, consolidaram-se os pressupostos básicos do *judicial review*, a saber, o de que o texto constitucional é norma hierarquicamente superior e que servirá como parâmetro para todos os atos normativos; que a decisão judicial é por natureza declaratória, pois simplesmente reconhece a inconformidade do

ato com o texto constitucional; e, por fim, que o Judiciário deveria decidir de pronto em face de violação de direito subjetivo, afastando o caráter consultivo (CRUZ, 2004, p. 327).

José Alfredo de Oliveira Baracho, sobre o papel da Suprema Corte norte-americana, traça três pontos principais; o federalismo, em que os Estados Membros da União não são soberanos; a expansão econômica, em que o desenvolvimento econômico influenciou a análise de dispositivos constitucionais a fim de fomentar e assegurar as relações contratuais econômicas entre os particulares; e o respeito aos direitos à propriedade, absoluto, colocado a serviço do desenvolvimento (BARACHO, 2001, p. 110).

A doutrina de Marshall, contudo, passou por algumas crises, diante do inconformismo do Executivo com a supremacia jurisdicional e a irrevogabilidade de suas decisões. Uma crítica se baseou no sistema de freios e contrapesos, que se via aviltado com aquela autoridade soberana da Suprema Corte de emprestar a última palavra sobre a produção das outras funções. Criticou-se, também, por não haver disposição expressa na Constituição acerca desse papel preponderante. Uma última crítica a se ressaltar foi o argumento do déficit democrático de que o sistema de Marshall se revestia, pois, ao contrário do Judiciário, no Parlamento, de eleição em eleição, o povo poderia rever suas escolhas de acordo com as políticas dominantes, elegendo os mesmos ou novos representantes (BITTENCOURT, 1968, p. 18-21).

Importante trazer a crítica firme do jurista alemão Carl Schmitt, que, ao longo do século XX, ao contrário da posição de Hans Kelsen, sustentou que o que fazia a Suprema Corte norte-americana nada mais era do que um veto judicial à produção legislativa, ou seja, não seria uma interpretação da norma constitucional, mas verdadeira inovação do direito. Em outras palavras, na esteira da assertiva de Cruz, Schmitt refutava a criação de uma jurisdição constitucional para examinar a conformidade de uma norma com a constituição, pois a palavra final sobre a questão teria natureza política e apenas um órgão político poderia assumir tal atribuição, não um Tribunal. E conclui que, para Schmitt, “[...] numa ‘verdadeira democracia’, o único/legítimo intérprete da Constituição seria o Chefe do Poder Executivo, vez que seria o único capaz de realmente exprimir os desígnios da Comunidade Orgânica de um povo.” (CRUZ, 2004, p. 108-109).

Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento acrescentam que Schmitt entendia que:

[...] a indeterminação das normas constitucionais tornava essencialmente política a tarefa de controlar a constitucionalidade das leis. Diante disso, ele defendeu que tal faculdade fosse atribuída não aos juízes ou a qualquer corte em particular, mas ao Chefe de Estado, que representaria a unidade do povo alemão e poderia atuar como uma espécie de “poder neutro”. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 128).

Apesar das críticas, de uma construção jurisprudencial, ante a inexistência de preceito expresso nesse sentido na Constituição norte-americana, tornou-se assente a possibilidade de o Judiciário, num caso concreto posto a julgamento, no exercício de interpretação da lei maior, adequar ou compatibilizar os atos normativos infraconstitucionais emanados de outras funções políticas com as normas superiores ali dispostas, podendo até mesmo declará-los nulos. Seria ali, pois, o nascedouro do controle jurisdicional de constitucionalidade.

Buscou-se, então, diante da experiência negativa do tratamento dado aos colonos pelo parlamento inglês, órgão responsável pela edição de leis impopulares nas terras norte-americanas, um mecanismo efetivo de limitação daquela função, que foi o controle judicial de constitucionalidade de atos normativos.

Conforme observado por Bittencourt sobre esse direito constitucional norte-americano, o próprio juiz Marshall deixou consignado que “se, pois, os tribunais não devem perder de vista a Constituição, e se a Constituição é superior a qualquer ato ordinário do Poder Legislativo, a Constituição e não a lei ordinária há de reger o caso, a que ambas dizem respeito.” (BITTENCOURT, 1968, p. 13).

No caso da Suprema Corte norte-americana, sua atribuição precípua é a de tribunal constitucional, enquanto guardião da Constituição, seja como órgão colegiado recursal ou na que resulte de sua competência originária, diante da posição no topo do sistema do Judiciário.

Ainda sobre as suas competências, Carlos Eduardo Reis Fortes do Rego acrescenta que se podem dividi-las também “[...] quanto à obrigatoriedade de apreciação e julgamento pelo tribunal, segmentando-os, pois, em casos obrigatórios e casos facultativos [...]” (REGO, 2016, p. 94). Diferentemente, nos casos de boa parte dos tribunais constitucionais europeus, a sua função é exclusivamente de guardiões das Constituições locais, com a atribuição de decidir sobre ofensas aos direitos fundamentais, encontrando-se, não raro, fora da estrutura orgânica do judiciário. Como exemplos desses tribunais *ad hoc*, podem-se destacar, num primeiro momento da história, os da Áustria e da República Tcheca, em seguida, logo após a Segunda Grande Guerra, o da Alemanha, da Turquia, da Iugoslávia e da França. Num terceiro momento, já na década de 1970, citam-se os de Portugal, da Espanha e da Grécia, dentre outros (STRECK, 2018b, p. 64-79; BARACHO, 2001, p. 126).

Outrossim, registre-se que, daquela supremacia judicial e da influência do *common law*, em que a decisão judicial ultrapassa os limites da lide entre as partes, fez-se emergir o postulado do *stare decisis*, que significa que os juízes, em determinadas condições, devem se orientar pelas teses e regras de direito decorrentes de julgados precedentes de outros juízes, desde que, claro, numa situação semelhante.

Colhendo-se da obra de Bruno Paiva Bernardes acerca de tais conceitos, trataria “a *Common Law*, de tradição jurídica em que a atuação do juiz tem papel de verdadeira criação do direito – o *judge-made law*.” (BERNARDES, 2019, p. 30, grifos do autor). E o autor acrescenta que “a regra do *stare decisis*, portanto, exprime que essa família jurídica tem na coisa julgada verdadeira fonte do direito, impondo o respeito aos precedentes.” (BERNARDES, 2019, p. 30, grifos do autor).

Lenio Streck afirma que a decisão judicial possui dupla função: a primeira seria definir uma situação jurídica, dirimir a controvérsia apresentada ao Judiciário, sendo que na doutrina *res judicata* as partes não poderiam revolver questões já decididas; sua segunda função seria estabelecer um precedente em face do qual um caso análogo a surgir no futuro seria provavelmente decidido da mesma forma (STRECK, 2018b, p. 32). Mas Streck anota que a regra do *stare decisis* em solo norte-americano comporta uma limitação relevante, ou seja:

[...] o Supremo Tribunal e os Supremos Tribunais de diferentes Estados não estão vinculados às suas próprias decisões e podem desviar-se de sua jurisprudência, desde que o caso em julgamento seja distinto do precedente em questão. (STRECK, 2018b, p. 32).

E mais, quando visitou a obra do constitucionalista Laurence Tribe (TRIBE, 2000, p. 82 apud STRECK, 2018b, p. 33), ao tratar do *stare decisis*, Lenio Streck afirma que “[...] o direito constitucional norte-americano não é apenas composto pelas disposições da Constituição, mas também pelas decisões judiciais das Cortes.” (STRECK, 2018b, p. 33). Para o jurista norte-americano, portanto, conforme anotado por Streck, o *stare decisis* seria, no sistema jurídico americano, o coração do Estado de Direito (STRECK, 2018b, p. 33).

Diante de tais considerações, pode-se dizer que o *judicial review* seria o modelo norte-americano de controle de constitucionalidade exercido de forma difusa – por qualquer juiz ou tribunal –, incidental, pois provocado por via de exceção ou defesa, que se dá somente no curso de uma demanda concreta. Por se desenvolver em razão de um conflito de interesses intersubjetivos, também se diz que seria um controle subjetivo.<sup>9</sup>

Esse modelo, inclusive, sem embargo a outros que surgiram ao longo do século XX, atravessou as fronteiras norte-americanas e alcançou quase todo o mundo, como as ex-colônias inglesas Austrália e Índia, bem como outros continentes, como o Brasil, a Argentina, Portugal, Japão e Suíça, dentre outros (BARACHO, 2001, p. 115; CUNHA JUNIOR, 2008, p. 248-249). E Baracho acrescenta que, de um modo geral, os países europeus tenderam a uma rejeição do

---

<sup>9</sup> Mauro Cappelletti cita o jurista norte-americano James A. C. Grant que, ao contrário, defende que a regra fundamental do sistema é o de não existir um procedimento específico nem um órgão especial competente para as questões constitucionais, surgindo um para cada caso e peculiaridades (GRANT, 1963, p. 34 apud CAPPELLETTI, 1984, p. 86-87).

modelo norte-americano com a constituição de modelo próprio, sob influência de Hans Kelsen. Como exemplo, a extinta Tchecoslováquia, com a Constituição de 1920, a Segunda República Espanhola, com a Constituição de 1931 e a Irlanda, com a Constituição de 1937 (BARACHO, 2001, p. 118).

Em síntese, o sistema norte-americano de controle da constitucionalidade consolidou-se como difuso, em via incidental, sempre no curso ou por ocasião de uma demanda concreta, seja de natureza cível, penal ou qualquer outra, e desde que a norma posta em revisão se mostre relevante – e a solução da dúvida acerca da inconstitucionalidade necessária – para a solução da lide subjetiva.

Registre-se, por fim, conforme observado por Lenio Streck, que o movimento da expansão do Judiciário inaugurado pela supremacia judicial constitucional norte-americana “[...] vincula-se diretamente com o outro movimento: o novo constitucionalismo.” (STRECK, 2018b, p. 2), cujo crescimento foi facilitado por algumas circunstâncias, dentre elas, a ruptura da noção de democracia como a vontade da maioria; a falta de implementação de políticas públicas; a inefetividade das instituições majoritárias e até mesmo a delegação voluntária de funções por elas próprias ao Judiciário, com o fim de evitar embates políticos antipopulares<sup>10</sup>; e o interesse de grupos em usar do Judiciário para ampliar direitos até então não vinculados à Constituição (STRECK, 2018b, p. 2).

Portanto, apesar da influência inglesa do sistema common law, o modelo norte-americano, com base numa Constituição escrita duradoura, viu desenvolver a supremacia judicial frente a outras funções do Estado, sob a forma jurisprudencial do *stare decisis*.

## 2.2 SISTEMA AUSTRIACO

A Constituição austríaca foi promulgada em 1º de outubro de 1920, pelo Parlamento da Áustria, oportunidade em que Hans Kelsen<sup>11</sup> materializou o que se pode chamar de modelo europeu de controle de constitucionalidade das leis. Esse modelo está regulado entre os arts. 137 e 148, sem deixar de consignar o art. 89, todos da Constituição (ÁUSTRIA, 2011), que trata da revisão judicial das leis. Nove anos após, o texto sofreria uma revisão na parte em que

---

<sup>10</sup> Pode-se citar, nesse caso, a questão do aborto, em que o legislador transferiu para o juiz a solução da controvérsia, não entrando em conflito com seus eleitores e opositores (STRECK, 2018b, p. 2).

<sup>11</sup> Professor de Direito Público e de Filosofia do Direito na Universidade de Viena, foi o primeiro relator permanente da Corte Constitucional, após nomeação em 1921, durando até 1929, quando ocorreu uma reforma estrutural da Corte (FAVOREU, 2004, p. 42).

trata do sistema de controle de constitucionalidade, pela Emenda nº 7, de 7 de dezembro de 1929 (MENDES; MARTINS, 2009, p. 2).

Sobre aquela participação de Kelsen na introdução do controle de constitucionalidade no continente europeu, colaciona-se trecho do texto de Regina Tamami Hirose:

Hans Kelsen foi o grande artífice da teoria da norma fundamental hipotética, propondo concepções doutrinárias sob o aspecto estritamente jurídico e, com isso, contribuindo decisivamente para a evolução da teoria constitucional. Kelsen formulou uma teoria que “é fruto de uma concepção lógica que empresta à Constituição o caráter de norma superior, uma *fundamental law*, dotando-a do mais elevado grau de positividade jurídica e que atua como catalisador e distribuidor do fundamento de validade a todas as demais normas jurídicas”. (HIROSE, 2010, p. 37).

Kelsen teria reconhecido, de certo modo, no controle norte-americano, o acerto acerca da superioridade hierárquica das constituições – a *grundnorm*, com as quais todas as normas infraconstitucionais deveriam se conformar.

No entanto, o sistema austríaco, concentrado que é, diferenciou-se do modelo difuso norte-americano principalmente pela atribuição da examinar a constitucionalidade dos atos normativos a um único órgão criado para esse fim, a Corte Constitucional, que, no caso da Áustria, não integra a estrutura do Judiciário (KELSEN, 2002, p. 103).

Para Álvaro Ricardo Souza Cruz, esse controle concebido por Kelsen, exercido pelo Tribunal Constitucional, por ser visto como função legislativa, excluía a função judiciária ordinária (CRUZ, 2004, p. 360).

Sobre o controle de constitucionalidade originalmente disposto na Constituição da Áustria (ÁUSTRIA, 2011), Kelsen<sup>12</sup> não pensou um sistema difuso no estilo do *judicial review* norte-americano, de aspecto subjetivo e em via incidental, mas um modelo concentrado, objetivo, não judicial e com natureza legislativa negativa, conforme pontuou Cappelletti (CAPPELLETTI, 1984, p. 67-77, p. 102-105). Kelsen queria evitar o chamado governo dos juízes, vindo a formular um sistema que reduzisse o poder daqueles ao interpretar a Constituição.

Não houve dificuldade de implementação do modelo kelseniano, pois o controle, diante de sua natureza legislativa, embora negativa – constitutiva, não declaratória como nos Estados Unidos –, teria força de lei e, por consequência, efeito *erga omnes* (CRUZ, 2004, p. 360). Por conta disso, restaria afastada a crítica de eventual usurpação de funções. Na explicação de Favoreu, um Tribunal, com jurisdição constitucional específica, encarregado especialmente

---

<sup>12</sup> Kelsen também admitiu uma ação direta, abstrata, a ser proposta pelo Ministério Público. Haveria, outrossim, uma espécie de defensor da Constituição, dotado de ampla garantia de independência sobre o governo, com atribuição de propor de ofício procedimento de controle de constitucionalidade para atos que entendessem irregulares (PALU, 2001, p. 92-93).

para controlar toda produção normativa, iria ao encontro perfeitamente da teoria da separação de poderes (FAVOREU, 2004, p. 23). Aliado a isso, em solo europeu, havia considerável dificuldade de emprestar o controle de constitucionalidade a juízes ordinários, ao contrário do que ocorreu no sistema norte-americano e, dentre outros, no brasileiro. No modelo austríaco, conforme descrito por Cappelletti, seria algo como a revogação da lei, com efeitos *ex nunc* (CAPPELLETTI, 1984, p. 115-120), ou então como se ela se visse revogada por outra lei sucessiva. Por não ser nula, mas simplesmente anulável, a lei inconstitucional permanecia no ordenamento com aplicação obrigatória por todos os magistrados até que se visse anulada pela Corte Constitucional, por decisão própria, quando a partir de então seria retirada do mundo jurídico.

Kelsen, para assegurar formal e materialmente a guarda da Constituição, criticava a possibilidade de se manejar um excessivo poder ao Parlamento ou ao Executivo, por ser uma potencial ameaça para a garantia da Constituição. Para tanto, chegou a mencionar fatos da história, entre eles, a virada autoritária da Áustria sob o comando de Engelbert Dollfuß e o destino da República de Weimar (FAVOREU, 2004, p. 23).

Em síntese, no originário sistema austríaco, criou-se um modelo em que se buscava assegurar a supremacia da Constituição sobre os atos, em especial, do Parlamento, os quais poderiam ser anulados por um tribunal constitucional autônomo, cujas decisões teriam efeitos *ex nunc* e *erga omnes*, todavia sem permissão para conhecer de casos concretos.

Assim, conforme pontua Cappelletti, caso surgisse uma questão constitucional numa ação subjetiva em tramitação nas vias ordinárias, aquela seria decotada da lide, remetida ao Tribunal Constitucional austríaco e por ele apreciada de forma abstrata, devolvendo-se, em seguida, a decisão ao juízo da causa para aplicar a lei – conforme a orientação daquele Órgão – no caso concreto (CAPPELLETTI, 1984, p. 120).

No Tribunal Constitucional, pois, não se conhecia do caso concreto nem havia a necessidade de solucioná-lo, mas apenas se decidia sobre questão constitucional em abstrato para então se remeter a decisão à instância *a quo* e finalmente, ali, dar definição do conflito entre as partes envolvidas na causa.

A par disso, conforme assinalou Mauro Cappelletti, no texto originário da Constituição (ÁUSTRIA, 2011), aos juízes não cabia qualquer atribuição de controle de constitucionalidade das leis, muito menos poderiam deixar de aplicá-las sob o pretexto de reputarem-nas inconstitucionais, acrescentando que “era e é peremptório nesse sentido o art. 89, §1º, da Constituição austríaca [...]” (CAPPELLETTI, 1984, p. 105).

A propósito, somente os órgãos políticos indicados na Constituição – somente os Governos dos Länder e o Governo Federal –, não os judiciais, que se viam legitimados para arguir a inconstitucionalidade das suas respectivas leis, pela via principal do processo de controle de constitucionalidade perante o Tribunal Constitucional.

O sistema de controle austríaco, portanto, possuía importante papel como guardião da Constituição frente às outras funções do Estado, mas, segundo Cappelletti, revelava-se limitado, tanto pelo pequeno rol de legitimados quanto pela impossibilidade de “invasões inconstitucionais do Poder Legislativo federal no âmbito reservado à competência legislativa dos Länder e vice-versa [...] garantindo, desta maneira, entre a Federação e os Länder, o respeito recíproco de sua repartição constitucional de competências [...]” (CAPPELLETTI, 1984, p. 107). Ademais, a arguição respectiva não era vinculada ou representava um dever aos legitimados, mas sim uma faculdade discricionária de instaurar o processo, pelo que muitas leis inconstitucionais podiam, na prática, ficar distantes do controle do Tribunal Constitucional austríaco e manter o caráter cogente de sua aplicação por todos os juízes (CAPPELLETTI, 1984, p. 107).

Nos idos de 1929, em revisão constitucional, como mencionado anteriormente, o sistema austríaco de controle de constitucionalidade das leis se viu em parte, mas substancialmente, modificado. Na esteira dos apontamentos de Mauro Cappelletti:

Esta importante lei de reforma constitucional de 1929 mudou o art. 140 da Constituição austríaca para acrescentar, à legitimação dos órgãos políticos, também a legitimação de dois órgãos judiciais ordinários, isto é, para conferir legitimação para instaurar perante a Corte Constitucional o processo de controle de leis, além de ao Governo Federal e de aos Governos dos Länder, também ao Oberster Gerichtshof (ou seja, à Corte Suprema para as causas cíveis e penais) e ao Verwaltungsgerichtshof (ou seja, à Corte Suprema para as causas administrativas). (CAPPELLETTI, 1984, p. 106).

De se ressaltar que, diferentemente dos órgãos políticos constitucionalmente legitimados, apenas na via de exceção ou incidental podem os órgãos do Judiciário arguir questões de constitucionalidade perante a Corte Constitucional. Mas seria, nesse caso, um efetivo dever, não uma faculdade, em submeter a lei ao crivo do Tribunal Constitucional, antes de aplicá-la no caso concreto, em caso de dúvida acerca da sua inconstitucionalidade (CAPPELLETTI, 1984, p. 106). Este, a propósito, é o texto do art. 89, §2º, da Constituição da Áustria:

Se um tribunal tiver hesitação contra a aplicação de um despacho em razão de ser contrário à lei, deve apresentar um pedido ao Tribunal Constitucional para a rescisão desta ordenança. Se o Supremo Tribunal ou um tribunal de segunda instância competente para julgar tiver escrúpulos contra a aplicação de uma lei pelo facto de ser



inconstitucional, deve apresentar um requerimento ao Tribunal Constitucional para a revogação desta lei. (ÁUSTRIA, 2011, tradução nossa).<sup>13</sup>

Sobre a matéria, Lenio Streck elucida que o mencionado controle incidental, concreto, “[...] somente pode ser feito na forma *per saltum* [...]” (STRECK, 2018b, p. 69), ou seja, “[...] quando o Supremo Tribunal Administrativo, o Supremo Tribunal de Justiça ou um Tribunal competente para decidir em segunda instância tenha dúvidas [...]” (STRECK, 2018b, p. 69) acerca da inconstitucionalidade de uma lei a ser aplicada no caso concreto, oportunidade em que deve submeter a questão à apreciação do Tribunal Constitucional, ficando o processo suspenso até decisão da Corte.

Nesse sentido, Cruz acrescenta que, após as alterações no controle, autorizou-se

[...] que órgãos do Judiciário Ordinário passassem a ter o direito de negar a aplicação de normas por eles consideradas inconstitucionais. Nesses casos, podiam, com isso, solicitar ao Tribunal Constitucional pronunciamento que afastasse quaisquer controvérsias sobre a constitucionalidade. (CRUZ, 2004, p. 261).

Diante daquela reforma de 1929, pois, distanciou-se do modelo original de controle de constitucionalidade, por se permitir que outros órgãos suscitassem a inconstitucionalidade com base num caso concreto.

Outra modificação se deu posteriormente foi a atenuação parcial da regra da não-retroatividade dos pronunciamentos da Corte Constitucional no caso concreto, pois a norma inconstitucional pode ter a sua aplicação recusada em relação àqueles fatos verificados antes do pronunciamento (CAPPELLETTI, 1984, p. 121). Permitiu-se, assim, a aplicação de efeitos retroativos às decisões da Corte Constitucional.

Há, ainda, o exame da constitucionalidade de ofício pelo Tribunal Constitucional, ou seja, em caso de dúvida acerca de suposto vício de conformidade com a Constituição de uma norma que a própria Corte Constitucional tenha que aplicar, ela pode ser apreciada mesmo sem provocação de qualquer dos legitimados (art. 140, §1º, Constituição da Áustria) (ÁUSTRIA, 2011).

Lenio Streck acrescenta que “o Tribunal Constitucional decide também sobre a inconstitucionalidade das leis a pedido de qualquer pessoa que afirme ter sido diretamente lesada nos seus direitos por essa inconstitucionalidade” (STRECK, 2018b, p. 68), mas ressalva que tal requerimento está subordinado ao princípio da subsidiariedade, conforme estabelece o art. 144, §1º, da Constituição, que diz:

---

<sup>13</sup> Texto original: “Should a court have scruples against the application of an ordinance on the ground of it being contrary to law, it shall file an application with the Constitutional Court for rescission of this ordinance. Should the Supreme Court or a court of second instance competent to give judgment have scruples against the application of a law on the ground of its being unconstitutional, it shall file an application with the Constitutional Court for rescission of this law.” (ÁUSTRIA, 2011).

O Tribunal Constitucional pronuncia-se sobre as decisões das autoridades administrativas, na medida em que o recorrente alega uma violação da decisão de um direito constitucionalmente garantido ou a violação de direitos pessoais sobre a pontuação de um decreto ilegal; lei inconstitucional, ou um tratado ilegal. Nas mesmas premissas, a Corte também se pronuncia sobre reclamações contra o exercício do poder administrativo direto e a compulsão contra um indivíduo em particular. **A queixa só pode ser apresentada depois que todas as outras etapas do recurso legal, na medida em que tal venha a ser considerado, tenham sido esgotadas.** (ÁUSTRIA, 2011, grifo nosso, tradução nossa).<sup>14</sup>

Sobre essa legitimidade dos indivíduos, Favoreu (2004) aduz que, a partir de 1975, eles puderam contestar a constitucionalidade de uma lei federal, mas desde que ela fosse aplicável diretamente sem ter sido objeto de uma decisão judicial ou administrativa. E complementa o tema ao afirmar que essa proteção “é assegurada contra as leis (federais e provinciais) e os atos administrativos”, mas não contra os atos jurisdicionais (FAVOREU, 2004, p. 50-54).

Por fim, pode-se inferir que com a reforma de 1929 da Constituição (ÁUSTRIA, 2011), embora não eliminadas na sua inteireza, viu-se atenuada parte das fragilidades do sistema originário de controle de constitucionalidade austríaco. Como mencionado, o rol de legitimados para arguir a inconstitucionalidade das leis perante o Tribunal Constitucional foi ampliado, mas apenas para os tribunais, sendo que os juízes, ao contrário, devem impreterivelmente aplicar as leis no caso concreto posto a seu julgamento.<sup>15</sup>

### 2.3 O SISTEMA BRASILEIRO

Uma vez traçadas as características dos sistemas norte-americano e austríaco, que representaram, respectivamente, o controle difuso e o concentrado de constitucionalidade, cumpre traçar as características do modelo brasileiro. Para tanto, ressaltam-se as interferências havidas no sistema pátrio de controle de constitucionalidade desde a primeira Constituição, de 1824, até a em vigor, de 1988.

---

<sup>14</sup> Texto original: “*The Constitutional Court pronounces on rulings by administrative authorities in so far as the applicant alleges an infringement by the ruling of a constitutionally guaranteed right or the infringement of personal rights on the score of an illegal ordinance, an unconstitutional law, or an unlawful treaty. On the same premises, the Court likewise pronounces on complaints against the exercise of direct administrative power and compulsion against a particular individual. The complaint can only be filed after all other stages of legal remedy, in so far as such come into consideration, have been exhausted.*” (ÁUSTRIA, 2011).

<sup>15</sup> Mauro Cappelletti pontua que, sem deixar de mencionar a grande influência que o sistema austríaco exerceu para além dos limites do seu país, “o defeito que mais chamou a atenção no sistema austríaco foi evitado, tanto pelo sistema italiano, previsto na Constituição de 1948 e posto em prática em 1956, como também pelo sistema alemão, introduzido com a Constituição de Bonn de 1949” (CAPPELLETTI, 1984, p. 108-109). Nesses dois países, os juízes, incompetentes que são para efetuar o controle de constitucionalidade da lei, podem submetê-las à Corte Constitucional em caso de dúvida de ser contrária à Constituição, ficando a demanda suspensa até a prejudicial ser decidida (CAPPELLETTI, 1984, p. 108-109).

### 2.3.1 A Constituição de 1824

A Constituição do Império (BRASIL, 199-a), outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25 de março de 1824, não previa qualquer atribuição ao Judiciário que dissesse respeito ao controle de atos do Legislativo que fossem eivados de inconstitucionalidade.

Para Dirley da Cunha Junior, isso se deveu à forte influência que o “direito brasileiro sofreu da concepção inglesa da supremacia do Parlamento e do dogma francês da rígida separação de Poderes.” (CUNHA JUNIOR, 2018, p. 263).

A orientação, pois, seria no sentido de que nenhuma outra função estatal seria depositário da intenção real e inteligência dos membros que compunham o Parlamento.

Inclusive, nos termos dos registros de Bittencourt, houve manifestações críticas<sup>16</sup> à época sobre essa lacuna, pois se desejava certo espelhamento do Supremo Tribunal de Justiça brasileiro com a Suprema Corte norte-americana. Porém, segundo o autor, a Constituição norte-americana (ESTADOS UNIDOS, 1992), embora não tivesse previsto expressamente a supremacia judicial, descreveu que caberia ao Poder Judicial apreciar a lei e sua obediência a ela, ao passo que, de modo diametralmente diverso, a Constituição Imperial brasileira emprestou tal atribuição tão somente ao próprio Legislativo (BITTENCOURT, 1968, p. 17-18). A propósito, dispunha o art. 15, VIII e IX, da Constituição que:

Art. 15. É atribuição da Assembleia Geral

.....

VIII. Fazer Leis, interpretal-as, suspendel-as, e rovogal-as.

.....

IX. Velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral do Nação. (BRASIL, 199-a).

Ao Supremo Tribunal de Justiça (art. 163) (BRASIL, 199-a), portanto, não se deu qualquer margem expansionista de competência jurisdicional (BITTENCOURT, 1968, p. 18-27).

Aliado a isso, existia o Poder Moderador, cuja função, numa espécie de suprema inspeção exercida pelo Imperador, foi a de manter a harmonia, independência e equilíbrio entre os demais poderes (art. 98) (BRASIL, 199-a). Portanto, se sobre as demais funções a Constituição Imperial lhe concebeu a chave de toda organização, por óbvio não restaria espaço para se atribuir ao Judiciário o controle dos atos do Legislativo.

---

<sup>16</sup> Como exemplo de jurista que criticou a não previsão da atribuição de controle jurisdicional da constitucionalidade, Bittencourt cita Levi Carneiro, e sua obra “Federalismo e judicialismo”. (CARNEIRO, 1930, p. 239 apud BITTENCOURT, 1968, p. 27).

### 2.3.2 A Constituição de 1891

Proclamada a República em 1889, pouco depois adveio a Constituição de 1891, promulgada em 24 de fevereiro de 1891, em que foram incorporados preceitos da doutrina de Marshall sobre o controle de constitucionalidade de atos normativos – o *judicial review* norte-americano, inclusive com previsão expressa de recurso para o Supremo Tribunal Federal, conforme disposto em seu art. 59, §1º, “a”, (BRASIL, 199-b), antes da reforma de 1926, pela Emenda nº 3 (BRASIL, 199-b):

Art. 59 – Ao Supremo Tribunal Federal compete:

.....

§ 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela; (BRASIL, 199-b).

Abandonou-se, ao que se vê, o sistema de controle de constitucionalidade exclusivamente político.

Álvaro Ricardo Souza Cruz propõe que “o Supremo Tribunal Federal foi concebido como instituição que deveria garantir a Constituição – leia-se República, mesmo contra eventuais maiorias parlamentares que apoiassem o retorno da Monarquia” (CRUZ, 2004, p. 275). E acrescenta que, enquanto nos Estados Unidos a jurisdição constitucional surge por meio de criação *Chief Justice* Marshall, aqui se desenvolve por meio do direito positivo. (CRUZ, 2004, p. 275).

Vale o registro de que, desde a chamada Constituição Provisória de 1890, em seu art. 58, §1º, “a” e “b”, (BRASIL, 199-m), já se observava o julgamento incidental de inconstitucionalidade mediante provocação das partes em litígio, vindo a Constituição de 1891 (BRASIL, 199-b) a incorporar tais dispositivos e reafirmar a competência do Supremo Tribunal Federal para apreciar, em última instância, questionamentos, pela via da exceção, acerca da validade de tratados e leis federais em face daquela.

Sobre o tema, na vigência da Constituição de 1891 (BRASIL, 199-b), aprovou-se a Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, para completar a organização da Justiça Federal da República, ao dispor que:

Art. 13 [...]:

.....

§10. Os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os

regulamentos manifestamente incompatíveis com a lei e a Constituição. (BRASIL, 199-p).

A Emenda Constitucional nº 3 (BRASIL, 199-c) reforçou a faculdade que dispunha o Supremo Tribunal Federal de questionar a validade das leis federais em face da Constituição da República (BRASIL, 199-b). A propósito:

Art. 60 – [...]

.....

§ 1º Das sentenças das justiças dos Estados em ultima instancia haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

- a) quando se questionar sobre a vigencia ou a validade das leis federaes em face da Constituição e a decisão do Tribunal do Estado lhes negar applicação;
- b) quando se contestar a validade de leis ou actos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses actos, ou essas leis impugnadas; [...]. (BRASIL, 199-c).

De se notar, ao contrário do sistema de controle de constitucionalidade norte-americano, conforme observado anteriormente, o texto constitucional brasileiro não foi omissivo e regulou de forma clara e expressa o tema.

Por essa Constituição, portanto, o Supremo Tribunal Federal, copiando em certos pontos a Suprema Corte norte-americana, assumiria importante papel de destaque na organização da República e, em especial, na guarda da lei maior, no que toca ao poder de declarar a inconstitucionalidade das leis federais, no modelo difuso incidental, o qual veio a perdurar por todas as Constituições, até a vigente (BRASIL, 2019a).

E sobre a abrangência da competência para o controle de constitucionalidade, Rui Barbosa<sup>17</sup>, que desempenhou papel fundamental na elaboração da Constituição de 1891 (BRASIL, 199-b), é firme ao defender a vontade dela de autorizar a todos os juízes e tribunais a função de apreciar a conformidade da lei com ela, na mesma linha do sistema norte-americano:

[...] Nela se reconhece, não só a competência das justiças da União, como a das justiças dos Estados, para conhecer da legitimidade das leis perante a Constituição. [...] Este ou revogará a sentença, por não procederem as razões da nulidade, ou a confirmará pelo motivo oposto. Mas numa ou noutra hipótese, o princípio fundamental é a autoridade, reconhecida expressamente no texto constitucional, a todos os tribunais, federais ou locais, de discutir a constitucionalidade das leis da União, e aplica-las ou desaplicá-las, segundo esse critério. (BARBOSA, 1934, p. 133).

Dos ensinamentos de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, “inaugurava-se, assim, um abrangente sistema de controle judicial difuso no Brasil, atribuindo-se a todos os órgãos do

<sup>17</sup> Gilmar Ferreira Mendes registra que o Direito norte-americano exerceu forte influência sobre personalidades políticas da época, como Rui Barbosa, o que foi decisivo para a consagração do modelo de controle incidental de inconstitucionalidade difuso, “já na chamada Constituição Provisória de 1890 (art. 58, §1º, a e b).” (MENDES, 1999, p. 235).

Poder Judiciário, federais ou estaduais, a competência para aferir a compatibilidade das leis [...]” (PAULO; ALEXANDRINO, 2010, p. 26), desde que provocados incidentalmente, com a Constituição.

Porém, na visão de Dirley da Cunha Junior, o sistema “[...] apresentava deficiências, pela possibilidade de existirem decisões conflitantes entre os vários órgãos judiciários competentes para o controle de constitucionalidade, circunstância que propiciava um estado de incerteza no direito [...].” (CUNHA JUNIOR, 2018, p. 265). E ele acrescenta que essa deficiência, contudo, foi mitigada com o advento da Constituição de 1934, diante da “[...] atribuição de competência ao Senado Federal de suspender, em caráter geral, a execução da norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.” (CUNHA JUNIOR, 2018, p. 265).

Sobre essa deficiência, Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, em outras palavras, descrevem que “a declaração de inconstitucionalidade da lei, portanto, em nenhuma hipótese a retirava do ordenamento jurídico, mas, tão somente, afastava a sua aplicação ao caso concreto.” (PAULO; ALEXANDRINO, 2010, p. 23).

A reforçar as críticas ao modelo de controle introduzido, Álvaro Ricardo Souza Cruz comenta que:

[...] o controle abstrato de constitucionalidade das leis nasceu no Brasil sob o signo dos interesses governamentais, posto que o mesmo ocorrera em 1891, na via difusa, por receio de suporte parlamentar do discurso de fortalecimento do Supremo, o regime militar acrescia ao Ordenamento Jurídico um instrumento castrador do parlamento federal.

Assim, o controle de constitucionalidade, concebido como mecanismo de guarda da Constituição e dos direitos fundamentais, surge no Brasil, sob todas as suas formas, como instrumento de repressão do Estado. (CRUZ, 2004, p. 296-297).

Ainda que diante de tais críticas e limitações institucionais, não se pode olvidar que se estabeleceu um marco no ordenamento jurídico brasileiro para o desdobramento do controle de constitucionalidade ao longo das demais Constituições que se seguiram.

### **2.3.3 A Constituição de 1934**

A Constituição de 1934 (BRASIL, 199-d), promulgada em 16 de julho de 1934, além de ratificar as atribuições do Supremo Tribunal Federal de apreciar a validade de leis federais em face daquela, trouxe inúmeras inovações.

Uma das novidades da Constituição de 1934 foi firmar, em seu art. 179, que “só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes, poderão os Tribunais declarar a

inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público.” (BRASIL, 199-d). Essa regra seria denominada posteriormente de cláusula de reserva de plenário.

Outra alteração constitucional se deu no caso em que, uma vez declarada a inconstitucionalidade da lei, quando comunicado pelo Procurador-Geral da República, caberia ao Senado a competência de suspender, com efeito geral, de todo ou em parte, a sua execução, conforme disposto no art. 91, IV, e art. 96 (BRASIL, 199-d). Essa regra por certo corrigiu, ao menos em parte, aquela deficiência narrada acima do controle difuso incidental.

Para Sérgio Antônio Ferreira Victor, “trata-se de um importante instrumento de coordenação de esforços do legislativo e do judiciário para conferir uma eficácia maior às decisões da Corte. À exceção da Constituição de 1937, todas as outras Cartas brasileiras trouxeram essa cláusula.” (VICTOR, 2013, p. 171).

Sobre as atribuições do Senado, menciona-se, outrossim, o inciso II do art. 91, que trata do controle político de conformidade de atos do Executivo com as leis, podendo até mesmo suspendê-los, se o caso (BRASIL, 199-d).

Também, a Constituição de 1934, em seu art. 12, §2º (BRASIL, 199-d), confiou ao Procurador-Geral da República a representação interventiva, de natureza objetiva, sujeita à competência do Supremo Tribunal Federal, para as hipóteses de ofensa, por parte dos Estados-membros, aos princípios descritos no art. 7º, I, alíneas “a” e “h” da Constituição (BRASIL, 199-d) – também chamados de princípios constitucionais sensíveis. Segundo Gilmar Ferreira Mendes, a declaração de inconstitucionalidade para evitar a intervenção federal talvez tenha sido “[...] a mais fecunda e inovadora alteração introduzida pelo Texto Magno de 1934 [...]” (MENDES, 1999, p. 238).

Pela primeira vez no ordenamento, diante da intervenção, o Supremo Tribunal Federal auferira competência semelhante àquela disposta no modelo europeu.

Por fim, destaca-se que, durante a curta vigência da Constituição de 1934 (BRASIL, 199-d), o Deputado Nilo Alvarenga, sob a influência da proposta de Kelsen e do modelo austríaco de controle de constitucionalidade, apresentou projeto de instituição de um Tribunal especial, com competência para apreciar questões constitucionais tratadas em ações subjetivas e pedidos de arguição de inconstitucionalidade intentados por qualquer pessoa, ainda que sem interesse direto na causa (MENDES, 1999, p. 240).

Apesar da sua breve vigência, a Constituição de 1934 (BRASIL, 199-d) significou efetivo desenvolvimento do controle de constitucionalidade mediante ação direta, o que não se repetiria na Constituição que a sucedeu.

### 2.3.4 A Constituição de 1937

A Constituição de 1937 (BRASIL, 199-e), outorgada pelo Presidente da República Getúlio Vargas em 10 de novembro de 1937, ratificou tanto a possibilidade de o Judiciário apreciar a validade de leis quanto o quórum qualificado para a sua declaração de inconstitucionalidade. No entanto, buscou atenuar ou enfraquecer de certa maneira a supremacia judicial, por meio do texto do parágrafo único do art. 96:

Art. 96 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes 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.** (BRASIL, 199-e, grifos nossos).

Em outras palavras, passou o chefe do Executivo federal a ter poderes para nova submissão ao Parlamento de lei declarada inconstitucional pelo Judiciário, que poderia até mesmo voltar a ser aplicada em caso de confirmação de sua validade, por dois terços de votos de cada uma das Câmaras (art. 96, parágrafo único) (BRASIL, 199-e).

Digno de nota, a aversão a tal instituto não foi unânime. Gilmar Ferreira Mendes traz observação de Cândido Motta Filho (MOTTA FILHO apud MENDES, 1999, p. 241), no sentido de que essa nova oportunidade de deliberação do Parlamento sobre a declarada inconstitucionalidade de ato normativo colocava o problema da elaboração democrática da vida legislativa em seus verdadeiros termos, impedindo a promoção de certo déficit de representatividade e universalidade. O jurista cita, nessa mesma linha, outros nomes, como Francisco Campos, Alfredo Buzaid e Genésio de Almeida Moura (MENDES, 1999, p. 240-241).

Nessa Constituição, não se repetiu o instituto da representação interventiva nem a suspensão, pelo Senado, da execução de norma considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

### 2.3.5 A Constituição de 1946

A Constituição de 1946 (BRASIL, 199-f), promulgada em 18 de setembro de 1946, manteve a autorização para, nos casos de recurso extraordinário, o Supremo Tribunal Federal – com extensão indireta aos tribunais locais – apreciar a inconstitucionalidade de leis e a exigência de “quórum” qualificado para se alcançar a eficácia da decisão, mas não restabeleceu



o parágrafo único do art. 96 da Constituição anterior (BRASIL, 199-e). Essa opção política restaurou a similitude do sistema constitucional brasileiro com o norte-americano de não submeter a decisão judicial ao Parlamento, garantindo-se a supremacia do Judiciário e a autoridade do Supremo Tribunal Federal sobre as demais funções do Estado.

Foram reinseridas as inovações da Constituição de 1934 (BRASIL, 199-d) outrora suprimidas na Constituição de 1937 (BRASIL, 199-e), a saber, a representação interventiva<sup>18</sup> e a previsão de suspensão da execução, pelo Senado, de ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Por essa Constituição, o Judiciário teria recobrado sua supremacia e o poder de proferir a última palavra em questões de porte constitucional.

Importante modificação no sistema pátrio ocorreu com o advento da Emenda Constitucional nº 16, de 1965 (BRASIL, 199-g), em que se inaugurou, mediante representação genérica encaminhada pelo Procurador-Geral da República – nos tempos de hoje, seria a ação direta de inconstitucionalidade por ação – o controle concentrado abstrato de constitucionalidade dos atos normativos federais e estaduais (CUNHA JUNIOR, 2018, p. 266), conforme disposto no art. 101, I, “k”, da Constituição (BRASIL, 199-f).

Essa mesma Emenda nº 16 (BRASIL, 199-g) permitiu aos Estados o controle de constitucionalidade dos atos normativos municipais em desconformidade com as Constituições Estaduais, nos termos do art. 124, XIII (BRASIL, 199-f).

Portanto, inaugurara-se expressamente o controle misto de constitucionalidade, que conciliava o sistema difuso incidental atribuído a todos os juízes e tribunais em casos concretos com o sistema concentrado, de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, quanto às leis e atos normativos federais e estaduais em face da Constituição da República, e dos Tribunais de Justiça, quanto às leis e atos normativos municipais em face das Constituições Estaduais.

Na década de 1960, em especial após a investida do regime militar, foram editados atos que não só restringiram direitos e garantias dos membros do Judiciário, como também impediram a apreciação judicial de qualquer ato praticado “com fundamento nos Atos

---

<sup>18</sup> A legitimação para a representação perante o Supremo Tribunal federal foi conferida ao Procurador-Geral da República, conforme art. 8º, parágrafo único, da Constituição de 1946 (BRASIL, 199-f). A representação pela inconstitucionalidade, para efeitos de intervenção federal, dava-se nos casos de violação da (i) forma republicana representativa, (ii) independência e harmonia entre os poderes, (iii) temporariedade das funções eletivas, (iv) proibição de reeleição de governadores e prefeitos para o período imediato, (v) autonomia municipal, (vi) prestação de contas da administração, (vii) garantias do Poder Judiciário (art. 7º) (BRASIL, 199-f).

Institucionais e Complementares da ‘Revolução’ (art. 6º) dando, então, a real dimensão do controle de constitucionalidade das leis no período.” (CRUZ, 2004, p. 296).

Pode-se dizer, pois, que o controle de constitucionalidade, embora esboçado como mecanismo de proteção dos direitos fundamentais e outras normas constitucionais, serviu no Brasil de ferramenta de controle e repressão do Estado.

### 2.3.6 A Constituição de 1967

A Constituição de 1967, promulgada em 24 de janeiro de 1967 (BRASIL, 199-h), sem alterações de muita relevância, manteve o sistema de controle e validade de leis previsto nas Constituições anteriores e dispôs que caberia ao Supremo Tribunal Federal conhecer e julgar representação do Procurador-Geral da República pela inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, conforme disposto no art. 114, I, “1”:

Art. 114 - Compete ao Supremo Tribunal Federal:

I - processar e julgar originariamente:

1) a representação do Procurador - Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual; [...] (BRASIL, 199-h).

Contudo, suprimiu, como se observa, a representação de inconstitucionalidade de normas municipais em face das Constituições Estaduais, outrora incluída no ordenamento pela Emenda Constitucional nº 16 de 1965 (BRASIL, 199-g).

Registre-se, nos termos dos ensinamentos de Cunha Junior, a Emenda nº 7 (BRASIL, 199-i) emprestou duas novidades à Constituição vigente à época. Em relação à primeira, passou-se a contar com a representação para fins – não apenas de declaração de inconstitucionalidade, mas também – de interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual a ser julgada no Supremo Tribunal Federal (art. 119, I, “e”) (BRASIL, 199-i). A segunda novidade disse respeito à previsão de possibilidade de concessão de medida cautelar em representações genéricas de inconstitucionalidade, se requerida pelo Procurador-Geral da República na ação constitucional (art. 119, I, “p”) (CUNHA JUNIOR, 2018, p. 267).

A propósito, assim dispõem as alíneas “1” e “p” do inciso I do art. 119 da Constituição de 1967:

Art. 119 - Aos Juízes Federais compete processar e julgar, em primeira instância:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal for interessada na condição de autora, ré, assistente ou oponente, exceto, as de falência e as sujeitas à Justiça Eleitoral, à Militar ou a do Trabalho, conforme determinação legal;

.....

**‘l’ - a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual.**

.....

**‘p’ - o pedido de medida cautelar nas representações oferecidas pelo Procurador-Geral da República.** (BRASIL, 199-h, grifos nossos).

Por fim, não é demais mencionar que, no período, editou-se o Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968 (BRASIL, 199-l), limitando-se no seu texto, ainda mais, garantias das demais funções do Estado – do Legislativo e do Judiciário.

### **2.3.7 A Constituição de 1988**

A Constituição vigente (BRASIL, 2019a), promulgada em 5 de outubro de 1988, manteve, com alguns aperfeiçoamentos, a mescla dos modelos difuso incidental com o concentrado principal de controle de constitucionalidade.

Quanto ao modelo difuso incidental, numa demanda judicial concreta, todo e qualquer órgão judicial – juiz ou tribunal – pode exercer o controle de constitucionalidade de atos ou omissões do poder público.

Pela Emenda nº 3, de 1993, (BRASIL, 1993), fez-se incluir o dispositivo da alínea “a” do inciso I e o §2º, ambos do art. 102 da Constituição (BRASIL, 2019a), que versa sobre a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, com eficácia contra todos e efeito vinculante:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

.....

§2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo. (BRASIL, 2019a).

Isso fez crer que, na dúvida acerca da constitucionalidade da norma, o legitimado para propor a ação declaratória poderia reclamar um pronunciamento definitivo ao Supremo Tribunal Federal.

Tal pronunciamento seria, de certa monta, a formação de precedentes que deveriam orientar os juízes em casos futuros e em condições semelhantes ao caso paradigma. Cumpre registrar que aquela força vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal se limitou às

ações declaratórias de constitucionalidade de ato normativo e se dirigiu ao Executivo e Judiciário.

Posteriormente, em nova alteração do sistema constitucional, desta vez pela Emenda nº 45, de 2004 (BRASIL, 2004), estendeu-se força vinculante também às decisões nas ações diretas de inconstitucionalidade, bem como explicitou de forma mais clara os seus destinatários em condições de subordinação, a saber, os “[...] demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.” (BRASIL, 2019a) (art. 102, §2º).

Em relação ao modelo concentrado, em sede de ação direta principal, em abstrato, somente o Supremo Tribunal Federal pode exercer o controle de constitucionalidade de atos normativos federais ou estaduais em face da Constituição da República, e os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, também por meio de ação direta principal em abstrato, o controle de constitucionalidade dos atos normativos estaduais ou municipais que supostamente contrariem as respectivas Constituições locais dos Estados-membros.

O Judiciário, nesse modelo concentrado, pode ser provocado mediante *(i)* ação direta de inconstitucionalidade – por ação ou omissão –; *(ii)* ação direta de inconstitucionalidade interventiva; *(iii)* ação declaratória de constitucionalidade; e pela *(iv)* arguição de descumprimento de preceito fundamental.

As Leis nº 9.868/1999 (BRASIL, 2009) e nº 9.882/1999 (BRASIL, 1999) dispuseram, a primeira, sobre o processo e julgamento da ação direta de constitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, e a segunda, sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Por elas, o legislador estabeleceu as regras sobre a tramitação e processamento de tais ações constitucionais, inclusive estabeleceu restrições sobre a concessão de liminar monocraticamente.

Nesse modelo concentrado, ainda, ampliou-se a legitimidade para a propositura das ações constitucionais, conforme disposto no art. 103 da Constituição da República (BRASIL, 2019a), já com as alterações advindas da Emenda nº 45, de 2004 (BRASIL, 2004):

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V - o Governador de Estado;

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. (BRASIL, 2019a).

Sobre essa extensão dos legitimados para a propositura da ação principal, Gilmar Ferreira Mendes ponderou que:

A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, ao ampliar, de forma marcante, a legitimidade para propositura da ação direta [...] permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas.

.....

Portanto, parece quase intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato, de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade. (MENDES, 1999, p. 256).

Sobre o quórum do órgão julgador, a cláusula de reserva de plenário – também conhecida como *full bench*<sup>19</sup> – foi mantida para a declaração de inconstitucionalidade de ato normativo do poder público, conforme disposto no art. 97 da Constituição da República de 1988: “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.” (BRASIL, 2019a). Sobre esse tema, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula vinculante 10, que dispõe que:

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte. (BRASIL, 2008c).

Da mesma forma, repetiu-se a regra que se permite a concessão de medida cautelar<sup>20</sup> nas ações diretas de inconstitucionalidade, conforme alínea “p” do inciso I do art. 102 da Constituição da República (BRASIL, 2019a).

A propósito, a Lei nº 9.882/1999, em seu art. 5º, caput, e §1º, expressamente, atribuiu ao relator o poder de, monocraticamente, em caso de extrema urgência, ou ainda em período de

<sup>19</sup> Diz respeito ao julgamento pelo plenário de um órgão colegiado.

<sup>20</sup> Está em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 7.104/2017, já com a aprovação da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados do Brasil em 22.5.2018, proposta que visa a evitar que um ministro do Supremo Tribunal Federal, monocraticamente, com ressalva aos períodos de recesso, decida em casos de ação direta de inconstitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental. O projeto visa a alterar as Leis nº 9.868/99 e nº 9.882/99 para estabelecer que medidas cautelares nas ações diretas de inconstitucionalidade e liminares nas arguições de descumprimento de preceito fundamental só possam ser concedidas exclusivamente mediante quórum da maioria absoluta dos seus membros (BRASIL, 2017).

recesso, conceder liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental (BRASIL, 1999).

No entanto, o que se vê na prática é a expansão indiscriminada do número de decisões monocráticas proferidas por membros do Supremo Tribunal Federal<sup>21</sup> em ações específicas do controle de constitucionalidade, as quais, via de regra, efetivam-se em caráter geral no ordenamento, ainda que de natureza precária, suspendendo-se uma norma produzida no processo democrático e pelos representantes do povo.

Para ilustrar a questão, vale a transcrição de pequeno trecho da decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello, em medida cautelar na Reclamação nº 31158, que descreve com clareza a orientação daquela Corte e a repercussão de liminares nessas espécies de ação:

[...] Cumpre enfatizar, por oportuno, que o Supremo Tribunal Federal tem assinalado ser imediata a eficácia resultante de decisão, ainda que monocrática, concessiva de medida cautelar em sede de processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade [...].

Em tais situações, vale dizer, nas hipóteses de concessão monocrática, como sucede na espécie, a medida cautelar – quando ausente deliberação do Relator em sentido contrário – revestir-se-á de eficácia imediata, gerando, desde logo, todos os efeitos e consequências inerentes a esse provimento jurisdicional, independentemente de ainda não haver sido referendada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. (BRASIL, 2018d).

Sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal em questão constitucional, colhendo-se da própria Constituição, observa-se que elas são insuscetíveis de invalidação pelas instâncias representativas/políticas, o que não impede que se edite nova lei com conteúdo similar ao que se viu declarada a inconstitucionalidade, ou seja, os efeitos vinculantes não alcançam a atividade legislativa (art. 102, §2º, e art. 103-A da Constituição da República) (BRASIL, 2019a).

Por conclusão, pode-se aferir que o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro é complexo e misto, com o fim de se preservar a estabilidade e harmonia do ordenamento e a supremacia da Constituição, sempre escrita e rígida que é, tendo sofrido ao longo de sua história, desde a Constituição de 1891 (BRASIL, 199-b), forte influência norte-americana e austríaca.

A par do controle político, que não é objeto de aprofundamento dos estudos desse trabalho, notou-se também que há uma tendência de fortalecimento das ações objetivas perante o Judiciário, em especial, o Supremo Tribunal Federal, ou seja, uma predileção pelo controle

---

<sup>21</sup> Como exemplo, cita-se a decisão monocrática tomada, em 18.3.2013, pela Ministra Carmen Lúcia, ainda não apreciada pelo plenário, que deferiu medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.917, para suspender os efeitos de dispositivos da Lei nº 12.734/2012 relativos à distribuição de royalties do petróleo (BRASIL, 2013).

jurisdicional concentrado de constitucionalidade. Não é demais frisar que o rol de legitimados para a propositura de tais demandas foi amplamente dilatado, possibilitando-se que diversas parcelas da sociedade e órgãos arguam a desconformidade de atos normativos com a Constituição perante o Tribunal competente.

### 3 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: DA AUTOCONTENÇÃO À JURISTOCRACIA

Por adotar o Brasil, na contemporaneidade, um complexo sistema de controle de constitucionalidade, denominado misto, conforme estudado no capítulo anterior, entende-se oportuno analisar qual a postura concreta do Supremo Tribunal Federal durante as últimas décadas, ou seja, o que de fato se produziu pela jurisdição constitucional e como se comportou no exercício dessa específica função.

Essa atividade judicante não se revelou homogênea nos últimos cinquenta anos, pois o Supremo Tribunal Federal atuou por certo período num modelo de autocontenção – também denominado *self restraint* – e, de forma antagônica, curvou-se, com alguma predominância, a uma postura mais ativa, deliberando e decidindo questões que outrora eram tratadas por órgãos representativos. Álvaro Ricardo Souza Cruz elucida:

Ao mesmo tempo, viu-se que os Tribunais Constitucionais passaram, no contexto do controle de constitucionalidade das leis, de um tímido papel de legislador negativo a uma postura agressivamente legiferante. Desse modo, a doutrina da divisão de poderes passou, paulatinamente, a cair no esquecimento. (CRUZ, 2004, p. 244).

No Estado Democrático de Direito<sup>22</sup>, o juiz possui a atribuição objetiva de garantir o respeito às leis e, no caso da jurisdição constitucional, de proteção da Constituição contra o ataque de normas inconstitucionais. Porém, há riscos à democracia quando se observa um papel de livre determinação jurisdicional nas mais variadas questões políticas e morais sociais, sem que sejam observadas a vontade e a própria produção do legislador no gozo legítimo de suas atribuições legiferantes, como espécie de uma ressurreição daquele desejo de reação contra o abuso dos parlamentos do Antigo Regime, deixado no direito francês (CHEVALLIER, 2013, p. 56), ou abuso do parlamento inglês frente à sociedade norte-americana, a partir do século XVIII. Numa situação extrema, seria quase que um “governo dos juízes”, diante da degeneração da democracia e do papel de segundo plano do parlamento. E para evitar esse protagonismo judicial, Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento acrescentam que “os franceses preferiam confiar no parlamento do que no Judiciário para velar pela guarda das suas constituições.” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 128).

---

<sup>22</sup> Segundo Edgard Leite, “no Estado Democrático de Direito, as leis são criadas pelo povo e para o povo, respeitando-se a dignidade da pessoa humana. [...] A ideia de democracia surgiu na Grécia antiga junto ao conceito de cidadão ativo. Foi quando surgiu a democracia direta. O cidadão ativo ateniense era aquele que poderia exercer poderes políticos. Naquela época, eram apenas homens livres com posses, que se reuniam em praça pública e decidiam os rumos da cidade-estado.” (LEITE apud ENTENDA..., 2018).



Volvendo-se às questões dos dissensos, Marcelo Campos Galuppo elucida que, se da Grécia Antiga até a Idade Média a vida comunitária e o agir humano se orientavam por um centro – no caso grego a *polis* e, no caso medieval, a Igreja Católica –, surge na passagem dos séculos XV e XVI o indivíduo como o centro do agir humano. Não seriam mais a identidade e homogeneidade as características de orientação da vida social, mas a diversidade e pluralidade, pois cada um busca e define para si o que é projeto de vida boa. E acrescenta o autor que da diferença e heterogeneidade, já numa sociedade democrática contemporânea cada vez mais complexa e plural, surgem os desacordos morais entre seus integrantes, sejam sob o aspecto cultural, religioso, moral, das liberdades individuais, sejam sob as concepções de uma vida digna (GALUPPO, 2001, p. 47). Daí, outro caminho não há que não o de se buscar o consenso e a tolerância em meio a tantas diferenças, permitindo-se a integração social, a participação e a colaboração entre os vários projetos da vida, tudo sem que se abandone a essência da sociedade moderna contemporânea, que é o indivíduo.

Como solução premente desses dissensos e para que todos os projetos da vida boa se efetivem, no Estado Democrático de Direito, exigiu-se emprestar uma nova roupagem e compreensão à Constituição, que deixou de ser apenas um texto pronto e acabado que ditava a organização do Estado e a forma de agir do indivíduo para se tornar uma conformação jurídica a viabilizar aquela pluralidade. Isso tornou inviável ou impensável reconhecer como harmônicos de forma absoluta todos os princípios e normas ali insertos.

Ciente de tais discordâncias morais e com base na centralidade do indivíduo em meio a uma sociedade complexa e plural, Marcelo Campos Galuppo indaga a quem competiria guardar esse pluralismo da Constituição capaz de viabilizar a cada um dos indivíduos, a efetivação de seus projetos da vida boa (GALUPPO, 2001, p. 62). E mais, qual seria o *locus* adequado para se oportunizar a promoção de um debate o mais amplo possível, garantindo-se que todos sejam destinatários e ao mesmo tempo autores das normas as quais regulam seus modos de agir e projetos de vida? E, por fim, quem traria a melhor resposta de definição do que é melhor para a sociedade, o Legislativo ou o Judiciário?

Apenas para esclarecimento, não se pretendeu visitar as teorias da argumentação jurídica de compreensão do Direito e sua aplicação, até por não ser esse o objetivo do trabalho.<sup>23</sup> Da mesma forma, casos trazidos a esse tópico não terão incursão discursiva no mérito ou conteúdo de suas decisões – se justas ou injustas, mas apenas uma reflexão acerca das possibilidades de o direito sobreviver aos argumentos morais e políticos.

---

<sup>23</sup> Acerca da Teoria Discursiva do Direito, sugere-se a obra “Direito e democracia: entre facticidade e validade”, do autor alemão Jürgen Habermas (HABERMAS, 2003).

Para se buscar possíveis respostas àquelas indagações, como mencionado outrora, relevante é compreender como se comportaram, ao longo das últimas décadas, a jurisdição constitucional brasileira e o Supremo Tribunal Federal, como guardião e protagonista do controle de constitucionalidade na atualidade.

Feito esse breve exórdio, recorrendo-se do capítulo anterior, que, dentre outros temas, discorreu sobre o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, apresenta-se a seguinte incursão nas últimas décadas do constitucionalismo brasileiro.

### 3.1 O PERÍODO DA AUTOCONTENÇÃO

Embora incluídos no ordenamento jurídico brasileiro os controles de constitucionalidade difuso pela Constituição de 1891 (BRASIL, 199-b) e o concentrado pela Constituição de 1946 (BRASIL, 199-f), tal função ainda se revelava incipiente na década de 1960, se comparada a outros países, como os EUA e a Áustria.

Àquela altura, conforme salientou Álvaro Ricardo Souza Cruz, o direito era entendido como um conjunto de regras em que, no plano normativo, caberia a aplicação de princípios, costumes e analogia tão somente de maneira subsidiária, ao passo que a Constituição era mais um documento político do Estado que norma jurídica (CRUZ, 2018, p. 167). Sobre esse caráter secundário dos princípios, a Lei de Introdução ao Código Civil de 1942 já explicitava tal modelo em seu art. 4º (BRASIL, 2018c).

Não bastasse a posição frágil ou de pouca força da jurisdição constitucional até a década de 1960, as instituições políticas e órgãos do Judiciário brasileiros ainda sofreram profundas e sensíveis reformas a partir de 1964, como as oriundas do Ato Institucional<sup>24</sup> nº 2, de 27 de outubro de 1965 (BRASIL, 199-j). Por tais medidas, em clara descontinuidade democrática e de convulsões políticas, apesar da aparente roupagem jurídica, foram suspensas garantias e prerrogativas constitucionais de membros do Judiciário, como a inamovibilidade, estabilidade e vitaliciedade (art. 14 do Ato Institucional nº 2) (BRASIL, 199-j), e aumentado o número de membros de Tribunais Superiores<sup>25</sup> (arts. 6º e 7º) (BRASIL, 199-j).

O regime militar ainda editou o Ato Institucional nº 3, que, em seu art. 6º (BRASIL, 199-k), viria a excluir da apreciação judicial qualquer ato praticado com fundamento nos atos

---

<sup>24</sup> Para esclarecimento acerca da natureza e alcance dos atos institucionais editados pelo regime militar, Fernando Coelho, ex-deputado federal por Pernambuco, citando Afonso Arinos, diz que: “ato e Constituição são leis de igual hierarquia jurídica, inclusive na sua irrecusável ilegitimidade [...]” (COELHO, 1999, p. 117).

<sup>25</sup> O Ato Institucional nº 2, de 1965, alterou o art. 98 da Constituição de 1946, elevando de 11 para 16 o número de Ministros do Supremo Tribunal Federal.

e complementos da “Revolução”. O Supremo Tribunal Federal, conforme comentário de Álvaro Ricardo Souza Cruz, não reagiu e reconheceu a superioridade hierárquica desses atos no ordenamento (CRUZ, 2004, p. 296).

Outra reforma institucional viria a modificar a composição do Supremo Tribunal Federal, pelo Ato Institucional nº 6, de 1º de fevereiro de 1969 (BRASIL, 199-m), o qual teve seu quadro reduzido para onze Ministros, sendo aposentados “[...] exatamente os ministros nos quais recaia a desconfiança dos militares [...]” (CRUZ, 2004, p. 298).

O formalismo jurídico se consolidara sob o pensamento de Montesquieu, em que se tinha como clara a distinção e separação entre a produção volitiva – do Legislativo – e a cognitiva – do Executivo e Judiciário, sendo certo que aos membros da magistratura não caberia a intromissão na definição de políticas públicas outrora definidas pelo Parlamento (MONTESQUIEU, 1996). Na década de 1950, com base nessa separação dos poderes e para se evitar um “excesso de jurisdição”, o Supremo Tribunal Federal chegou a formular os denominados “atos *interna corporis*”, que eram aqueles não passíveis de revisão judicial (CRUZ, 2018, p. 167).

Nesse contexto de transformações institucionais, de arbítrio estatal e de exaltação da clássica separação das funções de Montesquieu, durante as décadas de 1950 e 1960, conforme traçado por Álvaro Ricardo Souza Cruz, foram corporificados dois movimentos de repúdio ao Direito. O primeiro movimento, de fundo marxista, considerava o Direito como instrumento de reprodução de relações hierárquicas de poder, jamais de cunho emancipatório, promovendo a perpetuação da dualidade de classes e a exploração do proletariado pela burguesia. Restaria legitimada pelo Direito – legalidade, portanto, a exploração do homem pelo homem (CRUZ, 2018, p. 168).

Em outras palavras, o desenvolvimento da ciência jurídica seria, para a corrente marxista, a engrenagem espinhal dos discursos hegemônicos de associar a expansão do capitalismo ao progresso e ao que se entendia como de vanguarda. Luís Roberto Barroso, no mesmo sentido, afirmou que:

[...] parte da academia e da juventude havia migrado para a teoria crítica do direito, um misto de ciência política e sociologismo jurídico, de forme influência marxista. A teoria crítica enfatizava o caráter ideológico da ordem jurídica, vista como uma superestrutura voltada para a dominação de classe. (BARROSO, 2017, p. 27-28).

O segundo movimento, seguindo a linha traçada por Álvaro Ricardo Souza Cruz:

Teve sustentação na obra de Michel Foucault, pois sua arqueologia do saber ampliava as relações panópticas de poder. Sua filosofia estruturalista concebia as relações humanas pela demarcação vinculante entre os seres humanos. Mesmo relações de afeto, marcadas pelo sentimento de doação genérico, como o amor materno, eram traduzidos pela imposição de regras e limites de convivência. O saber gera o poder

que dociliza o corpo tanto do opressor quanto do oprimido no movimento de opressão. Uma engrenagem que depõe o sujeito. Uma genealogia do poder que retira toda a esperança de que o Direito tenha um caráter emancipatório. (CRUZ, 2018, p. 168-169).

Por tal assertiva, colhe-se que qualquer forma de relação entre as pessoas era marcada pela imposição de regras e limites de convivência.

De se ver, os movimentos, cada qual com seus fundamentos e bases teóricas, viam do Direito – como procedimento de regulação que dava suporte à estrutura legal do regime – um instrumento nunca emancipatório, mas de reprodução da exploração do homem pelo homem e de uniformização e docilização das populações.

Porém, passados alguns anos, já nos idos da década de 1970, aproveitando-se do relativo enfraquecimento do regime de exceção – seja na área econômica, seja quanto à adesão social e frustração dos objetivos da ditadura de alcançar a integração, segurança e desenvolvimento nacional – e da reverberação global de inúmeros casos de violação de direitos humanos, uma nova geração de juristas tomou corpo em oposição aos movimentos de discriminação do Direito.<sup>26</sup>

Conforme descrito por Álvaro Ricardo Souza Cruz, fazia-se nascer o chamado “Constitucionalismo da Efetividade Social”, o qual afastaria o Direito do formalismo exegético e da objetividade positivista jurídica e seria entendido em três dimensões, a saber, no plano normativo, no plano argumentativo e no plano da teoria da decisão (CRUZ, 2018, p. 169-170).

Em síntese do que dispôs Álvaro Ricardo Souza Cruz sobre tais dimensões, no plano normativo, conferiu-se positividade jurídica à Constituição, e os direitos constitucionais sociais, econômicos e coletivos adquiriram executoriedade – afastando-se da natureza meramente programática – com possibilidade de aplicação direta pela autoridade judicial, tudo sem a necessidade de regulamentação infraconstitucional. Nesse contexto, o Judiciário, para os adeptos do “Novo Constitucionalismo”, abandonava o formalismo jurídico para realizar a justiça social e a concretização de direitos fundamentais (CRUZ, 2018, p. 172). Tomam corpo, nessa estrutura, procedimentos constitucionais específicos, como o Mandado de Segurança, o *Habeas Data*, o Mandado de Injunção, a Ação Popular e a Ação Civil Pública.

Para alcançar esses objetivos sob o novo paradigma estatal, do Estado Democrático de Direito, Álvaro Ricardo Souza Cruz explica que o Judiciário e o Ministério Público precisavam

---

<sup>26</sup> Álvaro Ricardo Souza Cruz cita, a título de exemplo, os juristas José Afonso da Silva, Luís Roberto Barroso, Lênio Luiz Streck, Carmen Lúcia Antunes da Rocha e Antônio Gomes Moreira Mauês (CRUZ, 2018, p. 6). José Afonso da Silva, pela obra “Aplicabilidade das normas constitucionais”, seria importante vetor de valorização do Direito como instrumento de luta para a redução das desigualdades sociais e regionais (SILVA, 2007).

de uma nova tecnologia interpretativa ou hermenêutica, denominada pela academia jurídica de *plano argumentativo*. Essa seria a segunda dimensão do Direito (CRUZ, 2018, p. 172-173).

Foi necessário desidratar as posturas formalistas ainda sustentadas no positivismo clássico, que pensam o juiz como a “boca da lei”, para oferecer guarida ao entendimento de que os princípios não se serviriam mais apenas para cobrir lacuna da lei, mas para se tornar base de todo o ordenamento.

Lenio Streck, nesse mesmo norte, dispõe que, em sendo a Constituição compreendida como um constituir, a legislação infraconstitucional deve passar por uma imersão constitucional, o que faz ocasionar tensões nas relações entre as funções, característica intrínseca ao Estado Democrático de Direito. Mais além, o autor diz que isso seria o fim da teoria de Montesquieu da separação dos poderes, o que implica o abandono da tese do juiz como o “‘exegeta-boca-da-lei’ e dos tribunais como legisladores negativos.” (STRECK, 2018b, p. 386). E conclui que, nesse momento, observa-se uma mudança daquela hermenêutica jurídica reprodutiva para o paradigma produtivo, o que leva a jurisdição constitucional a se tornar um ambiente fértil para se promover um discurso de justificação e de interpretação por vezes corretiva. (STRECK, 2018b, p. 386-387).

José Adércio Leite Sampaio também diz que não se deve mais chamar o juiz constitucional de legislador negativo, pois pelas decisões em processos de controle e fiscalização da constitucionalidade de leis se conduzem à efetiva reconstrução do Direito, transformando-se em fonte formal do sistema jurídico (SAMPAIO, 2001, p. 189-190).

Sobre essa mudança de paradigma hermenêutico, Álvaro Ricardo Souza Cruz menciona que, por suas concepções principiológicas, Ronald Dworkin e Robert Alexy<sup>27</sup> se destacaram na época e marcaram a centralidade dos princípios e do campo argumentativo no âmbito da Teoria da Decisão. E ressalta Robert Alexy como sendo o jurista que forneceu um aparato mais sofisticado sob o ponto de vista metodológico, que veio a ser denominado na Alemanha de Jurisprudência de Valores, sobre as máximas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito (CRUZ, 2018, p. 173-174).

Luís Carlos Balbino Gambogi também destaca, sob o paradigma pós-moderno, no plano hermenêutico, a contribuição dos autores Robert Alexy e Ronald Dworkin, quando se fala em colisão entre direitos/princípios, e que o intérprete deve se valer dos juízos de valor e da ponderação (GAMBOGI, 2005, p. 264-268).

---

<sup>27</sup> Recomenda-se a leitura das obras “Teoria da Argumentação Jurídica”, de Robert Alexy (ALEXY, 2005) e “Uma questão de princípio”, de Ronald Dworkin (DWORKIN, 2002).

A desconfiança com o ordenamento jurídico que pairava em solo brasileiro, diante de sua produção no período do regime militar, também corroborou para essa guinada principiológica do Direito, destacando-se a Constituição de 1988 (BRASIL, 2019a), cujos dispositivos significavam as diretrizes para o legislador infraconstitucional, para o Executivo e o Judiciário. Para Álvaro Ricardo Souza Cruz, tal fenômeno seria o reconhecimento da natureza dirigente da Constituição (CRUZ, 2018, p. 175).

Mas mesmo após a redemocratização do Brasil, em 1985, e a promulgação da Constituição de 1988 (BRASIL, 2019a), ainda que ultrapassadas as mais diversas distorções institucionais do regime militar, o novo tinha grande dificuldade de surgir, ou seja, como se poderia (re)conhecê-lo ou analisá-lo sob o prisma do pensamento do antigo – das velhas teses formalistas e produto de um paradigma liberal-individualista –, que teimava em não se deixar derrotar? O Judiciário ainda se via refratário a inovações.

Lenio Streck, sobre o momento da era posterior à promulgação da Constituição de 1988 (BRASIL, 2019a), assim dispôs:

É indubitoso que, no começo da era pós-88, o velho ranço formalista ainda resistia à aplicação da própria Constituição – como se uma lei infraconstitucional pudesse sobreviver sem uma devida filtragem hermenêutico-constitucional –, problemática bem denunciada nas teses garantistas de Ferrajoli. Vigência não é igual a validade – eis um ponto fulcral de Ferrajoli para derrotar leis anteriores à Constituição. Imagine o leitor o problema em um país como o Brasil, em que, promulgada a Constituição, todos os Códigos eram de décadas atrás (alguns, aliás, ainda em vigor no aniversário dos 30 anos). (STRECK, 2018a, p. 4).

O constitucionalismo da efetividade exigia certa dose de protagonismo judicial quando assumiu a vanguarda na implementação de direitos constitucionais, situação tal que não se via antes da Constituição de 1988 (BRASIL, 2019a). Esse movimento representaria um deslocamento da legitimidade para a direção do Judiciário.

Noutro comentário de Lenio Streck sobre o Direito, “é possível dizer que já na metade dos anos 90 os sintomas desse neoprotagonismo começaram a aparecer, não no sentido de uma efetiva judicialização da política, mas, sim, na implementação de ativismos judiciais.” (STRECK, 2018a, p. 6).

Percebeu-se o Judiciário, portanto, juntamente dos membros do Ministério Público, como o caminho para a transformação da sociedade, mediante a concretização da dignidade da pessoa humana.

A certa altura, a clássica divisão dos poderes de Montesquieu – conforme salientado por Lenio Streck alhures – e a tese de impossibilidade de revisão daqueles atos *interna corporis* se evaporariam no ambiente acadêmico e nos Tribunais locais, de modo que toda e qualquer lei em desconformidade seria passível de controle e correção. Tal prática viria a tornar indistinto

o discurso de fundamentação (volitivo – legislação) e o discurso de aplicação da norma (cognitivo – Executivo e Judiciário). Nesse sentido, nas palavras de Chevalier:

Se o Estado de Direito quer ser perfeito, ele deve estar em toda parte: “a legalidade é uma noção absoluta, senão totalitária: quem está por ela está contra ela”. O Estado de Direito tende, por conseguinte, à *juridicização integral* da ordem social. (CHEVALLIER, 2013, p. 53, grifos do autor).

Esse autor francês, sobre a tal judicialização da vida, empresta não apenas ao Judiciário, mas também aos juristas, responsabilidade iluminista:

O Discurso do Estado de Direito tende, desde então, a se apoiar no juiz e *no jurista, figuras emblemáticas da Razão jurídica*. [...] diferentemente dos parlamentares, pouco qualificados e expostos às pressões de toda natureza, o juiz dispõe, com efeito, da competência e da independência requeridas; a teoria do Estado de Direito legitima desse modo o ascendente poder do poder jurisdicional [...]. De modo mais geral, os juristas se veem investidos de uma missão essencial: de fato, eles são incumbidos de iluminar e guiar os governantes privados da mais alta e necessária visão; assim, o Estado de Direito se fundamenta na utopia de um ‘governo dos sábios’, no qual os juristas teriam um lugar de qualidade em razão das competências que lhes são próprias. (CHEVALLIER, 2013, p. 54, grifos do autor).

No entanto, conforme leciona Álvaro Ricardo Souza Cruz, até se alcançar essa forma ampliada da jurisdição, não se trilhou uma rota linear ou livre de obstáculos (CRUZ, 2018, p. 176).

Ainda que já houvessem sido promovidas mudanças normativas, argumentativas e decisórias, e postas à disposição de seus membros, o Supremo Tribunal Federal, nos idos da década de 1990, assentiu com uma postura de autocontenção quanto a desacordos morais.

Numa posição de autocontenção, restringe-se o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas e, assim, há menor interferência entre tais funções, preservando-se a separação dos poderes de Montesquieu (MONTESQUIEU, 1996).

Luís Roberto Barroso enumera alguns pontos que justificariam essa postura autocontida. Um deles foi o fato de que, quando da promulgação da Constituição de 1988 (BRASIL, 2019a), o Supremo Tribunal Federal era constituído por membros nomeados a crédito do regime militar, e seria compreensível e razoável a postura passivista, diante da mentalidade formalista em termos argumentativos e decisórios (BARROSO, 2012, p. 24).

Álvaro Ricardo Souza Cruz, a seu turno, sugere uma combinação de elementos para explicar essa postura passiva e inerte do Supremo Tribunal Federal nos primeiros 10 anos da Constituição de 1988 (BRASIL, 2019a). A adaptação de um novo modelo constitucional convivia com os riscos evidentes da recente redemocratização e com o automatismo burocrático que por anos impregnou técnicas formalistas de interpretação sem ousar avançar no debate da justificação. E acrescenta que todo vácuo de poder, em regra, é ocupado com voracidade pelo aparato burocrático pátrio (CRUZ, 2018, p. 177-178).

A corroborar uma posição conservadora e burocrática do Supremo Tribunal Federal na década de 1990, veem-se os inúmeros mandados judiciais oriundos das primeiras instâncias locais ante a esfera dos respectivos Executivos, o que tornou sua administração impraticável e sem viabilidade da gestão pública ou cumprimento de metas outrora definidas – orçamento público inadministrável (CRUZ, 2018, p. 178-179). Álvaro Ricardo Souza Cruz acrescenta que até mesmo filas de transplantes teriam sido desconsideradas diante da ideologia ativista assumida por juízes das comarcas mais diversas do país. Assim, apesar do automatismo burocrático conservador dos membros do Supremo Tribunal Federal, as primeiras instâncias permaneciam firmes no viés proativo e entendiam que os valores consentâneos aos da Constituição não deveriam se curvar a argumentos de escassez de recursos ou da denominada reserva do possível (CRUZ, 2018, p. 179).

Portanto, mesmo após a Constituição de 1988 (BRASIL, 2019a), por ao menos uma década, o Supremo Tribunal Federal adotou postura passiva e conservadora, de modo a não interferir no processo democrático e para que as mudanças se dessem na mesma medida em que elas ocorressem no seio da sociedade, ou seja, de forma gradual e lenta. Sob esse enfoque, deixou-se espaço aberto para que a sociedade deliberasse e definisse acerca do momento oportuno para promover mudanças e superar seus desacordos morais, desta vez nos órgãos representativos (CRUZ, 2004, p. 301).

A título de exemplo dessa parcimônia em exercer seu papel para o qual foi criado, sobre o Supremo Tribunal Federal, Álvaro Ricardo Souza Cruz diz que:

Todas as discussões relativas a resíduos inflacionários frutos de Planos de Estabilização Econômica realizadas nos últimos quinze anos (Plano Bresser, Verão, Cruzados I e II e finalmente Plano Real), somente foram apreciados pelo Supremo através de Recursos Extraordinários, fruto de controle difuso de constitucionalidade das leis. Mesmo quando ações diretas foram aviadas, como no caso do Plano Collor, o Supremo agiu timidamente, postergando o julgamento do mérito e negando a concessão de liminar, embora a justiça Ordinária já rejeitasse unissonamente sua flagrante inconstitucionalidade. (CRUZ, 2004, p. 303).

Porém, já no final do século XX, Luís Roberto Barroso afirma que a superação de algumas concepções do pensamento jurídico clássico abarcou no Brasil, e “novos ventos passaram a soprar por aqui, tanto na academia quanto na jurisprudência dos tribunais, especialmente do Supremo Tribunal Federal” (BARROSO, 2017, p. 34-36). E ele identifica, em síntese, três dessas transformações que influenciaram o modo de se pensar e praticar o direito na atualidade: a superação do formalismo jurídico, em que o juiz fazia um exercício simples de subsunção dos fatos à norma; o advento de uma cultura jurídica pós-positivista, em que se procura fazer uma leitura moral da Constituição, para além da letra da lei; e a ascensão do Direito Público e centralidade da Constituição, em que se descola do Direito Privado



predominante do século XIX e se assiste a uma progressiva publicização do direito, como a proteção do mais fraco nas relações jurídicas – trabalhador, o locatário, o consumidor – e a previsão da função social da propriedade, temas outrora tratados na área privada (BARROSO, 2017, p. 34-36).

Com base nesse novo pensamento, a Constituição supera, portanto, aquela natureza de medida de condicionamento estritamente jurídico da sociedade.

### 3.2 O PERÍODO DA SUBJETIVIDADE JUDICIAL

Com a nomeação de novos integrantes do Supremo Tribunal Federal, escolhidos após a redemocratização, aquela postura burocrática passivista passou a sofrer mudanças e novas tecnologias argumentativas emprestaram contornos de modernidade ao órgão supremo.

Lenio Streck afirma que “os primeiros anos da vigência da Constituição foram palco de uma invasão de posturas, teses e teorias que visavam matar o velho inimigo até então identificado: o juiz boca da lei [...]” (STRECK, 2018a, p. 2).

Luís Carlos Balbino Gambogi, de pronto ressaltando que essas mudanças de paradigma não devem implicar irracionalismo, diz que o Direito pós-moderno, “[...] *ao invés de cultivar o formalismo, aspira revelar o seu conteúdo material* [...]” e “se ver regido, de modo cada vez mais crescente, pelos princípios gerais de direito e por uma interpretação dialética [...]” (GAMBOGI, 2005, p. 262, grifos do autor). E acrescenta que:

A Ciência, na pós-modernidade, deve equilibrar análise e síntese, explorar a nossa dimensão intuitiva, romper com a lógica reducionista da metodologia clássica, deve avançar rumo da abordagem contextual holística, equilibrar o conhecimento generalista (extensivo) com o conhecimento especialista (profundidade), enfim, deve promover o conhecimento que conduz à sabedoria. [...] *Nossa tarefa deve ser a de conhecer as leis, uni-las em um sistema a partir de seus princípios superiores e de seus nexos fundamentais, com precisão e arte, alargando nossa compreensão de justiça para, então, interpretá-las.* (GAMBOGI, 2005, p. 258, grifos do autor).

Para Álvaro Ricardo Souza Cruz, “a difusão da técnica argumentativa da **Ponderação de Valores** explicitada pelo sopesamento de pesos entre a dignidade humana e o orçamento, trouxe cores especiais para a jurisdição no Brasil.” (CRUZ, 2018, p. 179, grifos do autor). Essa tecnologia da proporcionalidade, como proibição do excesso ou da insuficiência protetiva, passou a figurar usualmente nas decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal.

No entanto, Álvaro Ricardo Souza Cruz releva que o argumento pela valoração de princípios, por certas vezes pelo desconhecimento da teoria de Robert Alexy ou de uma análise irrefletida das suas três etapas da ponderação – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito –, numa espécie por ele chamada de “ponderação à brasileira”, tornou-se

combustível de legitimação dos impulsos jusnaturalistas da subjetividade judicial (CRUZ, 2018, p. 179).

Em outras palavras, tal discurso jurídico de ponderação tanto quanto distorcido ou equivocado, em que se confundiam princípios e regras, ou seja, impropriedades da argumentação e abusos retóricos, significaram voluntarismos e discricionariedade para fins de modificação – ou ratificação – de políticas públicas.

Mas Álvaro Ricardo Souza Cruz traça que foi no plano decisional – na sua concepção, terceira dimensão do direito – que se destacaram distorções funcionais do Judiciário. Diversos juristas, como Menelick de Carvalho Netto, Marcelo Cattoni de Andrade e Bernardo Gonçalves, dentre outros citados pelo autor, “escandalizaram-se com a politização explícita do discurso jurídico promovida pela implementação de algumas técnicas decisórias. Algumas com caráter normativo [...]” (CRUZ, 2018, p. 180). Seria, segundo Álvaro Ricardo Souza Cruz, a adoção e uso do pragmatismo e utilitarismo nas decisões do Supremo Tribunal Federal, com a preocupação de seus membros nos resultados, muitas vezes numa clara operação legislativa substantiva (CRUZ, 2018, p. 181).

Exemplos dos mais diversos de subjetivismo, usando-se de critérios de conveniência e oportunidade, mesmo que sem previsão legal ou de forma contrária a ela, o Supremo Tribunal Federal decidiu sobre levantamentos de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) para portadores de doenças graves, estendeu o direito de greve a servidores públicos, criou novas hipóteses de perda de mandato eletivo, permitiu a interrupção da gestação de fetos anencefálicos e relativizou a presunção de inocência<sup>28</sup> (CRUZ, 2018, p. 181-182).

Sobre a citada extensão do direito de greve, foi pelo Mandado de Injunção nº 708 (BRASIL, 2007) que o Supremo Tribunal Federal, por maioria, deferiu os pleitos ali formulados para que fossem aplicadas regras da justiça laborista aos conflitos e ações judiciais que envolvessem a interpretação do direito de greve de servidores públicos. Num primeiro momento, o mandado de injunção restringia-se a declarar a mora do Legislativo. Porém, numa produção teórica de necessidade de efetivação da Constituição, houve uma virada hermenêutica com essa decisão, pois se permitiu a edição de norma regulamentadora específica sobre a matéria em debate, função tipicamente legislativa, em claro protagonismo judicial e ativismo.

Outro caso emblemático do Supremo Tribunal Federal que se pode citar é a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510, julgada no dia 29 de maio de 2008 (BRASIL, 2008b), quando se discutiu a constitucionalidade do art. 5º da Lei 11.105/2005 (BRASIL, 2007) – a Lei da

---

<sup>28</sup> Essa decisão paradigma do Supremo Tribunal Federal sobre a relativização da presunção de inocência (*Habeas Corpus* 126292/DF) (BRASIL, 2016b), será abordada posteriormente no desenvolvimento do presente trabalho.

Biossegurança. Nesse julgado, decidiu o Pleno, servindo-se de arena de discussão pública de desacordo político moral, por maioria apertada<sup>29</sup>, expandindo para a atividade legislativa, que as pesquisas com células-tronco embrionárias não violam o direito à vida, tampouco a dignidade humana, pelo que o questionado art. 5º (BRASIL, 2019a) não mereceria reparo.

Volvendo-se à matéria, o caráter transitivo de determinadas decisões do Supremo Tribunal Federal, em que se estabelecia calibração dos efeitos repristinatórios de ações de inconstitucionalidade de leis de acordo com certos fins pretendidos, reforçou a noção de que os critérios da conveniência e oportunidade emprestavam-nas e serviam de fundamento jurídico para a sua prolação, em claro tom pragmático, de jurisdição de resultados, tornando o discurso de aplicação em discurso de justificação normativa e do próprio Direito.

Não se deve olvidar que, de uma postura ativista do Supremo Tribunal Federal em certas decisões, observaram-se avanços significativos em termos de tutela de direitos fundamentais de minorias<sup>30</sup>, algumas delas já citadas alhures, como a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF (BRASIL, 2013), em que se decidiu não ser crime interromper a gestação de fetos em casos de anencefalia.

Mas Álvaro Ricardo Souza Cruz menciona também aspectos negativos, em especial, quando o Supremo Tribunal Federal, forte em suas conotações do consequencialismo e de fundo pragmático, adota um discurso racional da política, como se Poder Constituinte permanente o fosse, avocando o papel de superego da sociedade (CRUZ, 2018, p. 183). Sob esse aspecto desfavorável, traz-se novamente a lume o julgado da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo 964246/SP (BRASIL, 2016c), que, confirmando a decisão nos Embargos de Declaração no *Habeas Corpus* 126292/SP (BRASIL, 2016b), relativizou o estado de inocência em prol da segurança pública e higidez da imagem pretoriana e da lei, em desconsideração a precedentes<sup>31</sup> e até ao texto da Constituição de 1988 (art. 5º, LIV e LVII) (BRASIL, 2019a).

Da mesma forma, no caso de uma atuação de autocontenção – *self restraint* – diante de leis que ofendessem a Constituição ou que violassem o regime democrático ou direitos humanos, restaria um passivismo inapropriado e nocivo à sociedade. Ao contrário, entretanto,

<sup>29</sup> Votaram pela manutenção do texto do artigo 5º da Lei de Biossegurança os ministros Carlos Ayres Britto, relator da matéria, Ellen Gracie, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Celso de Mello (BRASIL, 2008b).

<sup>30</sup> Outro exemplo de ativismo positivo em prol da tutela de direitos fundamentais das minorias é o Recurso Especial nº 249026/PR, em que o Superior Tribunal de Justiça decidiu pela possibilidade de levantamento dos valores do FGTS de portadores do vírus HIV (BRASIL, 2000).

<sup>31</sup> *Habeas Corpus* nº 84078/MG (BRASIL, 2010c), que declarou ser incabível a antecipação do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da condenação.

manter decisões tomadas por opção da maioria do parlamento, sem incursão em critérios políticos, seria um passivismo positivo e favorável à democracia.

Influxos do constitucionalismo vêm colocando em cheque a doutrina da “última palavra” das Cortes Constitucionais sobre políticas públicas e desavenças morais razoáveis.

Rui Medeiros, a seu turno, diz que a interpretação conforme a Constituição somente pode ocorrer quando a vontade do legislador não for reconhecida, ou seja, aquela não pode contrariar a letra e a intenção do legislador quando claramente reconhecível, independentemente da vontade psicológica que estiver na sua origem (MEDEIROS, 1999, p. 312-313).

De fato, a função de interpretar a Constituição significa nada mais que reconhecer a validade da lei tão somente se estiver em conformidade com aquela. Interpretar para além dessa análise faz sobressaltarem os riscos à democracia e ao princípio majoritário, permitindo-se aos magistrados imporem à sociedade seus próprios valores.

### **3.2.1 O ativismo judicial e a judicialização da política**

De início, indaga-se: por que o Supremo Tribunal Federal poderia ser entendido como o *locus* adequado ao debate sobre dissensos morais, mesmo quando a deliberação esteja na esfera política do Legislativo? Não há como separar criação da aplicação do direito no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro? E mais: por que uma democracia deliberativa se faz apenas por votos e não também por razões e argumentos?

No contexto da crise do Estado Social, a jurisdição constitucional assumiu papel de corrigir ou até mesmo de se antecipar ao Legislativo, como verdadeiro protagonista na configuração do sistema de direitos (OLIVEIRA, 2001, p. 67).

E essa centralidade do Supremo Tribunal Federal, posição assumida em especial após os anos 2000, na tomada de decisões sobre importantes desacordos morais de largo alcance político e de implementação de políticas públicas, tem gerado críticas, mas também angariado defensores, como Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2012, 2017).

A título de exemplo, têm-se questões relacionadas à biotecnologia, à infidelidade partidária, à união estável entre pessoas do mesmo sexo e ao aborto.

Certo é que algumas questões, como já se mencionou anteriormente, estão sendo tratadas pelos órgãos do Judiciário e não pelas instâncias tradicionais – Congresso Nacional e Executivo. Trata-se da judicialização da vida, com a transferência de poder para juízes e

tribunais, o que, segundo Luís Roberto Barroso, significa alteração na argumentação e no modo de participação da sociedade na formulação do direito (BARROSO, 2012, p. 24).

Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento, sobre os argumentos dos defensores do judicialismo constitucional, dizem que:

[...] a jurisdição constitucional é o espaço por excelência da afirmação da Constituição, onde os temas controvertidos são equacionados com base no Direito e não nas preferências ideológicas, interesses ou compromissos políticos. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 158).

E acrescentam que, em relação aos críticos ao modelo, a judicialização enseja a instauração de uma ditadura de pretensos sábios togados (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 158).

Registre-se que não se está aqui a anuir ou divergir dos resultados alcançados desse ativismo, mas tão somente discutir se o ambiente jurídico seria ou não o adequado para dirimir questões de ordem moral que surgem diariamente numa sociedade plural e complexa, até porque não se poderia inferir como deletérios a ela decisões nos casos da união homoafetiva, dos fetos anencefálicos, das cotas raciais e a da pesquisa com células-tronco.

Sobre a judicialização, Luís Roberto Barroso cita três causas: *(i)* a redemocratização, quando diversas garantias foram recuperadas, a cidadania foi reavivada, as pessoas passaram a lutar e buscar por seus direitos, e o Judiciário deixou de ser mero departamento técnico para assumir um papel de poder político; *(ii)* um constitucionalismo abrangente, em que a Constituição de 1988 (BRASIL, 2019a), analítica que é, abarcou diversas matérias da vida do indivíduo, as quais se transformaram potencialmente em pretensão jurídica; e *(iii)* o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. Como visto, por ser dos mais abrangentes do mundo, não apenas o indivíduo, mas inúmeros órgãos e instituições são legítimos para propor ações constitucionais diversas. Por consequência, questões como a reforma da previdência, liberdade de expressão e progressão de regime em caso de crimes hediondos, dentre tantos outros, bateram às portas do Supremo Tribunal Federal para deliberação num tom de palavra final (BARROSO, 2012, p. 24-25).

No caso, portanto, para Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2012), as causas indicariam que o Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, nada mais estaria fazendo que não exercer suas atribuições constitucionais de julgar e decidir os casos que chegassem ao seu conhecimento com o fim precípua de garantir a efetividade dos direitos fundamentais e da democracia. Noutras palavras, a judicialização da política decorreria do modelo jurídico-político adotado no Brasil, não da intenção da Corte.

Em sentido semelhante, Oscar Vilhena Vieira traz algumas razões, dentre tantas, para a construção institucional da “supremocracia” (VIEIRA, 2008). A primeira menciona que a Constituição “[...] transcendeu os temas propriamente constitucionais e regulamentou pormenorizada e obsessivamente um amplo campo de relações sociais, econômicas e públicas, em uma espécie de compromisso maximizador.” (VIEIRA, 2008, p. 446-447). Segundo ele, essa constitucionalização do direito gerou um aumento vertiginoso de litigiosidade constitucional. A segunda razão é o fato de ter a Constituição de 1988 (BRASIL, 2019a) conferido amplos poderes de guardião constitucional ao Supremo Tribunal Federal, como espécie de competência superlativa – nas funções de tribunal constitucional, de foro especializado e de tribunal de apelação ou última instância judicial (VIEIRA, 2008, p. 446-447).

Veja-se que ambas as razões trazidas por Oscar Vilhena Vieira dizem respeito, num tom de desconfiança, à preocupação em preservação da Constituição frente a possíveis “ataques” do legislador infraconstitucional (VIEIRA, 2008).

Oscar Vilhena Vieira ainda afirma que o Supremo Tribunal Federal passou a ocupar esse novo papel no sistema político brasileiro por alguns fatores. O primeiro se refere à naturalidade e facilidade com as quais se colocou para analisar escolhas políticas substantivas e decidir sobre desacordos morais dos mais diversos campos, como no dos direitos fundamentais, na esfera de representação política e na delimitação de atribuições das demais esferas do Estado. O segundo fator – e ele escolhe o julgado Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510 (BRASIL, 2008b) para desenvolver seu pensamento em relação a esse e demais fatores – é a existência e importância emprestada à figura do *amici curiae*<sup>32</sup>, que viabilizou a participação ampla de organizações da sociedade civil, a qual definitivamente politizou o debate jurídico. O terceiro fator é o uso de argumentos que não são de natureza estritamente jurídica ou constitucional em prol de argumentos científicos de outras áreas. O quarto é a obstinação por proposição de medidas de caráter legislativo à lei já existente (VIEIRA, 2008, p. 452-454).

Luís Roberto Barroso vai mais além ao explicitar aquela missão iluminista de protagonismo da jurisdição constitucional, que, segundo ele, envolve dois tipos de atuação: a contramajoritária, para proteção dos direitos fundamentais de uma comunidade política, e a

---

<sup>32</sup> Colhendo-se do conceito de Álvaro Ricardo Souza Cruz, “*amicus curiae* deve ser entendido como um terceiro que se pronuncia em processo alheio, com o intuito de trazer luzes ao debate que se produz no Tribunal.” (CRUZ, 2004, p. 375). Para o autor, ainda, “o *amicus curiae* possui interesse em que a decisão favoreça um determinado posicionamento da Corte, o que desmistifica mais uma vez o fato de que o processo concentrado flutue imponentemente sobre os direitos.” (CRUZ, 2004, p. 375, grifos do autor).

representativa, que decorreria especialmente do déficit democrático e do esgotamento do modelo tradicional da separação dos poderes em face do constitucionalismo contemporâneo (BARROSO, 2012, p. 27; 2017, p. 48-65).

Sérgio Antônio Ferreira Victor, nesse ponto, diz que o sistema do *judicial review* estaria assentado “[...] na necessidade permanente de reconciliação entre dois princípios opostos. O primeiro seria o direito de autogoverno, que significa que a maioria tem direito a governar, simplesmente por uma questão numérica: a opinião do maior número de pessoas deve prevalecer.” (VICTOR, 2013, p. 76). E continua ao afirmar que o segundo princípio seria aquele em que os indivíduos devem ser livres e não coagidos pela vontade da maioria, ou seja, diria respeito à limitação de se adotar pelas majorias medidas ofensivas aos direitos das minorias (VICTOR, 2013, p. 76).

E essa tensão permanente se revela na dicotomia entre democracia e constitucionalismo, em que se tem conferido ao Judiciário, segundo o modelo norte-americano do controle de constitucionalidade, a função de reconciliação entre o autogoverno e os direitos das minorias.

Dessa nova forma de jurisdição constitucional, tem-se o ativismo judicial, postura proativa e voluntária do órgão jurisdicional – por vezes criativa – de interpretar a Constituição, expandindo o seu alcance a as próprias atribuições judicantes.

Sobre esse ativismo, Álvaro Ricardo Souza Cruz, muito embora considere que possa ser mensurado a partir de padrões empíricos, entendeu que se poderia avaliá-lo, de forma mais clara, sob o aspecto normativo, a saber: o Judiciário acata ou não leis ou políticas públicas outrora definidas pelas demais funções, em uma postura de deferência? Admitem-se ou não argumentos de cunho pragmático com vistas aos resultados das decisões ou respeito ao caráter deontológico do direito? E por fim, prestigia-se ou não o princípio majoritário para solução de desavenças morais razoáveis ou a implementação de direitos humanos em respeito à autonomia individual ou de minorias? (CRUZ, 2018, p. 183).

Diferentemente do que ocorre na postura de autocontenção, o ativismo judicial se dá, em regra, quando há retração do Legislativo e um certo descolamento entre a sociedade civil e a classe política, circunstâncias que impedem que as demandas sociais sejam conhecidas ou atendidas de maneira efetiva. Assim, se há um desatendimento por parte das funções políticas, Executivo e Legislativo, frente à sociedade em busca de seus anseios – crise de representatividade –, essa atribuição de prover a concretização dos valores e fins constitucionais se desloca para o Judiciário, que, com protagonismo, passa a participar de forma mais intensa no espaço daquelas (BARROSO, 2017, p. 52).

A noção de déficit de funcionalidade no âmbito do Legislativo também tem alimentado o prolongamento da atuação do Judiciário na direção do papel que tradicionalmente era de responsabilidade daquele.

Vale ressaltar o fato de que cláusulas constitucionais abertas, de conteúdo vago ou fluído – como exemplo, a dignidade da pessoa humana, impacto ambiental e eficiência – oferecem maior risco ao voluntarismo criativo do intérprete judicial, cujos resultados se expandem a um nível quase normativo.

Outrossim, numa sociedade plural e heterogênea, diante da complexidade das atribuições e funções do Estado, além da possibilidade de ascensão de diferentes interpretações razoáveis ao texto constitucional, mostra-se crível que uma norma pareça constitucional para uma pessoa, ou grupo de pessoas, e não o seja para outra.

Luís Roberto Barroso comenta que o ativismo – cuja origem, segundo ele, remonta à jurisprudência norte-americana – ocorre de várias formas: *(i)* pela aplicação direta da Constituição a situações não regulamentadas pelo legislador ordinário, extraindo-se o máximo de potencialidades do texto constitucional; *(ii)* pela declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do Legislativo com base em critérios menos rígidos ou formais; e *(iii)* pela imposição de condutas ou abstenções às demais funções, em especial, em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2012, p. 26).

Lenio Streck, por sua vez, traz uma “fórmula” para distinguir a atuação jurisdicional entre o ativismo e a judicialização, que se dá mediante três perguntas que um juiz-tribunal deve fazer:

[...] se está diante de um direito fundamental com exigibilidade, se o atendimento a esse pedido pode ser em situações similares, universalizado – quer dizer, concedido às demais pessoas – e se, para atender aquele Direito, está-se ou não fazendo uma transferência ilegal-constitucional de recursos, que fere a igualdade e a isonomia. (STRECK, 2018a, p. 6).

E o jurista conclui que se um dos três questionamentos obtiver resposta negativa, estar-se-á em face de uma postura ativista.

Nessa última década, a posição protagonista de arena de deliberação pública se manteve presente no exercício de jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal.

No caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4578 (BRASIL, 2012b), julgada em 16 de fevereiro de 2012, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, em rediscussão sobre eventual conflito entre princípios constitucionais – estado de inocência e exigência de probidade e moralidade dos candidatos a cargos públicos eletivos ou não, decidiu pela constitucionalidade do art. 14, §9º, da Lei Complementar nº 135/2010 (BRASIL, 2010a) – denominada “Lei da Ficha Limpa”. O Supremo Tribunal Federal, em claro tom de responder ao clamor social,



ênfatiou que a norma questionada seria fruto de iniciativa popular com o fim de moralizar a seara política.

Pelo Mandado de Segurança nº 32326, em sede liminar, deferida em 2 de setembro de 2013, o Ministro Luís Roberto Barroso decidiu pela suspensão dos efeitos da deliberação do Plenário da Câmara dos Deputados, que, em sessão do dia 21 de agosto de 2013, mantivera o mandato de um parlamentar da casa, condenado pelo próprio Supremo Tribunal Federal à pena privativa de liberdade de 13 anos, 4 meses e 10 dias. Para o relator, à época, para a concessão da liminar, usando-se de argumentos pragmático-axiológicos para além da normatividade, embora reconhecesse haver clara disposição constitucional acerca das hipóteses de declaração de perda do mandato parlamentar – art. 55, §3º (BRASIL, 2019a), a regra geral não teria aplicação em casos de condenação em regime inicial fechado por tempo superior ao prazo remanescente ao mandato parlamentar.

Criou-se, em suma, numa reconstrução constitucional por argumentos metajurídicos, uma nova hipótese no ordenamento de perda de mandato parlamentar, em clara posição de superego da sociedade.

Interessante registrar que o mesmo Ministro Luís Roberto Barroso, poucos dias antes, no julgamento da Ação Penal nº 565 (BRASIL, 2013), de 8 de agosto de 2013, houvera decidido pela deferência à letra da Constituição, em seu art. 55, VI e §2º (BRASIL, 2019a) e vontade do Parlamento quanto às deliberações de sua competência.

Nas palavras Lenio Streck,

O problema é que, para decidir, o Ministro Roberto Barroso recorreu a três artifícios perigosos: os argumentos metajurídicos, os métodos “tradicionais” (sic) de interpretação e a distinção entre casos fáceis e casos difíceis. Para ele, casos fáceis se resolvem como no século XIX, isto é, pelo velho método da subsunção. Assim, existiriam, segundo o Ministro, regras gerais que abarcam todas as hipóteses de aplicação. Já os casos difíceis seriam os que não se enquadram nos fáceis. Ou seja, o que fez o Ministro, na verdade, foi utilizar técnicas argumentativas para dar roupagem jurídica, um véu de legitimidade, para um posicionamento que é teleológico. Decidiu e depois buscou o fundamento. A argumentação utilizada não foi a condição de possibilidade: qualquer decisão poderia ser justificada dessa maneira. (STRECK, 2018a, p. 215).

Com base no julgamento, com repercussão geral, do Recurso Extraordinário nº 593727 (BRASIL, 2015b), finalizado em dia 14 de maio de 2015, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, reconheceu pela competência do Ministério Público para promover, de forma autônoma, investigações de natureza penal. Entendeu-se que, diante da evolução paradigmática prevista na Constituição de 1988 (BRASIL, 2019a), com uma missão muito mais ampla, a instituição ascendeu no avanço do enfrentamento da criminalidade organizada, gozando de garantias de atuação em defesa da sociedade.

Pela Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4815 (BRASIL, 2015a), julgada em junho de 2015, o Supremo Tribunal Federal, à unanimidade, dando interpretação aos art. 20 e 21 do Código Civil (BRASIL, 2019c) conforme a Constituição de 1988 (BRASIL, 2019a), via justiça constitucional, com a participação de diversos *amici curiae*, declarou inexigível a autorização prévia para a publicação de biografias, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença da pessoa biografada. De se ver, diante de desacordos morais – direito à privacidade e liberdade de expressão e de pensamento –, reabriu-se a discussão dentro do direito, antes travada pelo Parlamento quando da elaboração do Código Civil (BRASIL, 2019c). Ficou assentado, pois, que a liberdade é direito constitucional garantido e não se pode ver limitado por outra norma constitucional, menos ainda por norma de hierarquia inferior, ainda que sob o argumento de se proteger outro direito constitucional – o da inviolabilidade do direito à privacidade, intimidade, honra ou imagem.

Em julgamento do *Habeas Corpus* nº 143641 (BRASIL, 2018), a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, por maioria, decidiu que todas as mulheres, na condição de gestantes ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda, teriam reconhecido o direito de substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar, mesmo fora das hipóteses da lei. De pronto, ao que se viu, emprestou-se natureza abstrata e genérica à ação constitucional do *Habeas Corpus*, ou seja, conotação típica de produção legislativa. Restou clara, portanto, a tentativa de resolver alguns dos problemas sociais, em especial do sistema carcerário, por meio de teses definidas por uma cúpula do Judiciário, que não passam pelo filtro da universalização.

Aquele caso relativo à interrupção da gestação de feto anencefálico – a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 (BRASIL, 2013) – representou importante passo para se abrir nova oportunidade de discussão do assunto, agora, perante o Supremo Tribunal Federal, em patente ativismo judicial, da interrupção do feto saudável com até três meses de gestação.

Entre bens jurídicos tutelados, como a vida potencial do feto saudável em face de diversos direitos fundamentais da mulher, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, com base no voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso, finalizado no dia 29 de novembro de 2016, quando do julgamento do *Habeas Corpus* nº 124306 (BRASIL, 2016b), por maioria, embora não se trate de decisão vinculante, reconheceu que a interrupção da gestação de feto saudável até o terceiro mês não pode ser equiparado a aborto, para fins de tipificação penal. Pelo voto do Ministro Luís Roberto Barroso, que alcançou a maioria, a criminalização do aborto

é incompatível com diversos direitos fundamentais da mulher, como os seus direitos sexuais e reprodutivos, a autonomia e a integridade física e psíquica da gestante.

Por fim, talvez dos mais recentes exemplos de ativismo, havido no dia 13 de junho de 2019, foi o julgamento, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF<sup>33</sup> (BRASIL, 2019d), em que se decidiu, por maioria, que a homofobia passe a ser tratada pela Lei nº 7.716/1989 – Lei de Racismo (BRASIL, 2012a), com a consequente criminalização da conduta. Importante ressaltar que não se pretende discutir o conteúdo da decisão, ou seja, o mérito, mas deixar clara a inovação no ordenamento jurídico normativo como se o Supremo Tribunal Federal parlamentar fosse, sem qualquer unção legitimadora do voto popular.

---

<sup>33</sup> Votaram nesse sentido os Ministros Alexandre de Moraes, Cármen Lúcia, Celso de Mello, Edson Fachin, Gilmar Mendes, Luís Barroso, Luiz Fux e Rosa Weber. Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, ao contrário, entenderam que isso criaria um novo tipo de crime, o que cabe exclusivamente ao Congresso Nacional.

### 3.2.2 Objeções ao ativismo judicial e à judicialização da política

Foram traçadas anteriormente posturas adotadas pelo Supremo Tribunal Federal ao longo das últimas décadas, ressaltando-se, acerca de dissensos morais razoáveis, num primeiro momento, um postura de autocontenção, para, num segundo momento, tentando desmistificar o formalismo do positivismo clássico e se enveredar por teorias argumentativas, alcançar-se um verdadeiro estado de natureza interpretativo – por vezes voluntarista e criativo.

E com base no contexto em que o Brasil se insere – histórico e jurídico –, bem como no voluntarismo e subjetivismo do livre convencimento, ascendeu, em especial nas últimas duas décadas, uma nova postura do Supremo Tribunal Federal, como defensor da moralidade e guardião da Constituição e dos direitos fundamentais.

Dessa postura, surgiram inúmeras críticas, não apenas do déficit democrático das decisões, mas também do uso excessivo de argumentos não jurídicos para a formação do convencimento dos magistrados e dos reflexos na (des)organização administrativa na alocação e contingenciamento de recursos públicos.

Em relação ao eventual déficit democrático do Supremo Tribunal Federal para dirimir sobre questões morais, Luís Roberto Barroso indaga “onde estaria, então, sua legitimidade para invalidar decisões daqueles que exercem mandado popular, que foram escolhidos pelo povo?” (BARROSO, 2012, p. 28).

O próprio jurista, *pari passu*, justifica a posição contramajoritária do Supremo Tribunal Federal alicerçado em dois aspectos: o primeiro, de fundamento normativo, em que a própria Constituição lhe atribui certa parcela de poder político, a ser exercido de maneira imparcial e técnica. Ao aplicar a lei, estaria o Judiciário concretizando decisões que foram tomadas pelo povo, por meio de seus representantes. O segundo aspecto, de natureza filosófica, diz respeito ao papel da jurisdição constitucional, como guardião da Constituição, de garantir tanto a lisura do jogo democrático – ampla participação do cidadão, governo da maioria e alternância de poder – quanto dos direitos fundamentais (BARROSO, 2012, p. 28).

Em relação às duas outras objeções, Luís Roberto Barroso não descarta a proximidade de direito e política e afirma que se confundem, diante do fato de não haver no “mundo contemporâneo a crença liberal-positivista de objetividade plena do ordenamento e de neutralidade absoluta do intérprete” (BARROSO, 2012, p. 29), e de que a aplicação da Constituição não pode ser dissociada da realidade política e dos efeitos que produz no meio social.

No entanto, tais justificativas não se sustentam de forma tranquila para alguns, como Jeremy Waldron (WALDRON, 2003, 2010), Luiz Fux<sup>34</sup> e Lenio Streck (STRECK, 2018a). Outros juristas, como os constitucionalistas Adriana Ancora de Faria e Roberto Dias, também emprestaram críticas ao modelo iluminista traçado por Barroso, afirmando que:

[...] se a pretensão é proteger de forma muito ampla a Constituição, isso poderá causar um ‘déficit de normatividade’ na medida em que seus intérpretes e aplicadores, com leituras complacentes, buscarão salvá-la para a realidade constitucional. (FARIA; DIAS, 2017, p. 284).

E acrescentam ser legítima a atuação contramajoritária do Supremo Tribunal Federal para a defesa de direitos fundamentais desde que se revelem verdadeiros pressupostos para o exercício democrático. Todavia, a expansão dessa atuação para além das hipóteses constitucionalmente previstas significa claro retrocesso democrático, diante do esvaziamento da capacidade de autogoverno do povo (FARIA; DIAS, 2017, p. 285).

Em outras palavras, para os autores, visando a explicitar a contraposição à participação do Supremo Tribunal Federal como expressão de uma democracia deliberativa, se cabe a ele dar a última palavra ao significado, abrangência e alcance das normas jurídicas – algumas vezes de conteúdo aberto e fluído –, emprestando-lhe autoridade representativa e majoritária ampla no exercício da jurisdição constitucional, está-se diante de uma fragilização do desenvolvimento democrático e do princípio majoritário.

Outra crítica ao reconhecimento da função representativa e majoritária do Supremo Tribunal Federal, no exercício da jurisdição constitucional, é a baixa capacidade de análise das consequências institucionais (BARROSO, 2012, p. 30).

Segundo Adriana Ancora de Faria e Roberto Dias, ao assumir o papel de protagonismo nas escolhas morais da sociedade, o Supremo Tribunal Federal desarticula tanto o exercício da cidadania, na medida em que a sociedade deixa de se autogovernar, quanto o processo de organização político-social na composição da solução dos desacordos existentes (FARIA; DIAS, 2017, p. 306).

Luís Roberto Barroso reconhece, outrossim, a possibilidade de que decisões tomadas pelo Judiciário, que tradicionalmente são tomadas pelos entes representativos, escolhidos pela vontade popular, gerem efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejáveis, como a desestruturação

---

<sup>34</sup> Pelo voto proferido no julgamento da Repercussão Geral nº 845779/SC (BRASIL, 2014), o Ministro Luiz Fux, decidiu, contrariamente ao entendimento do Ministro Luís Roberto Barroso, no sentido de adotar postura de *self restraint* em deferência ao Legislativo como *locus* de deliberação sobre as escolhas políticas e morais. O caso trata de Ama Fialho, que, apesar de se identificar como mulher, sendo um transexual, foi impedida de acessar banheiro feminino de um *shopping center*.

da atividade administrativa do poder público com riscos até de descontinuidade de prestação de serviços públicos essenciais à população (BARROSO, 2012, p. 30).

Não se deve desconsiderar o fato de que, não raro, surjam questões que exigem capacidade institucional específica para análise, diante das suas especificidades técnicas e complexidade. Nesse caso, ainda que sem a melhor qualificação ou conhecimento técnico, será o Judiciário – competente que é para dar o pronunciamento último e definitivo – o árbitro para decidir sobre a matéria.

Nesse ponto, no entanto, Luís Roberto Barroso afirma que não há riscos não mensuráveis, haja vista que o Judiciário deve sempre atuar de forma criteriosa para conhecer e decidir sobre questões complexas, podendo optar por não exercer o poder, em autolimitação espontânea (BARROSO, 2012, p. 31-32).

Porém, assim como afirmou Lenio Streck, “o objeto do controle de constitucionalidade são normas jurídicas e não a realidade empírica – vista de forma cindida – sob a qual elas incidem.” (STRECK, 2018a, p. 272). E acrescenta à crítica que “não há, portanto, um suposto ‘abismo’ entre norma e realidade, mas uma construção normativa, hermenêutica e argumentativa inadequada da compreensão da situação de aplicação” (STRECK, 2018a, p. 273).

Conforme a assertiva de Álvaro Ricardo Souza Cruz, “nada disso é suficiente se não nos dermos conta de que o ‘ativismo/passivismo’ nocivo se materializa por argumentos permanentemente consequencialistas, pragmáticos e utilitaristas” (CRUZ, 2018, p. 205).

Uma vez incorporada aos julgados do Supremo Tribunal Federal a dualização da realidade social e da realidade normativa, há que escolher o caminho de se emprestar contornos jurídicos às decisões como garantia da legitimidade democrática e da própria Constituição, sem que se invoquem argumentos morais, políticos e econômicos.

Constata-se, assim, uma considerável longevidade do formalismo jurídico, muito devido à instabilidade política das últimas décadas, que limitou um pensamento crítico do controle de constitucionalidade nas academias do país, acrescentando Álvaro Ricardo Souza Cruz que “a introdução do controle de constitucionalidade sempre atendeu aos interesses governamentais.” (CRUZ, 2004, p. 314).

Em seguida, de uma importação acrítica da jurisprudência de valores, surgiu “a ideia de que a sociedade deve esperar o beneplácito da ação estatal, no caso da ação corretiva do Supremo”, típica do Estado Social. (CRUZ, 2004, p. 313).

Surgem, daí, críticas no sentido de que questões centrais relativas ao conceito individual de vida boa e digna não estão mais sob a guarda estatal, quiçá dos onze Ministros do Supremo Tribunal Federal, pois suas decisões são tomadas longe do alcance da participação popular.

Ainda sim, alheio às críticas, tem-se o modelo posto, o qual vem emprestando ao Supremo Tribunal Federal um papel quase que exclusivo e protagonista de intérprete da Constituição, no exercício do *judicial review*.

Assim como concluiu Álvaro Ricardo Souza Cruz:

O Brasil não possui uma ‘tradição democrática’ de tutela pela via difusa dos direitos fundamentais, tal como constatado nos Estados Unidos. No máximo, pode-se dizer que o novo texto constitucional (1988) vinha formando esta ‘tradição’ nos últimos quatorze anos. Contudo esse embrião, indispensável ao fortalecimento da democracia participativa, corre sérios riscos em face da nova postura hermenêutica do Supremo e das modificações recentes do modelo brasileiro de controle de constitucionalidade. Dessa forma, o Supremo vem paulatinamente adotando, como técnica hermenêutica, a ponderação de valores, tanto pela via difusa, na condição de órgão de cúpula do Judiciário, quanto através da via concentrada, o que apresenta-se igualmente perigoso para a legitimidade da Jurisdição Constitucional brasileira. (CRUZ, 2004, p. 315).

Sob essa ótica que se analisará a seguir a teoria da dignidade da legislação, proposta por Jeremy Waldron, no sentido de que o controle de constitucionalidade forte deve se coadunar com o princípio majoritário e com o Estado Democrático de Direito.

#### 4 JEREMY WALDRON E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Esse capítulo se propõe a discutir a ideia da centralidade da legislação e o papel exercido pelo princípio majoritário como regra de tomada de decisão. Traz-se a teoria da oposição ao *judicial review* de Jeremy Waldron, ao reconhecer que o Parlamento é o *locus* adequado para a promoção da interação de debate de pontos de vista distintos da sociedade a fim de decidir sobre desacordos morais razoáveis, por ele denominados casos essenciais. Na esteira do pensamento de Jeremy Waldron (WALDRON, 2003, 2010), se a premissa é a inevitabilidade do desacordo, por ser da própria essência do direito, deve-se criar um processo decisório equânime e respeitável para solucioná-lo sem que se rompa a legitimidade democrática da decisão.

Pela sua teoria, argumenta-se que o *judicial review* é inapropriado como modelo de tomada de decisão final acerca de questões morais em uma sociedade livre e democrática, seja pela ausência de clareza do debate em caso de discordâncias, seja pela ilegitimidade política e desrespeito aos valores democráticos.

Para formular seu argumento, Jeremy Waldron identifica o alvo da crítica, a saber, ato do legislativo sob o controle de constitucionalidade forte, nos moldes do brasileiro, imerso numa sociedade dotada de determinadas características fundamentais específicas, também denominadas de pressuposições do caso essencial.

Na sequência, detalham-se tais pressupostos básicos sobre os quais a sua argumentação se apoia, pois sua oposição ao *judicial review* não é incondicional e depende de certas características institucionais e políticas liberais modernas. Nesse ponto, Jeremy Waldron vai dizer que se interessará nos casos essenciais, que abranjam as situações em que as quatro pressuposições a seguir listadas se mostrem evidentes na sociedade. São elas: (i) instituições democráticas em condições de funcionamento razoável, com um legislativo representativo, eleito por sufrágio adulto universal; (ii) conjunto de instituições jurídicas em boas condições de funcionamento, erigidas de forma não representativa para conhecer de ações individuais, resolver controvérsias e defender o Estado de direito; (iii) comprometimento da parte da maioria dos membros da sociedade e da maioria de suas autoridades com a ideia de direitos individuais e de minorias; e (iv) discordância substancial de boa-fé quanto a questões morais relevantes entre os membros da sociedade que estão comprometidos com a ideia de direitos (WALDRON, 2003, 2010).

Num terceiro momento, o filósofo traz argumentos relacionados ao resultado do *judicial review*, em que os que defendem esse instituto destacam a fragilidade do processo decisório democrático – as decisões legislativas estão sempre submetidas a interesses e negociações.



Trazem-se também argumentos das razões relacionados ao processo, contrários ao *judicial review*. Em seguida, o filósofo faz emergir a falácia da tirania da maioria, ou seja, o argumento de impedir que as decisões das instituições representativas prevaleçam (WALDRON, 2003, 2010).

O debate desse capítulo, portanto, expõe o papel do Legislativo e a sua centralidade para dirimir questões morais numa sociedade democrática contemporânea, com sua complexidade, pluralismo e exigências heterogêneas.

#### 4.1 O *JUDICIAL REVIEW*

Antes de delimitar o alvo da sua crítica desenvolvida no texto, Jeremy Waldron traz breves considerações sobre o *judicial review* e as posições de ambos os lados do debate entre quem o apoia e quem o refuta, conforme se verá a seguir.

A preocupação de Waldron com o resgate da dignidade da legislação não faz emergir tão somente o questionamento “o que se decide?”, mas abarca necessariamente o “quem decide?” e “como se decide?”. Tanto é que o filósofo inicia uma de suas obras com a pergunta: “os juízes deveriam ter autoridade para revogar leis quando estiverem convencidos de que elas violam direitos individuais?” (WALDRON, 2010, p. 93).

Isso acontece em muitos países. Nos Estados Unidos, em 2003, o Supremo Tribunal de Massachusetts julgou que leis estaduais – que regulavam licenças para casar – violavam os direitos constitucionais estaduais do devido processo legal e isonomia quando se limitou de forma implícita o casamento à união entre sexos distintos (WALDRON, 2010, p. 93).

Conforme traçado por Ronald Dworkin, há quem valorize o *judicial review* por isso, pois se nota que agora as questões dos direitos estão sendo enfrentadas de forma direta, firme e seriamente (DWORKIN, 2002). Chega-se a reconhecer que o *judicial review* leva a más decisões – como quando ocorreu com a derrubada de leis trabalhistas, no caso *Lochner v. New York*<sup>35</sup> (ESTADOS UNIDOS, 1906), e que também padece de algum tipo de déficit democrático. Mas se conclui, de um lado, que o processo democrático dificilmente é perfeito e,

---

<sup>35</sup> A Suprema Corte dos Estados Unidos acolheu, por cinco a quatro, o pedido de Joseph Lochner, proprietário de uma padaria em Utica, Estado de Nova Iorque, quando impugnou leis benéficas aos trabalhadores – limitação de jornada dos padeiros e proteção da saúde. A Corte afastou a alegação de que a jornada com mais de dez horas tivesse relação com danos à saúde dos trabalhadores ou perda da qualidade dos pães. Acrescentou que a classe de padeiro não era especial e possuía capacidade de barganhar direitos diretamente com seus empregadores. Por fim, disse que a lei impugnada violava a 14ª Emenda, que limitava o poder de polícia dos Estados. O entendimento vencedor não levou em conta que tal trabalho extenuante causava reumatismo, câimbras e fraqueza nas pernas. Para os dissidentes, a decisão deveria levar em consideração o poder inerente dos Estados para zelar pela vida, saúde e bem-estar dos seus cidadãos (ESTADOS UNIDOS, 1906).

de outro, que um mau resultado ocasional do *judicial review* é tolerável, diante do comprometimento da sociedade com direitos individuais ante maiorias preconceituosas (WALDRON, 2010, p. 93-94).

Waldron reconhece o valor de muitas decisões que o *judicial review* proferiu, mas ao mesmo tempo defende que a revisão sobre a legislação é inapropriada como modelo de tomada de decisão final em uma sociedade livre e democrática. Ele cita a expressão dificuldade contramajoritária – expressão adotada pelo autor romeno Alexander Bickel, na obra “*The least dangerous branch*” (BICKEL, 1986) –, que significa a possibilidade de os juízes, apesar de não eleitos, poderem invalidar deliberações adotadas pelo legislador escolhido pelo voto (WALDRON, 2010, p. 94).

Os regimes democráticos se caracterizam por uma ampla abertura à participação política, ou seja, maior número de pessoas com igual direito de votar e ser votado em eleições livres e periódicas, acatando-se a decisão da maioria. Com essa ideia de participação, Waldron tenta desestabilizar o argumento convencional favorável às cortes constitucionais, denunciando seu caráter antidemocrático.

Waldron diz que em países nos quais não se permite que a legislação seja invalidada pelo *judicial review*, o próprio povo pode decidir pelo procedimento ordinário legislativo – como questões referentes ao aborto, cotas escolares, casamento homossexual e ações afirmativas. A título de exemplo, Waldron afirma que debates sobre tais questões ocorreram em vários países na esfera pública – Grã-Bretanha, Nova Zelândia, Canadá, Austrália, que se repetiram de forma comprometida e responsável nas respectivas casas legislativas. Diante disso, tornou-se vazia, segundo o autor, a afirmação de que as maiorias populares nunca apoiam ou apoiariam os direitos das minorias (WALDRON, 2010, p. 95).

Ao tratar de sua teoria, Waldron cita Ronald Dworkin, rotulando-o como defensor do *judicial review*, e diz que ele coloca – quanto a questões controvertidas, profundas de moralidade política e há séculos debatidas por filósofos – que a sociedade e seus representantes devem simplesmente “[...] aceitar os pronunciamentos de uma maioria de juízes [...]” (WALDRON, 2010, p. 95). O apoio à prática da revisão judicial da lei vinha dos liberais e a oposição dos conservadores, que iam contra os direitos que os tribunais liberais sustentavam e faziam reconhecer. Mas não se desconhece que também houve crescimento da oposição liberal

ao *judicial review* – caso em que a Corte de Rehnquist, de forma conservadora, derrubou conquistas significativas da política legislativa liberal<sup>36</sup>.

O aniversário de 200 anos de *Marbury v. Madison*, segundo Waldron

[...] suscitou numerosas discussões sobre suas origens e legitimidade original, ao passo que o aniversário de 50 anos de *Brown v. Board of Education* forneceu um lembrete oportuno dos serviços prestados pelos tribunais norte-americanos em meados do séc. XX quando encabeçou o ataque a leis de segregação e outras leis racistas. (WALDRON, 2010, p. 96).

Mas o que se busca é identificar um argumento essencial contra o *judicial review* que seja independente tanto de suas manifestações históricas quanto das questões acerca de seus efeitos específicos que produziu – se erigiram decisões boas ou más. Enfocam-se, pela teoria de Waldron, os aspectos da oposição ao *judicial review* que se afastem dos argumentos quanto ao modo como juízes exercem seus poderes e o espírito (conservador ou ativista) no qual abordam a legislação levada ao Judiciário para sua aprovação. Ainda menciona-se Charles Black, que observou que, na prática, a oposição ou apoio ao *judicial review* é fato momentâneo, como nos casos *Brown v. Board of Education*<sup>37</sup> (ESTADOS UNIDOS, 1954) ou *Roe v. Wade*<sup>38</sup> (ESTADOS UNICOS, 1973).

Jeremy Waldron afirma ainda:

Pode ser ainda que o *judicial review* seja necessário como medida protetora contra patologias legislativas com relação a sexo, raça ou religião em determinados países. Mas, mesmo que assim seja, vale a pena averiguar se esse tipo de defesa alcança o âmago da questão ou se, em vez disso, deveria ser visto como uma razão excepcional para evitar a tendência do que, na maioria das circunstâncias, seria um argumento normativo irretorquível contra o *judicial review*. (WALDRON, 2010, p. 97).

O que Waldron deixa evidente é a preocupação acerca de um entendimento geral, não contaminado por preocupações políticas, culturais e históricas de cada sociedade. Ele diz que o *judicial review* é vulnerável sob dois aspectos: (a) um, não fornece uma maneira de uma sociedade poder de forma clara realçar as questões reais em jogo quando cidadãos discordam sobre direitos; ao contrário, a revisão judicial distrai os membros da sociedade com questões abstratas secundárias sobre precedentes, textos e interpretação; (b) dois, é politicamente ilegítimo, pois privilegia a maioria dos votos entre um pequeno número de juízes não eleitos e não responsabilizáveis em detrimento do direito de representação e igualdade política do

<sup>36</sup> *United States v. Morrison*, 2000 (ESTADOS UNIDOS, 2000), em que se derrubou parte da Lei da Violência contra a mulher; *United States v. Lopez*, 1995 (ESTADOS UNIDOS, 1995), em que se decidiu que o Congresso não tem autoridade para legislar uma proibição à posse de armas num determinado perímetro de uma escola.

<sup>37</sup> Caso em que a Suprema Corte declarou inconstitucional divisão entre estudantes brancos e negros em escolas públicas pelo país (1954).

<sup>38</sup> Caso em que a Suprema Corte reconheceu o direito ao aborto ou interrupção voluntária da gravidez, pois as leis proibitivas violavam o direito à privacidade, protegido pela Constituição Americana (1973).

cidadão comum na deliberação final acerca de questões morais em conflito (WALDRON, 2010, p. 98).

Por definição, Waldron ressalta que a análise do *judicial review* se limita à revisão de legislação que seja promulgada pelo Parlamento eleito de um Estado organizado politicamente, afastando expressamente atos do Executivo. Da mesma forma, deixa claro que está a defender que a produção do Parlamento é não incontestável, mas que seu estudo aborda a forma de contestação que se tem notado como praxe.

Sobre o controle de constitucionalidade das leis, conforme debatido anteriormente nesse trabalho, as práticas pelo mundo indicam que pode ser classificado em: forte e fraco, sendo que o alvo de Waldron será o primeiro, em que os tribunais têm autoridade quer para deixar de aplicar uma lei em um processo, quer para modificar o efeito de uma lei para deixar sua aplicação em conformidade com direitos individuais. Nesse sistema de controle, as cortes constitucionais poderiam até excluir totalmente leis do ordenamento, como se vê no Brasil e em alguns Estados europeus, como Áustria e Alemanha.

Segundo Waldron, a distinção entre controle de constitucionalidade forte e fraco é separada da questão da supremacia judicial. Essa supremacia judicial se refere a três fatores: (i) os tribunais decidem questões importantes para todo o sistema político; (ii) essas decisões são tratadas como absolutamente vinculantes para todas as outras funções ou atores do sistema político; e (iii) os tribunais não se curvam a decisões tomadas por qualquer ator ou poder sobre aquelas questões. E acrescenta que, num sistema fraco, os tribunais podem examinar a lei quanto à sua aderência com direitos individuais, mas não podem se negar a aplicá-la ou modular sua aplicação simplesmente porque direitos seriam violados em caso contrário (um exemplo seria o Reino Unido) (WALDRON, 2010, p. 100-101).

Outra forma de distinguir os tipos de controle de constitucionalidade leva em conta o lugar no qual estão insertos os direitos individuais no sistema constitucional de uma sociedade. Nos Estados Unidos, o controle leva em consideração os direitos individuais tais como arrolados na Constituição. O *judicial review* norte-americano vai além, pois os Tribunais não apenas revogam leis que violam direitos humanos como também os princípios do federalismo e da separação dos poderes. O caso *Marbury v. Madison* é exemplo notório de *judicial review*, em que não havia nada relacionado com direitos individuais, mas com o Congresso de nomear e destituir juízes de paz (WALDRON, 2010, p. 103). Já em outros países, o controle se dá em relação a uma Declaração de Direitos que não é designada especificamente como parte da constituição (Reino Unido).

Uma terceira distinção se dá entre o controle prévio e o posterior (*ex ante* e *a posteriori*) da legislação por um tribunal constitucional. No primeiro caso, quando da análise da legislação nos estágios finais de sua promulgação, o Tribunal atuaria como um senado. No segundo, o Tribunal atuaria no controle de normas já em vigor.

Waldron se concentrará nos casos específicos de atuação do *judicial review*, em seu caráter *a posteriori*.

Uma quarta distinção é que o *judicial review* pode ser realizado por um tribunal comum ou por um especializado. Por certo, essa análise é relevante, pois se deve considerar a habilidade dos juízes na hierarquia do Judiciário para refletir sobre direitos e uso dos argumentos morais. Sobre esse enfoque, Waldron afirma:

Talvez um tribunal constitucional especializado possa ter um desempenho melhor, embora a experiência indique que possa também ficar preocupado com o desenvolvimento de suas próprias doutrinas e precedentes, de uma maneira que impõe um filtro que distorce o raciocínio baseado em direitos que considera. (WALDRON, 2010, p. 105).

Feitas essas considerações, cumpre trazer a lume as quatro pressuposições do caso essencial.

#### 4.2 AS QUATRO PRESSUPOSIÇÕES DO CASO ESSENCIAL

Como mencionado anteriormente, a objeção de Waldron ao *judicial review* não é incondicional. O filósofo busca distinguir os casos essenciais e os não essenciais, e vai se interessar no controle relativo àqueles, ou seja, que abarquem as situações em que as pressuposições listadas acima se mostrem claramente evidentes numa sociedade. Logo, seu argumento contra o *judicial review* depende da satisfação das pressuposições a seguir mencionadas, sem as quais ele não resistirá. Deve-se imaginar uma sociedade que possua:

1) Instituições democráticas em condições de funcionamento razoavelmente boas, incluindo um legislativo representativo, eleito pelo sufrágio universal; 2) Um conjunto de instituições judiciais, também em boas condições de funcionamento, erigidas sobre uma base não representativa para conhecer das ações individuais, resolver controvérsias e defender o Estado de Direito; 3) Um comprometimento da parte da maioria 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 a direitos (isto é, quanto ao que realmente significa o comprometimento com direitos e quais são as suas implicações) entre os membros da sociedade que estão comprometidos com a ideia de direitos. (WALDRON, 2010, p. 106).

Waldron diz que, cumpridas as quatro pressuposições, uma sociedade deve decidir sobre suas discordâncias relativas a direitos e questões morais pela via legislativa. E vai mais além, adimplidas as pressuposições, “se essas pressuposições se sustentarem, a posição a favor de consignar tais discordâncias ao judiciário para a resolução final é fraca e não convincente, não

havendo necessidade de as decisões legislativas sobre direito serem reavaliadas pelos tribunais.” (WALDRON, 2010, p. 106).

Feitas essas breves considerações, passa-se a dispor sobre as pressuposições do caso essencial da teoria de Jeremt Waldron (WALDRON, 2010).

#### **4.2.1 Instituições democráticas**

Waldron parte do princípio de que a sociedade tem um sistema político amplamente democrático, com voto universal adulto e um Legislativo representativo e íntegro, com eleições periódicas e em uma base imparcial e regular. Também considera que o Parlamento é um órgão deliberativo numeroso, habituado a apreciar e decidir sobre questões difíceis e os procedimentos são dignos de confiança, com diversos mecanismos de proteção (bicameralismo, comissões parlamentares e níveis múltiplos de debate – em que seus membros se veem ora como legítimos representantes de seus eleitores como elemento chave de sua participação, ora pensando mais em termos de representação de toda a sociedade de um modo mais amplo).

Importante ressaltar que Waldron não quis dizer que as instituições são perfeitas, mas que estão funcionando bem e sustentadas numa cultura democrática que valoriza a deliberação responsável e igualdade política. Quando diz que as instituições estão em boas condições de funcionamento, não faz presumir que toda a legislação produzida seja justa quanto ao seu conteúdo. Ao contrário, ele pressupõe que parte da produção legislativa é justa e outra não, as pessoas discordam sobre qual é qual e que algumas normas podem ser submetidas ao *judicial review* e, em relação a outras, ninguém fará tal proposição (WALDRON, 2010, p. 108).

O argumento do filósofo começa a emergir: definida essa primeira premissa, que razão existiria para se emprestar supremacia a um processo não eletivo para rever ou reavivar o debate – e algumas vezes anular – do trabalho feito pelo Legislativo?

#### **4.2.2 Instituições judiciais**

O bom estado de funcionamento dos tribunais depende de sua independência política e de um suporte estável e adequado para conhecer de ações, deliberar sobre controvérsias sob o corolário do devido processo legal e defender o Estado de Direito. Waldron pressupõe, ainda, que tais instituições – que são não representativas e seus membros não se veem permeados pelo *ethos* de eleições – já estão aptas e autorizadas a desempenhar o *judicial review*, caso provocadas. E afirma que defensores do *judicial review* consideram isso uma enorme vantagem,

pois os tribunais poderiam deliberar sobre princípios sem interferência de pressões populares e clamor público frente a questões de maior repercussão social (WALDRON, 2010, p. 109).

Sobre essa pressuposição, está claro que as instituições poderiam desempenhar o *judicial review*, mas a questão para Waldron é saber se deveriam e, se positivo, se suas deliberações se imporiam como solução final da discordância com vinculação frente às funções representativas do Estado.

Em suma, Waldron parte do pressuposto de que os tribunais: (i) não agem por impulso ou referência abstrata; (ii) lidam com questões de natureza contenciosa; e (iii) remetem às próprias decisões anteriores e as aperfeiçoam em aspectos relevantes para o caso em análise. Sobre o caso essencial, Waldron parte do princípio de que existe certa hierarquia entre tribunais, com órgãos compostos por diversos membros, com as instâncias inferiores se submetendo às decisões daqueles em casos iguais (WALDRON, 2010, p. 109).

O filósofo sugere, também, que exista treinamento especial aos juízes que compõem os órgãos colegiados ou que sejam escolhidos entre eminentes juristas e de preferência não vulneráveis a pressões políticas de segmentos específicos.

Por fim, assevera que os membros do Judiciário, caso tenham o poder de exercer o *judicial review*, devem estar comprometidos com os direitos como qualquer outra pessoa inserida na sociedade democrática. Assim, como qualquer outro membro da sociedade, os juízes também discordarão sobre direitos e o procedimento decisório usado, como de regra, será o da maioria simples.

#### **4.2.3 Comprometimento com direitos**

Sobre essa terceira pressuposição dos casos essenciais, parte-se do princípio de que existe entre os membros de uma sociedade robusto comprometimento com a ideia de direitos individuais e das minorias. Esses cidadãos, apesar de acreditarem no governo da maioria como um princípio geral básico, são cientes de que as minorias gozam de direitos que não seriam garantidos em virtude da inferioridade de seu número ou peso político. Waldron parte do princípio de que “o comprometimento com direitos não são palavras vazias e que os membros da sociedade levam direitos a sério” e acrescenta que “o respeito geral pelos direitos individuais e de minorias é uma parte séria de um consenso amplo na sociedade” (WALDRON, 2010, p. 111).

De outro lado, com relação aos casos não essenciais, em que o compromisso com os direitos é frágil – o que não vale para sociedades como os Estados Unidos, Canadá ou Grã-

Bretanha, que são bem ordenadas com uma teoria de justiça publicamente aceita –, Waldron diz que, por vezes, nesse cenário:

[...] precisamos do judicial review para ajudar a fortalecer nosso comprometimento com direitos, para ensinar aos participantes de uma nova democracia a valorizar direitos ou para dar às minorias garantias que não estão disponíveis em um sistema puramente governado pela maioria. (WALDRON, 2010, p. 112).

Volvendo-se aos casos essenciais, portanto, numa sociedade comprometida com direitos, inclusive das minorias, discordâncias entre oponentes não se dariam no âmbito dos próprios direitos, mas entre visões distintas de direitos. Ademais, seria pouco crível que, em sociedades complexas, com anseios dos mais variados, extraíam-se interpretações semelhantes das normas editadas pelos poderes políticos, sendo possível que algo pareça inconstitucional para um e, ao mesmo tempo, não o seja para outrem.

Daí se definiu, também, como pressuposto da teoria de Waldron, a discordância sobre direitos, a qual é tratada a seguir.

#### **4.2.4 Discordância sobre direitos**

A quarta e última pressuposição trata das discordâncias razoáveis e de boa-fé, que afloram em sociedades liberais e dotadas de complexidade, que se veem nos dias atuais.

Jeremy Waldron não descarta sustentações insinceras, desinformadas, dotadas de perversidade ou rivalidade por poder e *status*, mas defende que a maioria das discordâncias se dá daquela forma. São escolhas que as sociedades modernas plurais devem enfrentar, opções que são razoavelmente bem entendidas no contexto de debates morais e políticos, que são o cerne da discordância moral e política entre os seus membros (WALDRON, 2010, p. 113).

Apesar de ser a discordância inevitável nas sociedades, reconhece-se que as posições contrárias sobre direitos devem ser levadas a sério justamente por serem seus membros agentes morais dotados de responsabilidade e comprometidos com direitos de uma forma geral.

E nem seria crível esperar que os pontos de vista e posições das pessoas quanto a questões complexas de direitos convergiram num consenso simples – como nos casos do aborto, direitos e garantias processuais de acusados de crimes, ações afirmativas contra discriminação de minorias, tolerância religiosa, regulamentação de discursos e gastos em campanhas eleitorais.

Waldron afirma que tais discordâncias não são apenas questões de interpretação em um sentido estritamente legalista ou características comportamentais dos membros das sociedades em que elas surgem e acrescenta:



Duas pessoas que discordam se as restrições a discurso de ódio racista são aceitáveis podem, ambas, aceitar a questão e podem também aceitar que o caso sobre o qual discordam é central, em vez de ser marginal, em relação àquele direito. Isso demonstra, talvez, que têm concepções diferentes do direito, mas não é razão para duvidar da sinceridade de sua adesão a ele. (WALDRON, 2010, p. 114).

Se há uma Declaração de Direitos na sociedade, parte-se do princípio de que ela influencia, mas não resolve o cerne das discordâncias.

Nos casos em que se reconhece o *judicial review*, advogados discutem as questões usando tanto o texto da lei quanto a força gravitacional da Declaração de Direitos, bastando ler a norma de forma mais generosa ou estrita o bastante, dependendo do interesse da parte.

Traçadas as quatro pressuposições da teoria e identificado o seu alvo – controle de constitucionalidade forte, *a posteriori* da produção legislativa, passa-se a fazer a exposição geral da crítica ao *judicial review* em Waldron.

Visto que a sua tese está assentada na ideia de comprometimento de direitos e da inevitável discordância, Waldron apresenta, quando refuta a teoria e prática do *judicial review*, “a necessidade de procedimentos decisórios legítimos como uma resposta ao problema moral da discordância” (WALDRON, 2010, p. 118). O autor traz dois tipos de razões – as razões relacionadas ao resultado e aquelas relacionadas ao processo.

#### 4.3 A FORMA DA ARGUMENTAÇÃO

O caminho a ser seguido, segundo Waldron, seria articular uma teoria da legitimidade para o procedimento decisório, com o fim de conciliar as discordâncias (quarta pressuposição) entre os membros da sociedade em análise, não obstante ele já se antecipe e afirme que todo procedimento decisório é imperfeito. Daí, fala-se da dissonância entre o que se tem como a escolha certa e o que se considera a escolha produzida pelo procedimento decisório que se vê como legítimo. Apresentadas aquelas pressuposições, Waldron pergunta: “o que faremos com a situação que elas definem?” (WALDRON, 2010, p. 116).

Como visto, nos casos essenciais, os membros da sociedade estão comprometidos com direitos, mas naquele meio surgem discordâncias que devem ser resolvidas, não reacendidas. Ele diz que são necessárias soluções nem tanto para a eliminação da questão, mas para se ter uma base de ação comum quando for necessário agir. Em outras palavras, a busca pelo consenso não faz desaparecer o fato de existirem discordâncias, mas se deve produzir uma base comum de ação quando elas surgirem.

Waldron não descarta certo tipo de controle de constitucionalidade, pois nem sempre é fácil para os legisladores verem quais questões de direitos estão inseridas nas propostas

legislativas apresentadas para análise e não menos difícil é vislumbrar quais questões de direito poderiam surgir a partir da sua aplicação posterior. Logo, importante é, repita-se, que os membros das sociedades tenham esse mecanismo para provocar essas questões à medida que surjam.

Suponha-se que o Legislativo esteja plenamente ciente das questões de direitos que certo projeto de lei levante ou aborde e que, após deliberar sobre ele, resolve, por meio de amplo debate e votação, conciliá-las de uma maneira específica, ou seja, posicionar-se de um dos lados da discordância. A pergunta é saber se essa decisão do Legislativo poderia ou não ser reavaliada ou até mesmo anulada pelo Judiciário. Como responder? Alguns dirão que prevalece a decisão do Parlamento, exceto se violar direitos, mas Waldron de pronto refuta. Ao citar pensamento de Hobbes sobre a questão, ele diz que “[...] mesmo que os membros da sociedade que estamos imaginando discordem sobre direitos, eles precisam compartilhar uma teoria de legitimidade para o procedimento decisório que deve conciliar suas discordâncias.” (WALDRON, 2010, p. 118), e não reacender controvérsias.

De antemão, há que se projetar um procedimento decisório e, mesmo que exista discordância quanto a ele, não se pode descartá-lo, pois isso não é fundamento para afastá-lo e simplesmente decidir sobre um ou outro lado na discordância anterior.

Em seguida, há razões relevantes relacionadas à legitimidade, como a imparcialidade, voz e participação, que surgem por causa da discordância.

Waldron cita o “paradoxo da democracia”, denominado por Richard Wollheim, acerca da imperfeição dos processos decisórios, em que as pessoas devem admitir que 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 (WALDRON, 2010, p. 119).

Waldron diz que Wollheim estava errado em atribuir esse paradoxo à democracia, pois ele afeta qualquer teoria política que associe sua explicação de o que deve ser feito com uma explicação de como decisões devem ser tomadas em face de um desacordo sobre o que se deva fazer (WALDRON, 2010, p. 119). Acrescenta que o paradoxo da democracia de Wollheim “permite que um mesmo cidadão afirme que A não deve ser promulgada, onde A é a política contra a qual votou, e que A deve ser promulgada, porque A é a política escolhida pela maioria” (WALDRON, 2010, p. 119).

Sobre procedimento decisório, Waldron, além de reconhecer que nenhum deles será perfeito, ainda critica a assertiva de que as maiores chances de erro estão no Legislativo. Seja num procedimento legislativo passível de reexame, seja num *judicial review*, pode-se chegar a uma decisão errada.

Feitas tais considerações, Waldron, para refutar a teoria e prática do *judicial review*, introduz dois tipos de razões que devem ser ponderadas, que são aquelas *relacionadas com o processo e as relacionadas com o resultado*.

As primeiras são razões para insistir que determinado cidadão decida ou participe da tomada da decisão, independentemente de considerações acerca do resultado apropriado. Como exemplo, Waldron toma que, na vida pessoal, diz-se que os pais têm o direito de tomar a decisão sobre seu filho ser ou não repreendido ou disciplinado por uma dada infração; e isso não cabe a algum transeunte ou outra pessoa que anda pela rua e assistiu ao fato. Diz-se isso ainda que se pense que o transeunte tenha mais chances de tomar uma decisão melhor do que os pais (WALDRON, 2010, p. 119). Agora na política, as razões relacionadas ao processo seriam precipuamente aquelas baseadas na igualdade política e no direito de voto, no direito de ser ouvido mesmo quando outras pessoas discordem do que se diz.

Por sua vez, as razões relacionadas ao resultado são aquelas para “projetar o procedimento de decisão de uma maneira que assegure o resultado apropriado (isto é, uma decisão boa, justa ou correta)” (WALDRON, 2010, p. 120). O objeto é a discordância quanto a direitos, pois respostas erradas podem ser toleradas em matéria de política, mas, em matéria de princípios, em caso de decisão errada, direitos serão violados (WALDRON, 2010, p. 120).

E o filósofo acrescenta que “o projeto de um procedimento decisório deve ser independente da discordância específica que se espera que ele resolva; não adianta nada se ele apenas a reacender.” (WALDRON, 2010, p. 120). Toma-se como exemplo uma pessoa que escolhe razões relacionadas ao resultado que visem especificamente ao resultado pró-aborto. Uma opção assim dificilmente inspiraria a fidelidade ou alcançaria o reconhecimento de sua legitimidade entre os defensores dissidentes, ou seja, aqueles favoráveis ao resultado pró-vida.

Waldron afirma, pois, que há várias maneiras de colocar a questão. Poder-se-ia perguntar qual método teria mais chances de alcançar a verdade sobre direitos e ao mesmo tempo garantisse o direito igual de participação dos afetados? Ou qual método respeitaria melhor o direito igual dos afetados de participação nas tomadas de decisão, e que ao mesmo tempo possui chances razoáveis de alcançar a verdade sobre direitos? (WALDRON, 2010, p. 123).

Para dar sequência à teoria em análise relativa à oposição ao *judicial review* em Waldron, cumpre traçar abaixo considerações sobre as razões relacionadas ao resultado e as relacionadas ao processo.

#### **4.3.1 Razões relacionadas ao resultado**

Segundo o entendimento de Waldron, os tribunais decidem bem algumas questões, mas outras não. Um autor de uma ação judicial precisa reivindicar um direito – decisão sobre uma questão – para ser ouvido em um tribunal, mas não se pode inferir daí que aquela instituição seja o órgão apropriado para lidar com a reivindicação de direitos. Algumas reivindicações de direitos têm o caráter de tipo de questão binária que os tribunais podem ser hábeis e competentes para tratar; outras, porém, possuem caráter multifacetado, cuja deliberação pode ser inapropriada em uma estrutura judicial.

Ele reputa como inconclusivas as razões relacionadas com o resultado e, indo mais além, afirma:

É tentador associar as razões relacionadas ao resultado com o apoio ao *judicial review* (e as razões relacionadas ao processo com a sua oposição). Isso é um erro. É verdade que muitas das razões mais importantes relacionadas ao processo são participativas e, portanto, favorecem instituições eleitorais ou representativas. Mas daí não se segue que todas ou a maioria das razões relacionadas ao resultado argumentem o contrário. (WALDRON, 2010, p. 124).

O filósofo também descreve como contrassenso por vezes dizer que as estruturas de participação democrática não emprestam a devida importância de se assegurar de forma independente resultados apropriados, pois a preocupação única seria, às cegas, dar poderes à maioria. Porém, nas democracias, a praxe é limitar o direito de voto a fim de assegurar um mínimo de julgamento maduro nas eleições, excluindo-se crianças, por exemplo, ainda que se vejam afetadas pelas decisões em exame. Não bastassem, os parlamentos, em regra no contexto bicameral, são constituídos de forma a viabilizar a inserção de informações nos processos decisórios por parte dos mais distintos segmentos da sociedade.

Noutro passo, os partidários ao *judicial review*, ao associarem de forma favorável com o Judiciário as razões relacionadas ao resultado, traçam um retrato pouco real de como é de fato a tomada de uma decisão judicial, olvidando-se em reconhecer que não raro é submetida a interferências, como agendas políticas de juízes e motivações ideológicas.

Sobre as razões relacionadas ao resultado, Waldron vai contradizer as três alegações usadas em favor do *judicial review*.

A primeira, a *orientação a processos específicos*. De acordo com o raciocínio judicial sobre direitos (em oposição ao raciocínio legislativo), as questões se apresentariam aos juízes, conforme mencionado por Waldron, na forma de situações de indivíduos de “carne e osso”, e eles estariam mais bem posicionados do que os legislativos para um *insight* moral, diante da experiência e contato permanentes com pensamentos morais (WALDRON, 2010, p. 127).

Mas Waldron diz que isso não se sustenta, pois as ações individuais, quando alcançam, via recursos, os níveis mais altos do judiciário, todos aqueles elementos originais subjetivos dos detentores dos direitos – das partes diretamente afetadas – desaparecem e o debate acaba por se limitar à questão abstrata do direito inicialmente reivindicado. Em outras palavras, as peculiaridades dos litigantes se esvaem, porque o topo da estrutura judicial quase sempre examina a questão em linhas gerais, numa verdadeira abstrativização.

A seu turno, o processo legislativo, segundo Waldron, está mais aberto à análise das considerações particulares dos indivíduos afetados pelas decisões, por meio de *lobby*, da realização de audiências públicas e debates. De fato, não raro se inicia um projeto de lei com base em caso individual de expressivo clamor. Nos Estados Unidos da América, Waldron cita a Lei de Megan<sup>39</sup>. No Brasil, têm-se, como exemplo, a Lei de Crimes Hediondos (BRASIL, 2018c) e a Lei Maria da Penha (BRASIL, 2019d)<sup>40</sup>. Mas o filósofo afirma que, embora por vezes advenham produções legislativas ruins, são os parlamentos melhor estruturados para avaliar o significado de cada caso individual quanto à questão geral de direitos que afetaria milhares e de maneiras distintas. E nesse ponto, por fim, Waldron aduz que nem todas as pessoas afetadas pelas decisões judiciais terão legitimidade para comparecer em juízo; logo, os juízes não se muniriam de todas “[...] as informações necessárias para formar uma percepção abrangente da justiça de todo o sistema social, político ou econômico.” (WALDRON, 2010, p. 127-128) acerca das questões morais em jogo, especialmente quando se apresentam de forma multifacetada.

O segundo argumento de Waldron em contradição às três alegações usadas em favor do *judicial review* é a *orientação ao texto de uma Declaração de Direitos*.

Segundo Waldron, se for necessário o *judicial review* sobre alguma produção legislativa, ele se centrará provavelmente na Declaração de Direitos, que foi admitida na sociedade de acordo com o comprometimento compartilhado pelos seus membros com a ideia de direitos individuais e de minorias, ainda que aqueles discordem sobre o que são e o que eles acarretam – como atingem os afetados (WALDRON, 2010, p. 128).

A priori, pode-se pensar adequada a ideia, mas existem motivos consistentes para se inferir pelo lado oposto.

---

<sup>39</sup> Megan N. Kanka foi estuprada e assassinada em Nova Jersey e esse Estado criou um cadastro de condenados por crimes contra a liberdade sexual (WALDRON, 2010, p. 128).

<sup>40</sup> Sobre decisões legislativas casuísticas, conferir “O ‘povo’ e as disfunções míticas da representatividade política no Brasil” (CHAVES, 2016, p. 70-71).

A orientação à Declaração de Direitos pode guinar-se para um puro formalismo textual, que se vê aliado ao risco de esse mesmo texto possivelmente assumir vida própria. Nesse sentido, o excesso de teorias interpretativas suscitadas nos tribunais acaba por separá-los da discussão central da análise sobre questões morais e políticas insertas no caso concreto e com repercussão ampla entre os membros de uma sociedade.

Há casos em que, conforme menciona Waldron, juízes poderiam emprestar maior ou menor peso aos direitos de propriedade e à liberdade de contrato frente a direitos explícitos de assistência social. E isso possivelmente acarretaria, de uma forma ou de outra, na revogação/derrogação de leis que não mereciam tal desfecho (WALDRON, 2010, p. 130).

O terceiro e último argumento de Waldron é *apresentação das razões para a tomada das decisões*.

Para aqueles que se arriscam numa análise perfunctória, pode-se sustentar que os tribunais apresentam suas razões de decidir e que isso é a demonstração de que levam a sério o que está em jogo, ao contrário das casas legislativas, que não adotam a mesma postura. Porém, esse contraste não se sustenta, pois os parlamentos não se eximem de apresentar as razões para seus votos ou orientações, assim como os juízes.

Há, ainda, entendimento disseminado de que as decisões dos juízes são qualitativamente superiores às legislativas. Mas Jeremy Waldron responde que isso se dá porque as pessoas não estão acostumadas ou preparadas para consultar os anais legislativos, gerando a impressão de que decisões parlamentares carecem de fundamentação. E, mais além, colocam em dúvida a qualidade deliberativa dos tribunais justamente porque o raciocínio produzido pelas decisões judiciais não enfoca o ponto moral em disputa, por se perderem, não raro, em discussões sobre precedentes ou de que forma interpretar um texto constitucional ou Declaração de Direitos.

Para ilustrar, ele traz o já citado caso *Roe v. Wade*, em que se emprestaram, numa decisão de 50 laudas, apenas alguns parágrafos no debate das questões morais efetivamente envolvidas no caso, como o direito de reprodução, de privacidade e o *status* do feto. Waldron emenda com o debate travado no Parlamento inglês sobre a legalização do aborto, que opôs diversos pontos de vista. Segundo Waldron, o que se viu de mais importante foi que os seus membros louvaram a qualidade da discussão e o respeito mútuo, circunstância nunca antes vista no Parlamento norte-americano sobre o mesmo tema. Naquele, eram evidentes a preocupação e comprometimento em debater diretamente a questão do aborto e naquilo que acarretaria, ao passo que o raciocínio judicial norte-americano sempre se viu mais preocupado com a doutrina e interpretação (WALDRON, 2010, p. 133).

Mas o filósofo não descarta, como já mencionado anteriormente, que por vezes o raciocínio legislativo possa ser pífio ou ignóbil se a maioria dos membros dos parlamentos agem por fobia ou repetem de maneira despropositada *slogans* populares. Mas daí vem a indagação: quais defeitos deveriam ser vistos como normais e quais como aberração em cada uma das respectivas instituições? Waldron novamente se antecipa para afirmar que os tribunais se comportam do modo como tem criticado. Voltando à segunda pressuposição, foi dito que as instituições judiciais devem se comportar bem e é dessa forma, previsível, que Waldron está falando – focar textos, doutrinas, precedentes etc. Já no caso dos parlamentos, legislar de forma açodada ou sectária não condiz com a teoria normal do papel assumido que lhes cabe desempenhar e, por consequência, não se trataria de caso essencial (WALDRON, 2010, p. 134).

Feitas tais considerações sobre as razões relacionadas ao resultado, passa-se a expor aquelas relacionadas ao processo.

#### **4.3.2 Razões relacionadas ao processo**

Essa forma de argumento trata das razões para insistir que determinado cidadão delibere e participe da tomada de uma decisão, independentemente de considerações acerca do resultado apropriado. Exemplo: diz-se que os pais, no âmbito familiar, têm o direito de decidir se seu filho deve ou não ser repreendido por praticar certa infração; e isso não compete a algum transeunte ou outra pessoa que anda pela rua. Diz-se isso ainda que se pense que o transeunte tenha mais chances de tomar uma decisão melhor do que os pais (WALDRON, 2010, p. 119). Agora na política, as razões relacionadas ao processo seriam precipuamente aquelas baseadas na igualdade política e no direito de voto, no direito de ser ouvido mesmo quando outras pessoas discordem do que se diz.

Tais razões estão associadas à teoria da legitimidade política, em que se busca precipuamente oferecer uma justificativa aceitável à indicação de uma instituição e não outra para o encargo da tomada de decisões (WALDRON, 2010, p. 135). Daí surgem algumas perguntas hipoteticamente estabelecidas por um cidadão comum de uma sociedade: *(i)* por que deveria esse grupo privilegiado de 500 membros do legislativo decidir uma questão de direitos que afeta a mim e outros 500 milhões? E mesmo que ele aceite o privilégio dos 500 membros, por que não se emprestou maior peso aos argumentos daqueles legisladores com os quais concorda? ou *(ii)* por que esses 9 membros do tribunal decidem sobre o assunto? E mesmo que decidam, por que deveriam tomar sua decisão guiados por um procedimento que empregam em

vez de um outro que dê mais peso aos juízes com dada convicção que o cidadão comum apoia? (WALDRON, 2010, p. 136).

Por certo, impõe-se buscar respostas de forma satisfatória a essas questões, tanto para o Legislativo quanto para o Judiciário.

Para Waldron, é evidente que nas sociedades democráticas o Parlamento está bem mais estruturado a convencer os cidadãos de sua legitimidade. Os defensores do *judicial review*, ao contrário, encontrariam dificuldades para oferecer respostas às indagações acima postas. De antemão, Waldron alega que a dificuldade surgiria porque os juízes não são responsabilizados por suas decisões da forma como o são os legisladores, por meio de eleições periódicas. Outrossim, a regra é que os tribunais decidem as questões de direitos por maioria simples.

No caso do Legislativo, para a primeira indagação, assenta-se na teoria das eleições imparciais para a escolha de seus membros, em que o cidadão comum é tratado com igualdade entre os demais para se definir quem faria parte do seletivo grupo de privilegiados (conforme exemplo acima). A resposta à segunda questão, que viria da regra da decisão majoritária, “[...] é neutra em relação aos resultados contestados” (WALDRON, 2010, p. 136), diante do tratamento igualitário dado a cada um dos membros, com iguais direitos de opinião e possibilidade de ponderação de todos os pontos de vista trazidos (WALDRON, 2010, p. 136).

Logo, diante do uso de uma versão da decisão majoritária para definir o seletivo grupo de representantes da sociedade, os quais observarão, agora no Parlamento, de outra versão da decisão majoritária para a tomada de decisões, entende Waldron que tais arranjos eleitorais e de representação atendem bem aos anseios de igualdade política (WALDRON, 2010, p. 137).

Não se está a olvidar que, no mundo real, a concretização da igualdade política por meio das eleições e do processo legislativo traz imperfeições. Há vícios, assim como em qualquer procedimento decisório. Mas deve-se lembrar da primeira pressuposição do caso essencial, que trata do conjunto dos institutos legislativos em razoáveis condições de funcionamento e comprometidos com os valores democráticos de igualdade e imparcialidade, não de imparcialidade perfeita.

Sobre legitimidade no *judicial review*, há quem defenda que deve ser reconhecida porque os membros dos tribunais foram nomeados e aprovados por agentes e órgãos eleitos, como o Presidente e o Senado, respectivamente (BARROSO, 2017, p. 69). Logo, teriam credenciais eleitorais. Todavia, se a legitimidade é assunto comparativo, essa é uma resposta inadequada, pois o sistema de eleições, apesar de não perfeito, é claramente superior quanto aos valores democráticos, se comparados ao modo indireto e limitado de legitimidade democrática do Judiciário.



De outra parte, para quem condena como característica dos parlamentos a votação por maioria, olvida-se quanto ao uso desse mesmo critério entre os juízes dos tribunais. Waldron chega a suscitar o teorema de Condorcet<sup>41</sup> para justificar a decisão majoritária em procedimentos de tomadas de decisões, sendo certo que a competência ou capacidade judicial se veria em situação desfavorável frente a dos parlamentos (WALDRON, 2010, p. 142).

Em conclusão à forma de argumentação, portanto, colhe-se da obra de Waldron que as razões relacionadas ao resultado são de certo ponto inconclusivas, ou então se inclinam ligeiramente em favor dos parlamentos. Sobre os argumentos relacionados ao processo, infere-se que estão do lado do Legislativo.

#### 4.4 O MITO DA TIRANIA DA MAIORIA

Não raro, surgem alegações de que se deve instituir meios de controle e limitação do exercício parlamentar das maiorias oportunistas, que, pelo número ou poder político, poderiam desconsiderar reivindicações ou excluir direitos individuais ou das minorias.

Em outras palavras, é o mito<sup>42</sup> de que toda maioria é tirana e não considerará direitos a não ser a vontade das maiorias em suas deliberações.

Alexis de Tocqueville, sobre o perigo da tirania, faz uma pergunta a si mesmo:

Tenho por ímpia e detestável a máxima de que, em matéria de governo, a maioria de um povo tem direito de tudo fazer, e no entanto situo nas vontades da maioria a origem de todos os poderes. Estarei em contradição comigo mesmo? (TOCQUEVILLE, 2010, p. 188).

E ele dispõe na sequência que os riscos à liberdade do indivíduo na sociedade se farão presentes se não houver obstáculos que possam vir a deter o poder dominante e a opressão uniformizadora da opinião da maioria (TOCQUEVILLE, 2010, p. 188-191).

Mas tirania da maioria não se pode conceber como a negação de algum direito de alguém numa decisão pelo princípio majoritário, pois, como já assinalado nesse trabalho, os dissensos e discordâncias são inerentes às sociedades modernas, plurais e dotadas de considerável complexidade. Assim, não se pode reconhecer a tirania como a simples derrota num processo cujo direito em debate foi decidido pela maioria. Da mesma forma, não se pode crer que, em

---

<sup>41</sup> Para, Condorcet, maioria de votos por um grupo de votantes aumenta aritmeticamente a competência do grupo para além da competência média de seus membros. Logo, órgãos votantes muito maiores revestem-se de maior representatividade entre os membros afetados pela tomada de decisões (CONDORCET, 1990 apud WALDRON, 2010, p. 142).

<sup>42</sup> Para Denisson Gonçalves Chaves, é mito porque seria a aparência plena com vestes de realidade e “tem como função negar a razão, dando aparência de verdade e de ideal. [...] É mítico porque não é real, mas uma ‘fábula’. Uma utopia que se manifesta mais nociva do que benéfica, advinda da paranoia da democracia liberal pela homogeneidade de interesses e ideais.” (CHAVES, 2016, p. 64-65).

qualquer desacordo sobre questões morais, um lado pensará que o oposto é tirânico. Portanto, alegações de tirania sempre existirão em ambos os lados numa questão de direitos, mas sem amparo teórico-científico, por certo.

Sobre a falácia da tirania da maioria, Bonifácio José Suppes de Andrada elucidada, nesse mesmo sentido, que se fosse tratada “[...] a tirania da maioria como a negação de direitos a alguém, ela estaria sempre à espreita porquanto a discordância sobre direitos é inerente às sociedades modernas.” (ANDRADA, 2015, p. 56). E conclui que, “independentemente do modelo decisório adotado, o risco de um resultado tirânico é sempre possível. Ou seja, não é exclusividade da regra da maioria.” (ANDRADA, 2015, p. 56).

A fim de ilustrar a assertiva, Waldron menciona que defensores do direito ao aborto pensam que os contrários ao ato de interrupção da gestação são tirânicos em relação às mulheres, e, da mesma forma, os pró-vida, tendem a considerar que aqueles são tirânicos em relação aos fetos, por serem, para eles, também pessoas. Noutro caso, alguns consideram que a ação afirmativa contra discriminação de minorias é tirânica; outros pensam que deixar de implementar programas de ação afirmativa é tirânico (WALDRON, 2010, p. 146).

De se ver, a pecha da tirania por vezes servirá de argumento de debate entre aqueles que discordam sobre direitos, especialmente aos grupos que não alcançaram o desfecho desejado.

Instituições democráticas podem chegar a decisões incorretas sobre direitos ou então ao modo de aplicá-las, agindo, por vezes, de forma tirânica, mas qualquer processo decisório está sujeito a essa tirania. Segundo Waldron, até mesmo o *judicial review* poderia ser exercido de forma tirânica quando impedisse a efetivação de direitos ao povo outrora concedidos pelo Parlamento (WALDRON, 2010, p. 146).

O filósofo ainda distinguiu e classificou os termos “maioria/minoria decisória” e “maioria/minoria tópica” (WALDRON, 2010). Maioria/minoria tópica é aquela em que os direitos e interesses estão em jogo. Segundo ele:

Em alguns casos, a qualidade de membro da maioria decisória pode ser a mesma daquela da maioria tópica e a qualidade de membro da minoria decisória – que votaram contra a injustiça – pode ser a mesma daquela da minoria tópica. (WALDRON, 2010, p. 147).

E o autor acrescenta que nem todos que votam numa interpretação derrotada em uma questão deveriam ser vistos como membros do grupo cujos direitos foram negativamente afetados pela decisão (WALDRON, 2010, p. 147).

Um exemplo de tirania da maioria mencionado pelo filósofo seria o fato de um parlamento, com maioria branca (maioria decisória) votasse especificamente em favor da

aprovação de privilégios para brancos (maioria tópica). Nesse caso, legisladores negros perderiam na batalha por direitos para negros.

Ocorre que o fato de não ter prevalecido uma opinião de um membro integrante da minoria decisória, por si só, não é uma ameaça aos direitos da minoria tópica que estejam em jogo. Conforme tratado por Waldron, “pessoas – incluindo membros de minorias tópicas – não têm necessariamente os direitos que pensam ter. Eles podem estar errados quanto aos direitos que têm; a maioria pode estar certa.” (WALDRON, 2010, p. 148).

A tirania da maioria é possível e o risco de ocorrer é maior quando minorias tópicas estão alinhadas com minorias decisórias. Assim, a tirania da maioria seria característica de casos não essenciais, em que as pessoas não estejam comprometidas ou se importem pouco com direitos individuais ou de minorias, que não sejam os seus (ANDRADA, 2015, p. 57). Da mesma forma, seria caso não essencial a discordância motivada por interesses egoísticos, circunstância tal que a oposição ao *judicial review* não se sustenta. Como tratado anteriormente, mesmo que as pessoas discordem sobre direitos, elas podem levar os direitos uns dos outros a sério. Maiorias decisórias podem prevalecer e, às vezes, estarão certas e, outras vezes, erradas. Isso é algo que elas têm em comum com todos os sistemas de tomada de decisão e por si só, como já mencionado alhures, não pode enfraquecer sua legitimidade, contanto que as minorias tópicas tenham uma garantia de que a maior parte dos seus concidadãos leva a questão de seus direitos a sério.

Em relação ao exemplo de outrora – a questão do aborto –, nota-se que há evidente discordância sobre sua legalidade nas sociedades modernas e a tomada de decisão pode não se revelar tirânica. Pode ocorrer de muitas mulheres, e por que não homens, serem favoráveis à interrupção da gestação do feto e também existirem pessoas de ambos os sexos que se opõem ao ato. Nesse caso, não houve qualquer forma de alinhamento egoístico ou preocupante entre maiorias e minorias decisórias e tópicas.

Deve-se esperar nas sociedades modernas, pois, que as pessoas que levam os direitos a sério em algum momento discordem sobre eles e que tais discordâncias sejam relativamente independentes das posições pessoas que indivíduos tomam sobre o assunto em debate posto para decisão.

Por fim, antes de examinar o caso concreto sugerido para fechamento da abordagem feita da teoria de Waldron na sua busca pela centralidade da legislação e resgate de sua dignidade, registra-se que não se propõe aqui a tecer qualquer crítica ou comentário acerca do caminho teórico ou dos critérios hermenêuticos trilhados pelo Supremo Tribunal Federal para subsidiar a tomada de decisão no caso paradigma da Repercussão Geral no Agravo em Recurso

Extraordinário nº 964246/São Paulo, julgado em 10 de novembro de 2016 pelo Órgão Pleno (BRASIL, 2016c). Da mesma forma, não é objeto de discussão identificar se com a decisão houve ou não retrocesso no que respeita ao direito de liberdade da pessoa.

Buscar-se-á, a seguir, identificar se, nesse caso mencionado, tido como essencial, sob o enfoque da teoria de Waldron, é possível legitimar a sobreposição de decisões ocorrida entre o Parlamento e o Judiciário, e se ali houve ou não ruptura dos limites institucionais de cada função.

## **5 ESTUDO DE CASO: PRISÃO AUTOMÁTICA EM SEGUNDA INSTÂNCIA**

Antes de trazer a lume especificamente o julgado posto à análise nesse trabalho, a saber, o exercício de interpretação constitucional do Supremo Tribunal Federal no Agravo em Recurso Extraordinário nº 964246/SP, julgado em 10 de novembro de 2016 pelo Órgão Pleno (BRASIL, 2016c), cumpre dispor sobre o tratamento dado pelo Legislativo – constitucional e infraconstitucional – aos institutos da liberdade provisória e do princípio da presunção da inocência, para se inferir se estão atendidas duas das pressuposições da teoria de Waldron, a saber, instituições democráticas em funcionamento razoável e sociedade como um todo comprometida com direitos.

### **5.1 A PRODUÇÃO LEGISLATIVA SOBRE A MATÉRIA NOS ÚLTIMOS ANOS**

Para melhor elucidação acerca da vontade do legislador e direção que vem adotando ao longo das últimas décadas até os dias atuais, cumpre expor a posição adotada nas Constituições brasileiras, desde o Império, e aquela disposta na legislação infraconstitucional, fechando o tópico com os projetos legislativos em tramitação no Congresso Nacional.

#### **5.1.1 A liberdade provisória nas constituições**

A constitucionalização dos direitos humanos não deve significar mera disposição formal dos princípios, mas a normatização de direitos, com natureza coercitiva e efetiva, de aplicação imediata, por meio dos quais os indivíduos podem exigir sua tutela perante o Estado, conforme dispõe o §1º do art. 5º da Constituição da República (BRASIL, 2019a).

A positivação ocorreu já na Constituição Imperial, na qual se previu, em seu “Título VIII – Das disposições geraes e garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros” (BRASIL, 199-a), extenso rol de direitos fundamentais, consagrando, além dos elencados no caput do art. 179 – liberdade, segurança individual e a propriedade, dentre outros, os princípio da igualdade e da legalidade, liberdade de locomoção e religiosa, anterioridade da lei penal, princípio da reserva legal e o instituto da fiança real. Com repercussões importantes, a Carta Constitucional Imperial, em seu inciso VIII (BRASIL, 199-a), exigiu, para a decretação da prisão de uma pessoa, a existência da culpa formada, fazendo nascer no ordenamento jurídico pátrio, já naquele momento, aquilo que se convencionou chamar presunção de inocência.

Conforme leciona Walter Nunes da Silva Júnior:

[...] por influência das teorias políticas em voga na Europa, que gritavam em torno, principalmente, do Liberalismo, a declaração de direitos essenciais encontrou abrigo na promulgação da Constituição de 25 de março de 1824, não deixando, a partir de então, de ostentar *status* constitucional em nosso meio. (SILVA JÚNIOR, 2008, p. 193).

Sufragando o que defendeu Cesare Beccaria (BECCARIA, 2005), em sua obra “Dos delitos e das penas”, a Constituição Imperial<sup>43</sup> (BRASIL, 199-a) ainda aboliu as penas cruéis, a tortura como meio de prova e garantiu cadeias seguras e limpas ao preso, bem como a separação dos réus, conforme a natureza e circunstâncias dos delitos.

A partir daí, todas as cartas políticas brasileiras, a exemplo da atual, contemplaram os direitos fundamentais, sob a forma de princípios constitucionais, visando à limitação do direito estatal de punir ou, em outras palavras, ao enaltecimento do devido processo penal.

A primeira Constituição da República, de 24 de fevereiro de 1891 (BRASIL, 199-b), substancialmente orientada pela Constituição norte-americana de 1787 – em vigor desde 21 de junho de 1788 (ESTADOS UNIDOS, 1992), além de repetir o rol disposto na Carta Política do Império<sup>44</sup>, inovou ao incluir o *Habeas Corpus*, remédio constitucional usado para fazer valer o cumprimento de direitos fundamentais, como o da liberdade e o da presunção da inocência – ou da não culpabilidade.

Quanto à concepção de manutenção de um indivíduo na prisão antes da condenação, o sentido protetivo daquele documento político foi mais adiante porque, muito embora excepcionasse os casos especificados em lei, firmou que “ninguém poderá ser conservado em prisão sem formação da culpa” (art. 72, §14º) (BRASIL, 199-b). Nesse mesmo dispositivo, completou o legislador constituinte que o indivíduo não poderia ser levado à prisão se prestasse fiança nos casos em que a lei admitisse.

Embora num primeiro momento se entenda que houve ali apenas um aperfeiçoamento redacional dos direitos fundamentais, não se pode desconsiderar as inovações trazidas pela Constituição de 1891 (BRASIL, 199-b) em matéria processual penal, que contemplou a ampla defesa, a elevação do tribunal do júri a *status* constitucional e, por fim, com inspiração na nona emenda da Constituição norte-americana (ESTADOS UNIDOS, 1992), a alusão expressa de que os direitos fundamentais nela declarados não seriam os únicos reconhecidos aos homens,

<sup>43</sup> No entanto, a Constituição de 1824 (BRASIL, 199-a) destinava-se a poucos brancos e mestiços que eram eleitores, permanecendo os escravos excluídos dos efeitos das novas disposições.

<sup>44</sup> Foram mantidos na Constituição de 1891 os princípios da igualdade (art. 72, §2º), do juiz natural e da reserva legal (art. 72, §13º), da vedação do foro privilegiado (art. 72, §23º), da inviolabilidade de domicílio (art. 72, §11º) e da correspondência (art. 72, §18º), além da instituição do Júri.

pois possível a inserção ou reconhecimento de outros não enumerados, que são decorrência lógica da estrutura principiológica abraçada (art. 78) (BRASIL, 199-b).<sup>45</sup>

Sob uma nova realidade mundial do constitucionalismo social do século XX, a Constituição Republicana, de 16 de julho de 1934 (BRASIL, 199-d), ao romper com o modelo liberal, buscou impor uma concepção de Estado mais forte e contemplou outra categoria de direitos fundamentais, com viés social, sem, contudo, deixar de assegurar os direitos individuais, que, digno de nota, foram praticamente copiados da Carta Política anterior.

Como principal inovação, a Constituição de 1934 inseriu, no ordenamento jurídico, a regra que torna incabível a decretação da prisão por dívidas, multas ou custas (art. 112, XXX) (BRASIL, 199-d).

Quanto à liberdade provisória, a Constituição de 1934 (BRASIL, 199-d) não deixou de prever, assim como o fizeram as anteriores, que “ninguém ficará preso, se prestar fiança idônea, nos casos por lei estatuídos” (art. 113) (BRASIL, 199-d).

Por sua vez, a Constituição seguinte, de 10 de outubro de 1937 (BRASIL, 199-e), de características autoritárias predominantes da época – período anterior à Segunda Guerra Mundial –, descreveu, em seu art. 122, um reduzido rol de direitos fundamentais. Embora tenha inovado ao vedar a possibilidade de aplicação de penas perpétuas, houve acentuada diminuição de preceitos, inclusive reintroduziu a pena de morte para crimes políticos e certos tipos de homicídio, além do tribunal de exceção.

A par disso, conforme ensinamentos de Walter Nuns Silva Júnior, aquela Constituição inseriu restrições às declarações dos direitos individuais<sup>46</sup> e mudou completamente o discurso que tinha feito emergir o movimento constitucionalista moderno decorrente da Revolução Francesa e da Independência Americana. Para além disso, abandonou a noção de constituição como instrumento de limitação do poder estatal para arregimentar a doutrina do paradigma protecionista do Estado (SILVA JÚNIOR, 2008, p. 209-210).

No que respeita à prisão provisória, é evidente o retrocesso dos direitos fundamentais, em especial, o da presunção da inocência, que foi enfraquecido ao se abolir, àquela altura, o instituto da fiança. A propósito, de todas as cartas constitucionais, apenas a Constituição de

---

<sup>45</sup> A Constituição de 1988, pelo art. 5º, parágrafo §2º, com redação um pouco distinta da de 1934, descreve que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL, 1988).

<sup>46</sup> Apesar de repetir diversas cláusulas constantes nas Constituições anteriores, os direitos e garantias individuais passaram a ter como limite aquilo que o Governo entendesse por “bem público, as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado em nome dela constituído e organizado nesta Constituição” (art. 123) (BRASIL, 199-e).

1937 (BRASIL, 199-e) deixou de inserir a fiança em seu texto, como meio de obtenção da liberdade provisória.

Como foi de praxe na Constituição de 1937, apesar de afirmar que “ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada” (BRASIL, 199-e), abriu-se temerária exceção ao admitir a restrição da liberdade individual “pela autoridade competente, em virtude de lei e na forma por ela regulada” (art. 122, alínea 11) (BRASIL, 199-e). Assim, por esse dispositivo constitucional, não apenas o juiz, mas também outras autoridades públicas, eleitas competentes pela norma, poderiam decidir pela constrição da liberdade da pessoa.

Infere-se, pois, que aquele quadro de declarações dos direitos fundamentais antes constatado nas Constituições antecessoras foi de certa forma abandonado, o que revelou qual teria sido o propósito do governo político, restando patentes os reflexos negativos, principalmente, no processo penal.

A Constituição seguinte, de 18 de setembro de 1946 (BRASIL, 199-f), repetiu os direitos consagrados na Constituição de 1937 e dispôs, expressamente, dentre outros, sobre os concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade (art. 141), bem como que “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça de direito individual” (art. 141, §4º) (BRASIL, 199-f).

Acompanhando o movimento humanístico que aflorou após a Segunda Guerra Mundial, essa Constituição fora promulgada antes mesmo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948 (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2009), fazendo uma bem elaborada declaração de direitos fundamentais, disposta nos trinta e oito parágrafos do art. 141 (SILVA JÚNIOR, 2008, p. 214).

Resgatou-se a fiança no art. 141, §21, que dispõe que “ninguém será levado à prisão ou nela detido se prestar fiança permitida em lei” (BRASIL, 199-f), bem como a normatização relativa à ampla defesa, com todos os recursos a ela inerentes.

Já no governo militar, o Projeto da Constituição, elaborado pelo Presidente da República, foi homologado – se se pode assim dizer – pela Assembleia Constituinte, em 24 de janeiro de 1967.

Apesar de ser o reflexo da vontade do governo à época, de caráter autoritário e arbitrário, a Constituição de 1967 igualmente previu um capítulo de direitos e garantias individuais, trazendo, no art. 150 (BRASIL, 199-h), pela primeira vez, o sigilo das comunicações telefônicas e telegráficas.

Silva Júnior, sobre o período, ressalta que a homenagem aos direitos fundamentais não passou de uma retórica, pois, na prática, o governo militar, cada vez mais, realçava o seu caráter



repressivo, o qual combatia quem se enveredasse a pensar de forma diversa, banalizando o sofrimento humano e a própria vida das pessoas (SILVA JÚNIOR, 2008, p. 215).

Assim como nas Constituições anteriores, a de 1967, em seu artigo 150, §12, fez menção à fiança e aduziu que:

Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita de autoridade competente. A lei disporá sobre a prestação de fiança. A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao Juiz competente, que a relaxará, se não for legal. (BRASIL, 199-h).

Por fim, a Constituição atual, promulgada em 5 de outubro de 1988 (BRASIL, 2019a), trouxe, na parte inicial, logo após o título que trata dos princípios fundamentais da República, um conjunto institucionalizado de direitos e garantias do indivíduo, tendo por finalidade precípua o respeito à dignidade humana por meio de sua proteção contra o arbítrio estatal.

Prescreveu o legislador constituinte, no artigo 5º, caput, da Constituição da República, que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.” (BRASIL, 2019a).

Há, ainda, outros princípios insertos em meio aos 78 incisos e quatro parágrafos do artigo 5º, da Constituição (BRASIL, 2019a), como, a título de ilustração, o da legalidade, da reserva legal<sup>47</sup>, da inafastabilidade e o da individualização das penas.

Princípio constitucional diretamente relacionado ao presente trabalho é o do art. 5º, LIV, que descreve que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 2019a). Tem-se, outrossim, o inciso LVII do multicitado artigo, que diz que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.” (BRASIL, 2019a). Por fim, não menos importante é o inciso LXVI, que dispõe que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.” (BRASIL, 2019a).

Da primeira Carta Política até a vigente, segundo os excertos de Eugênio Pacelli de Oliveira, muito se fez e em todos os cantos da cultura processual se consolidou um conjunto de princípios e garantias, que tanto se identificou com a cláusula *due process of law* do direito anglo-americano moderno (OLIVEIRA, 2018, p. 35-41, 2009, p. 155-157).

---

<sup>47</sup> O princípio da legalidade significa submissão à lei, enquanto que o da reserva legal tem abrangência mais restrita, ou seja, por esse, fica certo que qualquer comando jurídico que imponha comportamento forçado há de provir de uma das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras do processo legislativo constitucionalmente descrito. Como exemplo, citam-se os seguintes dispositivos da Constituição da República: o artigo 68, §1º, “b”, que impede a delegação legislativa sobre direitos individuais; o artigo 22, I, que dispõe que compete privativamente à União legislar sobre direito penal e processual; e o artigo 62, §1º, “b”, que veda a edição de medidas provisórias sobre matéria de direito penal e processual penal (BRASIL, 2019a).

E de uma interpretação simples e literal dos incisos transcritos acima, Eugênio Pacelli de Oliveira ousou afirmar, a priori, que a privação da liberdade deve ser sempre exceção. Outra conclusão, de fácil percepção, é que, se uma pessoa foi presa em flagrante delito, a regra seria a devolução da sua liberdade, por ser ela um inegável direito individual fundamental, de quem não pode ser considerado culpado, senão após regularmente processado e transitada em julgado a sentença condenatória (OLIVEIRA, 2018, p. 505-506).

Nessa mesma linha, segundo Antônio Scarance Fernandes, ultrapassada aquela posição anterior de que a regra era a prisão durante o processo, hoje, em razão da presunção inicial de inocência, deve ela ser a liberdade do acusado, que será cerceada em maior ou menor grau em consonância com critérios expressamente definidos pelo legislador de forma taxativa (FERNANDES, 2002, p. 31).

Há que se destacar, ainda, que a Constituição vigente incorporou expressamente, ao contrário das demais antes citadas, o princípio do devido processo legal, cujo teor remonta ao artigo XI, nº 1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2009).

No entanto, se até o momento os princípios individuais descritos reduzir-se-iam à regra de que ninguém seria mantido na prisão se a lei admitisse a liberdade provisória, o mesmo legislador constituinte originário problematizou o tema, ao dispor, pelo artigo 5º, XLIII, que:

Art. 5º [...]:

.....

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos<sup>48</sup>, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; (BRASIL, 2019a).

O inciso XLII do mesmo artigo corrobora o embate, prevendo que “a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.” (BRASIL, 2019a).

Ocorre que, talvez sob o domínio do discurso da lei e da ordem, a Assembleia Constituinte fez renascer no ordenamento jurídico pátrio a figura da manutenção obrigatória do indivíduo na prisão, mesmo sem pena e ou sujeição ao devido processo legal.

O que se viu, a partir de então, foi uma antecipação do juízo valorativo sobre a culpabilidade do agente, no sentido de sua responsabilidade criminal, ligada exclusivamente ao

---

<sup>48</sup> O legislador infraconstitucional elencou no artigo 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (BRASIL, 2018c), os delitos considerados hediondos.

mérito do caso em exame, para se decidir questão estritamente processual e cautelar, a saber, sobre o seu direito de responder solto, ou não, ao processo.

Ao contrário de muitos autores que, em boa parte, não aceitaram esse caminho legislativo pontual, a jurisprudência, com algumas exceções, mostrou-se rigorosa ao interpretar os dispositivos legais atinentes à prisão e à liberdade (FERNANDES, 2002, p. 332).

Em qualquer das Constituições anteriores, não se verificou, de forma expressa, dispositivo de igual teor ou de mesma repercussão junto aos direitos e garantias individuais.<sup>49</sup>

Nesse particular, inferiu-se que a interpretação emprestada outrora pelo Supremo Tribunal Federal à Constituição<sup>50</sup>, muito embora fizesse menção, de forma expressa, aos direitos e garantias fundamentais, como o da liberdade e da presunção de inocência – ou da não-culpabilidade –, tornava igualmente obrigatória a custódia processual àqueles presos em flagrante pela suposta prática de qualquer tipo penal inserto no rol de delitos apontados como inafiançáveis.

Entretanto, processualistas não se curvaram àquele não mais prevalente entendimento dos Tribunais Superiores e lutaram incessantemente para que a posição jurisprudencial fosse modificada, no sentido de ser possível a concessão da liberdade provisória mesmo nos casos de prática de crimes inafiançáveis (BATISTA, 1981, p. 60-61; TOVO, P.; TOVO, J., 1989, p. 19-20).

Dos dizeres de Luiz Flávio Gomes, a presunção de inocência:

[...] impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade, seja por situações práticas, palavras, gestos, etc., podendo-se exemplificar: [...] a decretação ou manutenção de prisão cautelar desnecessária, a exigência de se recolher à prisão para apelar, etc. (GOMES, 1998, p. 114).

Nesse sentido, Eugênio Pacelli de Oliveira é esclarecedor ao afirmar que:

O sistema prisional do Código de Processo Penal de 1941, em sua primitiva redação, foi elaborado e construído a partir de um juízo de antecipação de culpabilidade (aqui referida no sentido lato, de responsabilidade penal), na medida em que a fundamentação da custódia (ou prisão) referia-se à lei, e não a uma razão cautelar específica.

Todavia, desde a Constituição da República, em 1988, e, mais particularmente, desde a Lei n° 11.719, de 2008, que promoveu profundas alterações na matéria, ninguém pode negar a atual realidade do Direito Processual Penal brasileiro: toda e qualquer prisão antes do trânsito em julgado da condenação deverá se fundar em ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, nos exatos termos em que se acha disposto no art. 5º, LXI, [...]. (OLIVEIRA, 2018, p. 508-509).

E não se quedou Antônio Scarance Fernandes, ao aduzir que aquelas correntes:

[...] são manifestações legislativas e jurisprudenciais reveladoras de descrença injustificável em relação ao juiz, retirando-lhe o poder de, em cada caso, verificar a

<sup>49</sup> A inafiançabilidade prevista nos incisos XLII, XLIII e XLIV, do artigo 5º, da Constituição (BRASIL, 2019a), atinge tão somente réus presos em flagrante, não abrangendo hipóteses em que o agente está solto.

<sup>50</sup> *Habeas Corpus* n° 93940-6/SE (BRASIL, 2008a).

necessidade da prisão. Fica impedido de liberar a pessoa presa em flagrante quando as circunstâncias do caso evidenciarem não ser necessária a custódia. (FERNANDES, 2002, p. 333).

Por sua vez, Walter Nunes Silva Júnior, ao rebater o entendimento outrora adotado pelos Tribunais Superiores, asseverou que:

Com o devido respeito, essa tese tinha o condão de ressuscitar, sim, ainda que por via oblíqua, a indesejável prisão preventiva obrigatória, acontecimento que o Ministro Sepúlveda Pertence [...] disse que nem mesmo o terrorismo penal em moda ainda não ousou chegar. Se quando há vedação expressa quanto à concessão da liberdade provisória, em caso de prisão em flagrante, mesmo que não haja os fundamentos para a decretação da prisão preventiva, ainda sim a pessoa deve permanecer presa, tem-se, aí, hipótese em que a prisão processual é imposta sem que haja a sua necessidade. Ela será imposta apenas em razão da vontade da lei, ou seja, ela é obrigatória, pois o juiz, nesse caso, não pode deixar o agente responder o processo em liberdade, ainda que não tenha nenhum motivo para determinar que ele fique preso. [...] Esse pensamento, além de afrontar a natureza acautelatória de toda e qualquer prisão de ordem processual, tem o condão de resgatar a anterior função desempenhada pela prisão em flagrante no sistema prisional, que havia, desde a introdução do parágrafo único ao art. 310 do Código de Processo Penal, sido afastada de nosso meio, o que, para todos os efeitos, é um retrocesso. (SILVA JÚNIOR, 2008, p. 904-905).

Como se viu, a interpretação da Constituição mitigou direitos e garantias fundamentais ao ampliar a prisão processual e restringir excessivamente a liberdade provisória, chegando-se a vedá-la integralmente, num determinado momento da história, quanto aos crimes hediondos (dispositivo do art. 2º, II, da Lei de Crimes Hediondos, em sua redação original) (BRASIL, 2018c). De se ressaltar, tudo isso se deu num período em que a Constituição vigente acenava para a necessidade de se alcançar o equilíbrio entre os anseios pela segurança social e a liberdade individual.

### **5.1.2 A liberdade provisória na legislação infraconstitucional**

Superada a análise do tratamento dispensado pelas Constituições – do Império e todas as da República – ao longo dos anos, cumpre trazer a lume a vontade também do legislador infraconstitucional, para se estabelecer a trajetória delineada pelos representantes da sociedade.

#### *5.1.2.1 O Código de Processo Criminal do Império*

Antes de se perfilar o arcabouço legal infraconstitucional em vigor no Brasil, que regulamenta os preceitos dispostos na Constituição da República (BRASIL, 2019a), relativos à liberdade provisória, não seria apropriado deixar de fazer uma breve citação acerca da primeira norma que tratou, expressamente, da questão.

Em verdade, o marco inicial da substantivação do direito à liberdade provisória, por legislação ordinária, deu-se com a edição do denominado Código de Processo Criminal de Primeira Instância, de 29 de novembro de 1832<sup>51</sup> (BRASIL, 199-o), cuja elaboração já havia sido determinada no texto constitucional à época vigente.

Esse primeiro diploma processual penal foi liberal, ofereceu muitas garantias de defesa aos acusados e conferiu e valorizou funções importantes aos juízes.

Até a vigência desse Código de Processo Criminal, dominava a regra da prisão provisória obrigatória, a qual foi relativizada com a inserção da fiança na ordem jurídica, em que o preso em flagrante poderia se ver livre do cárcere mediante pagamento de quantia monetária ou depósito de bem de valor econômico.

Foi por meio do art. 100 daquela norma processual (BRASIL, 199-o) que se inseriu a fiança real no ordenamento jurídico pátrio à época vigente:

Nos crimes que não tiverem maior pena do que a de seis meses de prisão ou desterro para fora da comarca, poderá o réo livrar-se solto. Também poderá livrar-se solto, nem mesmo será conservado na prisão, se nella já estiver, prestando fiança idônea nos crimes não exceptuados no artigo seguinte. (BRASIL, 199-o).

Normas posteriores, como a Lei nº 261, de 3 de dezembro de 1841 (BRASIL, 199-v), o Regulamento nº 120, de 31 de janeiro de 1842 (BRASIL, 199-v) e a Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871 (BRASIL, 199-p), trouxeram alterações ao Código de Processo Criminal e algumas inovações<sup>52</sup> na seara processual penal, as quais serviram de alicerce para a elaboração do Código de Processo Penal de 1941 (BRASIL, 2018a), hoje vigente no Brasil.

#### *5.1.2.2 O Código de Processo Penal de 1941*

Passando, pois, à perspectiva histórica de interesse desse trabalho, tem-se por examinar, primeiramente, o Código de Processo Penal de 1941 (BRASIL, 2018a).

Editado num período quando o regime predominante era o antidemocrático, sob a vigência da Constituição da República de 1937<sup>53</sup>, o Código de Processo Penal – Decreto Lei nº

---

<sup>51</sup> Pouco antes, em 16 de dezembro de 1830, a edição do Código Criminal do Império pôs fim à indefinição do sistema penal material brasileiro, no que diz respeito aos tipos penais e à graduação das sanções.

<sup>52</sup> O inquérito policial foi instituído pela Lei 2.033/1871 (BRASIL, 199-o), como instrumento de investigação de crimes e de autoria realizada pela Polícia Judiciária.

<sup>53</sup> Como já examinado, nessa época, dada a instabilidade política interna e externa, agravada com a deflagração da Segunda Grande Guerra, os direitos fundamentais foram consideravelmente restringidos.

3.689, de 3 de outubro de 1941 (BRASIL, 2018a) – foi mais um dos instrumentos do Estado ditatorial para fazer valer sua filosofia política de repressão.<sup>54</sup>

Nesse norte, segundo Walter Nunes da Silva Júnior, o processo penal, ao invés de ser admitido como limitador do exercício do poder de punir<sup>55</sup>, que não tinha limites, transforma-se em ferramenta à disposição do Estado para utilização e legitimação da força, em detrimento dos direitos humanos consagrados ao longo dos tempos (SILVA JÚNIOR, 2008, p. 273).

Chegara o momento, completa esse autor, da corrente da defesa e segurança social, criada pela Escola Positiva, como justificativa político-filosófica para legitimação de um Estado forte em matéria criminal.

Inspirado na legislação processual italiana da década de 1930, em pleno regime fascista, o diploma processual pátrio foi elaborado em bases autoritárias e de apelo repressivo.

Em seu texto primitivo, apenas para fim de ilustrar sua perspectiva sobremaneira persecutória, até mesmo a sentença absolutória não se via apta a restituir a liberdade do réu – redação original, hoje alterada, do art. 596 (BRASIL, 2018a), como também, dependendo da pena abstrata cominada ao crime, recebida a denúncia, decretava-se a prisão preventiva do acusado, como se culpado fosse (redação original, hoje alterada, do art. 312)<sup>56</sup> (OLIVEIRA, 2018, p. 5-6).

Como se percebe, o princípio que emprestava norte ao Código Processual Penal (BRASIL, 2018a) era o da presunção da culpabilidade.<sup>57</sup>

De maneira explícita, foram apontadas por Eugênio Pacelli de Oliveira as características mais relevantes do diploma processual, quando de sua elaboração: (a) o acusado é tratado como potencial culpado, sobretudo quando preso em flagrante; (b) entre a tutela da segurança pública e a tutela da liberdade individual, deveria prevalecer a preocupação com a primeira, através de uma fase investigatória extremamente inquisitorial; e (c) a busca da verdade real não possuía contornos, descaracterizando o viés acusatório da persecução processual penal (OLIVEIRA, 2018, p. 6-7).

---

<sup>54</sup> Para melhor esclarecimento acerca do viés político-filosófico-repressivo do Código de Processo Penal de 1941, recomenda-se a leitura do item 1.4.4 da obra do professor Walter Nunes da Silva Júnior (SILVA JÚNIOR, 2008, p. 145-154).

<sup>55</sup> Ideias principiológicas de Beccaria (BECCARIA, 2005).

<sup>56</sup> A propósito, como se verá adiante, é o que ocorre hoje com a legislação relativa aos crimes hediondos, dos crimes organizados e dos crimes de lavagem de dinheiro, que vedavam a concessão da liberdade provisória ao preso em flagrante.

<sup>57</sup> Eugênio Pacelli de Oliveira aduz que a presunção de culpa veio da cultura fascista e autoritária, no sentido de que a acusação implicava antecipação de culpa, ou seja, ninguém acusa quem é inocente (OLIVEIRA, 2018, p. 6-7).

A partir do ano de 1967<sup>58</sup>, porém, antes mesmo da promulgação da Constituição de 1988 (BRASIL, 2019a), o Legislativo promoveu profundas mudanças no Código de Processo Penal (BRASIL, 2018a), em que foram flexibilizadas diversas regras restritivas do direito à liberdade.

Volvendo aos ensinamentos de Eugênio Pacelli de Oliveira:

A nova ordem passou a exigir que o processo não fosse mais conduzido, prioritariamente, como mero veículo de aplicação da lei penal, mas, além e mais que isso, que se transformasse em um instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado. (OLIVEIRA, 2018, p. 8).

Conforme já acentuado alhures, em matéria de liberdade provisória, a Constituição de 1988, no art. 5º, inc. LXVI, estipulou que “ninguém será levado a prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança” (BRASIL, 1988).

Evidenciada, pois, a importância do princípio da legalidade e o trabalho do Legislativo, resta claro que, para se avançar no presente trabalho, deve ser enumerado o arcabouço legal infraconstitucional em vigor – que hoje regulamenta o direito à liberdade provisória no Brasil, bem como feitas as considerações pertinentes.

### *5.1.2.3 Os parâmetros definidos pelo Legislativo acerca da liberdade provisória após a Lei nº 12.403/2011*

O Legislativo, mediante a edição da Lei nº 12.403 (BRASIL, 2011), em vigor desde o dia 4 de julho de 2011, teve como finalidade precípua evitar o encarceramento provisório do acusado, vindo, por consequência, a alterar diversos dispositivos do Título IX do Código de Processo Penal (BRASIL, 2018a), que trata dos institutos da liberdade provisória, da prisão processual e, agora, das medidas cautelares diversas da prisão, previstas em seu art. 319.

Partindo do corolário de que toda e qualquer prisão provisória deve ser fundada na necessidade ou indispensabilidade da imposição, a ser aferida em decisão fundamentada, por não deixar de ser forma de execução antecipada, o legislador, visando a estancar o uso excessivo do instituto, decidiu por incluir no Código de Processo Penal (BRASIL, 2018a) hipóteses específicas e expressas para a sua decretação, além dos requisitos e pressupostos já existentes previstos no art. 312 do mesmo diploma processual.

A corroborar tal assertiva, a Lei nº 12.403/2011 (BRASIL, 2011) incluiu, dentre outros dispositivos, o §6º ao art. 282 do Código de Processo Penal (BRASIL, 2018a), cujo texto,

---

<sup>58</sup> Podem ser citadas as Leis nº 5.349/1967 (BRASIL, 199-r), nº 5.941/1973 (Lei Fleury) (BRASIL, 199-s) e 6.416/1977 (BRASIL, 199-t), cujas alterações advindas promoveram profundas mudanças frente ao direito fundamental da liberdade e o princípio da presunção da inocência, ou da não culpabilidade.

acentuando o caráter subsidiário da prisão processual, descreve que “a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).” (BRASIL, 2018a).

Ponto fulcral da alteração promovida pelo Legislativo se encontra na nova redação do art. 283 do Código de Processo Penal (BRASIL, 2018a), que distanciou sobremaneira os institutos da prisão provisória e a definitiva – que se constitui somente após o devido processo legal:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (BRASIL, 2018a).

Em outras palavras, o legislador somente permitiu a prisão antes do trânsito em julgado quando restarem demonstradas no caso concreto razões que efetivamente autorizem a custódia preventiva, as quais se encontram insertas nos dispositivos dos art. 312 e 313 do Código de Processo Penal (BRASIL, 2018a).

Tal entendimento, digno de nota, encontra amparo expresso na Constituição de 1988, nos incisos LIV e LVII do seu art. 5º:

Art. 5º [...].

.....

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

.....

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. (BRASIL, 2019a).

Com base na nova diretriz do Congresso Nacional, trazida pela Lei nº 12.403/2011 (BRASIL, 2011), pode-se afirmar que o juiz, quando da ciência de um caso de prisão em flagrante, nos termos do art. 310 do Código de Processo Penal (BRASIL, 2018a), deverá: (i) relaxá-la (inciso I); (ii) convertê-la em preventiva, se se revelarem insuficientes as medidas cautelares do art. 319 do Código de Processo Penal (inciso II); ou (iii) conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança (inciso III) (BRASIL, 2018a).

Conforme mencionado outrora, juntamente dos fundamentos e pressupostos, o regramento processual pátrio, com as alterações advindas da Lei nº 12.403/2011 (BRASIL, 2011), passou a exigir, para a decretação da prisão preventiva, que o caso também se enquadre em determinadas hipóteses.

Em outras palavras, além dos pressupostos e requisitos há pouco citados, previstos no art. 312 do Código de Processo Penal (BRASIL, 2018a), o legislador ordinário passou a exigir que essa medida constriativa poderá ser decretada somente nas hipóteses elencadas no art. 313



do mesmo diploma processual (BRASIL, 2018a). Trata-se de introdução de um novo empecilho/obstáculo pelo advento da Lei nº 12.403/2011 (BRASIL, 2011), para a decretação da prisão preventiva, o que a torna ainda mais excepcional.

Colhendo-se do art. 313 do Código de Processo Penal (BRASIL, 2018a), não se pode decretar a prisão preventiva fora dos casos ali previstos, a saber: (i) crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos; (ii) acusado reincidente em crime doloso; (iii) crime que envolva violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução de medidas protetivas de urgência; e (iv) quando houver dúvida sobre a identidade civil de pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la.

Em relação ao momento da sua decretação, o art. 311 do Código de Processo Penal passou a dispor que:

Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). (BRASIL, 2018a).

De uma simples leitura do texto legal, infere-se que, durante o inquérito, é vedado ao juiz decretar de ofício a prisão preventiva, ou seja, somente poderá fazê-lo mediante provocação – requerimento do Parquet ou representação da autoridade policial. Durante o processo, ao contrário, poderá o juiz agir de ofício e decretar a prisão preventiva do agente, desde que, claro, presentes os pressupostos, requisitos e hipóteses de seu cabimento, dispostos nos art. 312 e 313 do Código de Processo Penal (BRASIL, 2018a).

Outra questão a ser levantada diz respeito às modalidades da prisão preventiva. Como já visto, o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, vai relaxá-la, convertê-la em preventiva ou conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança. Mas existem situações em que o agente não foi preso em flagrante e, mesmo assim, há a necessidade de se restringir sua liberdade. Surgem, daí, três situações distintas.

A primeira trata da prisão preventiva decretada autonomamente, cujo alicerce legal está previsto no art. 311, quando presentes quaisquer dos requisitos do art. 312 e as hipóteses do art. 313, todos do Código de Processo Penal (BRASIL, 2018a).

A segunda situação diz respeito à prisão decorrente da conversão do flagrante, prevista no art. 310, II, do Código de Processo Penal (BRASIL, 2018a). É a prisão convertida ou transformada e, nesse caso, a lei exige tanto a ocorrência de uma das situações de urgência previstas no art. 312 do Código de Processo Penal, quanto a insuficiência de outra medida cautelar em substituição à prisão (art. 319) (BRASIL, 2018a).

A terceira e última situação trata da prisão preventiva imposta em substituição à medida cautelar que se viu descumprida, cuja previsão legal está abarcada no art. 282, §4º, do Código de Processo Penal (BRASIL, 2018a). Neste caso, bastaria a presença dos requisitos constantes no art. 312 do Código de Processo Penal (BRASIL, 2018a) e que nenhuma outra medida menos constritiva se revelasse suficiente para garantir os fins do processo ou da investigação.

Como pode se ver, o legislador, no exercício de sua função representativa, ao longo dos últimos anos, tem demonstrado clara intenção de tornar as prisões processuais, em especial a preventiva, cada vez mais excepcionais, autorizando sua imposição somente em situações extremas, dado o viés garantista exposto na Constituição – incisos LIX e LVII do art. 5º (BRASIL, 2019a), replicado, em 2011, no Código de Processo Penal, no seu art. 283 (BRASIL, 2018a).

Em outras palavras, o Legislativo, legitimamente competente para decidir sobre tais questões morais, tem deliberado no sentido de se dar predomínio à regra de que apenas com o esgotamento do processo poderá uma pessoa dar início ao cumprimento da pena, tornando mais tênues as situações em que caberá a prisão preventiva.

### **5.1.3 Projeto de Lei nº 8.045/2010: revoga o Código de Processo Penal**

Feitas essas considerações sobre o caminho já trilhado e a orientação mais recente do Legislativo, é importante mencionar projetos que se encontram em andamento no Congresso Nacional, mantendo-se a finalidade de captar ou perceber a vontade do povo brasileiro, que se traduz nos trabalhos de seus representantes.

O Projeto de Lei nº 8.045/2010 (BRASIL, 2010b) foi resultado da criação, por parte do Senado, de uma comissão de juristas que, desde o ano de 2008, vem debatendo, juntamente dos mais diversos segmentos da sociedade, sobre a instituição de um novo Código de Processo Penal, que terá o condão de revogar integralmente o vigente, se aprovado nas casas legislativas e sancionado pelo Executivo.

Pelo relatório do projeto, afere-se de forma clara a intenção do Parlamento de debater sobre questões como, de um lado, a proteção de direitos e garantias fundamentais e, de outro, a tutela da persecução penal efetiva. Ato contínuo do Congresso Nacional, instaurou-se uma comissão especial em março de 2015, e, até 2018, já haviam sido aprovadas centenas de requerimentos, realizadas dezenas de reuniões, audiências públicas e encontros regionais nos estados do Brasil, sendo ouvidos a sociedade civil e órgãos públicos encarregados da persecução penal (BRASIL, 2010b).

Sob evidente influência do Supremo Tribunal Federal, no julgamento paradigma da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo 964246/SP (BRASIL, 2016c), redobrou-se o esforço de alguns membros da Câmara Federal de incluir no texto do projeto que a interposição de recursos extraordinário e especial não obsta o cumprimento da sentença condenatória confirmada em segunda instância. A propósito, no tópico 1.16 do relatório, colhe-se que:

O que popularmente se conhece como cumprimento da pena após o julgamento de segundo grau recebeu tratamento técnico-jurídico. Como a hipótese em tela não se resume aos casos em que o início da submissão à pena derivaria do julgamento recursal em segundo grau, cunhou-se uma fórmula que representa de maneira global o fenômeno. Assim, atento à conclusão trazida pelo pranteado ministro Teori Zavascki, de que definida a culpabilidade nas instâncias ordinárias, em que se exaure o exame fático-probatório, já seria possível a sujeição à reprimenda, estabeleceu-se o seguinte comando:

“Concluído o julgamento colegiado, do qual não caiba recurso ordinário de decisão condenatória ou de confirmação de condenação, o escrivão ou o chefe de secretaria, independentemente de despacho, providenciará o início da execução penal.”. (BRASIL, 2010b).

A par disso, outros membros da Câmara dos Deputados<sup>59</sup>, nos últimos anos, propuseram projetos de lei para alterar desde já o Código de Processo Penal (BRASIL, 2018a), com o fim de tornar obrigatória a execução provisória da pena quando exauridos todos os recursos dispostos ao réu na segunda instância.

Sobre a questão da possibilidade de execução provisória da pena em segunda instância, como fruto dos trabalhos realizados na Câmara Federal, veja-se a redação do projeto do novo Código de Processo Penal:

Art. 562. Antes da decisão colegiada condenatória ou de confirmação da condenação da qual não caiba recurso ordinário, a prisão é limitada às seguintes modalidades:

I - prisão em flagrante;

II - prisão preventiva;

III - prisão temporária. (BRASIL, 2010b).

Portanto, no que tange aos projetos de lei em tramitação no Parlamento, com os últimos comandos exarados nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, nota-se uma disposição de alteração do viés garantista de parte dos seus membros, que outrora emergiu expressamente no ordenamento pelo art. 283 do Código de Processo Penal (BRASIL, 2018a), após a alteração da Lei nº 12.403/2011 (BRASIL, 2011).

---

<sup>59</sup> A título de ilustração, têm-se: o Projeto de Lei nº 3.477/2015, do Deputado Rubens Pereira, e o Projeto de Lei nº 5.361/2016, do Deputado Tenente Lúcio (BRASIL, 2016a).

Por certo, os debates no plenário das suas casas do Legislativo, em momento oportuno, emprestarão ampla audiência da sociedade, por se tratar a matéria de relevante dissenso moral e enorme repercussão entre os seus membros.

Registre-se, por fim, que tal projeto se encontra em tramitação na Câmara Federal, na fase de apresentação de requerimentos de diligências diversas e de realização de audiências públicas (BRASIL, 2010b).

#### **5.1.4 Propostas de Emenda Constitucional 5/2019 e 199/2019**

Além do Projeto de Lei nº 8.045/2010 (BRASIL, 2010b), há pouco analisado nesse trabalho, tramitam no Congresso Nacional duas propostas de reforma constitucional, a saber, a Proposta de Emenda à Constituição nº 5/2019 (BRASIL, 2019e) e a de nº 199/2019 (BRASIL, 2019b).

A primeira visa a inserir o inciso XVI no art. 93 da Constituição (BRASIL, 2019a), para positivar a possibilidade de execução provisória da pena, após a condenação por órgão colegiado. Noutras palavras, com a revisão, passa-se a determinar que uma decisão condenatória proferida por órgão judicial colegiado deva ser executada imediatamente, independentemente do cabimento de eventuais recursos.

Atualmente, a proposta se encontra na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania para debates (BRASIL, 2019e).

A segunda, apresentada pelo Deputado Federal Alex Manente no dia 19 de novembro de 2019, que está aguardando parecer na Comissão Especial da Câmara dos Deputados, altera os artigos 102 e 105 da Constituição (BRASIL, 2019a), para transformar os recursos extraordinário e especial em ações revisionais de competência originária do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente (BRASIL, 2019b).

De se ver, ambas as propostas de reforma constitucional buscam possibilitar que decisões colegiadas, desde os Tribunais locais, adquiram executoriedade imediata, emprestando-se aos recursos especial e extraordinária natureza rescisória.

## **5.2 ANÁLISE DO CASO DA REPERCUSSÃO GERAL NO AGRAVO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 964246/SP**

Pelo julgamento da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo 964246/SP, ocorrido em 10 de novembro de 2016, Órgão Pleno<sup>60</sup> (BRASIL, 2016c) do Supremo Tribunal Federal, promoveu-se substantiva modificação do entendimento até então em vigor naquele e nos demais órgãos do Judiciário no Brasil.

Dito de outra maneira, o Supremo Tribunal Federal reacendeu discussão acerca da questão da possibilidade de início da execução da pena já desde a confirmação da condenação em segunda instância, questão que outrora já houvera sido amplamente debatida no Congresso Nacional ao se aprovar a Lei nº 12.403/2011 (BRASIL, 2011).

A guinada fizera assentar, ao menos até o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, ocorrido em 7 de novembro de 2019, Órgão Pleno (BRASIL, 2019g)<sup>61</sup>, o cabimento da expedição do mandado de prisão – ou guia de execução provisória – em desfavor de alguém com decreto condenatório reconhecido ou mantido em segunda instância, mesmo sem ver esgotados todos os meios dispostos em lei na busca pela comprovação de sua inocência, ou seja, sem firmar em definitivo sua responsabilidade criminal.

Tal entendimento foi de encontro à vontade do legislador infraconstitucional, que vinha demonstrando a preocupação em garantir a efetivação dos direitos fundamentais frente à ânsia estatal de punir antes mesmo da formação definitiva da culpa do agente como medida de defesa social para satisfazer o sentimento de justiça da sociedade, de preservação do sistema e de sua suposta confiabilidade.

Os limites institucionais da prisão preventiva, sob o enfoque dos dispositivos do art. 5º, LIV e LVII, da Constituição da República de 1988 (BRASIL, 2019a), bem como da (in)eficácia do há pouco elaborado dispositivo do art. 283 do Código de Processo Penal (BRASIL, 2018a), são pontos de discussão e análise.

Não podem ser olvidados os princípios insculpidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2009), a qual reforçou, após o colapso da Segunda Guerra Mundial, os valores universais dos direitos humanos, em especial, os artigos 8º e 11, que tratam do estado de inocência, do devido processo legal e prestação jurisdicional.

A partir daquela abordagem do Supremo Tribunal Federal sobre a execução provisória quase automática após a segunda instância, a qual alterou diametralmente sua posição anterior,

---

<sup>60</sup> No mérito, restaram vencidos os Ministros Celso de Mello, Dias Toffoli, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski. Não se manifestou a Ministra Rosa Weber.

<sup>61</sup> O Supremo Tribunal Federal, por maioria, julgou procedente a ações diretas para assentar a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal (BRASIL, 2018a).

conforme o *Habeas Corpus* nº 84078/MG, julgado em 5 de maio de 2009 pelo Órgão Pleno (BRASIL, 2010c), dúvidas surgiram no que diz respeito à atuação do Judiciário quando se defronta com os limites impostos na Constituição para se decretar medidas cautelares constritivas extremas.

Resta responder, então, a seguinte questão: podem fórmulas genéricas judiciais servir de substrato à prisão cautelar mesmo sem a presença dos respectivos requisitos previstos em lei?

A discussão é de extrema relevância, pois o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, por ter repercussão geral, em novembro de 2016, vinha vinculando os magistrados no sentido de se expedir mandados de prisão de condenados em Tribunais de segundo grau mesmo sem o esgotamento de recursos, com alteração substantiva e diametral do texto normativo em vigor no ordenamento.

A matéria em debate envolve a mitigação direitos fundamentais – como o do estado de inocência e do devido processo legal – frente à busca incessante de obtenção da duração razoável do processo.

Sobre essa alteração, vale trazer a lume parte das ementas dos julgados acima citados, ou seja, o *Habeas Corpus* nº 84078/MG e a Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo 964246/SP:

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos “crimes hediondos” exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: “Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente”. 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que “ninguém mais será preso”. Eis o

que poderia ser apontado como incitação à “jurisprudência defensiva”, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- “a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição”. Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida. (BRASIL, 2010c).

CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. 1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria. (BRASIL, 2016c).

Como já mencionado há pouco, o Parlamento, tanto ao promulgar a Constituição da República (BRASIL, 2019a), quanto em recente modificação do Código de Processo Penal, em seu art. 283, fez demonstrar a sua vontade no sentido de que:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (BRASIL, 2018a).

Vale reforçar, a legislação processual penal, atualizada pelo Parlamento no ano de 2011, com o advento da Lei nº 12.403 (BRASIL, 2011), explicitou a regra de que uma pessoa só poderia ter privada a liberdade em situação de flagrante delito, por decisão judicial pela prisão temporária ou preventiva ou, por fim, após sentença condenatória definitiva.

Digno de nota, o Projeto de Lei nº 4.208 (BRASIL, 2001), de iniciativa do Executivo, apresentado em 12 de março de 2001, que se transformou na Lei nº 12.403 (BRASIL, 2011), tramitou por mais de década no Congresso Nacional – Câmara dos Deputados e Senado Federal, foi objeto de apreciação em diversas comissões temáticas, incluindo-se a de Constituição e Justiça e de Cidadania, e foram juntados diversos pareceres de juristas sobre o tema para subsidiar e enriquecer o debate entre os seus membros (BRASIL, 2001).

A seu turno, o Supremo Tribunal Federal, voltando a reabrir o debate sobre a matéria, em patente contrariedade, decidiu em 2016 que não seria necessário aguardar o trânsito em julgado da condenação para se determinar o início do cumprimento da pena do agente infrator.

Levando em consideração os argumentos trazidos nesse trabalho, pode-se entender que a Lei nº 12.403 (BRASIL, 2011) foi produto do debate num parlamento razoavelmente comprometido com direitos, eleito por cidadãos insertos em instituições democráticas que se encontram em bom funcionamento, quando estava a se decidir entre opções relativas à flexibilização ou não do estado de inocência e o punitivismo.

Independentemente da anuência substancial da decisão judicial relativa à permissão de se antecipar a execução da pena privativa de liberdade, do ponto de vista da democracia, observa-se um déficit de representatividade nessa atuação maximizadora do Supremo Tribunal Federal.

O que se vê, de fato, foi a alteração do direito produzido legitimamente pelo Parlamento por meio de provocação *in concreto*, que significou verdadeira inovação no ordenamento e desarmonia com os princípios da democracia e da separação das funções sem qualquer deferência com os representantes do povo.



## 6 POR UM CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL LEGÍTIMO E DEMOCRÁTICO

Diante das considerações feitas e questões trazidas nesse trabalho, verifica-se a necessidade de reinterpretação da função do controle de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, para até mesmo que sejam superados os limites das máximas jurídicas, como a supremacia da Constituição e a defesa de direitos fundamentais em posição contramajoritária ou preservação da vontade da maioria como símbolo da democracia.

Como já destacado, viu-se no Estado brasileiro progressivo avanço da jurisdição constitucional sobre temas que de praxe vinham sendo ocupados pelas funções majoritárias – Legislativo e Executivo.

Até meados do século XX, conforme observado por Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto, vigorava o “[...] modelo hegemônico na Europa continental e em outros países filiados ao sistema jurídico romano-germânico [...]”, em que “[...] a regulação da vida social gravitava em torno das leis editadas pelos parlamentos, com destaque para os códigos.” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 120).

Não havia, no passado, efetivos mecanismos de controle de constitucionalidade de leis, os quais eram, digno de nota, considerados antidemocráticos. Porém, após o fim da Segunda Grande Guerra e a redemocratização de inúmeros países, modelos de controle de constitucionalidade começaram a surgir nos mais diversos ordenamentos, com a criação, em muitos casos, de tribunais constitucionais.<sup>62</sup> Aliado a isso, como observam Cláudio Pereira Souza Neto e Daniel Sarmento, “da análise histórica, verifica-se que controle de constitucionalidade e democracia, embora não se pressuponham, quase sempre florescem juntos” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 133).

A partir daí, tornou-se proeminente no globo o desenho de controle de constitucionalidade norte-americano, mesmo em Estados que adotaram, ao contrário dos Estados Unidos, constituições analíticas e dirigentes, cujos textos não se limitavam apenas a disciplinar o exercício do poder político e direitos individuais, o que fez acentuar o protagonismo das cortes constitucionais em face das funções políticas representativas.

---

<sup>62</sup> A Constituição alemã, em 1949, fez surgir o Tribunal Constitucional Federal. Pouco antes, em 1947, na Itália, estabeleceu-se uma Corte Constitucional. A França, Portugal, Espanha e outros países para além da Europa trilharam o mesmo caminho de garantia das respectivas Constituições por meio da jurisdição constitucional (SOUZA NETO, SARMENTO, 2013, p. 121).

No Brasil, somando-se a isso, o fortalecimento e a independência do Judiciário, o incremento de termos abertos na Constituição de 1988 (BRASIL, 2019a) – passíveis de leituras discrepantes por pessoas diferentes e de boa-fé na sociedade – e de novos modelos argumentativos, assim como uma maior consciência de direitos por parte dos membros da sociedade, em muito contribuíram para a judicialização da política e o ativismo judicial, transferindo-se para aquela função o poder da “última palavra” sobre o sentido da Constituição.

Mas como ressaltam Cláudio Pereira Souza Neto e Daniel Sarmiento, “[...] esta progressiva ampliação do controle de constitucionalidade não ocorre sem objeções.” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 125), ou seja, questiona-se a ausência de credenciais democráticas da jurisdição constitucional diante da dificuldade contramajoritária do Judiciário.

Nessa linha, o argumento da supremacia da Constituição não mais se revela suficiente para justificar, de per si, a jurisdição constitucional nos *hard cases* ou, seguindo a lógica desse trabalho, nos casos essenciais indicados por Jeremy Waldron.

Numa sociedade plural e heterogênea, cabe ao próprio povo ou seus representantes eleitos, no exercício de autogoverno, emprestar a interpretação que entenderem a mais adequada do texto constitucional sobre temas controvertidos políticos, sociais e morais relevantes, não a juízes de direito sem a escora do voto popular – numa espécie de poder constituinte permanente dos magistrados.

A se pensar em sentido contrário, a jurisdição constitucional, da forma protagonista como se tem colocado, não deixa de ser uma efetiva categoria de poder constituinte permanente, por ter a prerrogativa de retirar da Constituição, a todo momento, o significado das normas constitucionais, bem como solucionar dissensos morais de acordo com as preferências políticas pessoais de seus membros, em prejuízo das escolhas adotadas pelo Parlamento.

Sobre esse protagonismo, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira:

Assim, o exercício da jurisdição constitucional, sob o risco de afetar a democracia, o pluralismo e os direitos fundamentais, não deve assumir, do ponto de vista argumentativo da aplicação jurídica no Estado Democrático de Direito, uma posição de poder legislativo, concorrente ou subsidiário, e muito menos de poder constituinte permanente. (OLIVEIRA, 2001, p. 90).

E na esteira do que já propunha Carl Schmitt:

[...] a concessão ao Poder Judiciário da faculdade de controlar a validade das leis editadas pelo Legislativo acarretaria uma indevida ‘politização da justiça’, e poderia contribuir para uma pernicioso fragmentação da unidade estatal [...]. (SCHMITT apud SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 128-129).

E dessa tensão entre a democracia e a jurisdição constitucional se reconhece que a definição do espaço apropriado ao debate e conformação dos desacordos morais, sociais e

políticos de maior relevância entre grupos da sociedade, não alcança um modelo universal, válido ou de aplicação em qualquer contexto.

Porém, afastando-se daquela visão convencional de que a preservação da supremacia da Constituição cabe, em última análise, ao Supremo Tribunal Federal, mas também sem se pretender analisar as diversas respostas dadas à matéria pelas teorias constitucionais e filosóficas do direito e da política, o objetivo aqui delimitado é resgatar a dignidade do Legislativo e ascendê-lo como o ambiente central e legítimo de solução de controvérsias e desacordos, não em qualquer situação, registre-se, mas nos chamados casos essenciais, quando atendidos os pressupostos da teoria de Jeremy Waldron.

Fica o registro, por oportuno, de que não se está a propor mudanças legislativas ou da Constituição, muito menos a repriminção de dispositivos outrora vigentes no ordenamento pátrio que permitiam que o Congresso Nacional revisasse ou até tornasse sem efeito decisões do Supremo Tribunal Federal, se provocado pelo chefe do Executivo federal (art. 96, parágrafo único, da Constituição de 1937) (BRASIL, 199-e).

Na busca de soluções para minimizar a dificuldade democrática da jurisdição constitucional, Cláudio Pereira Souza Neto e Daniel Sarmiento citam, como opção, a adoção de uma teoria de diálogos interinstitucionais, afirmando que:

Em matéria de interpretação constitucional, a Corte, composta por intérpretes humanos e falíveis, pode errar, como também o podem fazê-lo os poderes Legislativo e Executivo. É preferível adotar-se um modelo que não contribua a nenhuma instituição – nem do Judiciário, nem do Legislativo – o ‘direito de errar por último’, abrindo-se a permanente possibilidade de correções recíprocas no campo da hermenêutica constitucional, com base na ideia do diálogo [...]. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 137).

No entanto, considerando-se tudo o que foi exposto nos capítulos anteriores desse trabalho, ousa-se discordar de tal assertiva, pois a sociedade clama, a todo momento, pela solução legítima de conflitos especialmente de maior repercussão na vida das pessoas – como, por exemplo, nos casos da execução de pena em segunda instância, do aborto e do casamento de pessoas do mesmo sexo. Logo, as decisões não devem ser tomadas de forma legitimamente democrática e efetiva, dentro de margens de escolha e avaliação, para muito além dos termos técnicos jurídicos e dos precedentes que têm se tornado, cada vez mais, normas abstratas impostas pelo Judiciário para regular a sociedade – mesmo em questões de caráter multifacetado.

E sobre a demanda do povo por respostas para questões complexas, num determinado contexto histórico-político, deve-se reconhecer que todos os processos decisórios são falíveis. E não é a ordem cronológica da decisão – se a primeira ou a última palavra sobre certa questão

moral – que lhes garantirá correção ou conformação com a vontade popular ou da própria Constituição.

Sob o enfoque de Jeremy Waldron, a questão é saber qual resposta referente a determinado caso essencial seria a mais aceita pelos membros da sociedade, o que, segundo a sua teoria, apenas o Legislativo poderia dar, por ser o espaço propício para amplas deliberações públicas de toda sorte de argumentos, onde os presentes e seus representados serão ao mesmo tempo autores e destinatários das normas ali definidas (WALDRON, 2010).

Sobre os casos essenciais aludidos por Waldron em sua teoria da dignidade da legislação, viram-se no capítulo quatro pressupostos a serem atendidos para que se possa refutar o *judicial review*.

Primeiro, sobre as instituições democráticas – pressuposto do caso essencial –, de fato, observam-se “problemas diversos na dimensão representativa da democracia brasileira, sobretudo no tocante à eleição para a Câmara dos Deputados” (BARROSO, 2017, p. 569). No entanto, deve-se reconhecer que a teoria de Waldron (WALDRON, 2010) não traz a necessidade de que as instituições democráticas estejam em perfeitas condições de funcionamento, mas em razoáveis condições, em que o sistema político é amplamente democrático, com voto universal adulto e com eleições numa base imparcial e periódica (art. 14 e seguintes da Constituição da República de 1988) (BRASIL, 2019a). Da mesma forma, reconhece-se que o Legislativo pátrio é um órgão numeroso, bicameral (art. 44) (BRASIL, 2019a), acostumado a lidar com questões de direitos complexas e com processos legislativos previamente estabelecidos (VALENTINO, 2015, p. 33-57; ANDRADA, 2015, p. 78-109).

Não se está a olvidar que membros do Legislativo possam, em determinados casos, considerar mais ou menos as opiniões de seus eleitores. Mas isso, como afirmado outrora, não inquina a atividade legislativa sob o enfoque da teoria waldroniana.

Outrossim, ao analisar o processo legislativo do Congresso Nacional, Bonifácio José Suppes de Andrada assentou que “os legisladores têm de identificar como os cidadãos, no período eleitoral, definirão suas posições políticas e avaliarão as possíveis consequências de cada uma das alternativas postas na agenda política.” (ANDRADA, 2015, p. 83).

Seria o exercício de fiscalização realizado pelos eleitores – *accountability* – sobre a atuação e as decisões dos seus representantes, emprestando-se maior interferência popular e representatividade ao trabalho legiferante.

E, para fechar o tema, Andrada assevera que:

Especificamente quanto aos legisladores, os cidadãos ainda observam a sua conduta individual, independentemente de sua adesão ao governo de ocasião. Fazem-no, neste caso, recorrendo ao histórico de votações, que permite desvendar a cadeia causal ao

rastrear a participação de cada um dos envolvidos. Esse acompanhamento da atividade parlamentar alcançou uma dimensão até então desconhecida em razão da internet. A troca de informações, em tempo real, entre os indivíduos facilita o exercício de checagem e de controle da atuação parlamentar. (ANDRADA, 2015, p. 87).

Sobre o segundo pressuposto – instituições judiciais – também resta claro que há no Brasil um Judiciário independente e não representativo, que, de regra, age por provocação e remete às próprias decisões para resolver as controvérsias da sociedade.

Aliado a isso, para atendimento do pressuposto de caso essencial, sob a concepção já tratada anteriormente, o controle de constitucionalidade no Brasil é considerado forte, em que os Tribunais têm autoridade para deixar de aplicar uma lei num determinado caso.

Sobre o terceiro pressuposto, observa-se que há na sociedade um comprometimento com a ideia de direitos individuais e das minorias, ou seja, seus membros aceitam certas liberdades que não devem ser negadas simplesmente porque isso seria oportuno à maioria (WALDROM, 2010, p. 111).

Novamente, não se está a afirmar que se exija, para o atendimento do pressuposto, que todos os membros da sociedade brasileira adiram aos preceitos da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2009), ou então que todos eles anuem com a moralidade política. Parte-se do princípio, apenas, de uma noção de que o respeito geral de direitos individuais e das minorias é consenso e prevalente na sociedade brasileira.

Um exemplo dessa consciência com relação a direitos humanos diz respeito ao resultado da Assembleia Nacional Constituinte instalada em 1987, quando os membros da sociedade, por meio de seus representantes, promulgaram a Constituição da República de 1988 (BRASIL, 2019a), dispondo sobre diversos direitos e garantias individuais e sociais.

Por fim, sobre o quarto pressuposto, resta claro no meio social que o consenso não está isento de ocorrência de discordâncias de espectro amplo e geral quanto a questões políticas morais.

A sociedade brasileira, complexa que é, traz inúmeras discordâncias morais e políticas entre seus membros e isso, como tratado anteriormente, não os torna descomprometidos com os direitos fundamentais.

Portanto, voltando ao caso concreto tratado nesse capítulo, afere-se que a legislação interpretada pelo Supremo Tribunal Federal foi elaborada pelo Legislativo, com seus membros eleitos num Estado politicamente organizado. Respeitaram-se o processo legislativo e a ampla participação da sociedade, na dimensão da democracia representativa e deliberativa.

Não é demais aferir a forma democrática e legítima de tramitação do Projeto de Lei nº 4.208 (BRASIL, 2001), que culminou na sanção da Lei nº 12.403 (BRASIL, 2011), cujo teor trouxe mais garantias ao princípio do estado de inocência.

Partindo dessa premissa, nas sociedades democráticas, o Parlamento está mais bem estruturado a convencer os cidadãos de sua legitimidade. Os juízes, por sua vez, não são responsabilizados por suas decisões da forma como o são os legisladores, por meio de eleições periódicas. A par disso, os tribunais, colegiados que são, também decidem questões de direitos por maioria frente a uma minoria.

É fato que uma das funções mais relevantes da jurisdição constitucional é a de proteger direitos das minorias diante do abuso das majorias – a suposta tirania da maioria. Mas não se pode inferir que a regra da decisão majoritária seja de supressão de direitos ou garantias daquelas minorias, porque mesmo membros da sociedade que compõem a maioria, nos casos essenciais, estarão comprometidos com as liberdades individuais e os direitos humanos de uma forma geral. Como exemplos: não é porque uma pessoa, por ser do sexo masculino, pouco se importará com questões polêmicas que envolvam as mulheres ou especificamente as gestantes; e não é porque uma pessoa discorda da descriminalização do uso da maconha que buscará restringir a liberdade de expressão de quem a defenda.

Assim, voltando às assertivas de Cláudio Pereira Souza Neto e Daniel Sarmento, os diálogos – e por que não os embates acalorados – são, sim, de extrema importância para encerrar uma controvérsia eminentemente relevante para a sociedade num determinado contexto histórico (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013). Mas eles devem ocorrer, para os casos essenciais, no Parlamento, diante de sua representatividade evidente e legitimidade das decisões alcançadas dentro das regras do jogo democrático.

Cita-se o caso outrora mencionado no trabalho, *Roe v. Wade* (ESTADOS UNIDOS, 1973), julgado na Suprema Corte norte-americana, em que se assegurou o direito de interrupção da gravidez. Essa decisão, segundo Cláudio Pereira Souza Neto e Daniel Sarmento, “[...] longe de encerrar o debate constitucional sobre a matéria, apenas o aqueceu, não só no meio jurídico, mas também na opinião pública e na política. Os grupos que se opõem à decisão não se deram por vencidos [...]” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 141).

Portanto, uma vez reconhecidos os limites, de um lado, da função da efetivação de direitos, e de outro, da função de legislar, questões sensíveis, em especial, que dispõem sobre direitos fundamentais e os pressupostos democráticos, merecem deliberação democrática, por não serem onze Ministros os agentes responsáveis pela definição dos valores morais da sociedade.

Nesse sentido, também é importante reconhecer que os tribunais não são ambientes estéreis e alheios a articulações ou compromissos políticos, ideológicos ou pragmáticos (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 159).

Vale ressaltar que sem uma participação ampla da sociedade no processo democrático, sem o compromisso com direitos humanos, com as liberdades públicas, individuais e das minorias, mesmo sobre dissensos morais razoáveis, não se estará diante do caso essencial da teoria de Jeremy Waldron, não se sustentando, por consequência, a oposição ao reexame dos atos do legislativo pelas vias judiciais, o *judicial review* (WALDRON, 2010).

Há que se registrar que as discussões político-morais não funcionam sobre a mesma base da racionalidade jurídica. O argumento moral não deve corrigir a Constituição, como o clamor das ruas para se suprimir o princípio do estado de inocência. O direito serve exatamente para emprestar soluções para questões morais postas em debate numa sociedade, e não são os juristas, por não serem filósofos morais, economistas, sociólogos ou políticos, como tutores do sistema político, que devem reabrir uma discussão política já travada anteriormente no Legislativo.

## 7 CONCLUSÃO

A proposta desse trabalho foi refutar o argumento de que a jurisdição constitucional é o ambiente adequado para se emprestar a última palavra sobre dissensos morais definidos como os casos essenciais. A par disso, esquivou-se dos debates argumentativos que subsidiam as decisões e da valoração das decisões proferidas no Supremo Tribunal Federal, limitando-se a perquirir a legitimidade democrática das instituições para tratar dos desacordos que surgem nas sociedades modernas.

No segundo capítulo, aferiu-se que o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro é complexo e misto, com o fim de se preservar a estabilidade e harmonia do ordenamento e a supremacia da Constituição, sempre escrita e rígida que é, tendo sofrido ao longo de sua história, desde a Constituição de 1891 (BRASIL, 199-c), forte influência norte-americana (controle difuso) e austríaca (controle concentrado).

Também se notou que há tendência de fortalecimento das ações objetivas perante o Judiciário, em especial, o Supremo Tribunal Federal.

Com a redemocratização, observou-se que a atuação do Supremo Tribunal Federal superou algumas concepções jurisprudenciais conservadoras, como o formalismo jurídico da mera subsunção do fato à norma. *Pari passu*, viu-se emergir com aquele fenômeno o advento de uma cultura pós-positivista e sua leitura moral da Constituição para além do texto da lei, bem como a publicização do direito, com a proteção dos mais vulneráveis nas relações sociais.

No terceiro capítulo, aferiu-se que o modelo posto, partindo de um período de autocontenção, tem emprestado ao Supremo Tribunal Federal um papel quase que exclusivo e protagonista de intérprete da Constituição, no exercício do *judicial review*, numa espécie de ativismo judicial e judicialização das questões políticas, como um poder constituinte permanente.

No quarto capítulo, pelas premissas teóricas apresentadas por Jeremy Waldron, buscou-se demonstrar a razão pela qual o *judicial review* baseado em direitos e na releitura moral da norma é inapropriado para sociedades democráticas, cujo principal problema não é o fato de suas instituições legislativas serem disfuncionais, mas o de seus membros discordarem sobre direitos.

Nesse capítulo, abordou-se a teoria de Waldron e sua crítica aos modelos predominantes de controle judicial de constitucionalidade nos casos por ele denominados de essenciais, que abrangem situações em que são atendidas quatro pressuposições, a saber: (i) instituições democráticas em condições de funcionamento razoavelmente boas; (ii) um conjunto de



instituições jurídicas também em boas condições de funcionamento, edificadas sobre base não representativa para conhecer de ações e resolver controvérsias de ações individuais, de provocadas; (iii) comprometimento da maioria dos membros da sociedade e de suas autoridades com a ideia de direitos individuais e de minorias; e, por fim, (iv) a discordância persistente, substancial e de boa-fé quanto a direitos entre os integrantes da sociedade. Nesse sentido, foram perquiridos os pressupostos dos casos essenciais, a forma de argumentação judicial, o mito da tirania da maioria e a sua oposição ao *judicial review*.

No quinto capítulo, realizou-se um estudo acerca da evolução legislativa do instituto da liberdade provisória, na tentativa de se definir qual a intenção dos representantes do povo brasileiro sobre a controvérsia do estado de inocência *versus* execução antecipada da pena – sob o enfoque constitucional e infraconstitucional. Ainda, em fechamento do capítulo, como estudo de caso, foi trazido o julgado no Supremo Tribunal Federal, Repercussão Geral no Agravo em Recurso Extraordinário nº 964246/SP (BRASIL, 2016c), para fins de comparação com a atuação legislativa.

No sexto e último capítulo do desenvolvimento, foram considerados os pressupostos do caso essencial em concomitância com a realidade brasileira, sugerindo-se o Parlamento o *locus* democrático e legítimo para emprestar a última palavra a temas controvertidos que surgem em sociedades como a do Brasil entre pessoas diferentes e de boa-fé.

O Judiciário exerce a função de interpretar e aplicar a lei, mas cabe ao Legislativo, como o ambiente representativo adequado, realçar as questões morais em jogo quando as pessoas de uma sociedade discordam sobre direitos, pois é ali que elas participarão de forma democrática da tomada de decisões, e as aceitarão, ainda que delas discordem.

Conforme o caso exposto para estudo, os argumentos favoráveis à função representativa e majoritária do Supremo Tribunal Federal, de que não raro o Legislativo adota posição inerte e omissa quanto a suas atribuições institucionais, não merecem prosperar. Isto porque a legislação processual foi explícita ao expressar a vontade do Parlamento acerca dos direitos debatidos naquele julgamento paradigma.

Após todo o percurso desenvolvido na dissertação, inferiu-se que a última palavra sobre os mais importantes desacordos políticos e morais entre membros de uma sociedade deve ser dada pelos representantes eleitos e reunidos em uma assembleia, o que confirma a hipótese de pesquisa, qual seja, a de que a decisão do Supremo Tribunal Federal na Repercussão Geral no Agravo em Recurso Extraordinário nº 964246/SP (BRASIL, 2016c), foi de encontro às alterações legislativas mais recentes, que tiveram conotação garantista, com o objetivo de

restringir cada vez mais as possibilidades de constrição da liberdade antes da formação definitiva da culpa, revelando, no caso, patente déficit democrático.

Não é demais repensar que à medida que os membros de uma sociedade participam e ao mesmo tempo se sentem atores da tomada de decisões, ainda que delas discordem, maior será a harmonização social, consenso e fator de coesão. A atividade política não se trata de mera politicagem.

Por certo, o direito não é resultado único e exclusivo da atividade parlamentar, pois agentes e membros de outras funções do Estado, a seu modo e regulação, também editam normas e afetam de forma genérica e abstrata a vida das pessoas. Porém, a reunião dos representantes da sociedade, em uma assembleia, é o meio democrático de se decidir sobre questões morais e direitos.

A tentativa de redesenhar o papel do Supremo Tribunal Federal e o princípio da separação das funções do Estado, como verdadeira concentração de poder do Judiciário como última instância moral para a deliberação sobre questões e direitos numa sociedade plural e complexa, não é garantia de fortalecimento da democracia, mas de risco iminente de seu enfraquecimento.

O debate parlamentar nem sempre tende a ofender minorias quando se encontra em razoáveis condições de funcionamento, pelo que suas deliberações – diante de suas credenciais democráticas, transparência e numerosidade de membros – devem ser prestigiadas e respeitadas sem necessidade de revisão por outras instituições, porque são as que democraticamente representam a vontade popular.

Numa sociedade plural e heterogênea como a brasileira, questões como a antecipação da execução da pena em segunda instância, pesquisas com células-tronco, a descriminalização do aborto e a união de casais do mesmo sexo encontram dificuldades sensíveis de se chegar a um consenso.

Mas não por isso o Judiciário deve deixar de se limitar em julgar o passado e ultrapassar as fronteiras do campo da definição do futuro dos membros da sociedade.

Emprestar aos onze ministros do Supremo Tribunal Federal o poder constituinte permanente de moldar o sentido da Constituição conforme suas preferências valorativas, políticas e pessoais, no equacionamento de conflitos morais relevantes, faz sobressaltar o viés antidemocrático de suas decisões e reacender na opinião pública e política os debates outrora travados e decididos no Parlamento.

Não se insurgiu nesse trabalho contra o teor substancial divergente das decisões firmadas pelo Supremo Tribunal Federal em 2009 e em 2016, mas apenas contra o papel

concebido àquela Corte de dar a última palavra acerca de dissensos morais, nos denominados casos essenciais, como o da execução antecipada da pena. Não se pode olvidar, mais além, o reflexo social e jurídico diante da vulnerabilidade e precariedade dos resultados dos julgamentos em caso de eventual modificação da composição do órgão colegiado ou do posicionamento dos próprios ministros, como de fato ocorreu na espécie no ano de 2019.

Importante o registro de que a solução para a questão específica da execução da pena logo após a confirmação da condenação em segunda instância está aberta tanto no Supremo Tribunal Federal, pela apertada votação nos três julgamentos paradigmas havidos na última década, quanto no Congresso Nacional, onde estão ocorrendo diversos debates em ambas as casas legislativas com propostas de reforma constitucional e infraconstitucional.

De qualquer sorte, há que se adotar uma postura mais deferente para com as opções feitas pelo Legislativo, que mais representam a vontade popular no exercício de autogoverno. A se pensar de forma contrária, tem-se o risco de se permitir que juízes imponham à sociedade sua régua moral, ou seja, os seus próprios valores morais, políticos, religiosos, dentre tantos, sem que tenham sido escolhidos ou eleitos para tanto.

Fomentar a interpretação do sentido da Constituição para além dos limites dos tribunais é imperioso e essencial para a legitimação democrática de realização dos projetos de vida em sociedade, efetivando-se a capacidade do povo de autodeterminação política.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2005.
- ANDRADA, Bonifácio José Suppes de Andrada. **A Constituição fora das Cortes: controle de constitucionalidade na democracia representativa**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015. Disponível em: [http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_AndradaBJS\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_AndradaBJS_1.pdf). Acesso em: 15 jan. 2020.
- ÁUSTRIA. [Constituição (1929)]. **Constituição da Áustria, de 10 de novembro de 1920**. [S. l.]: E-gov, 2011. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/constitui%C3%A7%C3%A3o-da-%C3%A1ustria>. Acesso em: 15 jan. 2020.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. As especificidades e os desafios democráticos do processo constitucional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Brasileira, coligidos e ordenados por Homero Pires**. São Paulo: Saraiva, 1934. 6v.
- BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo tribunal Federal e o governo da maioria. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (org.). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: FGV, 2017. p. 25-77.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 15 jan. 2020.
- BATISTA, Weber Martins. **Liberdade provisória**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Alexis Augusto Couto de Brito. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005.
- BERNARDES, Bruno Paiva. **Conjecturas sobre a aplicação do minimalismo judicial ao ordenamento jurídico brasileiro e sua democraticidade jurídica**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade FUMEC, Belo Horizonte, 2019. Disponível em <http://www.fumec.br/revistas/pdmd/article/view/7023>. Acesso em: 15 jan. 2020.
- BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986.
- BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.
- BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL, **Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [1999]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm). Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Império do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [199-]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm). Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. [Constituição (1891)]. **Constituição da República Federativa dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [199-]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm). Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. [Constituição (1891)]. **Emenda Constitucional nº 3, de 3 de setembro de 1926**. Brasília, DF: Presidência da República, [199-]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc%20de%203.9.26.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc%20de%203.9.26.htm). Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. [Constituição (1934)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [199-]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. [Constituição (1937)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [199-]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm). Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. [Constituição (1946)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [199-]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm). Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. [Constituição (1946)]. **Emenda constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965**. Brasília, DF: Presidência da República, [199-]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1960-1969/emendaconstitucional-16-26-novembro-1965-363609-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. [Constituição (1967)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília, DF: Presidência da República, [199-]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm). Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. [Constituição (1967)]. **Emenda constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977**. Incorpora ao texto da Constituição Federal disposições relativas ao Poder Judiciário. Brasília, DF: Presidência da República, [199-]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc07-77.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc07-77.htm). Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Emenda constitucional nº 3, de 17 de março de 1993**. Altera dispositivos dos arts. 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [1993]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm). Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Emenda constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2004]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm). Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. **Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965**. Mantém a Constituição Federal de 1946, as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as alterações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da Revolução de 31.03.1964, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [199-]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/AIT/ait-02-65.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-02-65.htm). Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. **Ato Institucional nº 3, de 5 de fevereiro de 1966**. Fixa datas para as eleições de 1966, dispõe sobre as eleições indiretas e nomeação de Prefeitos das Capitais dos Estados e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [199-]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/AIT/ait-03-66.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-03-66.htm). Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. **Ato Institucional nº 6, de 1º de fevereiro de 1969**. Altera a composição e competência do Supremo Tribunal Federal, amplia disposição do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968 e ratifica as emendas constitucionais feitas por Atos Complementares. Brasília, DF: Presidência da República, [199-]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/AIT/ait-06-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-06-69.htm). Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados (Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania). **Relatório do Projeto de Lei nº 7.104, de 2017**. Altera os artigos 10 da Lei 9.868/99, o artigo 5º caput e suprime o § 1º do artigo 5º da Lei 9.882/99 deste mesmo artigo. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2017. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1583744&filenam e=PRL+1+CCJC+%3D%3E+PL+7104/2017](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1583744&filenam e=PRL+1+CCJC+%3D%3E+PL+7104/2017). Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição nº 199, de 2019**. Altera os arts. 102 e 105 da Constituição, transformando os recursos extraordinário e especial em ações revisionais de competência originária do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2229938>. Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890.** Organiza a Justiça Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [199-]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/D848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D848.htm). Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm). Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro. Presidência da República, [2018]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm). Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. **Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010.** Altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. Brasília, DF: Presidência da República, [2010]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/Lcp135.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp135.htm). Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. **Lei de 29 de novembro de 1832.** Promulga o Código do Processo Criminal de primeira instância com disposição provisória acerca da administração da Justiça Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [199-]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/LIM-29-11-1832.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-29-11-1832.htm). Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005.** Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2007]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm). Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/L11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/L11340.htm). Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011.** Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2011]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm). Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. **Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871.** Altera diferentes disposições da Legislação Judiciária. Brasília, DF: Presidência da República, [199-]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/LIM2033.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM2033.htm). Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. **Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894.** Completa a organização *[sic]* da Justiça Federal da República. Brasília, DF: Presidência da República, [199-]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1851-1900/L0221-1894.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1851-1900/L0221-1894.htm). Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. **Lei nº 261, de 3 de dezembro de 1841.** Reformando o Código de Processo Criminal. Brasília, DF: Presidência da República, [199-]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/LIM261.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM261.htm). Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. **Lei nº 5.349, de 3 de novembro de 1967.** Dá nova redação ao Capítulo III do Título IX do Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [199-]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/1950-1969/L5349.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L5349.htm). Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. **Lei nº 5.941, de 22 de novembro de 1973.** Altera os artigos 408, 474, 594 e 596, do Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [199-]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/1970-1979/L5941.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L5941.htm). Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. **Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977.** Altera dispositivos do Código Penal (Decreto-lei número 2.848, de 7 de dezembro de 1940), do Código de Processo Penal (Decreto-lei número 3.689, de 3 de outubro de 1941), da Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei número 3.688, de 3 de outubro de 1941), e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [199-]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6416.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6416.htm). Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989.** Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília, DF: Presidência da República, [2012]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm). Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.** Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm). Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [2009]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9868.htm). Acesso em: 15 jan. 2020.



BRASIL. **Projeto de Lei nº 3.477, de 29 de outubro de 2015**. Altera o art. 387 do Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941, o qual dispõe sobre o Código de Processo Penal. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2026082>. Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 4.208, de 12 de março de 2001**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prisão, medidas cautelares e liberdade, e dá outras providências. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2001. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=26558>. Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 5.361, de 23 de maio de 2016**. Acrescenta o art.617-A ao Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941-Código de Processo Penal, para possibilitar a execução provisória de acordo penal condenatório proferido em grau de apelação. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2016. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2085439>. Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 8.045, de 2010**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2010. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>. Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. **Regulamento nº 120, de 31 de janeiro de 1842**. Regula a execução da parte policial e criminal da Lei nº 261 de 3 de Dezembro de 1841. Brasília, DF: Presidência da República, [199-]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Regulamentos/R120.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Regulamentos/R120.htm). Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 5, de 2019**. Insere o inciso XVI no art. 93 da Constituição Federal, para positivar a possibilidade de execução provisória da pena, após a condenação por órgão colegiado. Brasília, DF: Senado Federal, 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135253>. Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). **Recurso Especial 249026/PR**. FGTS. Levantamento. Tratamento de familiar portador do vírus HIV. Possibilidade. Recurso Especial desprovido [...]. Recorrente: Caixa Econômica Federal. Recorrido: Nailda Maria Xavier de Carvalho. Relator: Min. José Delgado, 23 de maio de 2000. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num\\_processo=&num\\_registro=20000158534&dt\\_publicacao=26/06/2000](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=20000158534&dt_publicacao=26/06/2000). Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Habeas Corpus 124306/RJ**. Direito processual penal. Habeas corpus. Prisão preventiva. Ausência dos requisitos para sua decretação. inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre. Ordem concedida de ofício [...]. Impetrante: Jair Leite Pereira. Paciente: Edilson dos Santos. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 9 de agosto de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28124306%2ENUM>

E%2E+OU+124306%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y5honjfu. Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Habeas Corpus 93940/SE**. Homicídio duplamente qualificado. Crime hediondo. Liberdade provisória. Inadmissibilidade. Vedação constitucional. Delitos inafiançáveis. Art. 5º, XLIII e LXVI, da CF. Sentença de pronúncia adequadamente fundamentada. Eventual nulidade da prisão em flagrante superada. Precedentes do STF. I - A vedação à liberdade provisória para crimes hediondos e assemelhados que provém da própria Constituição, a qual prevê a sua inafiançabilidade (art. 5º, XLIII e XLIV). II - Inconstitucional seria a legislação ordinária que viesse a conceder liberdade provisória a delitos com relação aos quais a Carta Magna veda a concessão de fiança. III - Decisão monocrática que não apenas menciona a fuga do réu após a prática do homicídio, como também denega a liberdade provisória por tratar-se de crime hediondo. IV - Pronúncia que constitui novo título para a segregação processual, superando eventual nulidade da prisão em flagrante. V - Ordem denegada. Impetrante: Alexandre Maciel de Santana. Paciente: Nivaldo Santana de Jesus. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 6 de maio de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2893940%2ENUME%2E+OU+93940%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yy3wq6g> h. Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4578/DF**. Ações Declaratórias de Constitucionalidade e Ação Direta de Inconstitucionalidade em julgamento conjunto. Lei Complementar nº 135/10. Hipóteses de inelegibilidade. Art. 14, § 9º, da Constituição Federal. Moralidade para o exercício de mandatos eletivos. Inexistência de afronta à irretroatividade das leis: agravamento do regime jurídico eleitoral. Ilegitimidade da expectativa do indivíduo enquadrado nas hipóteses legais de inelegibilidade. Presunção de inocência (art. 5º, LVII, da Constituição Federal): exegese análoga à redução teleológica, para limitar sua aplicabilidade aos efeitos da condenação penal. Atendimento dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Observância do princípio democrático: fidelidade política aos cidadãos. Vida pregressa: conceito jurídico indeterminado. Prestígio da solução legislativa no preenchimento do conceito. Constitucionalidade da lei. Afastamento de sua incidência para as eleições já ocorridas em 2010 e as anteriores, bem como e para os mandatos em curso [...]. Requerente: Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Luiz Fux, 16 de fevereiro de 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2257978>. Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF**. Requerente: Partido Popular Socialista – PPS. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Min. Celso de Mello, 13 de junho de 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4815/DF**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Arts. 20 e 21 da Lei n. 10.406/2002 (Código Civil). Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada. Requisitos legais observados. Mérito: aparente conflito entre princípios constitucionais: liberdade de expressão, de informação, artística e cultural, independente de censura ou autorização prévia (art. 5º incs. IV, IX, XIV; 220, §§ 1º e 2º) e inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem

das pessoas (art. 5º, inc. X). Adoção de critério da ponderação para interpretação de princípio constitucional. Proibição de censura (estatal ou particular). Garantia constitucional de indenização e de direito de resposta. Ação direta julgada procedente para dar interpretação conforme à constituição aos arts. 20 e 21 do código civil, sem redução de texto [...].

Requerente: Associação Nacional dos Editores de Livros – ANEL. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Cármen Lúcia, 10 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284815%2ENUME%2E+OU+4815%2EACMS%2E%29+%28%28C%2C1RMEN+L%DACIA%29%2ENORL%2E+OU+%28C%2C1RMEN+L%DACIA%29%2ENORV%2E+OU+%28C%2C1RMEN+L%DACIA%29%2ENORA%2E+OU+%28C%2C1RMEN+L%DACIA%29%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yxuhsa6e>. Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4917/DF**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Dispositivos da Lei n. 9.478/1997 e da Lei n. 12.351/2010 alterados pela Lei n. 12.734/2012. Mudanças das regras de distribuição de royalties e participações especiais de estados e municípios: alegação de desobediência ao art. 20, § 1º combinado com a al. B do inc. II do § 2º do art. 155 da Constituição da República. Impugnação retroação de efeitos da nova legislação em inobservância a atos jurídicos perfeitos e ao princípio da segurança jurídica. Plausibilidade jurídica demonstrada. Excepcional urgência configurada a impor deferimento cautelar *ad referendum* do plenário. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Requerido: Presidente da República. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 18 de março de 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi4917liminar.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510/DF**. Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei de Biossegurança. Impugnação em bloco do art. 5º da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 (Lei de Biossegurança). Pesquisas com células-tronco embrionárias. Inexistência de violação do direito à vida. Constitucionalidade do uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas para fins terapêuticos. Descaracterização do aborto. Normas constitucionais conformadoras do direito fundamental a uma vida digna, que passa pelo direito à saúde e ao planejamento familiar. Descabimento de utilização da técnica de interpretação conforme para aditar à lei de biossegurança controles desnecessários que implicam restrições às pesquisas e terapias por ela visadas. Improcedência total da ação. I - O conhecimento científico, a conceituação jurídica de células-tronco embrionárias e seus reflexos no controle de constitucionalidade da Lei de Biossegurança [...]. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Ayres Britto, 29 de maio de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>. Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Penal 565/RO**. Ação penal. Crimes de fraude a licitação e de quadrilha. Concurso de pessoas. Questão de ordem: sobrestamento da ação até decisão do tribunal de contas da união. Independência das instâncias. Improcedência. Preliminares: arguição de incompetência do Supremo Tribunal Federal para julgamento de réus sem prerrogativa de foro: desmembramento do processo. Alegações de inépcia da denúncia, de nulidade de investigação criminal pelo Ministério Público, nulidade da quebra de sigilo bancário e fiscal autorizada pelo STJ, vício na produção de prova pericial e ausência de condição de punibilidade e de justa causa para a ação penal. Preliminares rejeitadas. Alegação de prescrição da pretensão punitiva estatal. Prejudicial de

mérito rejeitada. Ação penal julgada parcialmente procedente [...]. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Ivo Narciso Cassol. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 8 de agosto de 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5931475>. Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43/DF, 44/DF e 54/DF [julgamento conjunto]**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=4966016&ext=RTF>. Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/DF**. Estado – Laicidade. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. Feto anencéfalo – Interrupção da gravidez – Mulher – Liberdade sexual e reprodutiva – Saúde – Dignidade – Autodeterminação – Direitos fundamentais – Crime – Inexistência. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 30 de abril de 2013. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=136389880&ext=.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Embargos de Declaração no Habeas Corpus 126292/SP**. Processual Penal. Embargos de Declaração. Vícios do art. 619 do Código de Processo Penal. Inexistência. 1. Segundo o acórdão embargado, “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.” 2. De acordo com o estatuído no artigo 619 do CPP, os embargos de declaração são cabíveis nas hipóteses de ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão. No caso, não se verifica a existência de quaisquer desses vícios. 3. Embargos de declaração rejeitados. Embargante: Márcio Rodrigues Dantas. Embargado: Relator do Habeas Corpus nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki, 2 de setembro de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28126292%2ENUM E%2E+OU+126292%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hsrsk6d>. Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Habeas Corpus 84078/MG**. Habeas Corpus. Inconstitucionalidade da chamada “execução antecipada da pena”. Art. 5º, LVII, da Constituição do Brasil. Dignidade da pessoa humana. Art. 1º, III, da Constituição do Brasil [...]. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator: Min. Eros Grau, 26 de fevereiro de 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2884078%2ENUME %2E+OU+84078%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hmu88wm>. Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 593727/MG**. Repercussão geral. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Constitucional. Separação dos poderes. Penal e processual penal. Poderes de investigação do Ministério Público. 2. Questão de ordem arguida pelo réu, ora recorrente. Adiamento do julgamento para

colheita de parecer do Procurador-Geral da República. Substituição do parecer por sustentação oral, com a concordância do Ministério Público. Indeferimento. Maioria. 3. Questão de ordem levantada pelo Procurador-Geral da República. Possibilidade de o Ministério Público de estado-membro promover sustentação oral no Supremo. O Procurador-Geral da República não dispõe de poder de ingerência na esfera orgânica do Parquet estadual, pois lhe incumbe, unicamente, por expressa definição constitucional (art. 128, § 1º), a Chefia do Ministério Público da União. O Ministério Público de estado-membro não está vinculado, nem subordinado, no plano processual, administrativo e/ou institucional, à Chefia do Ministério Público da União, o que lhe confere ampla possibilidade de postular, autonomamente, perante o Supremo Tribunal Federal, em recursos e processos nos quais o próprio Ministério Público estadual seja um dos sujeitos da relação processual. Questão de ordem resolvida no sentido de assegurar ao Ministério Público estadual a prerrogativa de sustentar suas razões da tribuna. Maioria. 4. Questão constitucional com repercussão geral. Poderes de investigação do Ministério Público. Os artigos 5º, incisos LIV e LV, 129, incisos III e VIII, e 144, inciso IV, § 4º, da Constituição Federal, não tornam a investigação criminal exclusividade da polícia, nem afastam os poderes de investigação do Ministério Público. Fixada, em repercussão geral, tese assim sumulada: “O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição”. Maioria. 5. Caso concreto. Crime de responsabilidade de prefeito. Deixar de cumprir ordem judicial (art. 1º, inciso XIV, do Decreto-Lei nº 201/67). Procedimento instaurado pelo Ministério Público a partir de documentos oriundos de autos de processo judicial e de precatório, para colher informações do próprio suspeito, eventualmente hábeis a justificar e legitimar o fato imputado. Ausência de vício. Negado provimento ao recurso extraordinário. Maioria. Recorrente: Jairo de Souza Coelho. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Gilmar Mendes, 14 de maio de 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28593727%2ENUME%2E+OU+593727%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/h5mazle>. Acesso em: 15 jan. 2020.

**BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 845779/SC.** Transexual. Proibição de uso de banheiro feminino em shopping center. Alegada violação à dignidade da pessoa humana e a direitos da personalidade. Presença de Repercussão Geral. 1. O recurso busca discutir o enquadramento jurídico de fatos incontroversos: afastamento da Súmula 279/STF. Precedentes. 2. Constitui questão constitucional saber se uma pessoa pode ou não ser tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente, pois a identidade sexual está diretamente ligada à dignidade da pessoa humana e a direitos da personalidade 3. Repercussão geral configurada, por envolver discussão sobre o alcance de direitos fundamentais de minorias – uma das missões precípua das Cortes Constitucionais contemporâneas –, bem como por não se tratar de caso isolado. [...]. Requerente: André dos Santos Fialho. Requerido: Beiramar Empresa Shopping Center Ltda. Relator: Min. Roberto Barroso, 13 de novembro de 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28845779%2ENUM>

E%2E+OU+845779%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/y2k7qysh. Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo 964246/SP**. Constitucional. Recurso Extraordinário. Princípio constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII). Acórdão penal condenatório. Execução provisória. Possibilidade. Repercussão geral reconhecida. Jurisprudência reafirmada. 1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria. Recorrente: M. R. D. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Teori Zavascki, 10 de novembro de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28964246%2ENUME%2E+OU+964246%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/ju82opf>. Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). **Mandado de injunção 708/DF**. Mandado de Injunção. Garantia fundamental (CF, art. 5º, inciso LXXI). Direito de greve dos servidores públicos civis (CF, art. 37, inciso VII). Evolução do tema na jurisprudência do supremo tribunal federal (STF). Definição dos parâmetros de competência constitucional para apreciação no âmbito da justiça federal e da justiça estadual até a edição da legislação específica pertinente, nos termos do art. 37, VII, da CF. Em observância aos ditames da segurança jurídica e à evolução jurisprudencial na interpretação da omissão legislativa sobre o direito de greve dos servidores públicos civis, fixação do prazo de 60 (sessenta) dias para que o congresso nacional legisle sobre a matéria. Mandado de injunção deferido para determinar a aplicação das Leis nos 7.701/1988 e 7.783/1989. 1. Sinais de evolução da garantia fundamental do mandado de injunção na jurisprudência do supremo tribunal federal (STF). Requerente: SINTEM – Sindicato dos trabalhadores em educação do Município de João Pessoa. Requerido: Presidente da República. Rel. Min. Gilmar Mendes, 20 de outubro de 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551>. Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 31158/PE**. Reclamante: Sistema Integrado de Transportes e Representação Ltda. Reclamado: Juiz do Trabalho da 5ª Vara do Trabalho de Jaboatão. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 18 de dezembro de 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2831158%2ENUME%2E+OU+31158%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/yc2qnrpe>. Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 10**. Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2008]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menusumario.asp?sumula=1216>. Acesso em: 15 jan. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1984.

CHAVES, Denisson Gonçalves. O “povo” e as disfunções míticas da representatividade política no Brasil. **Meritum**, Belo Horizonte, v. 11, n. 1, p. 53-82, jan./jun. 2016. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/4891/pdf>. Acesso em: 15 jan. 2020.

CHEVALLIER, Jacques. **O estado de direito**. Trad. Antônio Araldo Ferraz Dal Pozzo e Augusto Neves Dal Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

COELHO, Fernando. **A OAB e o regime militar: 1964-1986**. 2. ed. Brasília: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, 1999.

CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo Souza; GUIMARÃES, Frederico Garcia. Brasil: última palavra ou diálogos institucionais. In: CRUZ, Álvaro Ricardo Souza; DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira (org.). **Uma breve (re)construção do direito**. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2018. p. 163-216.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENTENDA o que é o Estado Democrático de Direito. **Presidência da República**, Brasília, DF, n. 10, Notícias, 30 out. 2018. Disponível em: <http://www2.planalto.gov.br/mandatomicheltemer/acompanhe-planalto/noticias/2018/10/entenda-o-que-e-o-estado-democratico-de-direito>. Acesso em: 15 jan. 2020.

ESTADOS UNIDOS. [Constituição (1787)]. **Constitution of the United States**. Washington: United States Senate, [1992]. Disponível em: [https://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm](https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm). Acesso em: 15 jan. 2020.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Brown v. Board of Education of Topeka, n. 347**. Washington, 17 de maio de 1954. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>. Acesso em: 15 jan. 2020.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Lochner v. Ney York, n. 198**. Washigton, 17 de abril de 1906. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/>. Acesso em: 15 jan. 2020.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Roe v. Wade, n. 410**. Washington, 22 de janeiro de 1973. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/>. Acesso em: 15 jan. 2020.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **United States v. Lopez, n.514**. Washington, 26 de abril de 1995. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/514/549/>. Acesso em: 15 jan. 2020.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **United States v. Morrison, n. 529**. Washington, 15 de maio de 2000. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/529/598/>. Acesso em: 15 jan. 2020.

FARIA, Adriana Ancona; DIAS, Roberto. O direito, a política e a vanguarda do STF: riscos democráticos. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (org.). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: FGV, 2017. p. 280-308.

FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. São Paulo: Landy, 2004.

FEITOZA, Raymundo Juliano Rego; MELO, José Guilherme Amorim de. Dr. Boham *case* e o controle de constitucionalidade. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 21., 2014, João Pessoa. **Teoria do Estado e da Constituição**. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 399-417.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito entre poderes: o poder congressual de sustar atos normativos do poder Executivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

FERRAZ, Leonardo de Araújo. **Da teoria à crítica: princípio da proporcionalidade**. Belo Horizonte: Dictum, 2009.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. **Direito Constitucional Comparado**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FREITAS; Juarez; WEDY, Gabriel. O legado dos votos vencidos nas decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos da América. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 65, abr. 2015. Disponível em: [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao065/JuarezFreitas\\_GabrielWedy.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao065/JuarezFreitas_GabrielWedy.html). Acesso em: 15 jan. 2020.

GALUPPO, Marcelo Campos. Hermenêutica constitucional e pluralismo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo Souza (coord.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 47-66.

GAMBOGI, Luís Carlos Balbino. **Direito: razão e sensibilidade**. Belo Horizonte: Del Rey, FCH-FUMEC, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. **Estudos de Direito Penal e Processual Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.



HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

HELMHOLZ, H. Richard. Bonham's Case, Judicial Review, and the Law of Nature. **Journal of Legal Analysis**, [S. l.], v. 1, p. 325-354, jan. 2009. Disponível em: <https://academic.oup.com/jla/article/1/1/325/889025>. Acesso em: 15 jan. 2020.

HIROSE, Regina Tamami. **Atos normativos e controle concentrado de constitucionalidade**. 2010. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/9048/1/Regina%20Tamami%20Hirose.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2020.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**: introdução à problemática científica do direito. Tradução: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. rev. da tradução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LIMA FILHO, Acácio Vaz de. O controle de constitucionalidade: bosquejo de sua história. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 95, p. 293-323, 2000. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67471/70081>. Acesso em: 15 jan. 2020.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. O constitucionalismo norte-americano e sua contribuição para a compreensão contemporânea da Constituição. **Jus Navigandi**, Teresina, n. 452, out. 2004. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/5769>. Acesso em: 15 jan. 2020.

MAUS, Ingeborg. **O judiciário como superego da sociedade**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010.

MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à Lei 9868, de 10-11-1999. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NOGUEIRA, Mariella Ferraz de Arruda Pollice. Dos centros judiciários de solução de conflitos e cidadania. *In*: RICHA, Morgana de Almeida; PELUSO, Antônio Cezar (coord.). **Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 261-272.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. **Curso de processo penal**. 22. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Jurisdição constitucional: poder constituinte permanente? *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo Souza (coord.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 67-92.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: UNIC, 2009. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2020.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Controle de constitucionalidade**. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2010.

POWELL, Jim. Edward Coke: common law protection for liberty. **Foundation for Economic Education**, [S. l.], 1 nov. 1997. Disponível em: <https://fee.org/articles/edward-coke-common-law-protection-for-liberty/>. Acesso em: 15 jan. 2020.

REGO, Carlos Eduardo Reis Fortes do. **A Suprema Corte dos Estados Unidos entre o direito e a política: a corte suprema como instituição política fundamental**. 2016. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, 2016. Disponível em: [http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/5816/Carlos+Eduardo+Reis+Fortes+do+Rego\\_.pdf;jsessionid=48FAF4E6E3243E22A5040B25DACD9028?sequence=1](http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/5816/Carlos+Eduardo+Reis+Fortes+do+Rego_.pdf;jsessionid=48FAF4E6E3243E22A5040B25DACD9028?sequence=1). Acesso em: 15 jan. 2020.

SAMPAIO, José Adércio Leite. As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo Souza (coord.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 159-194.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes. **Curso de Direito Processual Penal: teoria (constitucional) do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso da. **O constitucionalismo brasileiro (evolução institucional)**. São Paulo: Malheiros, 2011.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. Notas sobre a jurisdição constitucional e a democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, 2013. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/11773>. Acesso em: 15 jan. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em 30 julgamentos**: uma radiografia do STF. Rio de Janeiro, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América**. Trad. Neil Ribeiro da Silva. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010.

TOVO, Paulo Cláudio; TOVO, João Batista. **Primeiras linhas sobre o processo penal em face da nova Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional, democracia e estado de direito**: o debate entre o Supremo Tribunal Federal. 2013. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: [http://www.teses.usp.br/index.php?option=com\\_jumi&fileid=17&Itemid=160&lang=pt-br&id=87A76C9CBBE8](http://www.teses.usp.br/index.php?option=com_jumi&fileid=17&Itemid=160&lang=pt-br&id=87A76C9CBBE8). Acesso em: 15 jan. 2020.

VIEIRA, Oscar Villhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, p. 441-463, jul.-dez. 2008. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/9674>. Acesso em: 15 jan. 2020.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

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. 93-157.

WALDRON, Jeremy. O “judicial review” e as condições da democracia. *In*: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (org.). **Limites do controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 243-270.