

## FORMAS DE CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE EM PERSPECTIVA COMPARADA

### FORMS OF JUDICIAL CONTROL OF CONSTITUTIONALITY IN COMPARATIVE PERSPECTIVE

*Wagner Vinicius de Oliveira<sup>1</sup>*

**RESUMO:** esse artigo reflete sobre algumas possibilidades para realizar o exame de constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo em comparação com a constituição federal. Sobre o tema, muito já se escreveu, porém existe espaço para oferecer algumas contribuições na perspectiva comparada, além de reunir alguns dos principais argumentos sobre as maneiras de exercício dessa tarefa que se tornou frequente nas modernas democracias ocidentais. O objetivo central é realizar uma amostragem argumentativa sobre as modalidades de controle concentrado de constitucionalidade, especialmente as vertentes “forte e fraca” de controle judicial. Para tanto, utiliza-se como ferramenta metodológica a revisão bibliográfica e o método indutivo aplicados na perspectiva constitucional comparada para alcançar esse empreendimento teórico. Além do esforço descritivo, aportar como resultado as principais fragilidades e esboçar algumas alternativas institucionais para a tarefa de interpretação da constituição. Por último, tem-se dificuldades em defender a supremacia judicial baseada no “controle forte” de constitucionalidade, não apenas por razões de legitimidade democrática, mas, sobretudo, em virtude do desenho institucional presente na Constituição da República de 1988.

**PALAVRAS-CHAVE:** Disputas interpretativas. Hermenêutica constitucional. Supremacia judicial. Supremacia parlamentar.

**ABSTRACT:** in this article, we reflect on some possibilities to perform the constitutionality examination of a certain law or normative act compared to the federal constitution. On the subject, much has already been written, but there is room for us to contribute from a comparative perspective, besides to gather some of the main arguments about the ways in which this task has become common in western democracies. The central objective is to make an argumentative sampling on the concentrated control modalities of constitutionality, especially the “strong and weak” strands of judicial review. Therefore, we use as methodological tool, able to achieve this theoretical endeavor, the literature review and the inductive method applied to the constitutional comparative perspective. In addition to the descriptive effort, we brought the main weaknesses as results and rehearsed some institutional alternatives for the task of interpreting the constitution. Finally, we have difficulty defending judicial supremacy based in a “strong judicial review”, not only for reasons of democratic legitimacy, but above all because of the institutional design in the 1988 Constitution Brazilian.

**KEYWORDS:** Interpretive disputes. Constitutional hermeneutics. Judicial supremacy. Parliamentary supremacy.

---

<sup>1</sup> Doutorando em direito pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro - FND/UFRJ, mestrado em direito pela Universidade Federal de Uberlândia - UFU (2018), ambos com bolsa de pesquisa pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES (2017-2018; 2019-2023), bacharelado em direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas (2016), advogado (OAB/MG). Correio eletrônico: oliveirawagnervinicius@gmail.com

**SUMÁRIO:** 1 Introdução: um panorama aproximativo; 2 Jurisdição constitucional e seus derivativos; 2.1 *Strong-form judicial review*; 2.2 *Weak-form judicial review*; 3 Supremacia judicial em perspectiva monocromática; 4 Possíveis alternativas e suas fragilidades institucionais; 5 Conclusão; Referências.

## **1 INTRODUÇÃO: UM PANORAMA APROXIMATIVO**

No direito constitucional do século XXI aumentou-se a atuação e a preocupação com o controle judicial de constitucionalidade. Muito já foi escrito sobre essa temática, porém, existe espaço para desenvolver algumas contribuições na perspectiva comparada bem como apresentar alguns dos principais argumentos sobre as maneiras de realização dessa tarefa que se tornou recorrente nas democracias ocidentais.

Pouco a pouco, o constitucionalismo contemporâneo está (ou deveria estar) em constante preocupação com os direitos humanos e com os direitos e as garantias fundamentais. Além de representarem conquistas historicamente construídas, produto da interação entre as gerações, constituem avanços decisivos para a interpretação/aplicação do direito constitucional. E, por isso, frequentemente lança-se mão de propostas que conjugam algum tipo de teoria constitucional com algum tipo de filosofia do direito, sobretudo aquelas produzidas na segunda metade do século XX, ou ainda com algum tipo de filosofia política.

Ao lado disso, surgem incrementos ou aperfeiçoamentos das técnicas de interpretação constitucional, muito em virtude da constitucionalização dos vários ramos do direito positivo. Propostas teóricas e empíricas borbulham aos montes. Nesse contexto, inescapável o aparecimento de algumas teorias que mesclam os pressupostos dos direitos fundamentais com alguma forma de supremacia judicial na atividade interpretativa da constituição.

O reconhecimento da força normativa da constituição diferencia o direito interpretado/aplicado antes e depois desse período histórico no lado ocidental do mundo. A Segunda Guerra mundial atuaria como o *start* para o aparecimento da supremacia judicial, antes predominava majoritariamente a ideia de supremacia do parlamento.

Avanços significativos foram produzidos no campo da filosofia, em geral, e da filosofia do direito, em particular, e aportaram os qualificativos da hermenêutica filosófica, o resgate da tópica e da retórica aristotélica, trabalhadas respectivamente por Theodor Viehweg e por Chaim Perelman, dentre outras autoras e outros autores, na tentativa de satisfazer as exigências argumentativas do direito ocidental.

Nesse cenário, inevitável se deparar com questões como integridade, argumentação, interpretação/aplicação, entre outras teorias mediadas por alguma forma de assegurar a supremacia da constituição material e formalmente considerada. A reboque, surgem visões demasiadamente otimistas que criam expectativas nem sempre correspondidas (ou realizáveis) pelas práticas judiciais; vale dizer, de baixa ou pouca densidade democrática dessas práticas é uma constante nessa ordem de ideias.

Em harmonia, a literatura especializada apresentou diversas modulações para o exame da conformidade (ou não) de determinada lei ou ato normativo com o texto positivo da constituição. É neste contexto que se destacam as modalidades de controle de constitucionalidade político e judicial, que serão descritas no decorrer do artigo. Por hora, interessa dizer que a maioria dos países ocidentais adotam alguma forma de controle judicial de constitucionalidade.

Diferenciar as modalidades judiciais (difusa e concentrada), embora seja tarefa necessária, contribui pouco para as pretensões lançadas nesse artigo. No entanto, cumpre desde logo ressaltar que essa maioria numérica, presente na contemporaneidade, acarreta alguns desdobramentos, que, por sua vez, conduzem à indagação sobre a pertinência da supremacia judicial para a interpretação constitucional.

No lugar dos tradicionais questionamentos acerca da legitimidade da existência da jurisdição constitucional, passa-se a questionar, agora, a legitimidade do exercício de tal jurisdição (ARABI, 2013, p. 29). Importa tanto aquilo que se faz, quanto à forma que é feito. Por isso, em que pese a realização de alguma atividade descritiva, ficará relegada ao segundo plano.

O foco, portanto, recairá justamente em reunir e articular, numa amostra argumentativa das modalidades de controle concentrado de constitucionalidade representadas pelas “formas forte e fraca” de controle judicial. Sob esse pano de fundo, traçar as linhas que conduzirão à construção de uma resposta para a situação problema examinada.

A mola propulsora da pesquisa, que se desenvolve na perspectiva teórico-exploratória, consiste em afirmar a hipótese de fragilidade da supremacia judicial fundada no controle forte de constitucionalidade. Isso, contudo, não implica defender automaticamente a corrente contrária: o controle “fraco” de constitucionalidade.

Ressalvas feitas a impropriedade terminológica, uma vez que “fraco” não é o controle de constitucionalidade realizado, mas, apenas e tão somente o protagonismo de um ator institucional (o judicial) no processo de interpretação/aplicação constitucional.

Para tanto, utiliza-se como ferramenta metodológica para alcançar o objetivo teórico acima apresentado a revisão bibliográfica e o método indutivo aplicados na perspectiva constitucional comparada. Os procedimentos de pesquisa escolhidos envolvem a consulta dos suportes documentais e a análise por intermédio do estudo comparado entre as duas vertentes de controle concentrado de constitucionalidade.

Justifica-se a comparação entre perspectivas constitucionais distintas por ser, em parte, produto dessas alterações conjunturais e estruturais (social, filosófica, política, econômica, jurídica, entre outras). Excetuada essa antessala e a lista de referências consultadas, divide-se a linha argumentativa em três seções sequenciais.

Esse conjunto percorre todo o artigo e buscará: (i) realizar um apanhado sobre à jurisdição constitucional e os produtos alocados ao longo do tempo, notadamente as formas de controle judicial “forte e fraca”, examinados na perspectiva constitucional comparada. Na sequência, (ii) será caracterizada a supremacia judicial, com vistas a retratar a ideia de sobreposição dos atores judiciais ou intérprete privilegiado da constituição, ora chamada de “perspectiva monocromática”.

Ato contínuo, (iii) procura-se diagnosticar as principais fragilidades que compõem o repertório de defesa da prevalência do controle judicial para realizar a tarefa de interpretação/aplicação da constituição e, esboçar possíveis alternativas institucionais. Por fim, serão apresentadas as considerações finais.

## **2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E SEUS DERIVATIVOS**

Pesquisas realizadas informam que a fórmula de apostar nas respostas produzidas pelo Judiciário para garantir o cumprimento das promessas ou dos projetos fundamentais contidos na constituição vem de longa data (HAMILTON; JAY; MADISON, 2005, p. 411-419 [*Paper* n. 78]; GODOY, 2015, p. 68). Essa tarefa, geralmente conferida ao Judiciário, possui a finalidade específica de assegurar a superioridade hierárquica do documento constitucional escrito (legislado) e conferir eficácia para ao texto normativo para conformar o ordenamento jurídico infraconstitucional.

Enquanto fundamento jurídico de validade do próprio ordenamento jurídico a constituição não pode ser contrariada dentro de um sistema baseado num procedimento rígido e formal de alteração das disposições constitucionais. Somados, esses são os principais pressupostos que alicerçam o controle de constitucionalidade, a saber: a supremacia hierárquica da constituição e a necessidade de procedimento diferenciado de

alteração da constituição pelo poder constituinte derivado ou poder constituinte reformador.

Os primeiros registros que se tem notícia apontam para o controle de constitucionalidade, realizado nos Estados Unidos da América, em casos concretos levados até a apreciação do Judiciário. Nessa modalidade, todo o Judiciário estaria apto a assegurar a superioridade da constituição quando da solução de eventual demanda judicial.

A questão constitucional poderia aparecer enquanto tema principal ou enquanto incidente processual alegado na defesa de interesse legítimo. No Brasil, a questão constitucional pode ser suscitada como prejudicial de mérito pela parte autora, pela parte ré, pelo Ministério Público (quando atua na qualidade de fiscal do ordenamento jurídico - *custus legis*) ou de ofício (*ex officio*) pelo juízo ou tribunal.

Dentre as dificuldades enfrentadas por esse controle difuso, entre outras, está o problema de estabelecer homogeneidade do trabalho executado pelas magistradas e pelos magistrados; principalmente considerando a possibilidade de desacordos interpretativos sobre os sentidos e o alcance da constituição. Outro ponto vulnerável, seria assegurar que determinada lei ou ato normativo contrário à constituição possa produzir efeitos para as demais pessoas, devido ao limite subjetivo da decisão judicial (efeito *inter partes*).

Essas fragilidades iniciais já foram normativamente superadas. A primeira delas, pela cláusula de reserva de plenário, regra procedimental que determina a decisão por maioria absoluta dessa matéria por órgão colegiado, salvo se já houver manifestação anterior do Pleno. Ao passo que a segunda, pela atribuição de efeito vinculante das decisões em sede de controle constitucionalidade ou pela suspensão da execução da lei declarada inconstitucional, por exemplo.

Para aumentar a estabilidade constitucional foi sugerido por Hans Kelsen, quando da elaboração da constituição austríaca de 1920, a centralização e a especialização dessa atividade judicial. Eis que assim surge o controle concentrado realizado pela corte constitucional, seguindo um modelo especializado de jurisdição constitucional, no qual se examina a constitucionalidade (ou não) de determinada lei em tese, isso é, sem a necessidade de partes, caso concreto, contraditório etc.

Com o passar do tempo, a realidade complexa das sociedades heterogêneas ou plurais, ou ainda por reconhecer as virtudes e as fragilidades em ambos os modelos judiciais (difuso e concentrado), houve países que optaram por mesclar essas duas propostas. Criando uma espécie híbrida de controle de constitucionalidade, proposta que

concilia dentro de um mesmo sistema jurídico as duas espécies de controle, equivocadamente chamada de mista.

Na verdade, o controle de constitucionalidade misto - que não se confunde com o controle judicial híbrido ou dual - é hipótese de difícil incidência prática porque precisa iniciar no caso concreto (difuso) e resulta no controle objetivo (concentrado).<sup>2</sup> Pois bem, até aqui falou-se apenas o necessário para realizar os aprofundamentos que o tema exige.

Quando o título anuncia os derivativos da jurisdição constitucional pretende designar, com apoio num conceito tomado de empréstimo da economia, daquilo que origina a maior parte de seu “valor” de um “ativo antecedente”. Em linguagem financeira, seria uma “margem econômica” que se extrai de um “valor pré-existente”, essa explicação inicial serve para ilustrar o argumento que se passa a compor.

Embora, não se ignore a existência do controle político de constitucionalidade, tradicionalmente associado à experiência francesa, sobretudo anterior à reforma constitucional de 2008,<sup>3</sup> mas também presente no Brasil, via de regra nas modalidades preventiva<sup>4</sup> e repressiva.<sup>5</sup> Em razão dos recortes propostos, o “ativo constitucional primário” que se extrai os derivativos será o controle judicial de constitucionalidade. Cujas bases já foram minimamente apresentadas.

O produto que se desdobra será as variações ou as “intensidades” que esse tipo de controle desenvolve, ou seja, o modo de atuação do tribunal constitucional para determinar os sentidos, material e formal, da constituição. Um conjunto reiterado de comportamentos institucionais que permitiram traduzir a atuação judicial como uma “forma forte” (*strong-form judicial review*) ou uma “forma fraca” (*weak-form judicial review*) em termos de controle de constitucionalidade.

Assim, serão trabalhadas essas duas formas com os aportes oferecidos pela teoria constitucional estrangeira em comparação com o desenho institucional apresentado na

---

<sup>2</sup> À exemplo de um legitimado ativo no controle concentrado (art. 103, CRFB/88) interpor recurso extraordinário (controle difuso), por violação reflexa à Constituição da República de 1988, em face de uma decisão judicial de controle concentrado de constitucionalidade estatal que indefere a representação do Procurador Geral do Estado.

<sup>3</sup> Cf. Loi constitutionnelle n. 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V<sup>e</sup> République.

<sup>4</sup> À exemplo dos pareceres prévios sobre a constitucionalidade de determinado projeto de lei emitidos na Câmara dos Deputados Federal, pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, e no Senado Federal, pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

<sup>5</sup> À exemplo da competência exclusiva do Congresso Nacional para sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa (art. 49, V, CRFB/88) ou pela comissão parlamentar mista que emite parecer sobre os requisitos constitucionais (relevância e urgência) quando da apreciação de medida provisória editada pelo Executivo com força de lei (art. 62, §§ 5º e 9º, CRFB/88).

Constituição da República de 1988. Isso se torna substancial para destacar as dificuldades e as alternativas que esse debate atual provoca na compreensão do tema.

## **2.1 *Strong-form judicial review***

A resposta apresentada sobre a pertinência (ou não) da supremacia judicial para a interpretação constitucional perpassa pelo derivativo da “forma forte” de controle judicial de constitucionalidade. Cujo pressuposto remonta ao fenômeno, identificado há duas décadas e meia, chamado de “expansão global do Judiciário” (TATE; VALLINDER, 1995).

Justificativas não faltaram ao longo do tempo. Inclusive, formam um leque diversificado de argumentos (ou conjecturas) que vão desde a realização da “justiça de transição” dos regimes autoritários para a democracia até o combate às desigualdades sociais. Seja como for, uma coisa parece acertada: independente do argumento utilizado o Judiciário é chamado a ser mais interventor nos temas centrais da sociedade.

A supremacia judicial é uma narrativa que exerce relativo fascínio no cenário brasileiro. No Brasil, desde 1988, com a promulgação da atual Constituição, mais especialmente a partir dos anos 2000 em diante, o Judiciário é depositário de confiança sem precedentes. Isso com a expressiva contribuição da academia jurídica brasileira, basta olhar para a quantidade expressiva de trabalhos acadêmicos (artigos, dissertações, teses, palestras etc.) que defendem esse tipo de postura, com distintas variações entre si.

Além da motivação interna e do apoio externo, existe uma questão de definição de competência. Mesmo com suas peculiaridades o Supremo Tribunal Federal - STF exerce as atribuições de uma corte constitucional. Haja vista o acúmulo das funções de: (i) instância revisora ou recursal, no controle difuso de constitucionalidade; (ii) instância originária, no controle concentrado de constitucionalidade; e (iii) titularidade para resolver conflitos federativos. Apenas para citar algumas das competências estabelecidas pela Constituição de 1988.

Para além das diferenças morfológicas e de integrar a estrutura do Judiciário, o STF exerce suas competências, que decorrem do próprio desenho constitucional, de modo a ocupar uma superposição privilegiada em relação aos outros atores institucionais e em relação à sociedade civil.

Sua postura de centralidade institucional, assegura a autoridade de rever as emendas constitucionais (sobreposição em relação aos poderes constituintes derivado,

decorrente e reformador), além da possibilidade de realizar o controle judicial preventivo, via mandado de segurança, na hipótese de Deputada ou Deputado Federal/Senadora ou Senador, ter violado seu direito líquido e certo de participar do devido processo legislativo. A bem da verdade, essas são hipóteses excepcionais de atuação do Tribunal.

Fato que torna relevante para a caracterização da “forma forte” de controle de constitucionalidade é a faculdade de retirada de determinada lei ou ato normativo, sem que, em princípio, tenha possibilidade de reversão da decisão judicial pelos órgãos políticos. E isso ocorre de forma liminar (cognição sumária) com a decisão unipessoal apenas da Ministra relatora ou do Ministro relator. A bem da verdade, essa decisão pode ser revertida ou confirmada pelo Pleno.

Guardadas as devidas proporções, trata-se de um padrão de comportamento judicial que reflete a experiência de países como os Estados Unidos da América e a República Federativa do Brasil, por intermédio da *Supreme Court* e do STF, respectivamente. Contrastes que, no extremo, provocam o deslocamento decisório da agenda pública para as mãos do Judiciário, isso, sem falar num certo “voluntarismo judicial” travestido pelo controle e manipulação da pauta judicial de julgamentos de competência exclusiva e discricionária da Ministra ou do Ministro Presidente do STF.

Em regra, a decisão prolatada em sede de controle concentrado de constitucionalidade possui o efeito de vincular as pessoas de direito privado e de direito público, ressalvado o Legislativo em sua atividade típica legiferante. Há também o entendimento de que o chefe do Executivo, quando da atribuição constitucional de edição de medida provisória, não estaria vinculado, por se tratar de processo legislativo em sentido amplo (art. 59, CRFB/88).

A vinculação do Legislativo a decisão judicial seria o ápice do monopólio e da supremacia judicial na interpretação da Constituição da República de 1988. Definitivamente, colocaria o Judiciário em posição de vantagem aos demais atores institucionais e criaria um sem número de oportunidades para a manutenção e a ampliação do predomínio judicial na definição da conformidade constitucional. Além disso, sob o pano de fundo de uma supremacia judicial, tem-se um certo apego à aristocracia, o dito “governo dos melhores”, em detrimento das escolhas representativas da soberania popular.

Para retratar algumas das complexidades e das vulnerabilidades que isso representa é preciso avaliar que a suposta eficiência depositada nas credenciais judiciais impactaria diretamente na questão das participações sociais na interpretação dos sentidos



e alcances da constituição. E, em segundo lugar, que a *expertise* técnico-jurídico confiada as magistradas e aos magistrados para dirigir ou encontrar a “vontade pública”, dependendo de sua intensidade e forma de atuação poderia conduzir ao conservadorismo.

## 2.2 *Weak-form judicial review*

Parte de uma possível solução do quadro acima descrito passa pela adoção de padrões flexíveis de comportamento judicial, estabelecer um conjunto de ações voltadas para a definição da (in)constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo realizada de maneira pluralista com vistas a abranger o maior número de pessoas, de instituições e de opiniões possíveis. A exemplificação desses influxos fica à cargo da experiência da Nova Zelândia, da Austrália ou do Canadá, esses países adotam alguma modalidade de *weak-form judicial review*.

Um traço em comum seria o diálogo, dialogar é antes de mais nada permitir o dissenso. Vários são os instrumentos que pretendem mitigar o poderio judicial de interpretação e de decisão sobre matérias constitucionais. Sobre isso, também, muito já foi escrito.

As propostas mais comuns são: (i) os “diálogos institucionais”, geralmente associados a experiência canadense; (ii) o minimalismo judicial, atuação judicial mais restrita e que observa a atuação de outros atores (deferência); (iii) a autocontenção judicial quando o Judiciário reconhece que determinados assuntos não lhe compete, entre outras teorias.

É neste cenário o que cabe abrir divergência no que concerne ao predomínio da forma “forte” de controle de constitucionalidade sob o argumento da tradição. Mesmo nesse ambiente, há espaços para se realizar a deferência judicial. O caso *Chevron U.S.A, Inc. vs. Natural Resources Defense Council, Inc.* é um dos exemplos possíveis que permitem sustentar a consideração judicial das decisões de outros atores, no exemplo em questão, a decisão da agência reguladora.<sup>6</sup>

Deferência, não se confunde com passividade ou inação judicial, menos ainda se desenvolve desamparada de qualquer critério ou finalidade específica a ser alcançada. Difícil é encontrar o grau ótimo dessa deferência judicial e a formalização dos procedimentos válidos, sob pena de recair no pragmatismo ou na utilização estratégica da

---

<sup>6</sup> Sobre o tema, entre outros, conferir: Hogemann e Santos (2019).

descentralização interpretativa. A “revelação das razões de decidir servirão como vetores para a deferência com escolhas públicas” (HOGEMANN; SANTOS, 2019, p. 246).

Tais ideias estão assentadas na descentralização da interpretação e da decisão judicial referente à (in)constitucionalidade de determinado tema. Não se trata de desconsiderar a atuação judicial, embora vertentes teóricas mais extremadas tenham caminhado nessa direção, a exemplo do constitucionalismo popular, proposta que já foi defendida, dentre outros, por Mark Tushnet.

Cumpra, portanto, considerar o Judiciário como apenas mais um dos atores institucionais para a definição dos sentidos e dos alcances da constituição e não encerrar na ideia de supremacia ou no monopólio judicial. Inevitavelmente, essa linha teórica implica maior abertura política na dimensão institucional da esfera pública e diminuição do espaço de atuação judicial na definição de alguns temas.

Assim como na suposta supremacia judicial, na outra extremidade, a supremacia parlamentar, revela-se equivocada por se assentar no mesmo pressuposto falho: a existência de uma “última palavra”. A suposta supremacia do parlamento, traduz-se na possibilidade de após a decisão judicial haver a superação legislativa, via emenda constitucional.

À exemplo da ação direta de inconstitucionalidade - ADI n. 4.983/CE, na qual o STF declarou inconstitucional a prática da “vaquejada”, em 2016, e a consequente edição de Emenda Constitucional n. 96/2017, pelo Congresso Nacional. Na prática, a EC n. 96/2017 ao incluir o § 7º no art. 225, CRFB/88, supera o entendimento judicial da “vaquejada” como uma das práticas que submetam os animais a crueldade (art. 225, § 1º, VII, CRFB/88) e, passa a interpretá-la como uma das práticas desportivas, que utilizam animais e promovem a manifestação cultural.<sup>7</sup>

Em termos de desenhos institucionais, existe a possibilidade de superação de uma decisão judicial pelo Congresso Nacional para assegurar a preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa (art. 49, XI, CRFB/88). A bem da verdade, trata-se de previsão constitucional que até o momento não foi exercitada ou se encontra “atrofiada” (VERMEULE, 2011). No mesmo sentido, a hipótese de sustação de ato que exorbita o poder conferido pelo Congresso Nacional ao Presidente da República de elaborar leis delegadas (art. 68, CRFB/88).

---

<sup>7</sup> Desde que estejam registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro (art. 215, § 1º, CRFB/88), regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos (BRASIL, 1988).

Em descompasso, a retração do Judiciário, com a consequente politização das questões constitucionais, poderia acarretar sua utilização para perseguir uma determinada agenda partidária. Isso sem falar das suspeitas que repousam sobre o legislativo brasileiro que não possui, “sequer longinquamente, nem o prestígio social, nem o sentido institucional que tem na Inglaterra” (VIANNA, 1999, p. 475).

Ao contrário do que possa parecer, esse argumento sugere a procedência da premissa estabelecida. E, conduz à hipótese de imprescindibilidade de alguma forma de controle de constitucionalidade. Com isso, não está dito que seja judicial. Caso a jurisdição constitucional fosse imprescindível, como explicar então o surgimento da suprema corte da Inglaterra apenas com a *Constitutional Reform Act 2005* (implementada no ano de 2008 e com início das atividades em outubro de 2009).

A bem da verdade, a existência de uma constituição flexível e as particularidades do controle exercido na Inglaterra aproximariam essa experiência de um controle de convencionalidade com base na Convenção Europeia de Direitos do Homem, assinada em 1951. É de se questionar a adequação desse tipo de argumentação para o caso brasileiro, pois se a “deferência ao legislador ordinário fosse absoluta, não estaríamos nos referindo a uma democracia constitucional, e sim a um regime puramente majoritário” (VIEIRA, 2018, p. 138).

No caso brasileiro, as desconfianças do Legislativo e do Judiciário remetem ao histórico legado autoritário centrado nas prerrogativas do Executivo. Em tempos extremos, de um passado (presente) recente, chegou-se ao ponto de estabelecer na Constituição de 1967 (art. 173, III) regras que imunizavam certos atos normativos da apreciação judicial. Ao suprimir o direito fundamental de inafastabilidade da prestação jurisdicional, obscureceu os limites impostos ao exercício do poder político e abalou o edifício institucional baseado no princípio da divisão de poderes (BARBOSA, 2018, p. 92).

Em tempos mais recentes, o desenho procedimental traçado pelas Leis n. 9.868/99<sup>8</sup> e 9.882/99,<sup>9</sup> que regulamentam as ações judiciais em sede de controle concentrado de constitucionalidade, impõe a participação de agentes estatais (manifestações e pareceres) e a possibilidade de atores sociais (*amici curiae* e audiências

---

<sup>8</sup> Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

<sup>9</sup> Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal.

públicas) para o exame constitucional. Demonstra, portanto, a necessidade de conjugar as estruturas normativa com as vias procedimentais para que outras perspectivas sejam contempladas e, possivelmente, fazer cessar a centralidade judicial.

Esse desempenho procedimental não está atrelado apenas ao desempenho finalístico do procedimento judicial (resultado final), mas também na integração institucional, ideia que vai além do mero estabelecimento direto de cadeias de comando para deslocar a centralidade decisória para outro ator institucional não judicial. Isso, além de não resolver, manteria a mesma situação problema apenas com a inversão dos polos.

De acordo com desenho institucional de 1988 não parece excessivo considerar a prevalência de determinadas decisões legislativas, a exemplo da possibilidade de derrubada do veto presidencial a determinado projeto de lei. De outra sorte, o desequilíbrio institucional provocado pela supremacia judicial não equivaleria à justificativa da supremacia do parlamento.

No lugar de qualquer das “supremacias” parece adequado privilegiar leituras constitucionais dialógicas capazes de criarem espaços interpretativos compartilhados que atuem no funcionamento das instituições, estatais e sociais, sem o domínio exclusivo ou prioritário de qualquer instituição.

### **3 SUPREMACIA JUDICIAL EM PERSPECTIVA MONOCROMÁTICA**

O controle judicial difuso de constitucionalidade brasileiro surge com a promulgação da constituição de 1891. Já o controle judicial concentrado, ingressa no ordenamento jurídico brasileiro mediante a edição da Emenda Constitucional n. 16/1965, que alterou a Constituição de 1946, condicionado a representação de inconstitucionalidade com exclusividade pelo Procurador-Geral da República.

Esse é o “ativo primário” que se extrai o derivativo da forma “forte” de controle de constitucionalidade realizada com exclusividade pelo STF. Antes, fornece-se alguns indicadores para delinear aquilo que se entende por “perspectiva monocromática” no exercício da jurisdição constitucional brasileira.

Apesar de a amplitude do controle judicial constituir fator relevante, a perspectiva monocromática privilegia a postura institucional do órgão competente em detrimento de qualquer outro aspecto. Ponto de vista que pretende significar, em sentido conotativo, a existência de múltiplos feixes de luz que não apresenta impacto na coloração ou

simplesmente a característica daquilo que é “tingido” com uma só cor, no caso, a tonalidade judicial.

Adota-se o posicionamento crítico em relação ao fenômeno acima identificado. Questão central consiste em responder onde se aloca a autoridade decisória na jurisdição constitucional, a resposta majoritária oferecida caminha no sentido de uma linha única de autoridade decisória em matéria constitucional no STF. Isso se constata no senso comum teórico formado (conformado, deformado ou performado) pela prevalente ideia de “última palavra” judicial.

Mas, também se apoia na ideia de autoridade por especialização ou pela repartição de competências prevista na Constituição da República de 1988. As dúvidas lançadas não dizem respeito à competência formal para “guardar a constituição”, indubitavelmente atribuída ao STF, mas sob a forma de exercício dessa competência. Nessas linhas, não está dita a maneira de realização dessa missão constitucional, é bastante provável que reiteradas práticas não escritas de organização do jogo constitucional possam ter conduzido ao atual estado de coisas.

A tônica monocromática, concebe que as Ministras e os Ministros são as pessoas mais capacitadas para decidirem toda e qualquer matéria constitucional. Remete à ideia de “*experts* em hermenêutica”<sup>10</sup> constitucional. Ledo engano. A concentração de poderes no STF possibilitaria, em tese, a redução dos custos operacionais de decisões equivocadas, evitando que a constituição possa ser manipulada em prol de interesses pouco ou quase nada democrático.

Essa proposta, além de ignorar o “poder de barganha” dentro e fora dos tribunais, desconsidera seu potencial prejudicial, em termos de estruturação democrática (social e institucional), que toda interpretação solipsista possui. Dificultam, quando não impedem, o florescimento no terreno brasileiro de ideias constitucionais como o patriotismo (Jünger Habermas), o sentimento (Pablo Lucas Verdú), a cultura (Peter Häberle), o sujeito (Michel Rosenfeld), entre outros exemplos possíveis.

Nas sociedades ditas democráticas, as autoridades precisam obter alguma forma de suporte social e institucional mínimo para que suas decisões sejam concretizadas. Com

---

<sup>10</sup> Expressão utilizada por Thomaz Pereira na mesa redonda: *Separação de poderes e interpretação constitucional*, realizada durante o 1º Encontro Brasileiro da Sociedade Internacional de Direito Público: ICON-S BRASIL, realizado no Rio de Janeiro, pela Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, nos dias 10 e 11 de outubro de 2019.

efeito, isso ultrapassa a participação meramente formal (procedimental), na qual se participa com pouca ou nenhuma influência para alterar o conteúdo decisório.

Para reconfigurar as instituições sociais precisa interferir no modo de pensar (cultura) de seus agentes e da sociedade civil em geral. Isso demanda bastante tempo e esforços. Aportes progressivos de metodologias comunicativas entre direito, moral e política, para tentar desatrelar o direito constitucional das correntes do positivismo jurídico do século XIX.

Às vezes é preciso ressaltar o óbvio: não mais se interpreta a constituição desamparada das contribuições da filosofia e da política. A proposta da interpretação compartilhada carrega uma certa organicidade na gestão da jurisdição constitucional para a tomada de decisões fundamentais que afetam a vida em sociedade. Fluir de maneira horizontal não é sinônimo de negar a necessidade ou a “utilidade” de uma decisão judicial; no atual estágio jurídico e social exige-se alguma forma de calibração.

Os planos de ação não deverão estar necessariamente centrados nos atores judiciais, isso depõe de modo contrário a perspectiva monocromática da jurisdição constitucional brasileira. Possibilitando a defesa de experiências que permitam o surgimento de outras tonalidades de interpretação constitucional, conforme visto nas seções anteriores.

Essas compreensões revelam a compreensão de que na magistratura, existe um *habitus* aristocrático e elitista que produz uma cumplicidade estrutural (CASTRO; RAMOS, 2019, p. 02). Dessa maneira, atua de modo a justificar a “representação messiânica que parte da população faz dos magistrados” assentada na “crença da qual os próprios juízes e juízas acabam sendo os principais fiéis e pregadores” (CASTRO; RAMOS, 2019, p. 28).

Caso isso não impacte negativamente o produto final da jurisdição constitucional, provoca, no mínimo uma “imoralidade estrutural” (CASTRO; RAMOS, 2019, p. 29), suficientemente robusta para perverter o sentido e a possibilidade de efetivação dos princípios que o Judiciário promete defender (CASTRO; RAMOS, 2019, p. 31). No entanto, a aproximação sob o ponto de vista comparado reclama o exame de algumas fragilidades e limitações institucionais da proposta apresentada. Argumentos desenvolvidos na seção seguinte.

#### 4 POSSÍVEIS ALTERNATIVAS E SUAS FRAGILIDADES INSTITUCIONAIS

Chega-se até aqui com a sugestão de uma postura judicial mais deferente em relação aos atores institucionais políticos e também maior abertura para a sociedade civil. Cabe considerar alguns dos limites dessa proposta e contra argumentar se tais considerações não agravariam as turbulências no ambiente social e institucional e possivelmente resultaria no esvaziamento democrático do instituto da jurisdição constitucional.

A experiência comparada, fornece um repertório de possibilidades em ambos os sentidos. Primeiro, no sentido da inevitabilidade de alguma forma de controle judicial. Ilustra-se com a França, que em 2008, dentre outras alterações, inova com o instituto da *question prioriteir de constitutionalité* para permitir, em tese, que as pessoas tenham sua demanda constitucional analisada pelo *Conseil Constitutionnel*. Em temas de reforma constitucional, a já citada *constitutional reforme act*, implementada em 2009, com o objetivo de tornar efetiva a suprema corte da Inglaterra.

A dinâmica do direito constitucional é móvel e também aponta para outras direções. O Canadá, por exemplo, possui uma experiência pioneira com a cláusula não obstante (*notwithstanding clause*) disposta na seção 33 da *Canadian Charter of Rights and Freedoms* de 1982. O parlamento, nacional ou regional, em votação por maioria simples, poderá declarar expressamente que determinadas decisões em certas matérias não estão sujeitas à jurisdição constitucional pelo período máximo de cinco anos.

Seria uma das formas de assegurar que certas experimentações legislativas prossigam o curso planejado, sem a interferência judicial. Na prática, essa previsão não é utilizada e, por essa razão é considerado como uma das formas de “atrofia dos poderes constitucionais”, do ponto de vista social, a atrofia pode ser “boa” ou “má” dependendo de uma variedade infinita de considerações circunstanciais (VERMEULE, 2011, p. 15). Um dos motivos apontados para a ocorrência desse fenômeno é a possibilidade, real ou virtual, de forte reação política (*political backlash*).

Outros pontos também são afetados diante dessas possíveis alternativas, a exemplo da utilização do precedente estrangeiro ou direito constitucional transfronteiriço, pela comunicação entre as decisões de cortes regionais ou globais dentro do sistema de proteção dos direitos humanos e as cortes constitucionais. Para tanto, exige a reconstrução, a superação ou a distinção do precedente estrangeiro que se pretende

utilizar, isso tudo representa exigências de um “novo tempo constitucional” que poderá desorganizar os lugares pré-estabelecidos da “supremacia judicial”.

A comunicabilidade da compreensão do direito constitucional contemporâneo reclama que a argumentação jurídica seja universalizável, valendo para todos os casos semelhantes e também incorpore premissas valorativas ou axiológicas do próprio (con)texto constitucional. Camadas argumentativas e suas justificações fazem parte não apenas do convencimento da autoridade competente para apresentar uma decisão, mas servem para fins de limitar ou controlar o exercício do poder estatal constitucionalmente atribuído.

No entanto, o cumprimento da constituição reclama a superação desses e de outros obstáculos e também a realização de eventuais ajustes. Ponto vulnerável é que a prática brasileira privilegiou a atuação judicial em detrimento de outras opções, por isso, encontra dificuldades práticas e teórica de aproximar de possíveis soluções apresentadas por outros sistemas constitucionais. Problema maior consiste em depurar o quanto de entusiasmo irrefletido compõe essas possíveis soluções, mas, isso constitui tarefa para futuras pesquisas.

## 5 CONCLUSÃO

O desafio final é concluir sem repetir tudo aquilo que foi dito. Por isso, propõe-se sintetizar as contribuições em três argumentos centrais: (i) maior abertura à diversidade para fomentar respostas aos conflitos; (ii) múltiplas saídas para a problemática da concentração das funções; (iii) aumento da interação e da participação democrática.

No conjunto, fornecem elementos para desenhar uma resposta (ainda provisória) para a problemática da centralidade judicial para a interpretação do documento político e jurídico constitucional. Uma das saídas possíveis, que não se encontre imune às críticas, ao contrário, sempre necessárias e insuficientes, perpassa pela utilização das estratégias oferecidas pela *weak-form judicial review*, como contribuição da perspectiva constitucional comparada. Isso exige rigorosa contextualização, sob pena de importar problemas em vez de soluções.

Em primeiro lugar, maior abertura à diversidade para fomentar respostas aos conflitos constitucionais exige a consideração de que as soluções jurídicas apresentadas são apenas uma das respostas possíveis para um mesmo problema. Não significa que seja a “única” ou a “melhor” de todas as respostas.



As múltiplas saídas para a problemática da concentração das funções de interpretação/aplicação da constituição são encontradas quando os canais institucionais estejam abertos para que diálogos e dissensos possam ser implementados e desenvolvidos. Nesse caminho, avanços e retrocessos certamente estarão presente, mas isso está englobado no próprio custo para a realização do projeto democrático.

No terceiro momento, com o aumento das interações e das participações democráticas, implica considerar possibilidades e dificuldades que antes não eram perceptíveis, como a interação entre as ordens jurídicas (direito constitucional transfronteiriço) e a necessidade de robusta argumentação que contemple um repertório cada vez mais sofisticado e variado do ponto de vista jurídico, político e filosófico.

Por fim, considerar que a tarefa de interpretar/aplicar a constituição não estará realizada, nem parcialmente, se desconsiderar o papel significativo que as instâncias políticas e sociais desempenham ou deveriam desempenhar nessa função. De todo o exposto, parece acertado sustentar duas afirmações: a desnecessidade de redobrar as apostas apenas nas respostas produzidas judicialmente e também que uma resposta potencialmente adequada perpassa pela contribuição oferecida pelo Judiciário.

## REFERÊNCIAS

ARABI, Abhner Youssif Mota. A ascensão do judiciário e a tensão institucional: judicialização, ativismo e a reação do Poder Legislativo (PEC 33/2011). *Observatório da Jurisdição Constitucional*, Brasília: IDP, ano 6, vol. 01, maio/2013, p. 28-43.

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964*. 3. Reimpr. Brasília: Edições Câmara, 2018.

BELLAMY, Richard. *Political constitutionalism: a republican defence of the constitutionality of democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Supremo Tribunal Federal [Secretaria de documentação], 2018.

BRASIL. Lei n. 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. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 de novembro de 1999. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 set. 2017.

BRASIL. Lei n. 9.882, de 03 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. *Diário Oficial da União*, Brasília, 06 de dezembro de 1999. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 set. 2017.

CASTRO, Felipe Araújo; RAMOS, Marcelo Maciel. Aristocracia judicial brasileira: privilégios, *habitus* e cumplicidade estrutural. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 15. n. 02, 2019, p. 01-36.

COLSERA, Rachel Lima de Almeida da Motta Santo. *O controle de constitucionalidade na Inglaterra*. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2010.

GARDBAUM, Stephen. *The new commonwealth model of constitutionalism: theory and practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013 (Cambridge studies in Constitutional Law).

GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais*. 2015. 266 f. Tese (Doutorado em direito). Universidade Federal do Paraná - UFPR, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2015. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/39908>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The Federalist*. Edited with introduction and historical commentary by J. R. Pole. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 2005.

HOGEMANN, Edna Raquel; SANTOS, Marcelo Pereira dos. Deferência com as escolhas públicas. *Justiça do Direito*, Passo Fundo, v. 33, n. 02, maio/ago. 2019, p. 222-249.

SCOTT, Paul. (Political) Constitutions and (political) constitutionalism. *German Law Journal*, Charlottesville, v. 14, n. 12, 2013, p. 2.157-2.184.

SMILOV, Daniel. The judiciary: the least dangerous branch?. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András. (Eds.). *The oxford handbook of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 764-777.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. Judicialization and the future of politics and policy. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Eds.). *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995, p. 515-528.

VERMEULE, Adrian. The atrophy of constitutional powers. *Harvard Public Law Working Paper*, Harvard, n. 11-07, Jan. 2011, p. 01-19.

VIANNA, Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. Brasília: Senado Federal, 1999 (Biblioteca básica brasileira).

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.